



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS-PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

JÉSSIKA SARAIVA DE ARAÚJO PESSOA

**QUEM IRÁ VIGIAR OS PRÓPRIOS VIGILANTES?: A APLICAÇÃO DO ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO PODER JUDICIÁRIO E A CULTURA DO
ENCARCERAMENTO SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO**

João Pessoa - PB

2020

JÉSSIKA SARAIVA DE ARAÚJO PESSOA

**QUEM IRÁ VIGIAR OS PRÓPRIOS VIGILANTES?: A APLICAÇÃO DO ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO PODER JUDICIÁRIO E A CULTURA DO
ENCARCERAMENTO SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO**

Dissertação de Mestrado Apresentada à Banca de Defesa
para cumprimento das exigências do Mestrado
Acadêmico em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências
Jurídicas, na Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

Área de concentração: Direitos Humanos.

Linha de pesquisa: Fundamentos Teórico-filosóficos dos
Direitos Humanos.

Orientadora: Dra. Lorena de Melo Freitas.

Coorientador: Dr. Luciano da Silva

João Pessoa - PB

2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P475q Pessoa, Jéssika Saraiva de Araújo.

Quem irá vigiar os próprios vigilantes? A aplicação do estado de coisas inconstitucional ao poder judiciário e a cultura do encarceramento sob a ótica do realismo Cardoziano. / Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. - João Pessoa, 2021.

114 f.

Orientação: Lorena de Melo Freitas.

Coorientação: Luciano da Silva.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Cultura do Encarceramento. 3. Decisão Judicial. 4. Realismo Americano. I. Melo Freitas, Lorena de. II. Silva, Luciano da. III. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

A Deus, que me permitiu chegar até aqui, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus por seu infinito amor e por me permitir chegar até aqui, minha gratidão imensurável. A minha família por todo apoio incondicional, compreensão e renúncias.

Em especial a minha mãe, minha primeira professora, a quem devo tudo, inclusive meu amor pelos livros.

Ao meu pai que por meio do seu trabalho e incentivo possibilitou a realização desse sonho. Aos meus irmãos, Érika, Marina e Ronaldo meus companheiros de madrugadas e fins de semana de estudos, o que tornou tudo isso mais leve e alegre, por toda paciência e por acreditarem na minha capacidade mesmo quando pensei em desistir.

A minha segunda mãe, vovó Dedeza pela sabedoria de seus conselhos e suas orações ao longo desse caminho. Ao meu Avô Miguel (in memoriam), embora fisicamente ausente, mas sempre presente no meu coração.

A Lenos Santiago, pela paciência, por me incentivar e ouvir meus monólogos intermináveis, rsrsrs, sobre os autores, as ideias que eu pretendia escrever, por ser minha âncora não permitindo que eu afundasse diante das dificuldades durante essa pesquisa e tornar meus dias mais felizes sonhando junto comigo.

E aos grandes amigos que fiz durante a vida e o mestrado, aos meus companheiros de curso de “fé-licidade”, metas e lágrimas.

A todos os professores que participaram da minha formação, especialmente, a Lorena de Melo Freitas, minha orientadora, que além de uma profissional de competência inegável é um ser humano maravilhoso, no qual tenho como exemplo a seguir, por toda paciência, generosidade e ensinamentos. Como também por acreditar que eu sempre poderia mais, sou um pouco de tudo que tive a oportunidade de aprender com vocês.

Ao Grupo de pesquisa Realismo e Marxismo do qual tive a honra de fazer parte e hoje posso dizer que tenho outra visão de mundo, não sou o mesmo homem que mergulhou no rio de Heráclito em sua Teoria do Devir.

Aos professores a quem tenho grande admiração e fico verdadeiramente feliz por aceitarem compor minha banca avaliadora.

A todos aqueles que contribuíram ao longo desses anos para o profissional que serei. Por fim, mas não menos importante, a todos os funcionários da UFPB, por toda assistência, apoio e disponibilidade de me ajudar mesmo naquilo no que não lhes competia, o que possibilitou a conclusão desse mestrado.

A todos vocês serei sempre grata!

“DO AMOR NINGUÉM FOGE”

José de Jesus, APAC.

RESUMO

O **objeto** de estudo desta dissertação é a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional ao Poder Judiciário, por meio de uma análise crítica da Cultura do Encarceramento e sua influência nas decisões judiciais. O **objetivo** desta pesquisa é observar como a Cultura do Encarceramento exerce influências nas decisões judiciais e se a partir dessa atuação ou omissão do Poder Judiciário podemos aplicar a ele o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, na medida em que 40% dos presos provisórios não possuem decisões em primeira instância. O **problema** estudado nessa pesquisa é: Diante da Cultura do encarceramento e dos dados do IFOPEN/CNJ sobre o sistema carcerário podemos aplicar o Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional ao poder judiciário?. A **perspectiva** adotada nesse estudo é a do realismo americano de Benjamin Nathan Cardozo e essa pesquisa tem **caráter descritivo**, ou seja, de analisar a realidade como ela é sem a pretensão de propor um novo modelo judicial. No que se refere à **metodologia** empregada neste trabalho utilizamos o método de abordagem dedutivo, em relação ao procedimento optamos pelo monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o exploratório e a técnica de pesquisa realizada foi um estudo de caso mediante revisão bibliográfica e documental. A **hipótese** aqui defendida é que o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser aplicado ao judiciário, visto que 40% da população carcerária provisória não possuem decisões em primeira instância e as suas decisões são influenciadas pela cultura do encarceramento contribuem para configuração da realidade “Dantesca” das prisões brasileiras.

Palavras-Chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Cultura do Encarceramento; Decisão Judicial; Realismo Americano.

ABSTRACT

The object of study of this dissertation is the application of the Unconstitutional State of Things to the Judiciary, through a critical analysis of the Culture of Incarceration and its influence on judicial decisions. The objective of this research is to observe how the Culture of Incarceration influences judicial decisions and whether, based on the acting or omission by the Judiciary, we can apply the Unconstitutional State of Things institute to it, to the extent that a part of the provisional prisoners does not have decisions at first instance. The problem studied in this research is: Given the culture of incarceration and the IFOPEN/CNJ data on the prison system, can we apply the Unconstitutional State Institute of Things to the judiciary? The perspective adopted in this study is that of Benjamin Nathan Cardozo's American Realism and this research has a descriptive character, that is, to analyze reality as it is without the intention of proposing a new judicial model. Concerning the methodology used in this work, we used the deductive approach method and opted for the monographic procedure, the methodological objective adopted was exploratory and the research technique performed was a case study through bibliographical and documentary review. The hypothesis defended here is that the Unconstitutional State of Things can be applied to the judiciary since 40% of the provisional prison population do not have decisions in the first instance and their decisions are influenced by the culture of incarceration and contribute to the configuration of the “Dantesque” reality of Brazilian prisons.

Keywords: Unconstitutional State of Things; Incarceration Culture; Judicial Decision; American Realism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1 DA MOTIVAÇÃO PARA O ESTUDO DO TEMA À ESTRATÉGIA DA PESQUISA	10
1.2 ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO	15
2. PROSOPOGRAFIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, O FEINDSTRAFRECHT E O HIPERENCARCERAMENTO SELETIVO.....	17
2.1 PROSOPOGRAFIA DO SISTEMA CARCERÁRIO: UM OLHAR/EXAME SOBRE OS DADOS ESTATÍSTICOS OFICIAIS (INFOPEN/CNJ).....	17
2.2 APENADO OU PRESO PROVISÓRIO? A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O GARANTISMO PENAL	29
2.3 “Os INIMIGOS DO DIREITO PENAL”: O FEINDSTRAFRECHT, A TESE GÜNTHER JAKOBS E AS CONSIDERAÇÕES DE ALBIN ESER.....	35
2.4 O HIPERENCARCERAMENTO SELETIVO NO BRASIL: LABELING APPROACH E LOIC WACQUANT.....	43
3. AS CULTURAS DO ENCARCERAMENTO, SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO: OS ELEMENTOS PSICOLÓGICOS E IDEOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL.....	50
3.1 O CÁRCERE DAS IDEIAS E AS CULTURAS DO ENCARCERAMENTO;.....	50
3.2 A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E O REALISMO JURÍDICO AMERICANO;	54
3.3 OS ELEMENTOS DO SUBCONSCIENTE E O REALISMO CARDOZIANO;	56
3.4 OS ELEMENTOS PSICOLÓGICOS E IDEOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL, A CULTURA DO ENCARCERAMENTO E A IDEOLOGIA COMO CULTURA DE CONSERVAÇÃO DO STATUS QUO. ..	59
4. AS VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS AOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.	68
4.1 DIREITOS HUMANOS PARA QUEM? QUAIS SÃO OS HUMANOS DOS DDHH?:UMA ANALISE SOB A PERSPECTIVA DO REALISMO JURÍDICO AMERICANO.....	68
4.2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ORIGEM E CONCEITO.....	73
4.3 A ADPF Nº 347/DF E O ECI NO BRASIL	77

5. QUEM VIGIA OS VIGILANTES: A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO PODER JUDICIÁRIO: A CULTURA DO ENCARCERAMENTO SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO.....	84
5.1 ECI: FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS, JURÍDICOS E PRESSUPOSTOS E A SUA APLICAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO	84
5.2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ECI COMO ATIVISMO JUDICIAL ESTRUTURAL.....	91
5.3 CINCO ANOS DEPOIS: PERSPECTIVA APÓS A APRECIÇÃO DA CAUTELAR NA ADPF 347 E A APAC.....	98
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
7. REFERÊNCIAS.....	104
8. APÊNDICES	113

CAPÍTULO I

1. INTRODUÇÃO

Esta dissertação foi apresentada no programa de mestrado da Universidade Federal da Paraíba-UFPB, por uma opção metodológica o texto se divide em duas seções: a primeira expõe as motivações pessoais, acadêmicas e sociais deste estudo e introduz o tema ao leitor apresentando o problema da pesquisa, os objetivos e os referenciais teórico adotado e a segunda parte aborda os métodos científicos adotados e a estruturação do trabalho que foi dividido em capítulos por questões didáticas para permitir ao leitor um fio condutor pelo texto.

1.1 DA MOTIVAÇÃO PARA O ESTUDO DO TEMA À ESTRATÉGIA DA PESQUISA

Este estudo surge das leituras feitas pela autora na graduação, na especialização, da sua experiência na Advocacia e na Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil na subseção de Campina Grande, na Paraíba, como também da observação dos dados do INFOPEN/CNJ a respeito do Sistema carcerário e das leituras sobre tema que despertaram o interesse a respeito dos possíveis fatores responsáveis por tais fenômenos, da responsabilidade do poder judiciário e da possibilidade de aplicação de sanções.

Uma vez que conforme os dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen¹, publicado pelo Ministério da Justiça em 2017, o número de pessoas presas no Brasil chega a 726.712 (dados analisados até junho de 2016). Em uma década, a quantidade de pessoas encarceradas dobrou, o que coloca o Brasil em terceiro lugar no vergonhoso ranking dos países com os maiores contingentes de pessoas privadas de liberdade.

O encarceramento em massa que vem ocorrendo no Brasil não gerou qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência. Muito pelo contrário. Na contramão da tendência

¹http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em 01.01.2018.

mundial, o Brasil testemunhou de 2000 a 2016, um aumento de 157% na taxa de aprisionamento. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes e em Junho de 2016, podemos observar o aumento para 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Ademais, a superlotação é notória constatamos que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas.

Cumprê destacar, que desse enorme contingente de pessoas encarceradas, 40% sequer foram condenadas pelo sistema de justiça brasileiro, ou seja, sequer possuem decisão em primeira instância. Além disso, 47% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença. E apenas 45% das unidades prisionais foram capazes de enviar essa informação, as demais unidades não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade desses presos.

Diante desse contexto, da sua realidade histórica, social, política, cultural, das dificuldades de materialização de nossa Constituição e consequentemente dos direitos fundamentais nela positivados. A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi adotada recentemente pela nossa Suprema Corte Constitucional.

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional surge na corte Constitucional da Colômbia, em 1997, conferindo poderes à Suprema Corte do país para corrigir essas situações de violações sistemáticas aos direitos fundamentais.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pode ser definido, conforme CAMPOS (2015), como um mecanismo ou uma técnica jurídica de origem jurisprudencial, ou seja, um conjunto de violação aos direitos fundamentais que ultrapassa a esfera da simples omissão inconstitucional por parte de uma esfera do Poder Público e consiste numa falha estrutural e generalizada na concessão desses direitos, que não poderia ser atribuída a um único órgão e afeta um número indeterminado de pessoas, geralmente um grupo vulnerável.

Ao declarar o ECI, além de defender os direitos do grupo envolvido, a corte procurou proteger as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, a efetividade e a supremacia da Constituição Colombiana. Apesar de ter sua origem na Colômbia, ela não foi o único país a reconhecer esse instituto do Constitucionalismo Contemporâneo.

A aplicação dessa teoria ao contexto brasileiro e o reconhecimento de forma parcial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ocorreram em maio de 2015, por meio da ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347) proposta pelo Partido

Socialista e Liberdade (PSOL), na qual se postulava pela declaração que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal – diversos direitos fundamentais dos presos – e, em razão disso, requeria-se que o tribunal determinasse providências com o objetivo de sanar essas graves lesões aos direitos dos presos.

A ação supramencionada tem como base a representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio (UERJ) e o parecer do Professor Titular de Direito Penal da universidade, Juarez Tavares, bem como documentos que atestam a dramática situação das prisões brasileiras.

Esse contexto tem como fator de forte influência a opinião pública, uma vez que se trata de uma pauta impopular e de uma minoria estigmatizada que, segundo o senso comum, perde sua dignidade e direitos em virtude da prática delitos. E pelo fato de os poderes políticos ignorarem essa realidade, não há sensibilidade legislativa com essa problemática, não apenas por temor de represália da opinião pública, mas também porque os presos têm seus direitos políticos suspensos até o cumprimento de suas penas, não sendo assim votos a serem conquistados pelos políticos brasileiros.

Assim sendo, diante desse quadro gravíssimo de violação de preceitos fundamentais e direitos fundamentais dos presos pelas ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, na ADPF 347 postula-se que o Supremo Tribunal Federal reconheça a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" e expeça medidas para tentar resolver a situação das prisões brasileiras.

A nossa corte superior ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou liminarmente os oito pedidos realizados e decidiu conceder parcialmente a tutela requerida através: I) do pedido de redução do número de prisões provisórias por meio da motivação das prisões pelos magistrados com as justificativas para não adoção de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade; II) do pedido de realização de audiência de custódia; III) da liberação das verbas do Fundo Penitenciário (FUNPEN).

Os pedidos que envolviam tempo de prisão foram considerados insubsistentes devido à falta de previsão legal que alicerçasse o seu acolhimento. Por conseguinte, o STF entendeu, conforme voto do ministro Marco Aurélio, relator da medida cautelar, que é seu papel retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações com o objetivo de resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, pois a intervenção judicial seria necessária diante da

incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas para solucionar tais problemas.

Apesar das ponderações do STF na medida cautelar, o reconhecimento parcial do ECI por liminar gerou grandes discussões, a respeito do respeito do papel do Poder Judiciário e dos limites a sua atuação.

Diante do exposto, essa dissertação se propõe a promover um estudo sobre a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional ao Poder Judiciário, por meio de uma análise crítica da Cultura do Encarceramento e sua influência nas decisões judiciais. Este estudo será realizado sob a ótica do Realismo Cardoziano.

O objetivo desta pesquisa é observar como a Cultura do Encarceramento exerce influência nas decisões judiciais e se a partir dessa atuação ou omissão do poder judiciário podemos aplicar a ele o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, na medida em que 40% dos presos provisórios não possuem decisão em primeira instância.

O problema estudado nessa pesquisa é: Diante da Cultura do encarceramento podemos aplicar o Instituto do Estado de Coisas Inconstitucional ao poder judiciário?.

No que se refere à fundamentação teórica e as fontes bibliográficas que serão utilizadas para se definir os conceitos e direcionamentos teóricos que são à base do trabalho, o referencial teórico principal desta pesquisa é *The Nature of the Judicial Process* (CARDOZO, 2004), utilizado para construção do conceito de elementos do Subconsciente do julgador e do Realismo Cardoziano.

Os demais referenciais teóricos desta pesquisa são: Carlos Alexandre Azevedo Campos (Campos, 2019) para definição dos conceitos de Estado de coisas Inconstitucional ativismo dialógico e antidialógico. A obra *Ideologia e Utopia* (MANNHEIM, 1972) para elaboração de um conceito de Cultura do encarceramento, *Introdução a Teoria dos Sistemas* (LUHMANN, 2015) para compreensão da aplicação dos direitos humanos no Brasil e *Direito Penal do Inimigo* (CONDE, 2012) para compreender as implicações dessa teoria para o direito penal Brasileiro e *O Realismo Jurídico como Pragmatismo* (FREITAS, 2015).

A relevância desta pesquisa reside na importância da concretização dos Direitos fundamentais no Brasil, o aplicação do estado de coisas inconstitucional ao poder judiciário pode ter fortes impactos no estabelecimento de políticas públicas, principalmente as que tratam de direitos fundamentais, sendo um tema incipiente no constitucionalismo brasileiro.

Portanto, é de extrema importância saber quais são as implicações práticas desse tipo de demanda para a sociedade, além de sua definição, uma vez que seus efeitos não estão restritos somente à esfera jurídica, com determinações para diversos setores da Administração Pública.

Questões atinentes à legitimidade democrática e aos limites dos poderes de atuação do Poder Judiciário para determinar a implementação de políticas públicas, para cessar a lesão aos direitos difusos e concretizar o valor constitucional, configuram as dificuldades de índole política.

A necessidade de concretização de Direitos fundamentais e os limites da atuação judicial têm levantado debates no âmbito da sociedade e dos demais poderes como a proposta do projeto de lei 8058/2014, pelo Deputado Paulo Teixeira - PT/SP que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

É importante salientar, também, que a pesquisa coaduna com o Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, estando intrinsecamente relacionada com a área de concentração em Direitos Humanos, na Linha de pesquisa 01, Fundamentos Teórico-filosóficos dos Direitos Humanos por tratar do papel do judiciário frente aos Direitos Humanos.

A importância jurídica desta pesquisa reside no fato de que muitas são as discussões que foram recentemente fomentadas sobre o tema visto que é essencial encontrar mecanismo de efetivação de Direitos humanos que estejam de acordo com o Estado Democrático de Direito e discutir o papel dos juízes e a sua atuação para a concretização de tais direitos.

A hipótese aqui defendida é que o Estado de Coisas Inconstitucional pode ser aplicado ao judiciário, visto que 40% da população carcerária provisória não possui decisão em primeira instância e as suas decisões são influenciadas pela cultura do encarceramento contribuem para configuração da realidade Dantesca das prisões brasileiras.

Se o Poder Judiciário por meio do ECI pode responsabilizar o Legislativo e o Executivo por suas falhas estruturais, quem deve responsabilizá-lo por omissões em suas decisões que resultem na violação de Direitos Humanos? A ausência de decisão em primeira instância de 40% da população carcerária brasileira resulta em violação sistemática de

Direitos Humanos?. A inovação em se abordar o tema sob a ótica da pesquisa acadêmica reside em analisar essa questão.

Consoante prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a principal função do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é controlar a atuação administrativa e financeira do Judiciário, assegurando que os magistrados cumpram com seus deveres (julguem com imparcialidade, não “esqueçam” de julgar os processos), todavia até que ponto essa atuação é eficaz. Na prática não possuímos nenhum instrumento eficaz de controle de cortes. Quais as sanções aplicadas ao judiciário diante dessa realidade?. Por fim, são essas as questões que motivaram o presente estudo e que foram tratadas nesta dissertação.

1.2 ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO

No que se refere à metodologia empregada neste trabalho utilizamos o método de abordagem dedutivo, em relação ao procedimento optamos pelo monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o exploratório e a técnica de pesquisa realizada foi à revisão bibliográfica e documental.

Com o objetivo de construir uma maior compreensão sobre o objeto de estudo optou-se por o método hipotético-dedutivo proposto por Karl Popper, tendo em vista que a hipótese defendida nesta pesquisa será submetida a um falseamento para que seja ou não corroborada.

Optamos também por uma abordagem descritiva conceituada por Feitosa (2016, p.26) como aquela que examina o direito como efetivamente é e não como deveria ser. Ademais, será realizado uma Prosopografia do Sistema Carcerário por meio dos dados Estatísticos Oficiais (INFOPEN/CNJ/), como também um estudo de caso da ADPF 347 a fim de se analisar a confirmação da hipótese defendida nesse estudo.

Ainda será feita uma pesquisa bibliográfica, de modo revisar as abordagens sobre o tema sob a ótica do direito constitucional, dos direitos humanos, da filosofia do direito não só em materiais nacionais, mas também em produções estrangeiras. Como Também pesquisa documental a partir da análise de julgados do STF bem como de outros países como EUA e Colômbia.

Esta pesquisa não possui o objetivo de estudar tão somente a letra da lei fria como forma de entendimento dos fenômenos apresentados, mas entender todos os conceitos

normativos e sociais e contextualizá-los para a realidade em que o Direito aqui apresentado se encontra inserido.

Serão utilizadas nesta pesquisa as seguintes legislações: A Constituição Federal do Brasil de 1988; legislação Nacional e internacional de Direitos Humanos, tendo como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O código de Processo Civil, Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal-LEP, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, A ADPF 347, dentre outras.

A perspectiva adotada nesse estudo é a do realismo americano, o uso do realismo americano se justifica apesar do pensamento realista não está plenamente de acordo com o adotado no ordenamento brasileiro que centraliza a produção da norma na figura do legislador e confere ao judiciário a competência primordial de aplicação da norma é um ponto de partida muito relevante para as discussões a respeito da materialização dos Direitos Humanos, visto que o seu problema central em nosso ordenamento diz respeito a sua eficácia.

Este estudo tem caráter descritivo, ou seja, de analisar a realidade como ela é sem a pretensão de propor um novo modelo judicial. Esta dissertação se divide em cinco capítulos para fins didáticos que se relacionam e são um fio condutor das ideias do texto, o primeiro introduz o texto, O segundo realiza uma Prosopografia do Sistema Carcerário e do hiperencarceramento seletivo, o terceiro discute as culturas do encarceramento e sua relação com os elementos psicológicos e ideológicos da decisão judicial, o quarto aborda as violações sistemáticas aos direitos humanos e o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil e o quinto e último tem como foco a questão principal proposta nesta pesquisa: a aplicação do estado de coisas inconstitucional ao poder judiciário.

CAPÍTULO II

2. PROSOPOGRAFIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO, O FEINDSTRAFRECHT E O HIPERENCARCERAMENTO SELETIVO

“o criminoso é sempre um de nós que foi descoberto” (Emmanuel).

“É mais fácil excluir do que buscar conviver, é mais conveniente esquecer, do que ressocializar” (Michel Foucault).

2.1 Prosopografia² do Sistema Carcerário: um olhar/exame sobre os Dados Estatísticos Oficiais (INFOPEN/CNJ)

A realidade “Dantesca”³ dos presídios no Brasil é de conhecimento do senso comum, todavia não é uma ficção como o poema épico de Dante Alighieri, para descrever a situação do sistema prisional brasileiro recorremos aos dados oficiais do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN de 2015-2016-2017⁴ divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, e pelo Departamento Penitenciário Nacional- DEPEN e aos

² A abordagem prosopográfica ou análise de biografias coletivas é utilizada para traçar o perfil de um grupo, nesse trabalho foi utilizada nos presos do sistema carcerário brasileiro, por meio dos dados do INFOPEN/CNJ.

³ A obra a Divina Comédia, em italiano: Divina Commedia, com título original Comedia e, mais tarde, denominada Divina Comédia por Giovanni Boccaccio, é um poema de viés épico e teológico escrito por Dante Alighieri no século XIV e dividido em três partes: o Inferno, o Purgatório e o Paraíso. A expressão dantesca utilizada pela autora faz uma analogia a descrição do inferno feita por Dante e a situação dos presídios brasileiros. **“Abandonai toda a esperança, vós que entraís”**. A célebre frase, escrita no portão do Inferno da Divina Comédia de Dante Alighier se aplica aos presídios brasileiros. Com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado.

⁴ O INFOPEN é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema é atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004 e sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em 01.02.2019.

dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão (Sistema BNMP 2.0) do Conselho Nacional de Justiça-CNJ.

De acordo com o INFOPEN até 30/06/2016 o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil chegou a 726.712 (setecentas e vinte e seis mil e setecentos e doze) pessoas em 1.422 (mil quatrocentas e vinte e duas) unidades prisionais que participaram do levantamento, das quais desse total 689.510 (seiscentas e oitenta e nove mil quinhentas e dez) pessoas estão no Sistema Penitenciário Estadual; 36.765 (trinta e seis mil setecentas e sessenta e cinco) pessoas estão custodiadas em carceragens de delegacias ou outros espaços de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública; e 437 (quatrocentas e trinta e sete) pessoas se encontram nas unidades do Sistema Penitenciário Federal.

Cumprе destacar, que para o cálculo da população prisional o INFOPEN desconsiderou as pessoas em prisão albergue domiciliar, por não se encontrarem em estabelecimentos penais diretamente administrados pelo Poder Executivo. Também foram desconsideradas as centrais de monitoração eletrônica, em razão disto 7 (sete) unidades foram excluídas da base de dados.

Dessa forma, podemos observar que esses dados não abrangem a totalidade da população carcerária brasileira que ainda é maior, visto que nem todas as unidades prisionais concluíram o preenchimento do formulário online do INFOPEN, a lista inicial de unidades prisionais informadas pelos gestores estaduais contava com 1.460 (mil quatrocentas e sessenta) unidades que estavam em funcionamento em 30/06/2016, das quais 1.429 concluíram o preenchimento dos formulários.

Além disto, fora as 31 (trinta e uma) unidades que não concluíram o formulário e as 7 (Sete) excluídas por serem prisão albergue domiciliar e Centrais de Monitoração Eletrônica, existem os mandados de prisão em aberto, o Banco Nacional de Mandados de Prisão (Sistema BNMP 2.0) foi criado em 2011, com a edição da Resolução 137 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, e conforme os seus dados existem no Brasil 143.967(cento e quarenta e três mil novecentas e sessenta e sete) mandados de prisão em aberto, ou seja, o número de presos poderia ser ainda maior, esses mandados dizem respeito a pessoa condenadas ou com determinação para aguardar julgamento presas, no entanto como há investigados com mais de um mandado de prisão, esse número não reflete a totalidade de investigados que estão em liberdade de forma indevida.

Ademais, desse total de mandados em aberto 136.952 (cento e trinta e seis mil novecentos e cinquenta e dois) são referentes a pessoas que nunca foram capturadas pelas autoridades policiais e 7.015 (sete mil e quinze) dizem respeito a foragidos. Além disto, consoante também os dados do Sistema BNMP 2.0 o estado com o maior numero de mandados em aberto é o Rio de Janeiro que possui 34.058 (trinta e quatro mil e cinquenta e oito) mandados, cumpre ressaltar que esses dados podem aumentar porque alguns Estados como Rio Grande do sul e Minas, Paraná e São Paulo que ainda se encontram com seu banco de dados incompleto e em atualização.

Tais dados do INFOPEN colocam o Brasil no cenário internacional na vergonhosa posição de terceira maior população carcerária do mundo, ao ultrapassar os 700.000(setecentos mil) presos em 2016, ficando atrás apenas da China e dos Estados Unidos e após o Brasil está a Rússia em quarto lugar. Em contrapartida a esses números observamos um déficit total de 358.663 (trezentas e cinquenta e oito mil seiscentas e sessenta e três) vagas nas prisões e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país. O que demonstra a existência de uma superlotação de um hiperencarceramento em massa que não gerou qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência, visto que o Brasil vivenciou de 2000 a 2016, um aumento de 157% na taxa de aprisionamento.

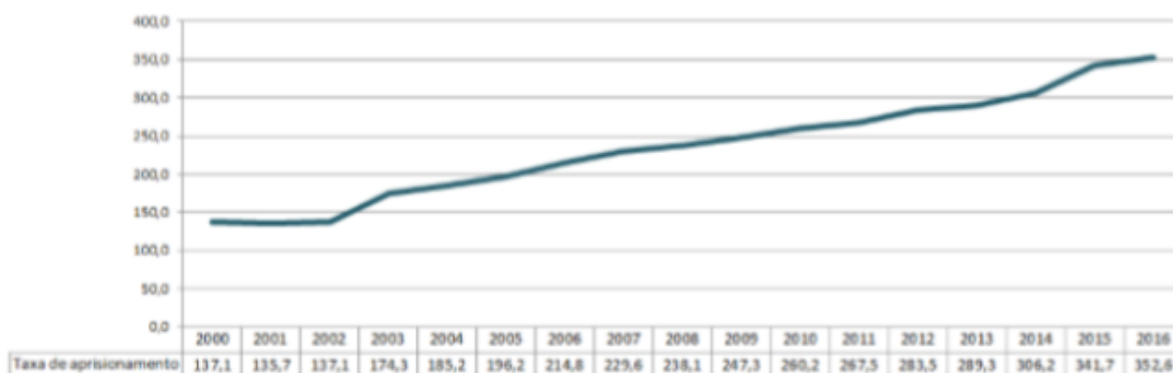
Em 2000 existiam 137 (cento e trinta e sete mil) pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes no Brasil e em Junho de 2016, podemos observar o aumento para 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Ademais, a superlotação é notória constatamos que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas, consoante gráficos 1 e 3 do INFOPEN abaixo:

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016¹²



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

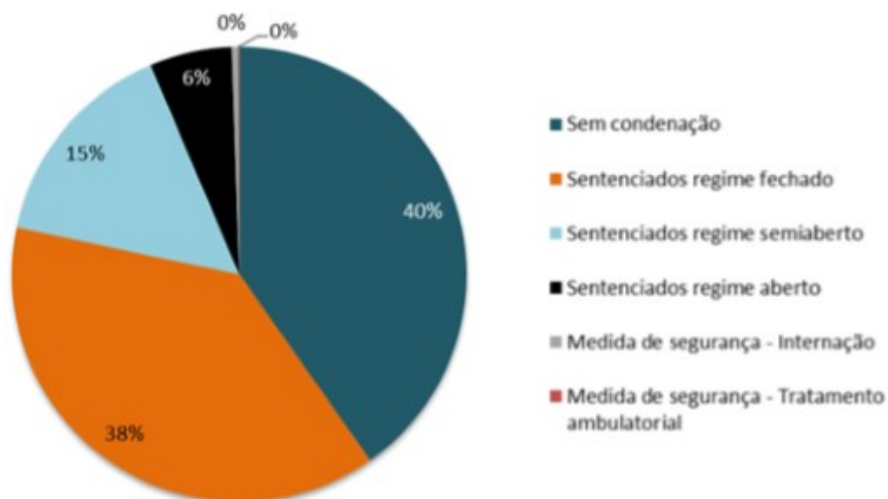
Gráfico 3. Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano; DATASUS.

Os dados do INFOPEN também abarcam os presos por natureza da prisão e tipo de regime, em junho de 2016, 40% das pessoas presas no Brasil não haviam sido ainda julgadas e condenadas. Nos levantamentos mais recentes da mesma fonte houve uma variação desse dado, em junho de 2014, essa população representava 41% do total; em dezembro do mesmo ano representava 40%; já em dezembro de 2015, as pessoas sem julgamento somavam 37% da população no sistema prisional. O gráfico 5 abaixo representa o percentual de junho de 2016:

Gráfico 5. Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime¹⁴



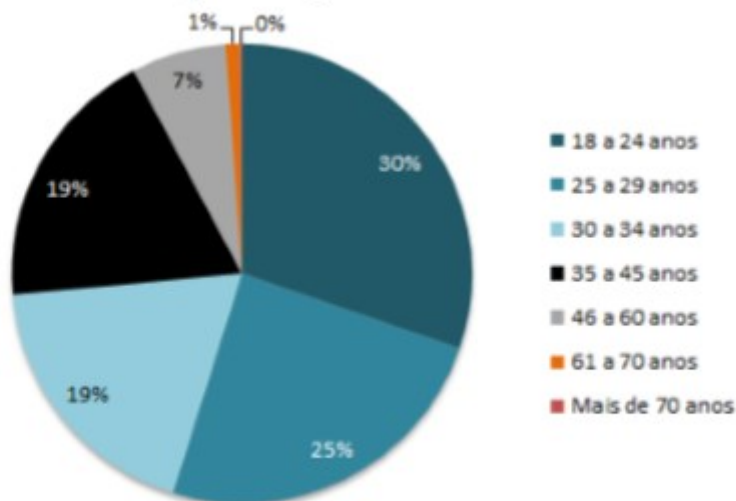
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Deste enorme contingente de pessoas encarceradas, 40% sequer foram condenadas pelo sistema de justiça brasileiro, ou seja, sequer possuem decisão em primeira instância, o que demonstra que parte significativa da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios e até junho de 2016, conforme o INFOPEN, 38% da população condenada, cumpre pena em regime fechado, 15% cumpre pena em regime semiaberto e outros 6% cumprem pena em regime aberto.

Apenas 45% das unidades prisionais foram capazes de enviar essa informação, as demais unidades não têm controle sobre o tempo de privação de liberdade desses presos, o que é um dado alarmante. As unidades que detinham essa informação concentravam 115.120 presos provisórios, dentre esses, 47% estavam aprisionados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença, ou seja, não tinham os prazos processuais observados e a razoável duração do processo respeitada.

O perfil sociodemográfico da população privada de liberdade no Brasil também foi objeto de estudo pelo INFOPEN a metodologia adotada para coleta desses dados não realizou o cruzamento entre as variáveis de perfil da população prisional, foram apresentadas as distribuições da população prisional por Unidade da Federação de acordo com as categorias de perfil cobertas pelo levantamento e comparadas aos parâmetros observados na população brasileira geral, quando possível, conforme o gráfico 16 que se refere a faixa etária dos presos:

Gráfico 16. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Os dados do INFOPEN sobre a faixa etária da população prisional estavam disponíveis a respeito 75% da população prisional, ou seja, para 514.987 pessoas e não da totalidade da população carcerária em nosso país, das quais 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos, a pesquisa observa a classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013).

Assim sendo, segundo INFOPEN o número de jovens que compõem a população brasileira total, entre 18 e 29 anos representa 18% da população do Brasil e 55% da população no sistema prisional até junho de 2016 era composta por jovens, por meio desses dados é possível afirmar que a maior parte da população carcerária brasileira é composta por jovens e que grande parte dos nossos jovens está nas prisões.

Em relação à raça, cor e etnia da população prisional, segundo o Infopen essa informação estava disponível para 72% da população prisional total, ou seja, 493.145 pessoas. A partir da análise dessa amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter os dados de que 64% da população prisional é composta por pessoas negras, conforme a figura 4 abaixo:

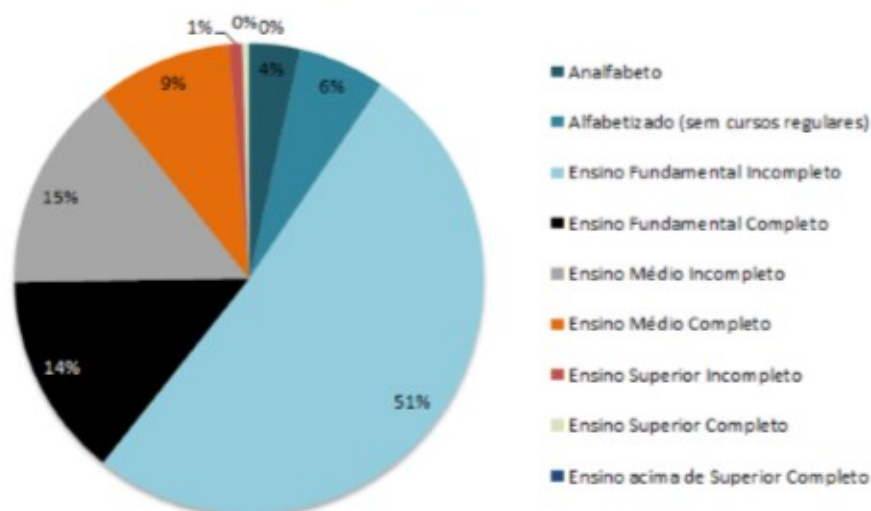
Figura 4. Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

Sobre a escolaridade foram obtidas informações de 70% da população privada de liberdade no Brasil, ou seja, 482.645 pessoas. Conforme gráfico 17 abaixo, 75% da população prisional brasileira ainda não cursou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Entre a população que se encontra no ensino médio, tendo concluído ou não esta etapa da educação formal, temos 24% da população privada de liberdade vejamos na figura abaixo:

Gráfico 17. Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

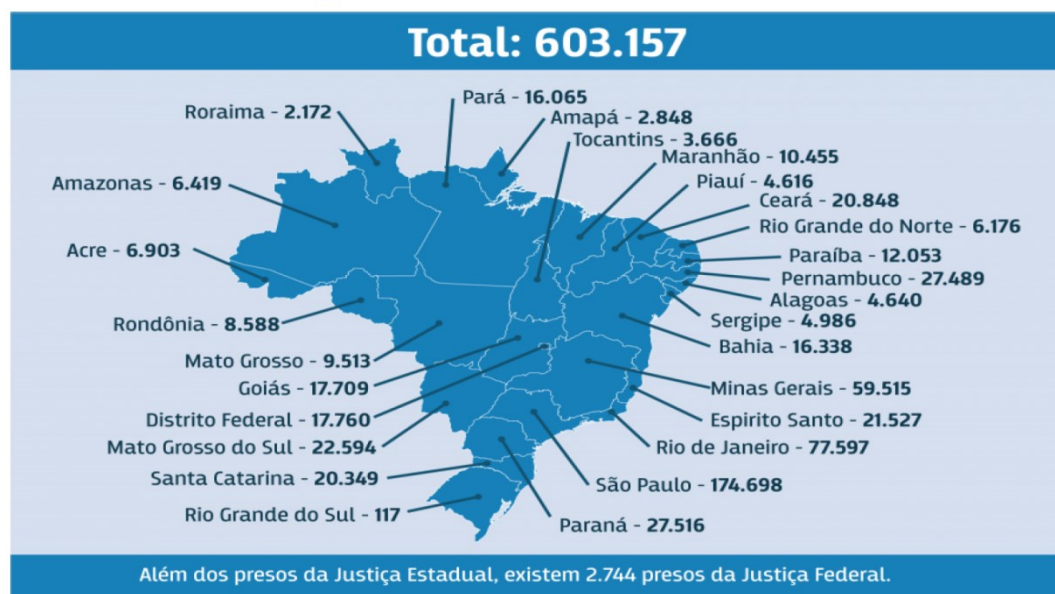
No que se refere ao tipo penal foram registradas 620.583 incidências penais, distribuídas entre os grupos do Código Penal e de legislações específicas, segundo o INFOPEN os crimes de tráfico correspondem a 28% das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento, os crimes de roubo e furto somam 37% das incidências e os homicídios representam 11% e existe uma maior frequência de crimes ligados ao tráfico de drogas entre as mulheres. Entre os homens, os crimes ligados ao tráfico representam 26% dos registros, enquanto entre as mulheres esse percentual atinge 62%. Os crimes de roubo e furto representam 38% dos crimes pelos quais os homens privados de liberdade foram condenados ou aguardam julgamento e 20% dos crimes relacionados às mulheres.

Com a implementação do BNMP 2.0 é possível fazermos um comparativo entre os dados obtidos pelos INFOPEN e os disponibilizados pelo CNJ, conforme o site do CNJ⁵ que remetem até 06/08/2018, a primeira etapa de implantação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) resultou no cadastramento individual de 602 mil presos, quase a totalidade das pessoas privadas de liberdade no País, cumpre destacar que esse cadastro se encontra em andamento ainda não foi concluído por isso os dados se diferenciam dos do INFOPEN, como também que são utilizadas metodologias diferentes na contagem de detentos, o BNMP utiliza as informações das varas de execução penal do país, o gráfico abaixo do CNJ retrata esses dados:

⁵ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 01.02.2019.

Presos da Justiça Estadual

Dados de 8 de agosto de 2018



Fonte: Cadastro Nacional de Presos, 2018

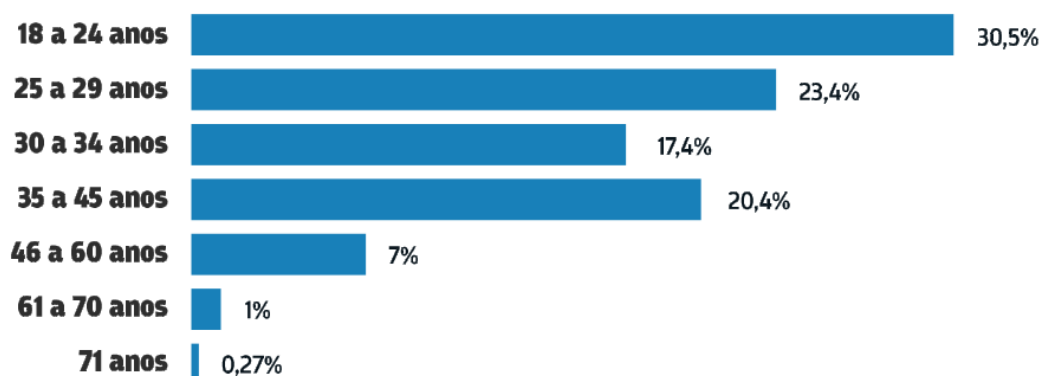
Arte ONU

Segundo o BNMP até agosto de 2018 havia no País 262.983 pessoas condenadas ao regime fechado e 85.681 brasileiros cumpriam pena no regime semiaberto e 6.078, no regime aberto, principalmente em instituições conhecidas como casas do albergado.

De acordo com BNMP 2.0 em seu balanço parcial, tendo em vista que o cadastro ainda não foi concluído, o tipo de crime que mais leva pessoas à prisão no Brasil é o roubo que representa 27% dos crimes cometidos pela população carcerária. Já o tráfico de drogas corresponde a 24%, o homicídio está em terceiro lugar com 11% e a Lei Maria da Penha representa 0,96% dos crimes que levaram pessoas à prisão.

O BNMP 2.0 também traça o perfil da população carcerária brasileira, já estão disponíveis informações sobre idade e nacionalidade da população prisional e esses dados demonstram que mais da metade dos presos brasileiros tem até 29 anos de idade. A maioria dos presos (30,5%) tem entre 18 e 24 anos, a segunda faixa etária mais populosa (23,39%) do sistema é a de 25 a 29 anos.

Faixa etária da população prisional



Fonte: Cadastro Nacional de Presos, 2018. 6/8/2018

Arte CNJ

Quanto à nacionalidade, os dados do BNMP 2.0 permitiram identificar até o momento 1.774 presos estrangeiros, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) só cadastrou até a data da divulgação desses dados (06/08/2018) cerca de 76% de sua população prisional, assim sendo é possível que o contingente de presos que não nasceram no Brasil aumente. O maior número de presos estrangeiros cadastrados é de bolivianos (286 pessoas); o número de paraguaios é quase o mesmo: 280, de Nigerianos (155), de colombianos (152) e peruanos (152).

Outro dado importante identificado é o de que dentro do contingente de presos provisórios cadastrados até o momento da pesquisa, 28,7% deles aguardam julgamento há pelo menos 180 dias, um dos aspectos positivos desse sistema é o fato de ele permitir a verificação da morosidade indevida na tramitação de processos de réus presos porque as fases do processo, o regime de cumprimento de decretos de prisão, benefícios obtidos pelos presos, as pendências de execução das penas entre outras informações são cadastradas nele segundo o CNJ.

Além disto, os dados continuam a ser atualizados diariamente, o que segundo o CNJ auxiliará o estado na formulação de políticas públicas para reverter o “estado de coisas inconstitucional”, declarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em setembro de 2015.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia afirmou que “com as informações constantes deste banco de dados, integrado nacionalmente e alimentado, de forma dinâmica e em tempo real pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, tem-se instrumento eficiente para gestão dos processos de réus presos e de pessoas que tiveram prisão decretada, ainda que estejam fora do sistema.”⁶

Após uma análise comparativa dos dados oficiais acima do INFOPEN e do BNMP 2.0 podemos ter uma Prosopografia do sistema penitenciário que o Brasil possui e do perfil da nossa população carcerária.

Se observarmos apenas os 602 mil presos cadastrados até 06/08/2018 no BNMP 2.0, já podemos dizer que o Brasil vivencia um encarceramento em massa, um hiperencarceramento e continua ocupando o terceiro lugar no ranking de população privada da liberdade e com as atualizações do BNMP 2.0, esse número pode até ultrapassar os dados do INFOPEN de 726.712 (setecentas e vinte e seis mil e setecentos e doze) pessoas, tendo em vista que 31 unidades não enviaram seus dados e 7 foram desconsideradas e a metodologia adotada por esse cadastro utiliza as informações das varas de execução penal do país, mesmo que esses dados não sejam enviados pelas unidades prisionais eles deverão ser cadastrados no sistema, enquanto que no INFOPEN sistema é atualizado pelos gestores dos estabelecimentos por meio de questionário online.

Além do mais, no que se refere ao perfil sóciodemográfico da população carcerária brasileira, a faixa etária, à raça, cor e etnia da população prisional, a escolaridade e ao tipo penal, os dados divulgados pelo INFOPEN são confirmados pelo BNMP 2.0, a população prisional brasileira é composta por jovens negros de 18 a 29 anos, que ainda não cursaram o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental, ou seja, grande parte de nossos jovens estão encarcerados. Os crimes de roubo e furto são os que apresentam maiores incidências seguidos pelos de tráfico.

Um número significativo de nossos presos, ou seja, 40% são presos provisórios que não possuem condenação sequer em primeira instância e se encontram aguardando sentença

⁶ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 01.02.2019.

por parte do poder judiciário e em alguns casos acabam cumprindo uma pena mais gravosa do que a que caso sejam condenados deveriam cumprir e em regime mais severo.

A não observância dos prazos processuais, da razoável duração do processo, a morosidade na tramitação dos processos de réu preso, a ausência de mecanismos legais de sanção para essas violações, a falta de controle sobre o tempo de prisão são esses alguns dos aspectos de um sistema punitivo seletivo e falido que não cumpre sua finalidade de ressocialização que se tornou um depósito de pessoas estigmatizadas e aliciadas para a criminalidade e um campo de disputa de facções criminosas que comandam a criminalidade de dentro dos presídios.

Outro aspecto que merece destaque é a superlotação e o encarceramento em massa que no Brasil vem crescendo de forma assustadora no Brasil, caso continuemos nesse ritmo crescente de 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, logo ocuparemos o segundo lugar no vergonhoso ranking de encarceramento no mundo, uma vez que na contramão da tendência mundial, em nosso país esse dados vem crescendo de forma alarmante na ultima década como demostram os dados.

Ademais, a superlotação é notória, constatamos por meio dos dados que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas, esse é um dos fatores que contribui para a violação de Direitos Humanos sistematizada que será abordada no próximo capítulo.

Diante dessa Prosopografia do sistema carcerário brasileiro que revela que as condições sub-humanas e a seletividade punitiva do nosso sistema carcerário que tem um público alvo pessoas de baixa escolaridade, sem influência política e econômica junto aos poderes constituídos e um desrespeito aos direitos básicos dos presos (art. 41, LEP)⁷, visto que não são observados os direitos fundamentais nem as assistências previstas na lei de

⁷ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;(...)

Execução Penal, assim sendo as condições dantescas não são estereótipos apenas do senso comum, são uma dura realidade do nosso sistema prisional.

Com o julgamento da Ação Penal 470, popularmente conhecida como “mensalão,” bem como a partir da nova interpretação quanto à autorização para execução da pena antes do trânsito em julgado definitivo (HC 126.292, julgamento pelo plenário do STF em 17 de fevereiro de 2016) essa seletividade do sistema prisional começou a ganhar novos “tímidos” contornos agentes públicos, autoridades e até presidentes da República passaram a cumprir pena, mesmo que de maneiras privilegiadas, os chamados presos “influentes” que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)⁸ denominou de “ilha de salubridade” na Ação de Improbidade Administrativa nº 2016.01.1.082042-0⁹ em detrimento da ampla massa carcerária do Distrito Federal. Além dos Presos com diploma e direito a prisão especial.

Destarte, tal descaso do Estado com o sistema carcerário é um reflexo da ausência de interesse político na questão e da “invisibilidade” dos presos, num país em que impera a visão fruto de uma cultura do encarceramento que será melhor delineado no terceiro capítulo dessa dissertação, e velho jargão do senso comum: “bandido bom é bandido morto” o que torna a pauta para o poder Legislativo e Executivo impopular e constrangedora sob o ângulo político. É com constrangimento e muitas justificativas que agentes públicos anunciam investimentos no sistema prisional, chegando ao ponto de se afirmar que “gostariam de inaugurar escolas ou hospitais”, apresentando escusas à população por estarem destinando esforços e dinheiro público para esse segmento.

2.2 Apenado ou Preso Provisório? A presunção de Inocência e o Garantismo Penal

⁸http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecar-de-novo/publicacoes/cartilha_da_pessoa_presa_1_portugues_3.pdf. Acesso em 01.02.2019.

⁹ <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/agosto/tidft-recebe-acao-de-improbidade-contrax-dirigentes-da-papuda-e-luiz-estevao>. Acesso em 01.02.2019.

A cartilha da pessoa presa do Conselho Nacional de Justiça- CNJ¹⁰ define o apenado como o indivíduo que já possui sentença condenatória transitada em julgado contra a qual não cabem mais recursos e o preso provisório como aquele que se encontra preso em razão de flagrante, prisão temporária ou preventiva, mas que ainda não possui condenação definitiva.

Em contrapartida a essa realidade vergonhosa do sistema carcerário descrita no tópico anterior, do ser e do dever ser, a lei Nº 7.210/ 1984 (lei de Execução penal-LEP) que deve ser aplicada tanto ao preso provisório quanto ao apenado na execução provisória ou definitiva da pena ou da medida de segurança, prevê a individualização da execução da pena, como na sentença (dosimetria), na execução cada acusado e condenado possuem um processo de execução individualizado, consoante o princípio da individualização da pena, uma vez que a execução penal é um novo processo de caráter jurisdicional e administrativo que tem como fim colocar em pratica as disposições da sentença ou da decisão judicial e proporcionar condições para a harmônica integração social do preso, ou seja, sua ressocialização.

Nesse sentido, os artigos 5 e 84 da LEP com base no princípio de individualização da pena, dispõem que o preso provisório ficará em celas separadas do condenado por sentença transitada em julgado, no entanto na prática essa separação não é feita, os presos provisórios são misturados aos que possuem condenação definitiva e os presos definitivos não são separados de acordo com a gravidade do delito, seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Uma vez que devem ser garantidos ao preso todos os direitos não suspensos pela sentença, tais como assistência a saúde, judiciária, educacional e reingresso ao trabalho, conforme os princípios Reeducativos ou da Ressocialização e princípio da Humanização das penas, ambos com alicerce na Dignidade da Pessoa Humana.

Além desses princípios a separação dos condenados dos presos provisórios tem como base a presunção da inocência, tal princípio é objeto de grandes discussões na atualidade apesar de expressamente previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII que

¹⁰http://www.cnj.jus.br/images/programas/comecardenovo/publicacoes/cartilha_da_pessoa_presa_1_portugues_3.pdf. Acesso em 01.02.2019.

dispõe ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, existem grandes debates jurídicos a respeito da sua interpretação.

A presunção da inocência é prevista também em vários diplomas internacionais de Direitos humanos, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1798, em seu artigo 9¹¹, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 1948¹² em seu artigo XI.

Como também pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, em seu art. 6.2¹³ e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, em seu art. 14.1.¹⁴

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de dezembro de 1969, da mesma forma assegura o direito à presunção de inocência no seu art.8.1¹⁵. O Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos consagra esse princípio de forma semelhante. Cumpre destacar que ambos integram o nosso ordenamento jurídico, tendo sido promulgados por meio dos Decretos nº 592 (o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos) em 1992 e nº 678 (a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) de 1992.

Não é objetivo principal desta dissertação a análise dos tratados internacionais então não foram abordados em sua totalidade, mas para compreender as interpretações dadas a esse princípio é importante mencionar que eles foram ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico nacional, após a edição da Constituição 1988, nossa atual carta, em 1992.

¹¹ Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

¹² Artigo XI 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

¹³ 6.2Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

¹⁴ 14. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

¹⁵ “Art.8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Dessa forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos possuem status de norma supralegal, esse status é atribuído aos tratados que versem sobre direitos humanos, os quais ingressaram, no ordenamento jurídico pátrio, antes da Emenda Constitucional no 45/2004, conforme Recurso Extraordinário RE 349703/RS¹⁶ que teve como ministro relator Carlos Ayres Britto em 2008 que consagrou o entendimento de que estando a baixo da Constituição, porém acima da legislação interna.

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.

Assim sendo, ao incorporar ao nosso ordenamento tais diplomas internacionais, o Brasil assume a obrigação de promover um sistema criminal que observe as garantias legais e os Direitos Humanos como a presunção de inocência, e de garantir, em sua ordem interna a aplicação desse princípio, sob pena, de descumprimento desses compromissos internacionais.

Esse garantismo penal presente nos tratados internacionais e na nossa Constituição é fruto da Pós-Segunda Guerra Mundial, ele surge no contexto das necessidades de mudanças de valores e da antiga da legislação jurídica, o direito penal do inimigo que será explorado no próximo tópico e legalizou o fascismo e o nazismo que resultaram em uma tragédia humana sem precedentes, essa nova teoria do garantismos penal, surge por meio do pensamento de Luigi Ferrajoli¹⁷.

Consoante Ferreira (2010, p. 15), essa teoria em seu primeiro significado, o garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal e ao modelo de estrita legalidade.

Já no que diz respeito ao seu segundo significado, o garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também,

¹⁶ (STF – RE 349703/RS, Relator: Min CARLOS AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe -104 DIVULG 04-06-2009 EMENT VOL – 02363-04 PP -00675)

¹⁷ Luigi Ferrajoli foi um juiz vinculado à Magistratura Democrática e professor da faculdade de Direito da Universidade de Camerino, é considerado pela doutrina o autor responsável pela elaboração da teoria geral do garantismo que possui como finalidade a tutela das liberdades do cidadão frente às várias formas de exercício arbitrário do poder punitivo do Estado com a publicação do Livro: Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale em 1989.

pela existência ou vigor das normas. Nesse sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ser do dever ser no direito.

Por conseguinte, em seu terceiro significado, garantismo designa uma filosofia política que pressupõe a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento jurídico.

No Brasil, o garantismo penal e suas teorias foi incorporado, durante o período da redemocratização pela Constituição cidadã de 1988 com o objetivo de proteger os cidadãos dos abusos do estado e evitar que os erros cometidos durante a ditadura militar, voltassem a ocorrer. Assim sendo, a ideia de garantismo foi introduzida na Itália, nos anos 70, no âmbito do direito penal por Luigi Ferrajoli pode ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais, dessa maneira, o garantismo é sinônimo de Estado Democrático de Direito.

Diante deste contexto o Supremo Tribunal Federal (STF) por muitos anos consolidou o entendimento de que seria possível a execução provisória da pena, sob os argumentos de que o recurso especial e extraordinário que são recursos interpostos em segunda instância não possuem efeito suspensivo, conforme o art. 637 do CPP e art. 27,§2º, da Lei no 8.038/19907, por ser uma consequência do efeito imediato da condenação, o réu ser preso ou ser conservada a sua prisão (art. 393, I, do CPP), da obrigatoriedade de recolhimento na prisão ou de prestação da fiança para poder apelar da sentença (art. 594 do CPP) e do réu não fugir sob pena de ter o seu recurso apelatório declarado deserto (art. 595 do CPP).

Em 2009 a Corte apresentou uma mudança ao Tribunal Pleno do STF, condicionar o início da execução da pena privativa de liberdade à ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no julgamento do HC 84.078/MG¹⁸. Entendo assim ser inconstitucional a “execução antecipada da pena” consoante o art.5, LVII, da CRFB/88 e o princípio basilar do nosso ordenamento a dignidade humana.

¹⁸ HC 84078. Relator: Min Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe – 035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL – 02391-05 PP – 01048.

Todavia, em 2016 ao ser provocado novamente sobre o tema no Habeas Corpus nº 126.292/SP¹⁹, os ministros do STF por 7 (sete) votos a 4 (quatro), passaram a entender como possível o início do cumprimento da pena, a partir da decisão em segunda instância confirmatória da sentença de primeiro grau, conforme a ementa²⁰:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF; ART 5º, LVII. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Destarte, houve retorno ao entendimento anterior sobre o tema, o que demonstra fragilidade hermenêutica deste princípio que apesar de positivado no ordenamento brasileiro e internacional, não tem um sentido e uma interpretação pacificada e a influência dos acontecimentos políticos no entendimento do STF, tendo em vista que 2016 vários políticos passaram a ser réus na operação Lava Jato, essa mudança se sustenta nos argumentos dos ministros de que ela garantia o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal e possibilitava a redução da seletividade do sistema penal com a quebra do paradigma da impunidade, uma vez que no Brasil apenas pessoas com poder aquisitivo normalmente podem recorrer da sentença condenatória e depois de transitada em julgado a decisão se inicia o prazo prescricional, mesmo sem a execução da pena e por meio de recursos interpostos pelo réu poderá ocorrer à configuração da prescrição sem sequer haver iniciado o cumprimento da pena.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP, Tribunal Pleno. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 01 de junho de 2019

2.3 “Os Inimigos do Direito Penal”: O Feindstrafrecht, a tese Günther Jakobs e as considerações de Albin Eser

O Feindstrafrecht,²¹ “Direito penal do inimigo” em alemão, é uma tese defendida pelo principal representante da perspectiva funcionalista²² do Direito Penal, o professor Günther Jakobs, então catedrático de Direito Penal na Universidade de Bonn, em uma conferência realizada em 1999, em Berlim intitulada: “Os desafios da ciência do Direito Penal frente ao futuro,” por meio desta, Jakobs expõe a sua polêmica ideia de que nas sociedades democráticas atuais deve haver um direito penal do cidadão e um direito penal do inimigo.

Em contra partida ao Direito penal do cidadão que limita o poder punitivo do Estado e respeita o sistema de garantias Constitucionais e os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo assim o ultima ratio, consoante Conde (2012, p.25) o Direito penal do inimigo, proposto pelo catedrático de Bonn, defende que o Estado diante de um determinado grupo de sujeitos que se comportam de forma contrária e reiterada contra as normas jurídicas, sendo assim uma ameaça a sociedade, deve agir de forma mais contundente com esse indivíduos para restabelecer a confiança dos cidadãos no Direito e a segurança do sistema jurídico e para manter o que Jakobs denomina de “segurança cognitiva.”

A “segurança cognitiva” segundo Jakobs seria mantida, por meio da limitação ou exclusão de alguns dos princípios característicos do Direito Penal de um Estado de Direito que limitam o jus puniendi do Estado (CONDE, 2012, p.25).

Assim sendo, para combater o “inimigo” que é uma realidade inevitável, por mais que, segundo ele próprio, possa resultar desagradável e até repugnante (anstössig)²³ o Estado deve colocar em prática, uma espécie de programa ou declaração de guerra contra os “inimigos” e

²¹ Direito penal do inimigo (em alemão, Feindstrafrecht) é um conceito introduzido em 1985 por Günther Jakobs, jurista alemão, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn.

²² A perspectiva funcionalista do Direito penal segundo o professor Francisco Muñoz Conde é responsável pela adaptação de conceitos básicos as novas necessidades políticas criminais, segundo a visão funcionalista o Direito penal é um subsistema de imputação dentro do conjunto do sistema social global, cujo equilíbrio deve contribuir restabelecendo e robustecendo com a sanção penal daquele que infringiu uma norma penal, a confiança dos demais cidadãos fiéis ao Direito.

²³ Tradução do alemão: ofensiva.

para isto Jakobs defende que o Estado poderia: proceder o aumento da gravidade das penas para além da ideia de proporcionalidade, aplicando inclusive “penas draconianas”; promover a abolição ou redução ao mínimo das garantias processuais do imputado, tais como o direito ao devido processo, a não fazer declaração contra si próprio, à defesa técnica, etc.; realizar a criminalização de condutas que não implicam verdadeiro perigo para bens jurídicos concretos, adiantando assim a intervenção do Direito Penal, ainda antes da conduta chegar ao estado de execução de um delito (CONDE,2012, p.25).

O “inimigo” é descrito vagamente e não definido pelo autor como membros de organizações criminosas, narcotraficantes, terroristas, delinquentes sexuais e multireincidentes que são segundo Jakobs “não pessoas” (Unpersonen) e se encontram fora ordenamento jurídico não fazendo jus aos Direitos conferidos aqueles que fazem parte do ordenamento jurídico, que são considerados “pessoas” (CONDE,2011, p.11).

Jakobs, ainda afirma em sua conferência de Berlim “a impossibilidade de uma juridicidade total” mesmo nas sociedades democráticas e diante de determinados sujeitos, os denominados “inimigos”, o Estado não pode proceder de outro modo, apesar de que sua teoria era meramente descritiva, ela suscita diversas discursões a respeito da legitimidade de sua aplicação prática nas sociedades atuais e para existência de um Direito Penal ilimitado, de um poder punitivo ilimitado do Estado, presente em Estados autoritários e totalitários, incompatível com um Estado democrático de Direito (CONDE,2011, p.11).

Tais ideias defendidas pelo autor não são pioneiras e segundo alguns historiadores do Direito como Thomas Vormbaum²⁴ tem sua origem no Direito penal do autor proposto pelos nazistas e da radicalização de ideias já elaboradas e que inclusive vinham sendo praticadas em outros países antes do que na Alemanha nazista (CONDE,2011, p.13).

Ademais, essa teoria possui sua origem nas ideias evolucionistas do darwinismo social, nas teorias lombrosianas do “delinquente nato”, nas propostas eugênicas de Galton, nas leis de imigração norte-americanas do início do século XX, nas esterilizações obrigatórias de

²⁴ Thomas Vormbaum é um advogado alemão e, desde 1994, professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e História do Direito na Fernuniversität Hagen. Ele é um pesquisador da Universidade de Hagen no campo do Direito Penal e Processual Penal, História Jurídica, especialmente nas questões metodológicas da história contemporânea jurídica, na história do direito penal dos séculos XIX e XX e no campo do direito penal em ofensas de assistência jurídica, bem como em ofensas a declarações.

doentes mentais e de portadores de enfermidades hereditárias nos países escandinavos e em alguns Estados dos Estados Unidos da América, dentre outras (CONDE,2011, p.14).

Como também na ciência penal alemã que, desde o fim do século XIX, produzia posições teóricas similares às defendidas por Jakobs. As ideias de autores da dogmática jurídico-penal, isto é, de uma concepção do Direito Penal fundamentalmente teórico-sistemática²⁵, tais quais: Franz von Liszt, Karl Binding e Edmund Mezger, embora com diferentes contextos, épocas e regimes políticos diversos, podem ser consideradas como antecedentes imediatas do Direito Penal do inimigo (CONDE,2011, p.14).

A escola positivista, da qual faziam parte os autores Von Liszt, Lombroso, Ferri e Garofalo buscava encontrar as causas do delito em fatores totalidade biológica e psicológica do criminoso, diferentemente da posição racionalista e jusnaturalista da Escola Clássica. Para a escola positivista a pena deveria possuir uma utilidade social, não se contentando com o mero fim retributivo, mas como um instrumento de proteção social, para prevenir futuros delitos.

Na obra *L'uomo delinquente* de Lombroso marco do início para escola positivista, o crime é descrito como um fenômeno biológico e o criminoso “nato” era considerado um indivíduo retardatário inferior aos demais seres humanos (SHEICARA, 2014, p. 93).

Ferri (1900, p. 223/224) também representante da escola positivista, amplia essa concepção ao analisar o fenômeno criminoso, por meio de fatores antropológicos, físicos e sociais e critica o livre arbítrio defendido pelos clássicos, como fator condicionante do crime, apresentando novos fundamentos, como a responsabilidade social como forma de prevenção do crime.

Além disto, o autor traça o perfil de cinco tipos de delinquentes: o *nato*, que se definia pela classificação original lombrosiana; o *louco*, que era instigado ao crime, em razão de debilidade mental; o *habitual*, que era gestado pela própria vida urbana e levado ao crime por fatores ligados à miséria, privação material e moral; o *ocasional*, que estava condicionado ao crime pela influência circunstancial do seu ambiente, mas não necessariamente com a

²⁵ Em cujo respectivo âmbito, a partir do Direito Penal positivo, se elabora uma teoria geral da imputação na qual, de modo sequencial, passo a passo, vão-se distribuindo sistematicamente os elementos ou categorias que fundamentam a responsabilidade penal: a tipicidade e a antijuricidade do fato e a culpabilidade de seu autor

facilidade do criminoso habitual; e finalmente, o criminoso *passional*, que eram movidos ao crime em razão das paixões pessoais, políticas ou sociais (FERRI, 1900, p. 223/224).

Consoante o catedrático de Direito Penal da Universidade de Berlim Franz von Liszt, os “inimigos da ordem social:” os delinquentes habituais, também os “mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos pessoas que ele denomina do submundo por serem degenerados anímica e corporalmente” pessoas que, por sua forma de vida representam um perigo para a ordem social, deveriam que ser simplesmente sofrer o que ele denomina de “inocuição” (Unschädlichmachung)²⁶, ou seja, ter como sanção a prisão perpétua ou de duração indeterminada, em campos de trabalho, em “servidão penal”, com obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível da força do seu trabalho sem excluir como sanção disciplinar à pena de açoites e com a consequente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estrito jejum (LISZT, 1975, p.180).

A existência de dois Direitos Penais, um no qual se respeita os princípios presentes no ordenamento jurídico e outro que não para grupos “especiais de determinadas pessoas”, já era algo proposto pelo professor Edmund Mezger na fundamentação de um projeto de lei, no qual a esses grupos especiais de pessoas, que ele denominava “estranhos ou inimigos da comunidade”, simplesmente se impunha a reclusão por tempo indeterminado em campos de concentração, a esterilização a castração ou diretamente a morte, entregando-os à polícia, sem nenhum tipo de garantias jurídicas, procedimento ou controle judicial (CONDE, 2011, p.20).

Ao final do regime nacional-socialista na Segunda Guerra Mundial, o penalista Edmund Mezger e o criminólogo Franz Exner, ambos catedráticos na Universidade de Munique trabalharam na elaboração de um projeto de lei para o tratamento dos “Estranhos à Comunidade” (Entwurf eines Gesetzes für die Behandlung der Gemeinschaftsfremde), na qual intervieram de forma destacada Sob o conceito de “estranhos à comunidade”, incluíam-se pessoas tão diferentes como vagabundos, mendigos, delinquentes com inclinação a cometer

²⁶ Franz von LISZT, Der Zweckgedanke im Strafrecht, publicado originalmente em Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Tomo 3, e logo reunido em seu Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (1905, reimpressão de 1975), Tomo I, p. 163

delitos patrimoniais de escassa gravidade, associais, sujeitos briguentos, delinquentes com tendência a cometer delitos graves, porém também delinquentes sexuais, incluindo-se entre eles os homossexuais. Para esses últimos propunha-se a castração; para os delinquentes por tendência a delitos graves, à pena de morte, “se assim requeresse a defesa da comunidade do povo ou a necessidade de uma expiação justa” e em geral, a reclusão por tempo indeterminado em campos de trabalho e a esterilização “quando se possa esperar uma herança indesejável para a comunidade do povo (CONDE, 2011, p 21).

No Brasil, sob influência das ideias da escola positivista, o médico eugenista Raimundo Nina Rodrigues, no livro "As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil" em 1894, retomando os conceitos das teorias lombrosianas, sob a influência das ideias dos autores positivistas como Ferri, Garófalo, Lacassagne, como também nas as teorias eugênicas de Galton e no darwinismo social de Spencer, defendia que os delitos cometidos por negros, mestiços e índios deveriam ser analisados sob a ótica da questão racial.

Segundo Nina Rodrigue a concepção espiritualista de uma alma da mesma natureza em todos os povos, tendo como consequência uma inteligência da mesma capacidade em todas as raças, apenas variável no grau de cultura e passível, portanto, de atingir mesmo num representante das raças inferiores, o elevado grau a que chegaram as raças superiores, é uma concepção irremissivelmente condenada em face dos conhecimentos científicos modernos, assim sendo, para ele as raças inferiores: negros, índios e mestiços não possuíam a mesma capacidade intelectual e consciência do que as superiores (homem branco intelectual) por este motivo estariam mais propensos a criminalidade (Rodrigues, 1957, p.28).

O autor acrescenta ainda que os negros africanos são nem melhores nem piores que os brancos: simplesmente eles pertencem à outra fase do desenvolvimento intelectual e moral. Essas populações infantis não puderam chegar a uma mentalidade muito adiantada e para esta lentidão de evolução tem havido causas complexas. Entre essas causas, umas podem ser procuradas na organização mesma das raças negríticas, as outras podem sê-lo na natureza do *habitat* onde essas raças estão confinadas. Entretanto, o que se pode garantir com experiência adquirida, é que pretender impor a um povo negro a civilização européia é uma pura aberração (Rodrigues, 1957, p.114).

Com base nessas ideias Rodrigues questiona se as raças inferiores (negros, índios e mestiços) poderiam responder com igual responsabilidade penal que as superiores (brancas),

visto que não possuem discernimento para decidir entre cometer ou não um crime, e a sua consciência do dever e do direito é reduzida.

Dessa forma, observamos que a Escola positivista exerceu grande influência sobre o Direito Penal e na construção de um estereótipo social do criminoso, inclusive no Brasil por meio das ideias de Rodrigues, sendo uma expressão da seletividade do sistema penal, na medida em que segundo os representantes desta escola, já citados acima, existiriam indivíduos cujos fatores biológicos ou psicológicos seriam responsáveis por uma maior propensão criminosa, sendo o cárcere ou o manicômio o local para qual estariam destinados na sociedade, tais indivíduos pertencentes às camadas mais pobres e marginalizadas e são excluídos pelo sistema. Assim, o encarceramento seria a solução perfeita para os indesejáveis.

Como expressão de tais ideias podemos citar o caso da Colônia, o maior hospício do Brasil na cidade mineira de Barbacena, no séculos XX retratado por Daniela Arbex no livro holocausto Brasileiro, o termo holocausto utilizado pela autora não representa um exagero tem em vista que 60 mil pessoas morreram no Colônia, os chamados de “doidos” dos quais 70% não possuíam diagnóstico de doença mental evidenciam a loucura daqueles que a sociedade considera normais (ARBEX, 2013, p.13/14).

A realidade dos presídios brasileiros não difere muito da colônia, recentemente no Centro de Recuperação Regional de Altamira (CRRALT), no sudeste do Pará, 58 detentos foram mortos no "Massacre em Altamira" outros quatro detentos foram mortos durante transferência, após o massacre, totalizando 62 vítimas. Este é considerado o segundo caso com mais mortes em presídios registrado na história do Brasil, ficando atrás apenas do Carandiru, no qual em outubro de 1992, 111 presos foram mortos. Destarte, observamos que o direito penal do inimigo, não é uma mera teoria, mas uma realidade prática não muito distante de nós.

As atrocidades cometidas nos campos de detenção criados pelo Governo dos Estados Unidos após o atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, após a invasão do Afeganistão e Iraque, em Abu Chraig e Guantânamo, também são exemplos de abusos e violações de direitos humanos cometidos pela Administração e pelo Exército daquele país, sob o amparo da legislação de emergência (Patriotic Act) criada logo após o atentado, seria esse o direito penal do inimigo moderno na prática?

O direito penal do inimigo defendido por Jakobs foi alvo de fortes críticas das quais nos filiamos à realizada por Albin Eser diretor do Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau e também catedrático de Direito Penal e as considerações feitas pelo professor Francisco Muñoz Conde.²⁷

Inicialmente, no mesmo congresso no qual Jakobs anuncia sua teoria, o professor Albin Eser refuta seus argumentos e chama atenção para as consequências práticas de tais ideias, visto que a perspectiva de Jakobs era descritiva, mas e as suas consequências ?. O Direito proposto por Jakobs é incompatível com o Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos, se assemelhando ao Estado de Não Direito nacional-socialista alemão que resultou em consequências nefastas a sua adoção para a humanidade (CONDE,2011, p 8).

Eser também chama atenção para fato o de que ao se dar um poder punitivo ilimitado ao estado se abre portas para existência de um Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito. E disto temos exemplos claros na história recente da Alemanha com o nacional-socialismo, na da Itália com o fascismo, na da Espanha com a ditadura de Franco, na da antiga União Soviética e em outros países do leste da Europa durante o regime das ditaduras comunistas, como também atualmente em outros países. (CONDE,2011, p 9).

A ideia de “amigo e inimigo” já fora objeto de tese por Carl Schmitt que propunha uma distinção, a qual o Direito deveria diferenciar o “amigo” (Freund) e o “inimigo”, conferindo a cada qual um tratamento jurídico específico. Os inimigos deveriam ser excluídos por não pertencerem à comunidade do povo. Essas ideias foram colocadas em prática por Schmitt, principalmente em relação aos judeus²⁸ (WAGNER, 2004, p.215).

Diante disto, o professor Conde questiona quais seriam os critérios utilizados para estabelecer os amigos e inimigos do Estado? E acrescentamos em sociedades marcadas pela desigualdade social pela dominação de uma elite? Quem seriam os inimigos?. Conforme destaca o professor Conde se poderia considerar a ideia maquiavélica de que o fim, nesse

²⁷ Professor catedrático de Direito Penal da Universidade Pablo de Olavide de Servilha, Espanha.

²⁸ Vide o texto desse discurso, “A ciência do direito alemão em sua luta contra o pensamento judeu”, (artigo publicado na Deutsche Juristen Zeitung, 20, 1936, p. 1. 193 a 1. 199), Inn Yves-Charles ZARKA, Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, 2007, p. 95 e ss.

caso, a segurança cognitiva justifica os meios, o emprego do Direito Penal do inimigo?. Tal direito seria utilizado como nas ditaduras para os inimigos políticos? (CONDE,2011, p 23).

Cumpra destacar, conforme Conde (2011, p) que inovação trazida por Jakobs é o fato deste admitir como legítima a necessidade de um Direito Penal do inimigo também nas sociedades democráticas configuradas conforme o modelo do Estado de Direito, visto que segundo Jakobs toda sociedade possui o direito a manter sua identidade e um mínimo de “segurança cognitiva”, e com esse fim é inevitável que o Estado deve utilizar outro Direito Penal, em casos de maior gravidade e risco a segurança proveniente de sujeitos que em seu comportamento, em sua ocupação profissional ou principalmente por meio de uma organização são criminosos (CONDE,2011, p 25).

O perigo da “vagueza” do conceito de inimigo para Conde (2011 p 25) “consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detêm o poder”. Outro problema que tese levanta é: quais são os limites jurídicos do Direito Penal do inimigo e sob que base e quais parâmetros se deve determinar esses limites?

Dentro do Estado Direito existem legislações mais severas voltadas para o combate à criminalidade mais grave respeitando os limites do Estado Democrático de Direito, tais quais como as leis voltadas ao combate ao terrorismo, aos crimes hediondos, à criminalidade organizada e o narcotráfico. (CONDE,2011, p 26).

Também é importante num Estado democrático de Direito, o papel dos tribunais de Justiça de mais alto nível nacional e internacional que são responsáveis pela revisão de casos nos quais foram aplicados procedimentos e leis dificilmente compatíveis com os princípios do Estado de Direito e com o respeito aos direitos humanos, como, por exemplo, sentenças fundadas em leis que criminalizam a mera dissidência ou o exercício da liberdade de expressão, que admitem como provas dados obtidos por meio procedimentos ilegais. (CONDE,2011, p 26).

A atual jurisprudência dos mais altos Tribunais de Justiça dos países democráticos tem construído o entendimento de que nas decisões controvertidas, um Direito Penal que infrinja ou não respeite as bases do Estado de Direito, violando direitos fundamentais são fruto de um Direito Penal ilegítimo que deve ser rechaçado. (CONDE,2011, p 26).

Por fim, Jakobs ainda admite o caráter puramente bélico do Direito Penal do inimigo, como uma espécie de Direito Penal da guerra ou em guerra, no qual vale tudo com o fim de ganhá-la. (CONDE,2011, p 27).

Dessa maneira, os limites são tênues entre o Direito Penal compatível com o Estado de Direito e o Direito penal do inimigo que muitas não é declarado e é colocado em prática de forma velada, sendo assim dever dos juristas a “luta pelo Estado de Direito,”pelo reconhecimento dos direitos humanos e ir contra a corrente, contra o discurso contagioso do senso comum ou contra o que os nazistas chamavam “o saudável sentimento do povo”, que não é mais do que uma forma de gerar um “populismo punitivo” que não enxerga esse grupo como humanos absolutamente demagógico e próximo a um processo de fascismo social requer muita coragem.

O grande mérito segundo Conde (2011, p.28) da teoria de Jakobs é o de nos fazer recordar que o Direito Penal do inimigo, tal como ele o descreve e assume, não é privativo de uma determinada ideologia ou sistema político, mas sim uma amarga realidade mesmo nos Estados de Direito, visto que os limites entre o Direito Penal do Estado de Direito e o Direito Penal do inimigo são cada vez mais difusos, a mais refinada dogmática jurídica pode caminhar paralela e inclusive servir de legitimação à barbárie, como justificativa para se cometer atrocidades de forma legal, em nome de um bem maior.

O Direito Penal do inimigo presente em nossa sociedade é uma realidade que evidencia através dos números apresentados na Prosopografia do Sistema Carcerário que tem um público alvo pessoas de baixa escolaridade, sem influência política e econômica junto aos poderes constituídos, sendo em sua maioria é composta por jovens negros de 18 a 29 anos, que ainda não cursaram o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental, ou seja, grande parte de nossos jovens estão encarcerados em condições sub-humanas em que seu direitos básicos são violados. A seletividade punitiva do nosso sistema que será abordada no próximo tópico pode ser constatada por meio desse perfil, o Direito penal do inimigo no Brasil está reservado a este grupo.

2.4 O Hiperencarceramento Seletivo no Brasil: Labeling Approach e Loic Wacquant

O Direito Penal Brasileiro e a sua ideologia punitiva desde sua origem esteve vinculado às forças produtivas sociais, ditadas pelos valores sociais defendidos pelas classes dominante de cada período histórico que utilizaram o direito para manutenção de seus interesses econômicos e políticos e para a conservação dos seus privilégios.

Wacquant em *Deadly symbiosis*²⁹ descreve como fenômeno do hiperencarceramento utilizando a expressão *mass incarceration*³⁰, é substituída pelo conceito de hiperencarceramento porque reduz os debates cívicos e científicos sobre prisão e sociedade nos Estados Unidos pelo conceito mais refinado de hiperencarceramento, a fim de salientar a seletividade extrema da penalização, de acordo com a posição de classe, o pertencimento étnico ou status cívico e o local de residência, uma seletividade que é um aspecto constitutivo (e não um atributo incidental) da política de gestão punitiva da pobreza (WACQUANT, 2014, p. 156)

Neste trabalho optamos também pelo uso da expressão hiperencarceramento tendo em vista a seletividade punitiva pautada na posição de classe, o pertencimento étnico ou status cívico e o local de residência existente no Brasil.

O hiperencarceramento seletivo que vem ocorrendo no Brasil é o reflexo deste direito penal do inimigo que está a serviço das classes dominantes e da seletividade do sistema que tem um público alvo, o que Souza denomina de *ralé* Brasileira.

Consoante Souza (2009, p.25) a *ralé* é a “classe de indivíduos” que nasceram sem o “bilhete premiado” de pertencerem às classes alta e média. O privilégio positivo do “talento inato” das classes alta e média é transformado em privilégio negativo de toda uma classe social que se produz e se reproduz como classe de indivíduos com um “estigma inato”. Essas são as pessoas que estão sempre a um passo ou com os dois pés dentro da delinquência e do abandono.

Acrescenta o autor que a *ralé* brasileira não se confunde com proletariado tradicional, ela não encontra emprego no setor produtivo que pressupõe a incorporação de conhecimento

²⁹ *Deadly symbiosis* :When ghetto and prison meet and mesh Copyright © SAGE Publications. London, Thousand Oaks, CA and New Delhi. Vol 3(1): 95–134. 2014.

³⁰ Que em inglês acaba tendo uma dupla significação, sendo “encarceramento de massa” ou “encarceramento em massa”(utilizada pelo autor em publicações anteriores a 2006),

técnico ou capital cultural³¹, ela só pode ser empregada enquanto mero “corpo”, ou seja, como mero dispêndio de energia muscular, seja no trabalho das empregadas domésticas, seja como dispêndio de energia muscular no trabalho masculino desqualificado, seja ainda na realização literal da metáfora do “corpo” à venda, como na prostituição (SOUZA, 2009 p.24).

Este fenômeno resulta em um sistema carcerário composto em sua maioria por aqueles que são excluídos socialmente, um amontoado de pessoas, marcadas pelo abandono e invisibilidade perante a sociedade, a marginalização desse grupo de indivíduos é legitimada pela sociedade, sob a justificativa de combate a violência e tem respaldo no discurso do senso comum de que “bandido bom é bandido morto”.

Não há sensibilidade legislativa para o tema, a sociedade brasileira não reconheceria os presos como seres humanos titulares de dignidade e de direitos, as discussões sobre a melhoria de suas condições são reservadas ao campo da assistência social devido a sua invisibilidade.

Os dados do INFOPEN ratificam o hiperencarceramento seletivo que ocorre no Brasil, que vivenciou de 2000 a 2016, um aumento de 157% na taxa de aprisionamento, em 2000 existiam 137 (cento e trinta e sete mil) pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes no Brasil e em Junho de 2016, podemos observar o aumento para 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Ademais, a superlotação é notória constatamos que são mais de 700 mil presos para pouco mais de 350 mil vagas. O público alvo desse fenômeno, em sua maioria, são jovens negros e pardos de baixa escolaridade.

Todavia essa política criminal não tem se mostrado eficiente tendo em vista que o encarceramento em massa que vem ocorrendo no Brasil não gerou qualquer impacto positivo sobre os indicadores de violência, pelo contrário, na contramão da tendência mundial, o Brasil testemunhou de 2000 a 2016, um aumento de 157% na taxa de aprisionamento.

Diante deste contexto, Dutra (2015, p.167) acrescenta que o Estado nunca pune tudo, mesmo que se lhe conceda amplos poderes. Ele pune de forma seletiva. Busca punir os inimigos da ordem social que ele quer representar e, recorrendo a meios legítimos ou não

³¹ É por meio do que Souza (2009, p.21) denomina de capital cultural é o conhecimento técnico e escolar, que os excluídos e marginalizados podem ser tornar protagonistas de novas histórias para o autor o que diferencia a classe média da ralé é sua apropriação do capital cultural.

tende a não punir os amigos da ordem. Isso para não falar nos Estados de exceção, que não somente não punem seus amigos, como ainda praticam crimes contra seus inimigos.

Observamos tal realidade no Brasil, visto que o tratamento dado aos criminosos de colarinho branco, influentes e membros de uma elite política que ocupa e se perpetua nos espaços de poder é diferente do que é reservado a ralé. O manto da impunidade, dos privilégios, das ilhas de salubridade do sistema prisional está a serviço das classes dominantes.

Existe uma tendência seletiva no sistema penal que cumpre uma função simbólica de dominação das camadas sociais marginalizadas pelo Estado. Além, das funções declaradas do sistema penal, há uma função não declarada que é a de sustentar a sobreposição de grupo social sobre outro, dessa forma o discurso de controle penal não é neutro (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2012, p.77).

.Ainda no mesmo sentido, segundo Becker (2008. p. 15) a legitimação desse modelo mantém a sociedade de classes, de desigualdade e exclusão, apesar de o constitucionalismo democrático, dos discursos em prol dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana como valores maiores das sociedades modernas ser um discurso teórico, na prática são os pobres e miseráveis denominados de “outsiders”³² por Becker, que passam a ser inimigos da sociedade, sob o manto controlador do direito penal, revitalizando o sistema capitalista em suas novas formas de dominação.

Na mesma perspectiva Loïc Wacquant, em as “As Prisões da Miséria” realiza uma discussão a respeito do processo de criminalização da miséria e dos miseráveis, pelo qual passou os Estados Unidos, analisando a relação entre as políticas sociais e as políticas penais retratando a dupla regulação exercida pelo Estado sobre a população pobre que era vista como uma “categoria problemáticas e perigosas” apesar de escrito no contexto Americano e Europeu, a realidade retratada pelo autor se assemelha bastante ao que vivenciamos no Brasil na atualidade.

³² quando uma pessoa infringe tal regra, que é considerada errada pelo grupo, esta passa a ser vista como um “outsiders.”

Nesse sentido, Wacquant (2003, p.30) explica que o endurecimento generalizado das políticas policiais, judiciárias e penitenciárias que se observa na maioria dos países do Primeiro Mundo nas duas últimas décadas faz parte de uma tríplice transformação do Estado e da maciça expansão do seu punho penal como uma é a resposta burocrática das elites políticas às mutações do assalariamento (passagem para os serviços e a polarização das ocupações, flexibilização e intensificação do trabalho, individualização dos contratos de emprego, descontinuidade e dispersão dos trajetos profissionais) e a seus efeitos devastadores nos escalões inferiores da estrutura social e espacial.

Essa transformação e mutações são o produto da oscilação na correlação de forças entre as classes e os grupos que lutam, a todo o momento, pelo controle dos mundos dos empregos. E, nessa luta, são o grande patronato transnacional e as frações “modernizadoras” da burguesia cultura e da alta nobreza do Estado, aliados sob a bandeira do neoliberalismo, que levaram a melhor a se engajaram numa vasta campanha de reconstrução do poder público de acordo com os seus interesses materiais e simbólicos (Wacquant, 2003, p.30).

Também num momento histórico de muitas lutas sociais, dentro e fora dos EUA, marcada no plano externo pela Guerra fria e a divisão mundial entre os blocos capitalista versus socialista e no plano interno pela luta das minorias negras por igualdade, pelo fim da discriminação sexual e pelo engajamento dos movimentos estudantis na reivindicação pelos direitos civis, surge a teoria do Labelling Approach ou etiquetamento social, desenvolvida no fim da década de 1950 e início da de 1960 pelos autores pertencentes à Escola de Chicago, nos EUA, da necessidade trazida por essas transformações de que o indivíduo passasse a ser analisado como parte de uma sociedade, de grupos sociais, com identidade social, não somente como ser individual como explica Sergio Salomão Shecaira (SHECAIRA, 2004. p. 371-374).

Tais mudanças exigiram a criação de um novo paradigma criminológico, a criminalidade passou a ser analisados como construções sociais e as condutas que não se enquadravam no comportamento padrão e nas definições psiquiátricas da época, tais como: a homossexualidade, o uso de drogas, o movimento hippie etc. eram classificadas como “desvio social” (SHECAIRA, 2004. p. 371-374).

Assim por meio da teoria do Etiquetamento Social, o crime passa a ser definido pelas instâncias de controle social que o definem como crime ou não e não mais pela conduta do

agente, o criminoso não é assim considerado pelo ato que pratica, mas sim pela etiqueta que lhe é colocada, e tal rótulo poderá excluí-lo da sociedade, podendo ele ser estigmatizado e rejeitado (SHECAIRA, 2004. p. 371-374).

Além disto, por meio do Labelling Approach ou Etiquetamento Social, as instâncias de controle definem o que será punido e quem será punido, o que demonstra a seletividade do sistema penal, uma vez que nem todos os crimes são perseguidos pela sociedade e pelo Estado, punindo-se, assim, somente parte dos crimes e das pessoas. Apenas alguns indivíduos são etiquetados.

Sobre o mesmo tema Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que “estes estereótipos” permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes os de colarinho branco, corruptos, de trânsito, dentre outros, sendo assim o sistema penal brasileiro é um retrato dessa seletividade, basta analisarmos o perfil da população majoritariamente encarcerada e quem são os “inimigos” do direito penal no Brasil.

O abandono do ideal de reabilitação é uma das marcas no sistema penal na década de 1970 e que perdura até os dias atuais, como também a sua substituição por uma “nova penologia”, cujo objetivo não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando seu eventual retorno à sociedade, uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de “detritos sociais” que com o trabalho social que visa ressocialização (GARLAND, 1995, p. 86).

A esse respeito Bauman (1999, p. 128) acrescenta os argumentos de que a globalização radicalizou a dissolução de “tudo o que é sólido” e não se tem mais necessidade de uma sociedade fundada na ética do trabalho. Diante disto, não é mais necessário que os criminosos se regenerem, trabalhem nas prisões, tornem-se virtuosos, mas apenas que sejam contidos e, acima de tudo, imobilizados em poucos metros quadrados em instituições que antes eram o marco disciplinar da sociedade, o aparelho disciplinador por excelência, e que agora não passam de fortalezas que paralisam os miseráveis indóceis.

O Estado diante da globalização é chamado a abandonar o seu perfil de welfare state para assumir uma função meramente policial, gendarme do capital, garantidor das atividades

de acumulação de capital Bauman (1999, p. 128). Acrescentamos a afirmação do autor, que o Estado também é garantidor da seletividade e contenção dos indesejáveis, dos “inimigos.”

Por conseguinte, este Etiquetamento que confere o status de criminoso terá consequências graves na vida dos indivíduos e da sociedade que consoante Cardozo (2004, p. 7) mantém essas ideias e visão de mundo impregnada em seu subconsciente, sendo difícil a desconstrução dessa visão que resulta em uma cultura do encarceramento, essas ideias serão explanadas no próximo capítulo.

Por fim, diante da seletividade do sistema, o indivíduo que já foi encarcerado não consegue outras oportunidades e não adquirem capital cultural, visto que muitas vezes o estado só “aparece” na hora de punir, visto que seus direitos fundamentais não foram conferidos e o indivíduo poderá não ter outra forma de sobreviver em sociedade senão dentro do crime, pois, em decorrência desse rótulo, esse agente dificilmente conseguirá se reposicionar na sociedade, por já ter sido um “desviante” e ser considerado irrecuperável está destinado ao encarceramento e a exclusão.

CAPÍTULO III

“As convicções são cárceres. Mais inimigas da verdade do que as próprias mentiras”.

(Friedrich Nietzsche)

3. AS CULTURAS DO ENCARCERAMENTO, SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO: OS ELEMENTOS PSICOLÓGICOS E IDEOLÓGICOS DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 O Cárcere das Ideias e As Culturas do Encarceramento;

O Brasil possui a terceira maior população carcerária, com mais de 725 mil pessoas presas, ficando atrás apenas da China (1,6 milhão) e dos EUA (2,1 milhão) em população carcerária, seguido na quarta colocação pela Rússia. A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.

Cerca de 40% dos presos hoje são provisórios, ou seja, ainda não têm condenação judicial, além disto, mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. São esses são alguns dos dados demonstrados na prosopografia do Sistema Carcerário realizada no capítulo anterior, é com base neles que a doutrina, jurista, pela jurisprudência e o poder judiciário tem evidenciado que vivemos em uma cultura do encarceramento.

O termo cultura do encarceramento é apontado como uma das causas desses números assustadores e utilizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Ministro Marco Aurélio relator da ADPF 347³³ “vivemos uma cultura do encarceramento.”.

No entanto, quando buscamos um conceito para essa Cultura tão mencionada como responsável pela superlotação das prisões brasileiras nos deparamos com um vazio retórico,

³³ A ADPF 347, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido de medida cautelar é voltado a obter do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” ante a ocorrência de violação massiva no sistema prisional de direitos fundamentais dos presos, resultante de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, considerado o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país.

com argumentos superficiais, mas o que seria essa Cultura do encarceramento? ou melhor, essas Culturas do encarceramento?.

Nesta dissertação optamos pelo uso do termo “Culturas do encarceramento” tendo em vista que essas culturas permeiam o pensamento de diversos grupos sociais, do legislador, do senso comum, da sociedade, dos advogados, inclusive dos magistrados, por meio dos elementos ideológicos e psicológicos da decisão judicial que são o objeto de estudo deste capítulo.

Na ausência de uma definição clara com base nas ideias de Karl Manheim na obra *Ideologia e Utopia* e de Benjamin Nathan Cardozo na obra *A Natureza do Processo Judicial*,³⁴ que é o referencial teórico principal dessa dissertação e a luz da perspectiva realista americana adotada nesse estudo, elaboramos uma definição para as “Culturas do encarceramento”, tendo como ponto de partida a ideia de ideologia no sentido geral de Manheim (1968, p.82) como a visão de mundo de uma classe, de um grupo social.

Segundo Freitas (2006, p.17) ao longo da história o termo ideologia já possuiu diversos significados, sendo utilizada desde senso comum até o científico. E foi utilizado pela primeira vez pelo Filósofo Francês Destutt Tracy³⁵ que criou o termo como estudo da origem e formação das ideias. Todavia foi o Frances Bacon que realizou as primeiras investigações teóricas na obra *No Novum Organum*, por meio da teoria dos idola, considerada como precursora do conceito moderno de ideologia.

Os *ídolos* segundo Bacon são os preconceitos que constituem obstáculos para se atingir o conhecimento verdadeiro das coisas. Os *Destructuens* são as causas, os erros que conduzem a interpretação dos fenômenos observados sob uma ótica distorcida (BACON, 1973,p.61).

Os idola (ídolos) podem ser classificados em categorias distintas como: idola da *Tribus* (da tribo), idola *Specus* (da Caverna),idola *fori* (praça) e o idola *theatri* (do teatro).³⁶

Os idola *tribus* podem ser definidos como preconceitos generalizados, já o idola *specus* são os preconceitos de natureza individual, particulares a um grupo, que surgem pelas

³⁴ CARDOZO, Benjamin. The Nature of Judicial Process. New Haven: Yale University Press, 1991.

³⁵ Em *Eléments D'idéologie*

³⁶ Referência a Platão, o mito da Caverna.

influenciais da cultura da educação e dos costumes, sendo assim as influências pessoais e psicológicas de cada indivíduo (BACON, 1973,p.61).

O idola *fori* (praça) são os erros de apreciação provenientes do intelecto, as limitações vocabulares e de conhecimento, já o idola *theatri* (do teatro) são os preconceitos que tem sua origem em obras teóricas e filosóficas que apresentam erros, podendo ser comparadas a ficções científicas.

Os idola são obstáculos ao alcance do conhecimento real, sendo preconceitos, falsas noções do mundo e das coisas que nos permeiam e podem ser utilizados para melhor compreensão das Culturas do encarceramento que permeiam nossa sociedade para que possamos entender sua origem e propagação.

Quando estudamos, aplicamos o direito positivo, analisamos uma norma, interpretamos seu significado, lemos a doutrinas e jurisprudências, fazemos uso dos idola *fori* (praça) e o idola *theatri* (do teatro), visto que colocamos nossa impressões pessoais nesse julgamento, realizamos nossa interpretação do caso jurídico (FREITAS,2006, p.21).

Na perspectiva Marxista³⁷ que exerceu influencia sobre de Manheim, a ideologia é considerada uma falsa consciência, uma percepção distorcida da realidade como o exemplo da metáfora da inversão da imagem na retina fenômeno óptico (FREITAS,2006, p.25).

Ainda sob a perspectiva marxista a ideologia está ligada as condições de produção, nas relações humanas e na dominação de uma classe, os trabalhadores seriam dominados pela ideologia da classe dominante (FREITAS,2006, p.27).

O direito como a sociedade não está livre das influências ideológicas, tendo em vista que seus operadores, legislador, advogados, juízes, promotores nunca iriam trabalhar contra sua ideologia que na maioria dos casos segundo Marx é da classe dominante, estando também a lei a serviço dessa mesma classe que utiliza da segurança jurídica para manutenção do status quo, utilizando o discurso retórico do *pacta sunt servanda*. É com base nestas ideias que Marx vincula o termo ideologia a alienação (FREITAS, 2006, p.30).

³⁷ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. A Ideologia Alemã. 3a edição, São Paulo, Ciências Humanas, 1982.p.26

Dessa maneira, optamos pelo uso de uma análise realista do direito porque como nos explica Freitas ela se opõe a essa visão idealista do Direito alienante, a abstração utópica da realidade, da sua distorção (FREITAS, 2006, p.31).

É por meio da ideologia da classe dominante que o cárcere das ideias que permeiam o imaginário do senso comum é formado e alimentado pela mídia, é dessa forma que a visão de que a prisão é a única alternativa para o combate ao crime organizado é propagada, quando na verdade, tal medida, segundo dados do INFOPEN,³⁸ apresentados no segundo capítulo, não tem produzido qualquer redução na criminalidade.

É dessa forma que a cultura do encarceramento permeia a mentalidade de cidadãos juristas e dos juízes que são o objeto desse estudo, ela é fruto de outros fatores também como a *idola theatri* (do teatro) do direito penal do inimigo e do etiquetamento social³⁹ que foram propagado pelo discurso científico do século XIX e continua presente no imaginário e no subconsciente do juiz por essa razão predemos muito e predemos mal.

Conforme Ricoeur (1986, p.70) em interpretações e ideologias, a ideologia possui três funções principais: a dominação, a deformação e a conservação. A dominação é substituída pelo autor no decorrer de sua obra pelos termos legitimação, distorção e integração, essas funções estanques se ligam a uma função geral, a de conservação do status quo.

Elas são transmitidas por meio da dominação para conservação do status quo de determinadas situações sociais e para manutenção da dominação, por meio das deformações, de imagens invertidas.

Consoante Freitas (2006, p.42) para Mannheim as três funções são legitimação, distorção e integração, a legitimação está para dominação como a distorção estaria para deformação e a conservação para a integração. Mesmo sendo obras distintas o sentido é o mesmo.

Segundo Mannheim (1968, p.66ss) os grupos dominantes podem estar tão ligados a seus interesses e situações que não conseguem mais perceber certos fatos que poderiam solapar seu senso de dominação, dessa maneira o inconsciente coletivo de certos grupos

³⁸ O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004.

³⁹ Esses conceitos foram explanado no capítulo II desta dissertação.

sociais obscurece a real situação da sociedade tanto para si, quando para os demais. Esse inconsciente coletivo volta às costas a tudo que pode abalar suas crenças e verdades ocultando até mesmo a realidade.

A ideologia para Mannheim possui a função de conservação de uma determinada situação, é a legitimação do que já existe e está a serviço da manutenção do status quo, diferente do conceito de utopia do autor que é a negação do topos, do lugar, e a busca de transformação (MANNHEIM, 1968, p.126ss)

Por fim, com base nessas considerações acima e nas ideias de Mannheim influenciadas pelo marxismo, por Bacon e Ricoeur definimos a cultura do encarceramento como: uma ideologia da classe dominante a serviço da conservação do status quo. Essa cultura permeia o subconsciente da sociedade, do judiciário, do legislativo, dentre outros e se sustenta no Direito penal do inimigo e no etiquetamento social e é a ideologia das classes dominantes e resulta na atual situação do sistema carcerário brasileiro, o processo crítico de desconstrução dessa visão de mundo é lento, complexo devido às barreiras culturais e sociais, mas é necessário.

Para compreender esse processo ideológico do julgador tomamos como base o realismo jurídico e as ideias de Cardozo, o que faremos no próximo tópico.

3.2 A Teoria da Decisão Judicial e o Realismo Jurídico Americano;

O realismo jurídico que é uma corrente do pensamento jurídico contemporâneo que pertence ao positivismo jurídico em sentido genérico e se diferencia dele em sentido estrito, tendo como principal característica a preocupação com a efetividade, com a aplicação prática dos Direitos, assim como o positivismo jurídico tem como preocupação central a validade da norma, o realismo tem como seu ponto central a sua eficácia (BOBBIO,1995, p.142).

Na concepção realista a definição de direito baseada no requisito único de validade é insuficiente, para essa corrente de pensamento é necessário à introdução do requisito da eficácia. Para os realistas, o Direito é um fato social, uma realidade social, uma realidade de fato, e sua função é ser aplicado, dessa forma, uma norma que não é aplicada que não possui eficácia não é considerada Direito para essa escola realista do direito (BOBBIO,1995, p.142).

O direito pode ser definido na concepção realista “como o conjunto de regras que são efetivamente seguidas em uma determinada sociedade”. Dessa forma, os realistas enfocam o direito sob o ponto de vista do “ser” e não do “dever ser” como os positivistas. Ao tratarem da eficácia do Direito, os realistas estão se referindo ao comportamento dos juízes, visto que as normas são aquelas que os juízes aplicam no exercício de sua função, assim sendo o ordenamento jurídico é aquele composto pelos que os juízes aplicam e não pelo que o legislador produz e não tem eficácia. (BOBBIO,1995, p.142-143).

O realismo se diferencia do legalismo exegeta que possui como foco o legislador e o julgador é apenas a boca da Lei, segundo Freitas (2015, p.23) porque ele acentua o papel judicante, todavia o realismo não se assemelha ao divisionismo, visto que este concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador e para o realismo o direito é fruto da discricionariedade do julgador e não da arbitrariedade. Para o decisionismo qualquer decisão desde que proferida por um juiz vale, tal perspectiva é oriunda dos Regimes totalitários, no qual o direito não admitia oposição e nenhum indivíduo dentro dele possuiria autonomia.

Freitas (2015, p.61) nos adverte que apesar de para Cardozo⁴⁰ a norma feita pelo juiz ser uma realidade da vida, seria um erro grosseiro, sob a ótica realista, acreditar que os juízes decidem suas causas de forma aleatória e de acordo apenas com suas convicções desprezando que existam fatores e mecanismos garantidores de segurança jurídica (FREITAS, 2015, p.88).

Apesar do realismo entender que o direito é o que o juiz diz que é direito, esse processo não ocorre de forma irracional e sim a partir da moldura normativa, visto que existe um apego ao precedente (Freitas, 2015, p.23).

Para o realismo o direito é fato social, não sendo possível estudá-lo como mero ordenamento jurídico, ou seja, composto por normas hierarquicamente organizadas em uma perspectiva meramente dogmática, visto que tais normas só serão consideradas direito para o realismo se possuírem eficácia. (Freitas, 2015, p.34).

⁴⁰ Teórico do realismo americano, autor de *The nature of judicial process*, que será explorado no próximo capítulo. Defende a ideia de que o juiz contempla na tomada de decisão um vasto e pouco preciso conglomerado de princípios, regras, costumes, usos e padrões morais que são incorporados nela pelo processo de seleção feito por ele (FREITAS, 2015, p.15/16).

A perspectiva adotada nesta dissertação é do realismo americano que se diferencia do Escandinavo da escola de Upsala, que tem como principais autores: Axel Hagerstrom, Karl Olivercrona, Alf Ross, etc.

O realismo escandinavo possui um caráter mais especulativo e uma ênfase maior na perspectiva linguística, enquanto que o americano possui como centro de preocupação o psicologismo como principais autores podemos citar: Oliver Wendel, Holmes Jr, Benjamin Nathan Cardozo, Louis Brandeis, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn, etc.

O modelo judicial americano no qual o realismo surge e Cardozo atua tem impactos diferentes dos que ocorrem no ordenamento jurídico Brasileiro tendo em vista que no Direito americano, no Common Law, consoante Almeida (2016) existem algumas semelhanças como sistema Inglês, principalmente em relação ao poder dos precedentes judiciais como fonte de direito, mas também existem algumas diferenças.

Os Estados Unidos adotam um regime federalista, com um governo federal e 50 Estados, com autonomia para disciplinar o respectivo direito. Há também nos Estados Unidos uma Constituição escrita, assim como o controle difuso da constitucionalidade, seguido por outros países. O Direito Brasileiro adota o sistema da Civil Law no qual a principal fonte do direito é escrito e está na legislação (Constituição e leis).

Conforme Cardozo(2004) no sistema americano a norma feita pelo juiz é uma realidade da vida, mas apesar das influências do subconsciente do julgador, seria um erro grosseiro, acreditar que os juízes decidem suas causas de forma aleatória e de acordo apenas com suas convicções desprezando que existam fatores e mecanismos garantidores de segurança jurídica (FREITAS, 2015).

Para compreender a função desses elementos do subconsciente e as ideias de Cardozo no próximo tópico explanaremos sua obra: A Natureza do Processo Judicial que é o referencial teórico principal dessa dissertação.

3.3 Os Elementos do Subconsciente e o Realismo Cardoziano;

Benjamin Nathan Cardozo⁴¹, em 1932 foi indicado para a Suprema Corte pelo Presidente Herbert Hoover; ocupou a vaga de Oliver Wendell Holmes Jr, na década de 1930 tentou aprovar a legislação que implementou um programa anti-recessivo, o New Deal.

Escreveu o livro *A Natureza do Processo Judicial- The Nature of the Judicial Process* que é extrema importância para a compreensão do realismo jurídico norte-americano, que denominamos nesse estudo de realismo cardoziano. Essa obra é o referencial teórico principal deste trabalho.

O Realismo aqui denominado pela autora de Cardoziano possui como característica principal a percepção do juiz como protagonista no papel judicial criativo, positivo, produtor de normas, a exemplo da atividade do legislador propriamente dito, embora, em princípio, em espaço mais limitado. Diferentemente do nosso sistema jurídico que cabe ao legislativo o papel de elaborar as normas e de Montesquieu (2004, p. 195) que dispõe que o magistrado é apenas como a boca da lei.

Nos adverte Cardozo (2004, p.02) que na estranha mistura produzida pelos caldeirões dos tribunais diariamente, existem ingredientes que participam em proporções variadas e eles não se reúnem por acaso, algum princípio ainda que inconfesso e não articulado e subconsciente orientou o preparo da infusão, houve uma escolha, e os motivos que a determinaram, muitas vezes obscuros não resistem plenamente à análise, ou seja, existem elementos psicológicos que influenciam nas decisões judiciais, eles também são ingredientes dessa mistura preparada pelos juízes.

O autor acrescenta que existem forças que por se encontrarem tão abaixo da superfície só podem ser classificadas como subconscientes, os juízes como todos os seres humanos ao longo de sua existência são levados por forças que não conseguem reconhecer ou identificar, são eles instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas, em resumo um estilo de vida, uma percepção das necessidades sociais, dessa maneira, esses elementos fazem parte também dos ingredientes que compõem o caldeirão dos tribunais (CARDOZO, 2004, p.7).

⁴¹ Nasceu em 1870 e faleceu em 1938. De ascendência judaico-sefardita, Cardozo foi juiz em Nova York e posteriormente ocupou uma vaga na Suprema Corte em Washington. Estudou Direito em Columbia.

Ademais, Freitas acrescenta que a abordagem de Cardozo a respeito de como os juízes decidem suas causas, especificamente os elementos subconscientes no processo judicial é um contraponto é a ideia de uma decisão baseada apenas no silogismo lógico-formal, visto que para os realistas os juízes tomam suas decisões em seus impulsos que possuem raízes em fatores políticos, econômicos, sociais e, sobretudo da sua própria idiossincrasia e não só por dedução lógica, pelo contrario primeiro se decide e depois a decisão é submetida a uma racionalização lógica. (FREITAS, 2015, p.60).

Para elaboração dessa ideias ele toma como base o pensamento de William James para descrever o papel dos juízes segundo Cardozo somos lembrados por William James em suas aulas sobre o pragmatismo, que cada um de nós possui verdadeiramente uma subjacente filosofia de vida, até mesmos aqueles de nós para quem são desconhecidos os nomes e as noções de filosofia. Há em todos nós uma tendência, chame isso de filosofia ou não, que nos confere coerência ao nosso pensamento e às nossas ações. Os juízes não conseguem escapar desse fato que ocorre com todos os mortais (Cardozo, 1991, p. 12).

Segundo o autor, o magistrado por ser humano como qualquer outro, e que ao decidir imprime no ato decisório suas idiossincrasias: ao afirma que durante suas vidas os juízes são movidos por forças que eles não reconhecem e não conseguem nominar, disputam neles mesmos- instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; e o resultado é um modo de se ver a vida, uma concepção de necessidades sociais (...) a partir desse pano de fundo mental todos os problemas encontram um abrigo. Podemos tentar ver as coisas tão objetivamente quando podemos. Todavia, não podemos ver as coisas com outros olhos exceto com os nossos próprios (CARDOZO, 1991, p. 12).

Por meio desses argumentos Cardozo demonstra a influencia dos elementos do subconsciente na decisão judicial, sendo a aderência do juiz ao precedente, que demonstra os elementos subconscientes que agem no processo judicial.

A coletividade como juiz também sofre essas influências das quais os seres humanos não estão livres nem o Direito, que percebido pela coletividade e pelo julgador sobre o manto desses elementos do subconsciente.

Diante da existência de lacunas no direito o autor afirma que:

(...) quando ao Direito é deixada uma situação não alcançada por uma regra jurídica pré-existente, não há nada a ser feito a não ser contar com um árbitro imparcial que

declarará o que deverá ser feito por homens justos e razoáveis, que conhecem os hábitos e costumes da vida em comunidade, e que parâmetros de justiça e de negociação justa prevalecerão, o que deverá ser feito nessas circunstâncias, a partir de regras que não o costume e a consciência que guia essas condutas. A sensação que se tem é que em nove casos entre dez a conduta de razoáveis não seria diferente do comportamento previsto pela lei, se norma existisse (Cardozo, 1991, p. 143).

Cardozo entende que existem várias maneiras de se julgar um mesmo caso e que os elementos da personalidade do julgador terão grande influência na decisão final proferida por ele, sua filosofia de vida estará presente na decisão. São essas as ideias sobre as se assenta o realismo jurídico norte-americano. Vejamos:

A excentricidades dos juízes compensam as diferenças que há entre eles. Um determinado juiz olha para os problemas a partir de um ponto de vista histórico, outro sob um prisma filosófico, um terceiro a partir da utilidade social; um deles é formalista, outro é latitudinário, um deles tem medo da mudança, outro é insatisfeito com o presente; a partir do atrito de diversas mentes alcança-se algo que tenha constância e uniformidade bem maiores do que seus componentes individuais (CARDOZO, 1991, p. 177).

Se perguntarmos como um interesse deve se sobrepor ao outro [entre legisladores e juízes], eu posso apenas responder que o juiz deve obter seu conhecimento do mesmo modo que o legislador obtém o seu, a partir da experiência, do estudo e da reflexão; em poucas palavras, a partir da vida mesmo. A escolha de método, o peso de valores, precisam ao fim ser guiados por considerações de ambos. Cada um deles está legislando nos limites de suas competências. Não há dúvida de que os limites dos juízes são mais estreitos. O juiz só legisla onde há lacunas. Ele preenche os espaços vazios que há na lei (...) Não obstante, nos limites entre os espaços livres, os precedentes e as tradições, as escolhas se movimentam com liberdade que marca a ação como criativa. O direito que se aplica não é encontrado, ele é feito. O processo, sendo legislativo, exige a sabedoria do legislador (CARDOZO, in Fisher III, 1993, p. 177).

Ao descrever o papel do juiz em contra ponto ao papel do legislador ele entende que o legislador também é criador do direito e também a ele falta objetividade, pelas mesmas razões apontadas em relação aos juízes, visto que eles também não estão livres das influências dos elementos do subconsciente.

3.4 Os Elementos Psicológicos e Ideológicos da Decisão Judicial, a Cultura do Encarceramento e a Ideologia como Cultura de Conservação do Status Quo.

Na prática no Direito Brasileiro podemos observar essas influências dos Elementos Psicológicos e Ideológicos nas decisões judiciais, especialmente na esfera penal, que é objeto

desse trabalho, por meio da observação da aplicação das medidas cautelares, tais decisões refletem uma ideologia em comum: a cultura do encarceramento.

Segundo Ferrajoli, Luigi (1997,p.776) o grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que denomina “ crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”, visto que no Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Assim sendo, adotamos o posicionamento de Ferrajoli, Luigi. (1997, p. 776) no qual o autor afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição.

Ademais, ele acrescenta, que se fosse verdade que as prisões cautelares não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo, pois não tem direito a regime semiaberto ou saídas temporárias.

A esses argumentos acrescentamos o de que muitas vezes se cumpre durante a prisão preventiva uma pena mais severa do que aquela que indivíduo caso seja condenado ira cumprir, assumindo assim as características de uma pena antecipada mais gravosa.

Nesse mesmo sentido Carnelutti, Francesco (1950, p. 75) destaca que as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado.

É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo. O custo se paga, desgraçadamente em moeda de injustiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena.

Por conseguinte, nos filiamos a posição de Lopes Jr (2017,p.27) as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma falsa noção de “ eficiência” do aparelho repressor

estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Assim sendo, o problema não é legislativo, mas cultura. A esse argumentos acrescentamos a presença da cultura do encarceramento na nossa sociedade, nos nossos subconscientes e dos julgadoras aliada as pressões feitas pela mídia.

Além disto, a reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei 12.403, de 2011, que inovou ao estabelecer um rol de medidas cautelares diversas da prisão se revela como uma tentativa de contenção dessa população carcerária provisória. No entanto, a adoção de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade não tem se mostrado eficaz, tendo em vista que o objetivo das medidas cautelares é reduzir o encarceramento, no entanto as medidas cautelares vêm sendo utilizadas para o sujeito que já seria posto em liberdade antes da sua inserção no ordenamento jurídico, sendo assim uma “punição a mais” a ser aplicada (Lopes Jr, 2017,p.25).

Assim sendo, observamos que a Lei n. 12.403/2011 ao introduzir mais uma reforma no processo penal brasileiro as denominadas Medidas Cautelares Pessoais que são fruto do PL n. 4.208, tal como as reformas pontuais gerou inconsistência e incoerência sistêmica e alguns questionamento a respeito do projeto em tramitação no senado PLS n. 156 que tem como objetivo a elaboração de um novo Código de Processo Penal.

Por que transformar o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos, se existe um projeto em tramitação que pretende reformar por completo este instrumento normativo? Consoante Lopes Jr (2017,p.12) a resposta para essa pergunta não é jurídica, mas política, ao colapso vivenciado por nossos presídios, visto que no ano de 2011 o nosso sistema carcerário chegava ao ápice de sua decadência, uma vez que com o vigor da Lei 12.403 em 2011 superamos a marca dos 500 mil presos, dos quais quase 200 mil são presos cautelares esses números só aumentaram como demostram os dados do Infopen de 2017. Isso mostra que não houve a significativa redução do número de presos cautelares, que seguem crescendo.

Ademais, há grave falha das mudanças legislativas em matéria penal reside na falta de um estudo prévio de impacto carcerário e na falta de acompanhamento da efetiva implantação das mudanças. São feitas leis penais sem um estudo dos seus possíveis reflexos a curto, médio e longo prazos. Tampouco se faz um acompanhamento da implantação com a respectiva correção de rumos (Lopes Jr, 2017,p.12).

O que revela uma interferência dessa cultura do encarceramento no direito, como uma tentativa de se dar uma resposta rápida e superficial a um problema complexo e um reflexo da cultura encarceradora que permeia a sociedade, o legislativo e judiciário que também fazem parte dela, por meio da falsa ideia de justiça que a prisão produz na sociedade.

Essa interferência da cultura do encarceramento no Direito, especificamente na interpretação das normas referentes a prisão preventiva e as medidas cautelares feita pelos magistrados sob a influência da necessidade de uma resposta rápida a criminalidade, sob forte influência da Cultura do encarceramento e das pressões sociais por justiça e fim da impunidade, resulta no que Luhmann denomina de Alopoiese social que possui como principal consequência para o Direito a sua desestruturação normativa e uma falha na sua tentativa de autocontenção, na medida em que as decisões judiciais sobre as prisões preventivas e as medidas cautelares realizam uma interpretação diferente daquela proposta pela sua criação de contenção da população prisional provisória, o que as impossibilita de cumprir o propósito para qual foram criadas. (LUHMANN 2016, p. 67).

Além disto, acrescenta o autor que os juízes brasileiros seguem resistindo em aplicar com eficácia o art. 319 do CPP, utilizando basicamente a fiança como contracautela. O monitoramento eletrônico, na maioria dos Estados, não saiu do papel.

Em outros, perdeu objetivo da sua criação sendo utilizado para os condenados do regime semiaberto e não para os presos cautelares, como prevê a lei. (Lopes Jr, 2017,p.12).

Essa resistência do judiciário reside no que Cardozo nos alerta, sobre as influências do subconsciente do juiz, do sentimento popular de impunidade que permeia Brasil e na ilusão de que a prisão preventiva produz de celeridade e justiça. Assim sendo, para Lopes Jr (2017,p.12) está comprovado que não adianta mudar a lei, é preciso mudar a cultura judiciária e da sociedade como um todo.

Esse é o grande problema que realmente enfrentamos a banalização das prisões preventivas, a ampliação o espaço de controle penal, uma vez que pessoas que antes eram beneficiadas com liberdade provisória sem restrições ou fiança, agora somente são liberadas mediante fiança e outras obrigações a título de medida cautelar diversa, ou seja, as cautelares são aplicadas para aqueles que já seriam colocados em liberdade sem restrições ou fiança e não para aqueles que poderiam ser colocados em liberdade com a aplicação de cautelares.

A Lei 12.403/2011 promoveu apenas mais uma reforma pontual que não observou o trabalho desenvolvido no PLS n. 156/2009, optando por manter a prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica, diferentemente do que esse projeto prevê, visto que a ‘pseudoconstitucionalidade’ destes argumentos é fortemente atacada pela doutrina há muitos anos, sem falar na perigosa porosidade conceitual desses conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, se sem um referencial semântico claro, para Lopes Jr (2017,p.12) essa mudança era imprescindível porque a prisão para garantia da ordem pública ou econômica serve a qualquer senhor, mas não serve para um processo penal democrático e constitucional.

As texturas abertas citadas por Cardozo também estão presentes no ordenamento brasileiro e dão margem a uma discricionariedade do julgador na interpretação de seus conceitos, o que gera insegurança jurídica e decisões diferentes em casos semelhantes e motivações deficientes em decisões, uma vez que como nos alerta o autor cada juiz decide de acordo com sua filosofia de vida.

Outro erro gravíssimo segundo Lopes foi o fato de o legislador continuar fechando os olhos para o direito fundamental ao processo penal em um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da Constituição). Precisamos ter prazos máximos de duração da prisão cautelar claramente definidos em lei e com sanção processual.

Essa lacuna da lei vai continuar cobrando um preço alto no que tange ao sacrifício de direitos fundamentais num país em que é bastante comum prisões cautelares se arrastarem por 3 ou 4 anos, os nossos presídios estão repletos de pessoas presas há anos sem terem sido julgadas. (Lopes Jr, 2017,p.12).

A indeterminação da prisão preventiva é outro fator que contribui para o numero expressivo de presos provisórios, que acabam cumprindo uma pena mais grave do que aquela que podem ser condenados ao final do processo.

A falha na contenção dessa população carcerária provisória ocasionada pela ineficácia da aplicação das medidas cautelares e a indeterminação da prisão preventiva são fatores que contribuem para o Estado de Coisas Inconstitucional que nossos presídios vivenciam, pela violação sistemática dos direitos fundamentais dos presos que são garantias apenas formais que carecem de concretização material.

Se a mentalidade do julgador e da sociedade referente ao encarceramento não for alterada as medidas as chamadas desencarceiradoras e que objetivam a contenção da população carcerária provisória não conseguiram cumprir o seu papel.

O denominado pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019 que realizou alterações na Legislação Penal Extravagante, também outra tentativa de solucionar os problemas do sistema prisional brasileiro.

Por fim, a figura do juiz das garantias, cuja competência se restringe ao controle de legalidade da investigação criminal; recebida à denúncia, as questões do processo passam a ser decididas pelo juiz da instrução e julgamento é das alterações feitas por ele que evidenciam os problemas descritos acima, a necessidade do juiz de garantias só retifica os argumentos acima.

3.5 Quem Somos e Como Decidimos? Uma análise da pesquisa quem somos, a magistratura que queremos da associação dos magistrados brasileiros – AMBAS

A pesquisa quem somos. A magistratura que queremos foi realizada em novembro de 2018, e reúne a tabulação de todos os dados obtidos como resposta ao questionário enviado a magistrados brasileiros, ativos e inativos, bem como aos ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

Essa pesquisa teve como objetivo traçar um quadro amplo da magistratura, da sua relação com o Direito e com o sistema de justiça, da sua rotina profissional e condições de trabalho, a fim de contribuir para o aprimoramento institucional do Poder Judiciário, para o enfrentamento dos problemas que afetam o desempenho do juiz e para o melhor atendimento à sociedade.

A análise feita aqui terá como foco os seguintes pontos da pesquisa; a Fundamentação das Decisões judiciais, a relação do Poder Judiciário com os demais Poderes, com a Sociedade e com a Democracia.

No que diz respeito à fundamentação das decisões judiciais e como os magistrados lidam com diferentes aspectos relacionados à fundamentação de suas decisões. Entre os magistrados de 1º grau, quase 52% entendem que o juiz não deve se pautar por jurisprudências. Os juízes de 2º grau apresentam um padrão de resposta muito semelhante. O

juiz estadual de 1º grau parece ser bem mais sensível à natureza limitante das súmulas e precedentes do que o juiz federal, pois, entre esses, apenas 34,5% consideram que tais expedientes afetam a independência do juiz.

Apesar de se dividirem quanto aos efeitos da jurisprudência sobre sua autonomia decisória, a esmagadora maioria de juízes concorda pouco ou muito que “o sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário.” (Questão 56).

Outro conjunto de assertivas é apresentado com o objetivo de avaliar o grau de concordância do magistrado com a aplicação de princípios constitucionais em decisões judiciais (Questões 57 à 61). A assertiva que propõe que “o(a) magistrado(a) deve aplicar os princípios constitucionais para fundamentar decisões a respeito de temas sobre os quais não há legislação específica” contou com 96,7% de concordância entre os magistrados de 1º grau. E a que afirma que é “legítimo ao magistrado(a) se basear em princípios constitucionais para compelir os demais poderes a assegurar a efetividade de direitos, em especial quanto à saúde, educação e segurança” obteve 89,4% de adesões.

Interessante, porém, é constatar que diante da proposição de que o Judiciário pode exercer um papel criativo na produção de normas acerca de “temas sensíveis para a sociedade sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar”, apenas 17% dos juízes de 1º grau concordam muito. Entre os juízes de 2º grau, os percentuais de concordância são maiores. Aqui desponta, a prudência do magistrado quanto ao papel institucional Judiciário.

Por fim, é interessante observar que cerca de 6% dos juízes – considerando-se as duas instâncias – apontaram obras acadêmicas e filosóficas, com destaque para obras de Robert Alexy, Hans Kelsen e Dworkin (tabela 63c), indicando com isso uma tendência à incorporação e combinação entre obras da tradição da civil law e da common law.

Já no que se refere à relação do poder judiciário com os demais poderes, com a sociedade e com a democracia que tem como objetivo de identificar, entre os magistrados, diferentes percepções quanto à relação do Judiciário com os demais poderes e com a sociedade.

Como também se procurou identificar como veem o papel do Judiciário no processo de afirmação da democracia no Brasil. Diante de proposições que apresentam diferentes hipóteses acerca do protagonismo do Judiciário (Questão 64), a que obteve maior adesão foi a

que afirma que a presença “do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que propicia um maior controle do funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo”.

Entre os juízes de 1º grau, 46,8% escolheram essa alternativa, enquanto 35,4% optaram pela alternativa que também considera positiva a presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira, porém pelo entendimento de que isso “favorece a ampliação de direitos que não encontram passagem no Poder Legislativo”.

Entre as três alternativas, somente uma apontava como um “fenômeno prejudicial à democracia” o protagonismo do Poder Judiciário, e apenas 17,8% ficaram com essa opção.

As respostas dos juízes de 2º grau seguem o mesmo padrão. A Questão 65 solicita ao magistrado que assinalasse dois fatores explicativos do crescimento acentuado da litigiosidade no Brasil nas últimas décadas. Entre os juízes de 1º e 2º graus, as duas alternativas mais votadas foram a “disseminação de uma cultura do litígio” e a “a ineficiência das agências reguladoras”.

Posto diante de alternativas que indagam sobre o papel do Judiciário, se mais ativo em sua ação pedagógica ou se mais limitado (Questão 66), a maioria dos juízes de 1º grau (66,8%) assinalou uma terceira proposição, que dizia que o “o Poder Judiciário deve promover a realização plena do Estado de Direito, garantindo a aplicação da lei e a sua correta interpretação”.

Entre os juízes de 2º grau a preferência por essa proposição foi ainda mais acentuada: 70,3%. Indagado acerca da neutralidade do Poder Judiciário (Questão 67), o magistrado se deparava com três alternativas: a de que o Judiciário não é neutro e deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos; a de que a não-neutralidade do Judiciário ameaça as liberdades; e a de que o Poder Judiciário não é neutro e que “o magistrado deve considerar as consequências de suas decisões, com o cuidado de não ultrapassar sua esfera própria de atuação”.

Essa última assertiva foi a preferida por 68,9% dos juízes de 1º grau – chegando a 73,9% entre os juízes federais da mesma instância – e por 62,7% dos de 2º grau.

Quanto às “três áreas mais importantes de atuação do Poder Judiciário em uma democracia” (Questão 68), as opções preferidas pelos juízes de 1º grau foram, nesta ordem: “controle da probidade administrativa interna e externa”; “defesa da ordem pública”; e

“defesa dos direitos humanos e controle da violência estatal”. Entre os juízes de 2º grau, foram essas também as apontadas, tendo sido a “defesa da ordem pública” a alternativa mais votada.

Diante de algumas ideias acerca das dificuldades atuais do Poder Judiciário (Questões 69 à 76), se solicitou aos magistrados que indicassem o grau de importância de cada uma delas. A escala oferecida permite que o respondente as classifique como “essencial”, “muito importante”, “pouco importante” e “irrelevante”. As alternativas consideradas essenciais pelos juízes de 1º grau foram, nesta ordem: “magistrados(as) sobrecarregados(as) se tornam obstáculos à maior eficiência da atividade judicial” (essencial para 63,5 % dos respondentes); “a forma negativa com que a imprensa retrata, em geral, a atividade do(a) magistrado(a)” (58,2%); e “Tribunais que dispõem de recursos materiais insuficientes comprometem a celeridade da atividade judicial” (57,5%).

Cabe salientar, no entanto, que esses percentuais foram claramente afetados pelo predomínio dos juízes estaduais nesta pesquisa, pois, entre os magistrados federais, a distribuição apresenta diferenças importantes. De fato, no que se refere à sobrecarga dos magistrados, enquanto 65% dos respondentes consideram essa alternativa essencial, entre os federais esse percentual cai para 45,4%.

O padrão se repete para a alternativa que atribui à imprensa as dificuldades por que passa o Judiciário. E no tocante à alternativa que trata da carência de recursos materiais, 58,7% dos juízes estaduais de 1º grau e 43,4% dos federais entendem ser essa uma das causas essenciais das dificuldades do Judiciário.

Por fim, a Questão 77 indaga sobre a relação do Poder Judiciário com a mídia, e solicita que o magistrado indique a alternativa com a qual mais se identifica.

A esmagadora maioria dos juízes de 1º grau, 71,6%, ficou com a assertiva “a divulgação de atos e decisões pela imprensa contribui para a transparência do Poder Judiciário”. Entre os juízes de 2º grau o resultado foi convergente. Vale ainda observar que entre os ministros de Tribunais Superiores, embora o número de respondentes seja muito pequeno, parcela expressiva deles, 30%, considerou que “a participação de alguns(mas) magistrados(as) na condição de colaboradores(as) dos meios de comunicação têm levado a divisões no corpo da magistratura”.

CAPÍTULO IV

4. AS VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS AOS DIREITOS HUMANOS E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes” (Nelson Mandela, A Long Walk to Freedom).

“Somos homens perdidos-diziam-estamos mortos por dentro e é por isso que gritamos de noite (Memórias da casa dos mortos, DOSTOIÉVSKI, 2018, p. 36)

4.1 Direitos Humanos para quem? Quais são os humanos dos DDHH?: Uma análise sob a Perspectiva do Realismo Jurídico Americano

Inicialmente, é importante esclarecer que neste capítulo optamos por realizar uma análise realista dos Direitos Humanos com objetivo central discutir se os Direitos Humanos são Direitos e para quem?, quem são os humanos dos DDHH?, tendo em vista que o grande problema que eles enfrentam na atualidade diz respeito a sua efetividade e seletividade.

Cumpramos destacar que apesar do pensamento realista não está plenamente de acordo com o adotado no ordenamento brasileiro que centraliza a produção da norma na figura do legislador e confere ao judiciário a competência primordial de aplicação da norma é um ponto de partida muito relevante para as discussões a respeito da materialização dos Direitos Humanos, visto que o seu problema central em nosso ordenamento diz respeito a sua eficácia.

Os Direitos Humanos são fruto de longo processo histórico e das lutas sociais, foram séculos até eles fossem reconhecidos e positivados nos ordenamentos jurídicos ocidentais.

embora reconhecidos e positivados nas Constituições Modernas Democráticas e nas cartas internacionais enfrentam o problema da dificuldade de materialização.

No Brasil, o reconhecimento e a positivação dos Direitos Humanos em nossa Carta maior é fruto de um processo de redemocratização recente e da instituição do jovem Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988. A procura de um fundamento absoluto para os Direitos Humanos é uma ilusão e pode mascarar posições conservadoras e impedir o desenvolvimento de novos direitos, além disto, no lugar de um fundamento absoluto, inquestionável, devemos buscar a sua prática, a efetividade desses direitos e os meios de protegê-los.

A principal dificuldade enfrentada pelos Direitos humanos, ou mesmo os Direitos fundamentais (que são os direitos humanos positivados no âmbito do Estado) diz respeito a sua aplicabilidade e a sua coercibilidade no âmbito internacional. Assim sendo nosso maior desafio é proteger esses direitos, e nossa maior questão passa a ser qual a forma mais segura de garantir esses direitos, uma vez que apesar de estarem consagrados em solenes declarações, eles são violados diariamente seja na esfera do Estado ou na internacional, o maior problema de nossa época não se esses direitos são universais, relativos, históricos, ou mesmo sua fundamentação, reconhecimento ou positivação, mas sim a sua garantia.

Nessa perspectiva crítica do realismo em relação ao reconhecimento sem eficácia dos direitos humanos que são meras garantias formais sem comprometimento com a sua concretização Douzinas nos leva a reflexão a respeito do maior problema dos direitos humanos em nossa época diz respeito a sua não aplicabilidade, tal como sobre as premissas filosóficas do discurso por traz de tais direitos, a natureza, a função e a ação dos direitos humanos, de acordo com o liberalismo e seus muitos críticos filosóficos. Questionando se os direitos humanos são uma forma de política? (DOUZINAS, 2009, p.22).

Com objetivo de apontar possíveis respostas a tais questões o autor explica que os direitos humanos podem ser examinados a partir de duas perspectivas relacionadas, mas relativamente distintas: uma subjetiva e outra institucional. Por um lado, elas ajudam a constituir o sujeito (jurídico) livre e ao mesmo tempo subordinado à lei. Mas os direitos humanos são também um discurso e uma prática poderosos no Direito Nacional e no Internacional. (DOUZINAS, 2009, p.22).

Na medida em que os direitos humanos são discursos e que não existem discursos sem fundo ideológico⁴², então eles podem ser utilizados a serviço de determinadas ideologias, e podem ser utilizados a serviço da política, do liberalismo, do capitalismo e dos interesses econômicos, ou até mesmo a serviço das guerras. Todavia, a crítica do autor aos direitos humanos é positiva na medida que nos leva a refletir sobre os problemas enfrentados para efetivação desses direitos na atualidade, por que só por meio desta reflexão poderemos buscar alternativas para garantir a efetivação desses direitos e evitar que eles sejam utilizados como ferramentas ideológicas (DOUZINAS, 2009, p.22).

Sobre essa perspectiva crítica dos direitos humanos Freitas no mesmo sentido que Douzinas destaca que a limitação do programa, hoje majoritário dos Direitos humanos consiste na sua base individualista, egoística e liberal. Segundo a autora tais direitos não podem ser utilizados como ideologia de justificativa dos ricos para explicar intervenção contra os países pobres, os direitos humanos não podem ser utilizados como instrumentos de apropriação de riquezas, como mera estrutura de justificação para garantir a conservação de estruturas sociais perversas. (FREITAS, 2012, p.228-230).

Ademais, a autora acrescenta que falar de direitos enquanto garantias formais nada mais são do que discursos ideológicos de manutenção do status quo, visto que ampla maioria da humanidade não possui sequer direito algum, tal programa de direitos humanos se torna herdeiro da tradição liberal e individualista do século XVIII, uma mera ideologia para justificar desigualdades e atrocidades estimular passividade e falsas esperanças de mudanças dentro dessa ordem social (FREITAS, 2012, p.232-233).

Nesse mesmo sentido, a autora levanta a hipótese de que não que se falar em soluções para os Direitos humanos, visto que a ineficácia deles é praticamente *conditio sine qua non* de sua própria existência enquanto estes direitos cumprem um papel de linguagem de segunda ordem dentro do mundo jurídico. Diante do exposto a autora conclui que os direitos humanos tem sido um discurso político-jurídico e quase retórico que enaltece a própria ordem jurídica e

⁴² O termo ideologia é aqui tratado no sentido que Marx e Engels lhe atribuem de imagem invertida da realidade, ou seja, da metáfora utilizada em seus inscitos do fenômeno óptico da inversão da imagem na retina ou na câmera escura de máquina fotográfica. MARX. Karl; ENGELS, Friedrich. A ideologia Alemã: Teses sobre Feuerbach. São Paulo: Centauro, 2005, p.26.

não podem ser elevados ao patamar de tábua de salvação da humanidade, do direito e da sociedade, uma vez que o próprio direito não pode ser percebido sem as desigualdades econômicas e sociais sob as quais ele fundamenta, uma vez que ele é o meio de legitimação da propriedade privada de bens (FREITAS, 2012, p.234-236).

Assim sendo, se o próprio direito parte da condição de desigualdade, se perfaz na sustentação de desigualdades, mesmo que os homens aparentem ser o seu fim e o meio deles, quem são os humanos dos DDHH?. Não são todos os humanos que figuram efetivamente como seus destinatários, para alguns humanos apenas as garantias formais são aplicadas é a sociedade paradoxal e negativa mundial quem define quem é de um modo geral um ser humano e por consequência quais são os Direitos Humanos (FREITAS, 2012, p.239).

É essa mesma sociedade Paradoxal que define quem são os seres humanos e quais são detentores dos direitos humanos que sobre a influência do Direito Penal do inimigo e da seletividade do sistema, exclui e não enxerga como humanos aqueles que se envolvem com a criminalidade é essa indiferença social que permite as violações sistemáticas a direitos fundamentais que se sustenta na cultura do encarceramento⁴³ que ocorrem no nosso sistema penitenciário.

Como argumenta Kurz (2003,p.2) temos de lidar com uma relação paradoxal: reconhecimento por meio do não-reconhecimento, ou, inversamente, não reconhecimento justamente por meio do reconhecimento. A aparente contradição se dissolve se perguntamos pela definição de ser humano que subjaz a esse paradoxo. A primeira fórmula dessa definição reza: "O ser humano" é em princípio um ser solvente. O que naturalmente significa, por consequência, que um indivíduo inteiramente insolvente não pode ser em princípio um ser humano. Um ser é tanto mais semelhante ao homem quanto mais solvente ele é, e tanto mais inumano quanto menos preenche esse critério.

Segundo para ser considerado ser humano pelo sistema, o indivíduo deve possuir a característica da solvência, é ela que indica que se trata de um sujeito do sistema produtor de mercadorias, ou seja, somente um ser que ganha dinheiro pode ser um sujeito do direito. Assim sendo, o ser humano tem de ser capaz de trabalhar, ele precisa vender a si mesmo ou

⁴³ A cultura do encarceramento será abordada de forma detalhada no próximo capítulo.

alguma coisa (em caso de necessidade, os próprios órgãos do corpo), sua existência deve satisfazer o critério da rentabilidade. Esse é o pressuposto tácito do direito moderno em geral, ou seja, também dos direitos humanos KURZ (2003,p.3).

O reconhecimento universal do "homem" uma vez que o ser humano real, o indivíduo vivo, não nasce de modo algum conforme um automatismo biológico na qualidade de sujeito da valorização e do direito, abre-se uma lacuna sistemática entre a existência real dos indivíduos e essa forma social. E essa lacuna não é apenas uma lacuna "ontogênica", atinente aos homens individuais, mas também "filogênica", ligada ao desenvolvimento histórico da sociedade. Pois a constituição do capitalismo e da forma jurídica universal correspondente foi tão pouco natural que somente na modernidade esse sistema surgiu e se impôs contra as vigorosas resistências do ser humano KURZ (2003,p.3).

Destarte, dentro desta perspectiva crítica e realista dos Direitos humanos o discurso a respeito dos DDHH não é um discurso neutro, o reconhecimento e positivação de tais direitos no Brasil não se mostraram como meio suficiente para a garantia de sua efetividade e o grande desafio enfrentado pelo Brasil na atualidade é a sua concretização, a materialização desses direitos essenciais a dignidade humana, a aplicação de direitos de tamanha relevância não pode ficar condicionada a discricionariedade do poder judiciário que está sujeito as interferências políticas, esse conteúdo político pode transformar o poder judiciário em ditadura institucional que atende aos interesses de um partido ou grupo e tornar os direitos humanos um discurso político a serviço de interesses particulares o que sem duvidas é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito

A ausência de sanções internacionais, de uma coercibilidade, ao Estado Brasileiro pelo descumprimento de tais direitos é outro fator que contribui para o Estado de Coisas Inconstitucionais generalizado que o Brasil vive. Assim sendo, após as considerações realizadas acima concluímos sob a ótica do realismo jurídico que os Direitos Humanos no Brasil são garantias formais, ideologias a serem conquistadas que não foram concretizadas, não sendo assim Direitos, em razão da sua ineficácia, eles só se tornam direitos ao serem materializados pelo poder judiciário por meio de suas decisões.

Os Direitos humanos não podem ser utilizados como mecanismo de dominação e discurso de justificação das desigualdades, sob pena de perder o seu objeto central que é a garantia da Dignidade Humana.

Por conseguinte, a atuação atípica dos tribunais brasileiros, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, têm transformado essas promessas formais, ideologias a serem conquistadas em direitos efetivos, essa atuação é positiva na medida em que possibilita a concessão de direitos a muitas minorias estigmatizadas como os presidiários, todavia se revela o meio inadequado para a efetivação dos direitos humanos no Brasil, uma vez que atribuir essa responsabilidade a discricionariedade do poder judiciário é temerário, visto que ele não está livre das influências ideológicas, políticas e da corrupção generalizada que o Brasil vem enfrentando.

Como exemplo das tentativas de materialização dos Direitos Humanos, por meio do poder judiciário no Brasil e da atuação atípica do poder judiciário podemos citar o reconhecimento, de forma parcial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), diante do gravíssimo quadro de violação aos direitos humanos dos presos em nosso país. A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi adotada recentemente pela nossa Suprema Corte Constitucional.

4.2 Estado de Coisas Inconstitucional: Origem e Conceito

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional surge na América Latina no contexto das Constituições Simbólicas definida por Marcelo Neves com alicerce no conceito de constituições nominalistas de LOWENSTEIN (1976, p.217), e na ideia de seletividade jurídica como aquelas que não conseguem colocar em prática as suas previsões normativas principalmente as referentes a direitos fundamentais.

Tal conceito se aplica à realidade da América Latina na medida em que devido à complexidade desestruturada, a corrupção sistêmica⁴⁴ que resultam na exclusão social, as

⁴⁴ Além disso, o autor explica que a complexidade desestruturada presente nos países de modernidade tardia é resultado da “corrupção sistêmica”, que pode ser definida como o bloqueio do funcionamento operativamente fechado de um sistema determinado – uma espécie de falha no “fechamento estrutural”. Tal fenômeno é reconhecido por LUHMANN, (2007, p. 258) como presente no Direito e na Política, não podendo ser resumido apenas pela busca de interesses particulares nessas esferas; a corrupção é sistêmica e generalizada afetando as expectativas sociais do ser e do dever ser como as do “agir e vivenciar”.

Constituições desses países na maioria das vezes acabam sendo simbólicas, meras folhas de papel conforme entende Ferdinand Lassalle⁴⁵ em seu conceito sociológico

Como também no contexto da modernidade periférica definidas por Marcelo Neves, como base na teoria dos sistemas sociais de Luhmann⁴⁶, visto que segundo o autor a América Latina, o “terceiro mundo” não pode ser representado pelas teorias europeias e norte-americanas, como também pelas ideias de modernização e dependência do capitalismo utilizado como base em suas políticas desenvolvimentistas. Com fundamento nesses argumentos, o autor divide a sociedade mundial em duas dimensões sincrônicas: centro e periferia da modernidade (NEVES, 2004, p. 146).

Dessa forma, esses fatores são responsáveis pela marginalização, exclusão e pela desigualdade social em contrapartida dos privilégios presentes em nossa sociedade, sendo essas as principais características dos países de modernidade tardia, visto que na modernidade periférica os “marginalizados” são encarados como subcidadãos, excluídos e subintegrados ao sistema jurídico, para quem os direitos não são concretizados.

Além disto, Neves (1994, p. 268) acrescenta que o problema da modernidade periférica é a dificuldade de colocar em pratica um sistema jurídico autônomo. Conforme o autor, na modernidade periférica, o sistema jurídico e o político não funcionam de forma

⁴⁵ Ferdinand Lassalle fora um sociólogo Alemão, autor do livro: A Essência da Constituição e do conceito sociológico de Constituição ao estabelecer que tal documento deve descrever rigorosamente a realidade política do país, sob pena de não ter efetividade, ser considerado uma mera folha de papel.

⁴⁶ A teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, LUHMANN (2010, p.100) explica que as sociedades são formadas por sistemas e tais sistemas são complexos, não sendo compostos apenas da simples soma de suas partes individuais ao todo, mas sim de interconexões, interdependências e intercomunicações, existindo uma relação dinâmica entre os sistemas entre si e entre o sistema e o ambiente. Essa teoria possui como ponto de partida a observação da organização dos sistemas orgânicos, da vida em seus níveis macro e micro, buscando assim compreender os sistemas sociais que compõem nossa sociedade. De acordo com o autor, os sistemas possuem uma unicidade interna e interagem com o meio por intermédio de um processo de fechamento estrutural e abertura cognitiva que decorrem de sua individualização e da sua interação com meio ambiente. Dessa relação entre individualização e interação com o ambiente resulta o seu maior ou menor grau de abertura e fechamento. Os sistemas possuem como objetivo a redução da complexidade do ambiente por intermédio da seleção de informações úteis ao seu desenvolvimento, a sua conservação e à reprodução de seus elementos. Essas seleções de informações úteis para o desenvolvimento, conservação e reprodução dos sistemas são denominadas por Luhmann de seletividade. Além disto, o autor explica que é justamente por intermédio da sua abertura e fechamento seletivos que os sistemas sociais produzem sua própria estrutura individualizada, diferenciando-se de outros existentes (LUHMANN, 2010, pp.101-127).

autônoma, o que gera a exclusão de parte da sociedade e a não efetivação plena desses sistemas.

As políticas adotadas no Brasil e na América Latina não conseguiram colocar em prática aquilo que as suas Constituições preveem, havendo falhas estruturais do poder público na concessão dos direitos dos cidadãos que passaram a pleiteá-los por via judicial. Assim sendo, o Poder Judiciário ganha grande relevância na concretização da Constituição, ao suprir por meio de suas decisões as omissões dos poderes Executivo e Legislativo. O Judiciário, dentro desse novo contexto, é submerso por ações individuais com o objetivo de satisfazer direitos constitucionais, situação que propicia o surgimento do ativismo judicial, tendo em vista que a paralisia dos demais poderes persiste, bem como a violação generalizada de direitos.

Na América Latina, a redemocratização recente, a instituição de jovens Estados Democráticos de Direito pelas Constituições que enfrentam dificuldades para a sua efetividade também são responsáveis por essa atuação atípica do Judiciário.

A exemplo disto, na América Latina, pode-se citar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelas Cortes Constitucionais da Colômbia, do Peru, e do Brasil, em sede de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil.

Diante deste contexto a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional surge na corte Constitucional da Colômbia, em 1997, conferindo poderes à Suprema Corte do país para corrigir essas situações de violações sistemáticas aos direitos fundamentais. Tendo como pressupostos um conjunto de violação aos direitos fundamentais que ultrapassa a esfera da simples omissão inconstitucional por parte de uma esfera do Poder Público e consiste numa falha estrutural e generalizada na concessão desses direitos, que não poderia ser atribuída a um único órgão e afeta um número indeterminado de pessoas, geralmente um grupo vulnerável.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pode ser definido, conforme CAMPOS (2015, p.2), como um mecanismo ou uma técnica jurídica de origem jurisprudencial, adotada

inicialmente pela Corte Constitucional da Colômbia na sentença nº SU-559⁴⁷, de 6/11/1997, na qual a suprema corte reconhece a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, ou seja, um conjunto de violação aos direitos fundamentais que ultrapassa a esfera da simples omissão inconstitucional por parte de uma esfera do Poder Público e consiste numa falha estrutural e generalizada na concessão desses direitos, que não poderia ser atribuída a um único órgão e afeta um número indeterminado de pessoas, geralmente um grupo vulnerável. Ao declarar o ECI, além de defender os direitos do grupo envolvido, a corte procurou proteger as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, a efetividade e a supremacia da Constituição Colombiana.

A Corte Constitucional Colombiana reconheceu o ECI em diversos outros casos como no que diz respeito ao sistema carcerário na Colômbia, na sentença T-590 de 1998⁴⁸ ao declarar a omissão do Estado nas políticas públicas de concessão de direitos aos defensores dos Direitos Humanos na Colômbia, dentre outras.

São pressupostos destacados por GARAVITO (2009, p.15) e CAMPOS (2015, p.5) para o reconhecimento do ECI pela corte colombiana, características comuns, chamadas de condições de processo: I) a violação massiva, generalizada contínua e sistemática dos direitos fundamentais, não apenas a sua proteção deficiente; II) Tal violação deve alcançar um grande contingente indeterminado de pessoas; III) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações- ou seja, é necessária uma falha estrutural, uma falta de coordenação entre os poderes Legislativo, Executivo na realização de medidas administrativas e orçamentárias, não sendo suficiente a inércia de uma única autoridade pública, mas do Estado e de seus órgãos como um todo; IV) a necessidade de medidas dirigidas a uma pluralidade de órgãos para superação do quadro de inconstitucionalidades.

⁴⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentença SU-559 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 09.09.2016.

⁴⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentença T-590 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em 09.09.2016.

Conforme, ARIZA,(2013, p.142) seriam necessários remédios de “igual ou similar alcance” para o combate ao mau funcionamento histórico e estrutural do Estado.

Mesmo com o reconhecimento do ECI na Colômbia não foi possível, em todos os casos, superar as inconstitucionalidades, tendo como fatores responsáveis por isso a falta de recursos financeiros, bem como a falta de fiscalização do Judiciário das políticas legislativas e executivas.

Todavia, o seu reconhecimento promoveu impactos positivos na Colômbia, pois, à medida que provocou reações e mobilizações populares, possibilitou o debate com os demais setores da sociedade a respeito dos temas e passou a influenciar o comportamento dos atores políticos.

Apesar de ter sua origem na Colômbia, ela não foi o único país a reconhecer esse instituto do Constitucionalismo Contemporâneo, que ganha força fora das teorias Americanas e Europeias, e do tradicional eixo, ou seja, “fora do lugar” e da reprodução dos antigos modelos descontextualizados. Segundo GARAVITO, (2010, p.436) países como Peru, Índia, África do Sul, dentre outros, também incorporaram as ideias de ECI no que diz respeito a temas sociais como a fome, analfabetismo e saúde.

4.3 A ADPF nº 347/DF e o ECI no Brasil

A ação Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), com pedido de concessão de medida cautelar, foi proposta pelo Partido Socialista e Liberdade (PSOL) postulando que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, e, em razão disso, determinada a adoção das providências pelo Estado Brasileiro tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal no tratamento do sistema prisional no país.

A ação supramencionada tem como base a representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio (UERJ) e o parecer do Professor Titular de Direito Penal da universidade, Juarez Tavares, bem como documentos que atestam a dramática situação das prisões brasileiras, descritas por SARMENTO (2015, p.12) na

petição inicial da já referida ação, como verdadeiros “infernos Dantescos” de violação generalizada aos direitos humanos.

Tal quadro de violações conforme SARMENTO (2015, p.15) que assina a petição inicial da ADPF 347 é de amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade, visto que a Câmara dos Deputados promoveu a CPI do Sistema Carcerário⁴⁹, cujo relatório final, publicado em julho de 2008.

Conforme relatório⁵⁰ os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano. Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas”.

A gravidade da situação também é reconhecida pelos ministros do STF, o Ministro Celso de Mello⁵¹ afirmou que o “descaso, negligência e total indiferença do Estado” em relação à situação extrema das penitenciárias brasileiras, destacando que “a pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia”.

Tamanha é a gravidade da situação que motivou a intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade nas seguintes penitenciárias: o Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE, da Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho/ RO, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara/ SP, e do Complexo de Pedrinhas, de São Luiz/MA. Como também a Comissão Interamericana concedeu medidas cautelares contra o Estado Brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre/ RS.

⁴⁹ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. (doc. 6). Disponível também em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 09.09.2016.

⁵⁰ Câmara dos Deputados. Relatório da CPI do Sistema Carcerário, 2009, p. 172. (doc. 6). Disponível também em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>.

⁵¹ Vide <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-14/ministros-supremo-criticam-sistema-prisional-brasileiro>>.

Ademais, a generalizada ofensa aos direitos mais básicos dos presos, as mazelas do sistema carcerário brasileiro comprometem também a segurança da sociedade. “mistura” entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, tornam a perspectiva de ressocialização dos detentos, como demonstram as nossas elevadíssimas taxas de reincidência, que, segundo algumas estimativas, chegam a 70%⁵²

Além disso, segundo SARMENTO (2015, p.17) a situação carcerária brasileira é visivelmente incompatível com a Constituição de 1988, a carta cidadã, visto que viola diretamente preceitos fundamentais consagrados por ela, tais quais: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a previsão de cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII), o direito dos presos ao respeito a sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Igualmente, inúmeros outros direitos fundamentais como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça são negados à população carcerária. Ademais, diversos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, seriam afrontados pela realidade dos presídios brasileiros.

Como adverte o Ministro do STF Marco Aurélio⁵³, vivemos uma “cultura de encarceramento” sendo possível também apontar responsabilidades ao poder Judiciário, visto que 40% desses presos estão sob Custódia provisória, e muitos outros ficam presos além do tempo fixado em sentença. Ou seja, haveria uma “falha estatal estrutural” através da qual são observadas ações e omissões de diversos órgãos Estatais. Esse contexto tem como fator de forte influência a opinião pública, uma vez que se trata de uma pauta impopular e de uma

⁵² Cf. Manifestação do Ministro Gilmar Mendes, disponível em <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimamem-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 – DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Informativo STF, n. 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 05.05.2016.

minoria estigmatizada que, segundo o senso comum, perde sua dignidade e direitos em virtude da prática delitos.

E pelo fato de os poderes políticos ignorarem essa realidade, não há sensibilidade legislativa com essa problemática, não apenas pela seletividade do sistema, pelo direito penal do inimigo e por temor de represália da opinião pública, mas também porque os presos têm seus direitos políticos suspensos até o cumprimento de suas penas, não sendo assim votos a serem conquistados pelos políticos brasileiros.

A ideia do estado de coisas inconstitucional não é estranha à jurisprudência do STF. O Ministro Luís Roberto Barroso, no voto-vista que proferiu na Questão de Ordem suscitada nas ADIs 4.357 e 4.425, atinente à modulação temporal da decisão que reconheceu inconstitucionalidades na EC 62⁵⁴, que tratara do pagamento de precatórios, aludiu ao “estado de inconstitucionalidade grave e permanente que se instaurou no país, em relação ao pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública”. A Corte, ao final, decidiu atribuir ao CNJ a função de elaborar proposta normativa para equacionamento de alguns aspectos do problema, bem como o papel de monitorar e supervisionar o cumprimento das medidas que impusera aos entes públicos.

Nos Estados Unidos, outras técnicas foram empregadas para a solução de grave e massificada afronta a direitos fundamentais. Como por exemplo, na tentativa de superação da segregação racial de fato em escolas públicas, melhoria de instituições psiquiátricas, e também para o enfrentamento dos gravíssimos problemas prisionais do país.⁵⁵

Como também nos chamados prison reform cases, cortes federais norte-americanas chegaram a declarar a inconstitucionalidade dos sistemas prisionais de 41 Estados. O Judiciário, além de nomear interventores na administração dos sistemas prisionais, chegou ao ponto de elaborar “um amplo código para a administração das prisões, cobrindo aspectos diversos como as instalações, saneamento, comida, vestuário, assistência médica, disciplina,

⁵⁴ ADIs 4.357 e 4.425, Rel. Mini. Luiz Fux, julg. 25/03/2015.

⁵⁵ Charles F. Sabel e Willian H. Simon. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. Harvard Law Review, n. 117, 2004. Para uma defesa deste modelo de atuação judicial, associado às structural injunctions, veja-se Owen Fiss. The Civil Rights Injunctions. Bloomington: Indiana, 1978.

contratação de pessoal, bibliotecas, trabalho e educação”⁵⁶. Apesar dos graves problemas do sistema penitenciário norte-americano, a percepção geral é de que as referidas decisões foram razoavelmente eficazes.

Em 2011, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Brown v. Plata*⁵⁷, em que manteve decisão proferida por corte da Califórnia, que determinara a soltura de 46 mil prisioneiros de 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 formassem 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.

Ademais, Carlos Alexandre de Azevedo Campos ainda explica:

“(…) nos litígios estruturais, que compõem a essência do estado de coisas inconstitucional, são os Poderes Legislativo e Executivo que possuem as ferramentas institucionais apropriadas para tocar as políticas públicas, embora, por razões diversas, não as estejam utilizando ou, ao menos, não eficazmente. Daí a necessidade de cortes, do ponto de vista pragmático, e não só democrático, determinarem a formulação e a implementação de políticas públicas sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes. Como alcançar esta fórmula dialógica, de participação conjunta e coordenada em litígios estruturais? (...) Tradicionalmente, juízes proferem decisões contendo ordens muito detalhadas e rígidas, sujeitas à execução forçada se não cumpridas. (...) Decisões da espécie merecem críticas,

⁵⁶ Malcom M. Feeley e Edward L. Rubin. *Judicial Policy Making and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 40-41.

⁵⁷ 563 U.S. 2011.

porque, embora juízes tenham a capacidade de realizar desbloqueios políticos e institucionais, realmente carecem da expertise e informações necessárias para detalhar o conteúdo das políticas públicas. Ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer os direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. (...) flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, mas deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram estas ordens. As ordens flexíveis são melhor cumpridas se a fase de implementação da decisão recebe o monitoramento da própria corte. Os juízes (...) devem reter a jurisdição sobre o sucesso dos meios escolhidos. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais. O monitoramento, envolvido em audiências públicas e com a participação ampla da sociedade civil, permite aos juízes saber se as instituições democráticas estão progredindo ou se os bloqueios se mantiveram”

A nossa Corte Superior ainda não julgou definitivamente o mérito da ADPF, mas já apreciou liminarmente os oito pedidos realizados e decidiu conceder parcialmente a tutela requerida através: I) do pedido de redução do número de prisões provisórias por meio da motivação das prisões pelos magistrados com as justificativas para não adoção de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade; II) do pedido de realização de audiência de custódia; III) da liberação das verbas do Fundo Penitenciário (FUNPEN).

Os pedidos que envolviam tempo de prisão foram considerados insubsistentes devido à falta de previsão legal que alicerçasse o seu acolhimento. Por conseguinte, o STF entendeu, conforme voto do ministro Marco Aurélio, relator da medida cautelar, que é seu papel retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações com o objetivo de resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, pois a intervenção judicial seria necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas para solucionar tais problemas.

Além disso, a violação à dignidade humana e ao mínimo existencial, conforme MENDONÇA (2010, 97-98) autoriza a judicialização do orçamento. Essa atuação do judiciário se alicerça na existência de um ponto cego legislativo, devendo assim existir, diante desses casos, uma atuação judiciária equilibrada e pautada no Estado democrático de Direito.

No entanto, o STF também deixa claro, por intermédio do voto do Ministro relator, que não lhe compete substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias e que não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes e os meios que podem ser empregados.

O STF não seria o elaborador das políticas públicas, mas sim um coordenador institucional dessas políticas, provocando os demais poderes e retirando-os da inércia, por meio de ordens flexíveis e pelo monitoramento da efetividade das medidas adotadas pelos demais poderes. Essa atuação equilibrada do judiciário evitaria o empoderamento judicial exacerbado e a integração institucional dos poderes para promover a efetividade da Constituição.

Destarte, entendemos que o ECI pode ser um instrumento de promoção dos Direitos Fundamentais e de efetivação da Constituição, desde ocorra uma atuação ponderada, motivada e imparcial dos juízes, à luz do mínimo existencial e da reserva do possível, procurando um ponto de equilíbrio, podendo o judiciário conceder direitos negligenciados, todavia sempre respeitando as demais normas presentes em nosso Ordenamento Jurídico.

CAPÍTULO V

5. QUEM VIGIA OS VIGILANTES: A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO PODER JUDICIÁRIO: A CULTURA DO ENCARCERAMENTO SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO

“Quis custodiet ipsos custodes?”

(Juvenal)

5.1 ECI: Fundamentos filosóficos, jurídicos e Pressupostos e a Sua Aplicação ao Poder Judiciário

O que Carlos Alexandre de Azevedo Campos denomina de doutrina do ECI, possui raízes em fundamentos filosóficos, jurídicos, como também pressupostos, ela é fruto das transformações culturais contemporâneas (CAMPOS, 2019, p.163).

No que se refere aos fundamentos filosóficos à doutrina tem como base a filosofia Política- Liberal- Igualitária, a teoria da justiça de Rawls, especificamente o seu conceito de mínimo social, a sua ideia de que a negativa de liberdades básicas em uma sociedade democrática, ou seja, a recusa do mínimo social adequado a determinados grupos pode ser controlado pelas cortes por meio do judicial Review. (CAMPOS, 2019, p.164).

O ECI também se aproxima da proposta do neoconstitucionalismo, sob a perspectiva de uma teoria constitucional visto que possui como fundamentos elementos essencial do constitucionalismo contemporâneo como: limitação do poder político majoritário em prol das minorias e a proteção prioritária dos Direitos Fundamentais (CAMPOS, 2019, p.166).

Esse instituto é um instrumento de proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que é o núcleo axiológico e normativo das Constituições contemporâneas. Assim sendo, as cortes controlam a omissão dos poderes políticos assegurando o cumprimento dos direitos fundamentais devido a sua falhas no cumprimento de seu dever de proteção aos direitos fundamentais. Com o objetivo final de promover a igualdade material as cortes estabelecem aportes filosóficos liberais igualitários e os princípios do Estado social de Direito (CAMPOS, 2019, p.166).

O ECI atua no distanciamento das promessas constitucionais e a realidade em razão da falha de políticas públicas, tendo como campo de atuação principal os direitos sociais e econômicos e as políticas públicas. A corte interfere nas políticas públicas para efetivação da dimensão objetiva desses direitos fundamentais (CAMPOS, 2019, p.168 ss).

São quatro os pressupostos para a declaração do ECI, o primeiro é o da constatação de um quadro não apenas deficiente, mas de violação sistemática, grave massiva e continua de diferentes direitos fundamentais que afeta um amplo e indeterminado numero de pessoas. Sendo problema não apenas jurídico, mas também social (CAMPOS, 2019, p.186 ss).

O segundo pressuposto é a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, o funcionamento deficiente do estado como um todo, de varias entidades, poderes, órgãos se mantem omissos, seria assim o mau funcionamento estrutural e histórico do Estado, uma falha estrutural estatal, pela deficiência ou ausência de políticas públicas, um estado avançado de violação ou proteção deficiente de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais iniciadas em omissões normativas inconstitucionais, dessa maneira é problema policentrico que para sua solução de problemas subsidiários (CAMPOS, 2019, p.186 ss).

O terceiro pressuposto é a que a sua solução exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não a apenas um órgão, mas a um conjunto deles, a responsabilidade deve ser atribuído a uma pluralidade de atores políticos, o fator estrutural também deve ser levado em conta na elaboração de soluções. Para a superação do ECI são necessárias políticas públicas, correção das defeituosas, alocação de recursos, ajustes e mudanças nas próprias instituições. São necessários assim remédios estruturais complexos (CAMPOS, 2019, p.189 ss).

O quarto e ultimo pressuposto é a possibilidade de judicialização de um numero elevado de afetados, produzindo um congestionamento da máquina judiciaria, devendo a corte dar uma solução geral para o problema atingindo assim o maior numero de afetados, segundo o autor no Brasil esse pressuposto deve ser relativizado devido os obstáculos criados pela constituição e pelo STF para o acesso dos movimentos de defesa dos direitos humanos a jurisdição constitucional concentrada, para não manutenção do status quo, esse pressuposto deve ser relativizado (CAMPOS, 2019, p.191 ss).

Com base nesses pressupostos o ECI pode ser definido como uma técnica de decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma realidade que vem a ser seguida de ordens

estruturais. O ECI e as sentenças estruturais estão inter-relacionadas, mas são distintos (CAMPOS, 2019, p.194 ss).

Conforme a Constituição de 1988 e o Artigo 2º da Lei nº 9.882/99 possuem legitimidade para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADPF perante o STF:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do DF;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara de Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa de Estado, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já os legitimados passivos da ADPF são as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão impugnada. O Advogado-Geral da União deve desempenhar o mesmo papel exercido no caso de ADIN genérica, ou seja,

deve atuar como curador da presunção de constitucionalidade do ato questionado, seja ele normativo ou não. Certo que, em se tratando de omissão do poder público, à semelhança da ADIN por omissão, não cabe a atuação do AGU, salvo em se tratando de omissão parcial.

A competência para julgamento da ADPF pertence ao Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como paradigma a Constituição Federal. No plano estadual e tendo como paradigma a Constituição do Estado, o controle pode ser realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado, caso haja previsão deste instituto na respectiva Constituição do Estado. O processo tem natureza objetiva e somente sob o aspecto formal é possível falar-se em partes.

É cabível a concessão de liminar, caso formulado pedido, mediante o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, caput), caso estejam presentes no mínimo 2/3 dos Ministros (8). Esse quorum especial pode ser dispensado em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou, ainda, quando em recesso o STF, hipóteses em que decisão monocrática encontra-se sujeita ao referendo do Tribunal Pleno (§1º do art. 5º).

A Lei 9.882/99, antes da decisão liminar, faculta a prévia oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias (art. 5º, §2º).

A liminar "poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada" (§3º do art. 5º).

Apreciado o pedido de liminar, se formulado, o prazo de informações destinado às autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado é de dez dias (art. 6º).

Mesmo nas arguições incidentais, não é imprescindível a oitiva das partes que compõem a relação processual originária, mas, se entender necessário, poderá relator ouvi-las ou, ainda, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º, §1º).

A ADPF abrange: Atos normativos; Atos não normativos (atos concretos ou individuais do Estado e da Administração Pública, atos e fatos materiais, atos do poder público regidos pelo direito privado, contratos administrativos, e até mesmo atos judiciais Atos anteriores à Constituição.

O art. 5º, caput, que condiciona a concessão da medida liminar à observância do quorum mínimo da maioria absoluta dos membros do Tribunal. Assim, mesmo em se tratando de tema ligado à revogação de normas pré-constitucionais ou por força de reforma constitucional, no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, será necessário o quorum qualificado, a despeito da não aplicação do art. 97 da CF/88.

Além disso, a exemplo do art. 27 da Lei 9.868/99, também na Lei 9.882/99 foi consagrada hipótese de exceção à regra da nulidade do ato impugnado, mediante a seguinte previsão: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (art. 11).

Julgada a arguição, as autoridades responsáveis pela prática do ato impugnado serão comunicadas da decisão, que poderá ainda fixar as condições e o modo de aplicação e interpretação do preceito fundamental (art. 10, caput).

A decisão é imediatamente auto-aplicável, antes mesmo da lavratura do acórdão (art. 10, §1º). A decisão tem efeito vinculante e eficácia contra todos. Então, transitada em julgado, a parte dispositiva da decisão, em razão de seus efeitos "erga omnes" e vinculantes, deverá ser publicada no Diário Oficial (§2º do art. 10). Pode o Supremo, porém, excepcionar a própria regra do efeito "erga omnes" e do efeito declaratório ou "ex tunc" de suas decisões, atribuindo efeitos mais limitados ou constitutivos, ou mesmo "ex nunc", ou prospectivo sob o fundamento da segurança jurídica e estabilidade das relações. De qualquer forma, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da ADPF é irrecorrível. São nestas ideias que se alicerça o ECI.

Ao reconhecer a existência do ECI em sede de cautelar e a cultura do encarceramento observamos que o próprio STF reconhece a necessidade de redução do número de prisões provisórias, ao determinar a motivação e a justificativa da não aplicação de cautelares também demonstra que aplicação das cautelares pelos magistrados não tem cumprido sua finalidade e determina a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia como mais uma ferramenta de contenção dessa população carcerária provisória, reconhecendo que o problema

existe, os dados do Infopen aqui apresentados, o comprovam e ele contribui para o ECI. Como a necessidade de mudança nas condições de vida nas prisões pelo cumprimento do que preveem as legislações como LEP.

Dessa forma, o poder judiciário também possui a sua parcela de responsabilidade nesta violação sistemática aos direitos humanos existente nos presídios brasileiros, uma vez que 40% dos presos sequer foram condenados pelo sistema de justiça brasileiro, ou seja, não possuem decisão em primeira instância. Outra questão é a demora nos julgamentos e manutenção de presos além do tempo determinando em sentença.

Além disso, 47% dos presos provisórios estão custodiados há mais de 90 dias, aguardando julgamento e sentença. Dessa maneira, o judiciário com sua morosidade também contribuem para essas violações de direitos humanos e deve ser responsabilizado.

A aplicação de direitos de tamanha relevância não pode ficar condicionada a discricionariedade do poder judiciário, ao subconsciente do julgador como dispõe Cardozo principalmente diante da cultura do encarceramento vivenciada pelo Brasil.

Além disto, esse mesmo judiciário está sujeito às interferências políticas, esse conteúdo político pode transformar o poder judiciário em ditadura institucional que atende aos interesses de um partido ou grupo e tornar os direitos humanos um discurso político a serviço de interesses particulares o que sem duvidas é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

No entanto, a atuação atípica dos tribunais brasileiros, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, não é apenas negativa, o mesmo judiciário que tem dificuldades de aplicar as medidas cautelares e a prisão preventiva de acordo com os objetivos de sua criação, têm transformado essas promessas formais, ideologias a serem conquistadas (Direitos Humanos) em direitos efetivos, essa atuação é positiva na medida em que possibilita a concessão de direitos a muitas minorias estigmatizadas como os presidiários, por meio do reconhecimento do ECI.

Todavia se revela o meio inadequado para a efetivação dos Direitos Humanos no Brasil, atribuir essa responsabilidade a discricionariedade do poder judiciário é temerário, visto que ele não está livre das influências ideológicas, políticas e da corrupção generalizada que o Brasil vem enfrentando, os Direitos humanos não podem ser utilizados como 53 mecanismo de dominação e discurso de justificação das desigualdades, sob pena de perder o seu objeto central que é a garantia da Dignidade Humana.

Por conseguinte, tendo em vista que a prisão é a medida mais gravosa aplicada em nosso ordenamento jurídico, o ultimo ratio, que a proposta de ressocialização prevista na Lei de execução penal (LEI Nº 7.210/ 1984) tem se mostrado cada dia mais distante e o fato de os presídios brasileiros se revelarem como verdadeiras escolas do crime dominados por facções criminosas que comandam as ações criminosas de dentro deles, as decisões referentes à mitigação da liberdade do indivíduo não podem ser permeadas por subjetivismos e ampla discricionariedade, são necessários critérios objetivos e sanções legais para o excesso de prazo, bem como a determinação de um prazo de reavaliação da prisão preventiva e campanhas educativas para o combate a cultura do encarceramento que permeia a mentalidade da nossa sociedade e julgadores para que as medidas de contenção da população prisional provisória consigam ser colocadas que prática

Todavia, o mesmo judiciário que garante direitos fundamentais segue resistindo em aplicar as medidas de contenção da população carcerária provisória, assim sendo ele também possui responsabilidade em relação a situação “dantesca” dos presídios, visto que não tem cumprido o seu papel de aplicar com eficácia o art. 319 do CPP.

Essa resistência do judiciário reside no sentimento popular de impunidade que permeia Brasil e na ilusão de que a prisão preventiva produz de celeridade e justiça. Assim sendo, não adianta mudar a lei, é preciso mudar a cultura judiciária e da sociedade como um todo.

É por meio da cultura do encarceramento que a sociedade determina quem são os seres humanos detentores dos direitos humanos segregando e acreditando a prisão e a exclusão são a solução para violência e para sociedade mais justa e igualitária.

Um número significativo de nossos presos, ou seja, 40% são presos provisórios que não possuem condenação sequer em primeira instância e se encontram aguardando sentença por parte do poder judiciário e em alguns casos acabam cumprindo uma pena mais gravosa do que a que caso sejam condenados deveriam cumprir e em regime mais severo.

A não observância dos prazos processuais, da razoável duração do processo, a morosidade na tramitação dos processos de réu preso, a ausência de mecanismos legais de sanção para essas violações, a falta de controle sobre o tempo de prisão são esses alguns dos aspectos de um sistema punitivo seletivo brasileiro que possuem como base a cultura do encarceramento que está presente tanto na sociedade como na mentalidade do julgador.

Diante desse contexto e por meio da análise dos Fundamentos filosóficos, jurídicos e Pressupostos do ECI e a lidimidade para propositura e julgamento da ADPF, entendemos que é possível sim a aplicação do ECI ao poder judiciário, apesar de termos dúvidas a respeito da possibilidade de sua declaração, tendo em vista que compete ao STF o seu julgamento e determinação de ações a serem realizadas para superação das inconstitucionalidades declaradas.

Por fim, a conclusão que alcançamos após essa análise é a que nosso sistema jurídico carece de um mecanismo eficaz de controle de cortes e da atuação do poder judiciário. Tendo em vista que a decisão em relação à ADPF é irrecorrível e de que não existe nenhum órgão responsável pela revisão das decisões proferidas pelo STF.

5.2 A Separação dos Poderes e o ECI como Ativismo Judicial Estrutural

É uma decisão estrutural ou litigio estrutural reconhecido pelo STF no contexto da experiência brasileira e Latina da imensa lacuna entre a teoria e a prática dos Direitos Humanos, de positivação e reconhecimento sem eficácia, da busca pela tutela adequada, tempestiva e eficiente surgem o que a doutrina Brasileira denomina por meio de diversas expressões de: Litígios Estruturais, medidas estruturantes, processos estruturais, decisões estruturais dentre outras, com expiração na doutrina de origem norte-americana, guiando uma discussão a respeito do conflito de interesse público, que pode viabilizar reformas estruturais em instituições públicas ou privadas, buscando o cumprimento de direitos fundamentais ou o dimensionamento dos conflitos de alta complexidade (COTA; NUNES, 2018).

Conforme (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017), Os litígios estruturais enquadram-se na categoria de conflitos coletivos, no entanto devido a ausência de uniformidade terminológica e complexidade, a doutrina aponta dificuldades em estabelecer um conceito.

Nesta proposta de estudo adotamos a terminologia consagrada na pesquisa de doutorado de Puga (2013): litígio estrutural (litigio estructural) visto que o uso das demais expressões por estas possuírem uma semântica interpretativa maior, que pode levar a acepções mais amplas podem induzir o leitor a ideia de uma atuação além do Poder Judiciário enquanto instituição, ou o põe somente como responsável pela tutela jurisdicional de direitos

fundamentais, sociais e econômicos, sem comunicação entre as outras instituições de poder ou da sociedade. Além disso, o próprio STF utilizou o termo Litígios Estruturais.

Consoante o Min. Marco Aurélio⁵⁸ trata-se do que a doutrina vem designando de ‘litígio estrutural’, no qual são necessárias outras políticas públicas ou correção daquelas que não alcançam os objetivos desejados, alocação de recursos orçamentários, ajustes nos arranjos institucionais e nas próprias instituições, novas interpretações e aplicações das leis penais, enfim, um amplo conjunto de mudanças estruturais, envolvida uma pluralidade de autoridades públicas.

Para Vitorelli (2016), os litígios estruturais ostentam três características principais: A primeira é a de que são conflitos complexos e multipolares. A segunda diz respeito ao fato de que implicam na implementação de valores públicos relevantes, mas que ainda não estão concretizados no seio social. E por fim, a terceira se refere à questão de que os litígios estruturais requerem a reforma de uma instituição pública ou privada, para proporcionarem a promoção do valor público visado.

Segundo Didier Jr; Zaneti Jr; Oliveira (2017) a decisão que visa solucionar o conflito estrutural (structural injunction) pode ser conceituada como aquela que busca promover uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, implementando ou corrigindo uma determinada política pública.

Ademais, os autores acrescentam que essas decisões normalmente prescreve uma norma de conteúdo aberto e indica uma meta a ser alcançada, apresentando a estrutura deontológica de uma norma-princípio, com a finalidade de ocasionar uma mudança no estado de coisas (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

Além disso, a decisão estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que devem ou não ser levadas a efeito para que o preceito seja alcançado, assumindo, nessa parte, a estrutura deontológica de uma norma regra (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2017).

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. MC ADPF n. 347 – DF. Rel.Min. Marco Aurélio.

Nesta dissertação adotamos o conceito de litígio estrutural desenvolvido pela doutrina dos Estados Unidos, proposto por Owen Fiss e Abram Chayes, na década de 1960, que definem como estruturantes as decisões judiciais nas quais, a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público (CHAYES, 1976).

Ainda, conforme Fiss por meio das decisões estruturantes se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes (FISS, 1979).

A doutrina dos litígios estruturantes surge nos Estados Unidos, não temos a pretensão de realizar uma análise histórica do seu surgimento, visto que não é este o problema proposto neste estudo, mas para melhor compreensão do instituto e dos conceitos acima é necessário contextualizar as origens dessa nova forma de tutela adjudicatória exercida pelo Poder Judiciário, denominada de litígios estruturantes.

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka* é considerado um dos mais relevantes da história da Suprema Corte dos Estados Unidos por inaugurar uma nova forma de tutela adjudicatória exercida pelo Poder Judiciário, por meio da ação, crianças negras pretendiam ter reconhecido o direito de frequentar escolas destinadas a brancos.

A Suprema Corte Americana enfrentou durante a ação a seguinte questão: a segregação de crianças nas escolas públicas apenas com base na raça privam os filhos do grupo minoritário de oportunidades educacionais iguais? A resposta a essa questão foi sim. Assim sendo, a Corte concluiu que, no campo da educação pública, a doutrina de separados mas iguais não tem lugar, visto que viola a proteção da lei garantida pela XIV Emenda⁵⁹.

Entretanto, a concretização desta decisão era complexa, visto que a decisão não é por si só eficaz, sem que outros fatores externos auxiliem em sua efetividade, o que foi alvo de ampla discussão pela Suprema Corte, resumida nas seguintes indagações (JOBIM; ROCHA, 2017):

- (i) como dar condições de possibilidade de uma afro-descendente frequentar uma

⁵⁹ 4Decision 347 U.S. 483. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/347/483>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

escola para brancos sem que seja discriminada?
(ii) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão?

Segundo Pinho e Cortês, o aspecto mais importante do caso Brown são as discussões a respeito da efetividade da decisão que constituem, portanto um marco uma vez que propõe que o Judiciário efetivamente reformasse as instituições envolvidas nos processos com o intuito de que estas cumprissem o comando constitucional (PINHO; CORTÊS, 2014)

Para Fiss (2003) a partir do caso Brown, surge uma nova espécie de adjudicação, que o autor denomina de structural reform (reforma estrutural) uma vez que segundo o autor os nossos valores constitucionais não podem ser totalmente garantidos sem mudanças básicas nas estruturas dessas organizações. A ação estrutural é uma em que um juiz, confrontando uma burocracia estatal sobre valores de dimensão constitucional, compromete-se a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça a esses valores colocados pelos atuais arranjos institucionais.

O Estado de Coisas Inconstitucional é o único caso reconhecido como litígio estrutural pelo STF, todavia a doutrina brasileira sustenta que a corte já proferiu algumas decisões que podem ser consideradas como estruturais.

Didier, Zaneti e Oliveira (2017, p. 54-55) trazem o exemplo da Raposa do Sol (Pet 3.388/RR), que versa sobre a caracterização e demarcação de terras indígenas no Estado de Roraima. A decisão estabelece uma série de diretrizes que necessariamente devem ser seguidas pelo o Poder Judiciário e também o Executivo em todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, bem como outros processos relacionados à demarcação de territórios indígenas.

Outro exemplo exposto pelos autores é o Mandado de Injunção 708/DF, que trata de um ato omissivo do Congresso Nacional, que consiste na falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. A decisão do caso traz uma série de diretrizes que devem ser observadas pelo funcionalismo público no geral, em caso de greve, além de servir como jurisprudência para casos análogos posteriores.

A ADPF 378, tratou do rito do impeachment da presidente Dilma Rousseff também é considerada por Didier, Zaneti e Oliveira como estrutural, uma vez que nesta decisão, foram estabelecidas diversas diretrizes, pressupostos e determinações que devem ser seguidas pelo

Legislativo e Executivo no decorrer do procedimento. Além do fato de afetar a população brasileira como um todo.

Arenhart (2015) traz outros exemplos de decisões que apesar de não serem proferidas no âmbito do STF ele considera como casos de litígios estruturais como a Ação Civil Pública do Carvão, que versa sobre a questão ambiental na mineração de carvão em Criciúma/SC, a decisão é considerada estrutural pelo autor por se tratar de uma matéria complexa, com a recomendação da sentença desdobrada em várias fases e em procedimentos autônomos para cada réu condenado, além de lidar com um direito difuso.

A Suspensão de Liminar 47-AgR/PE é mencionada também por Arenhart (2013) ela trata de direitos sociais, e definiu parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. A partir da suspensão da liminar, são especificadas medidas que devem ser tomadas pelo Município de Petrolina, Estado de Pernambuco e União, para a melhoria do atendimento no hospital Dom Malan, determinando o cumprimento de uma política pública já existente, porém deficitária.

Os litígios estruturais estão relacionados à falta de uma política governamental direcionada a assegurar um direito fundamental, ou a falhas em políticas públicas existentes, porém não eficazes no sentido de proteção integral aos valores constitucionais.

No Brasil, diante da judicialização das demandas devido à ineficácia das políticas públicas que tem como objetivo garantir direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem assumido a posição de coordenar o diálogo entre as instituições para a resolução de problemas estruturais por meio de determinações como exemplo da ADPF 347, na qual se reconhece a existência do Estado de Coisas inconstitucional no Sistema carcerário brasileiro, em sede de medida cautelar e se determina medidas aos demais poderes ações para solução do quadro de graves violações a Direitos Fundamentais.

Segundo Diana Kapiszewski (2011,) a Constituição de 1988 desenvolveu um cenário de oportunidade estrutural para constitucionalização e judicialização de conflitos sociais e políticos, abrindo espaço para o STF desempenhar um papel crucial em casos sobre distribuição de competências, governança econômica e, eventualmente, direitos e garantias sociais. Porém, o tribunal teve uma participação muito mais significativa nas duas primeiras do que na garantia de direitos nas primeiras décadas após a transição de governo, sugerindo que seria necessário uma maior abertura na estrutura de oportunidade constitucional.

Para Barroso (2017), a atuação do STF tem sido mais ativa em direitos fundamentais a partir de 2011, tendo como exemplo o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Porém, não necessariamente essa atuação leva a um diálogo entre as instituições.

Para Chayes (1976) a natureza do litígio público exige uma nova forma de pensar sobre a atuação judicial, os juízes passariam a participar da confecção e implementação das políticas públicas, tendo um papel ativista, de contraste com a postura judicial passiva que estamos acostumados a esperar da poder judiciário. Para o autor o alcance de bons resultados justificaria esta atuação, apesar de ser considerada por alguns antidemocrática.

O aumento do número de demandas envolvendo políticas públicas junto ao Poder Judiciário brasileiro é inegável, porém não foi acompanhada pelo desenvolvimento de respostas técnicas para o tratamento dessa espécie de conflito, de maneira que a tendência é a aplicação das velhas fórmulas de composição de conflito (VALLE, 2016, p.103)

Tais questões põem em cheque a legitimidade da atuação judicial, visto que as cortes assumem papéis típicos de agentes políticos ao estabelecer a necessidade de novas políticas públicas, definem parâmetros e finalidades, buscam coordenar instituições de governo e supervisionam os resultados dessas medidas, indo além do papel tradicional, o que gera questionamentos em relação a sua legitimidade, do Checks and Balances, também conhecida como Freios e Contrapesos desenvolvido por Montesquieu, a ascensão política das cortes sempre foi alvo de muitas críticas, por supostamente gerar uma distorção no estado democrático de Direito, por ser antidemocrática e violar o valor do autogoverno popular (CAMPOS, 2015).

O ativismo segundo Campos (2015) é multifacetado, ou seja, possui diferentes dimensões, e não é aprioristicamente ilegítimo, salvo quando voltado para afirmar a supremacia judicial, o que o autor denomina de ativismo do tipo antidialógico. A análise da sua legitimidade deve ser feita de forma contextual.

As sentenças estruturais proferidas não só no Brasil, nos EUA, na Colômbia, na Índia e Argentina, consoante Campos (2015) habitam o marco do Constitucionalismo Cooperativo que singulariza a separação dos poderes no Estado Social e democrático do século XXI. Diante da omissão e falhas do executivo e legislativo chega a ser aconselhável que o judiciário tome medidas estruturais, sob pena de vigorarem “os direitos sem remédios.”

Para a superação dos bloqueios políticos e institucionais surge à necessidade de interferência na própria confecção e implementação de políticas públicas, seria esse o papel das sentenças estruturais (CAMPOS, 2015).

O autor fixa 5 (cinco) premissas para definição do que seria ativismo : A primeira diz respeito a postura expansiva de poder político- normativo dos juízes e cortes nas suas decisões. A segunda se refere ao fato de o ativismo judicial não ser aprioristicamente legítimo ou ilegítimo. A terceira se caracteriza pelo caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial. Já a quarta se refere a pluralidade de variáveis contextuais que moldam o ativismo judicial e a quinta e ultima se refere a forma como o ativismo se manifesta de maneira adjudicatória multidimensional.

Por meio dessas premissas acima Campos (2015) define o ativismo como o exercício expansivo não necessariamente ilegítimo de poderes políticos-normativos por parte dos juízes e cortes em face dos demais atores políticos que deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais que responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais, jurídicos-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos e se manifesta por meio de múltiplas dimensões de prática decisórias.

O ativismo foi classificado por Canon (2009) com base na experiência da suprema corte americana em dimensões, a antidialógica é a afirmação de uma posição do supremo não apenas como último interprete da Constituição, mas como único, exclusivo. Sem dialogar com demais poderes, sem existir uma construção coordenada entre os poderes, ou seja, de um processo dialógico, essa dimensão deve ser evitada, visto que é considerada ilegítima.

Tal dimensão antidialógica é aprioristicamente ilegítima, visto que viola o equilíbrio entre os poderes, o Checks and Balances e a democracia, o respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação das cortes mais legítima no processo de construção dos significados da Constituição.

Tal quadro se torna preocupante na medida em que o reconhecimento e positivação de tais direitos no Brasil não se mostrou como meio suficiente para a garantia de sua efetividade e o grande desafio enfrentado pelo Brasil na atualidade é a concretização a materialização desses direitos essenciais a dignidade humana, a aplicação de direitos de tamanha relevância não pode ficar condicionada a discricionariedade do poder judiciário que está sujeito as

interferências políticas, esse conteúdo político pode transformar o poder judiciário em ditadura institucional que atende aos interesses de um partido ou grupo e tornar os direitos humanos um discurso político a serviço de interesses particulares o que sem dúvidas é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito

Os Direitos humanos não podem ser utilizados como mecanismo de dominação e discurso de justificação das desigualdades, sob pena de perder o seu objeto central que é a garantia da Dignidade Humana.

Partindo da premissa a legitimidade da atuação do STF é questionada por ser uma expressão do ativismo antidialógico que pode resultar em uma distorção do Estado Democrático de Direito por causar um desequilíbrio na separação dos poderes e ser uma ameaça à democracia.

5.3 Cinco anos Depois: Perspectiva após a apreciação da cautelar na ADPF 347 e A APAC

Cinco anos após a apreciação da medida cautelar na ADPF 347, a realidade do sistema prisional não mudou e os dados demostram o seu agravamento e a ocorrência de verdadeiros massacres como o de Anísio Jobim em Manaus, o que demonstra o risco de inefetividade do ECI, diante do agravamento do quadro, mesmo após o reconhecimento das inconstitucionalidades.

Como uma alternativa, todavia sem a pretensão de propor um novo modelo judicial trazemos o exemplo da APAC⁶⁰ que consoante, o seu site institucional, surge em 1972, na cidade de São José dos Campos - SP, através de um grupo de voluntários cristãos, sob a liderança do advogado e jornalista Dr. Mário Ottoboni, no presídio Humaitá, para evangelizar e dar apoio moral aos presos. A sigla significava Amando o Próximo Amarás a Cristo.

Acreditando⁶¹ que somente uma entidade juridicamente organizada seria capaz de enfrentar as dificuldades e as vicissitudes que permeavam o dia a dia do presídio e assim foi

⁶⁰ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

⁶¹ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

instituída a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, uma entidade jurídica sem fins lucrativos, com o objetivo de auxiliar a Justiça na execução da pena, recuperando o preso, protegendo a sociedade socorrendo as vítimas e promovendo a Justiça restaurativa.

A APAC⁶² é uma entidade civil de direito privado, com personalidade jurídica própria, dedicada à recuperação e à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. Ela ainda opera como entidade auxiliar do poder Judiciário e Executivo, respectivamente, na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade.

A APAC é composta de 12 elementos:

1. Participação da Comunidade;
2. Recuperando ajudando Recuperando;
3. Trabalho;
4. Espiritualidade;
5. Assistência jurídica;
6. Assistência à saúde;
7. Valorização Humana;
8. Família;
9. O Voluntário e o curso para sua formação;
10. Centro de Reintegração Social – CRS;
11. Mérito;
12. Jornada de Libertação com Cristo;

O objetivo da APAC⁶³ é promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena. Seu propósito é evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar.

O trabalho da APAC⁶⁴ dispõe de um método de valorização humana, vinculada à evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se, buscando em

⁶² http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

⁶³ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

perspectiva mais ampla, a proteção da sociedade, o socorro às vítimas a promoção da justiça restaurativa.

Na APAC os presos são chamados de recuperandos e são corresponsáveis por sua recuperação. A presença de voluntários é fundamental oferecendo aos recuperandos a assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica. Na APAC, a segurança e a disciplina são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte alguns funcionários e voluntários, sem o uso de policiais ou agentes penitenciários.

A APAC conta com uma rotina diária que inicia às 6 da manhã e termina às 10 da noite. Durante o dia todos trabalham, estudam e se profissionalizam, evitando a todo custo a ociosidade. Com uma disciplina rígida, a APAC conta com um conselho formado por recuperandos que contribui decisivamente para a ordem, o respeito e o seguimento das normas e regras.

Na APAC as famílias são respeitadas e coparticipes da recuperação. Através de encontros formativos, celebrações e vistas aos lares, a APAC tenta, a todo custo, reatar os laços entre recuperandos e seus entes. A APAC recupera também a família de quem cumpre pena.

Na APAC⁶⁴ a espiritualidade é ecumênica. Cada recuperando é incentivado a assumir a fé que professa, de forma que possa fazer um encontro profundo com o Deus da Vida. O respeito à religião do outro é fundamental e norteia a espiritualidade.

Enfim, na APAC⁶⁵ o cumprimento de pena é individualizado. Por isso as APACs são pequenas unidades, construídas nas próprias comunidades onde os recuperandos cumprem sua pena. São unidades idealizadas para receber no máximo 200 recuperandos.

Um presídio que aplica a metodologia APAC⁶⁶ é infinitamente mais vantajoso para o Estado, visto que um preso na APAC custa um terço do valor gasto no sistema comum. Além disso, a construção de uma APAC é muito mais barata que a construção de um presídio comum.

⁶⁴ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

⁶⁵ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

⁶⁶ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

⁶⁷ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

Os resultados positivos tais como baixo índice de reincidência, baixo custo, ausência de violência e rebeliões, poucas fugas, têm contribuído para que a metodologia APAC⁶⁸ seja conhecida e aplicada.

⁶⁸ http://www.dac.mg.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=55

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposografia do sistema carcerário brasileiro realizada nesse estudo evidencia que a população prisional brasileira é composta por jovens negros de 18 a 29 anos, que ainda não cursaram o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental, ou seja, grande parte de nossos jovens estão encarcerados. Os crimes de roubo e furto são os que apresentam maiores incidências seguidos pelos de tráfico.

E que 40% são presos provisórios que não possuem condenação sequer em primeira instância e se encontram aguardando sentença por parte do poder judiciário e em alguns casos acabam cumprindo uma pena mais gravosa do que a que caso sejam condenados deveriam cumprir e em regime mais severo.

Esses são alguns dos aspectos de um sistema punitivo seletivo e falido que não cumpre sua finalidade de ressocialização devido a suas condições sub-humanas e a seletividade punitiva do nosso sistema carcerário que tem um público alvo pessoas de baixa escolaridade, sem influência política e econômica junto aos poderes constituídos e um desrespeito aos direitos básicos dos presos, visto que não são observados os direitos fundamentais nem as assistências previstas na lei de Execução Penal.

A regra é a “invisibilidade” dos presos, num país em que impera a visão fruto de uma cultura do encarceramento que está presente também no subconsciente do julgador possui como consequência o velho jargão do senso comum: “bandido bom é bandido morto” o que torna a pauta para o poder Legislativo e Executivo impopular e constrangedora sob o ângulo político.

Com base nas ideias de Mannheim influenciadas pelo marxismo, por Bacon e Ricoeur definimos a cultura do encarceramento como: uma ideologia da classe dominante a serviço da conservação do status quo. Essa cultura permeia o subconsciente da sociedade, do judiciário, do legislativo, dentre outros e se sustenta no Direito penal do inimigo e no etiquetamento social e é a ideologia das classes dominantes que resulta na atual situação do sistema carcerário brasileiro, o processo crítico de desconstrução dessa visão de mundo é lento, complexo devido às barreiras culturais e sociais, mas é necessário.

Para compreender esse processo ideológico do julgador tomamos como base o realismo jurídico e as ideias de Cardozo demonstra a influencia dos elementos do

subconsciente na decisão judicial, sendo a aderência do juiz ao precedente, que evidencia os elementos subconscientes que agem no processo judicial, principalmente diante das texturas abertas da lei.

A coletividade como juiz também sofre essas influências das quais os seres humanos não estão livres nem o Direito, que percebido pela coletividade e pelo julgador sobre o manto desses elementos do subconsciente.

Um número significativo de nossos presos, ou seja, 40% são presos provisórios que não possuem condenação sequer em primeira instância e se encontram aguardando sentença por parte do poder judiciário e em alguns casos acabam cumprindo uma pena mais gravosa do que a que caso sejam condenados deveriam cumprir e em regime mais severo.

A não observância dos prazos processuais, da razoável duração do processo, a morosidade na tramitação dos processos de réu preso, a ausência de mecanismos legais de sanção para essas violações, a falta de controle sobre o tempo de prisão são esses alguns dos aspectos de um sistema punitivo seletivo brasileiro que possuem como base a cultura do encarceramento que está presente tanto na sociedade como na mentalidade do julgador.

Diante desse contexto e por meio da análise dos Fundamentos filosóficos, jurídicos e Pressupostos do ECI e a lidimidade para propositura e julgamento da ADPF, entendemos que é possível sim à aplicação do ECI ao poder judiciário, apesar de existirem controversas a respeito da possibilidade de sua declaração, tendo em vista que compete ao STF o seu julgamento e determinação de ações a serem realizadas para superação das inconstitucionalidades declaradas.

Por fim, a conclusão que alcançamos após essa breve análise do tema é a que nosso sistema jurídico carece de um mecanismo eficaz de controle de cortes e da atuação do poder judiciário. Tendo em vista que a decisão em relação à ADPF é irrecorrível e de que não existe nenhum órgão responsável pela revisão das decisões proferidas pelo STF.

Cinco anos após a apreciação da medida cautelar na ADPF 347, a realidade do sistema prisional não mudou e os dados demostram o seu agravamento e a ocorrência de verdadeiros massacres como o de Anísio Jobim em Manaus, o que demonstra o risco de inefetividade do ECI, diante do agravamento do quadro, mesmo após o reconhecimento das inconstitucionalidades. Como uma alternativa, todavia sem a pretensão de propor um novo modelo judicial trazemos o exemplo da APAC.

7. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The New Separation of Powers**. Harvard Law Review, v. 113, p. 642–725, 2000.

ALMEIDA, de Assagra Gregório. **O Sistema Jurídico Nos Estados Unidos -Common Law E Carreiras Jurídicas (Judges, Prosecutors E Lawyers): O Que Poderia Ser Útil para a Reforma do Sistema Processual Brasileiro?**. Revista de Processo. vol. 251.2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 38, n. 225, p. 389–410, 2013.

_____. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão**. Revista de Processo Comparado, v. 1, n. 2, p. 211–229, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ARIZA, Libardo José. **The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia**. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunal of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.

Brasil e EUA: temas de direito comparado/coordenação: Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, Thiago Baldani Gomes De Filippo. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Counter majoritarian, Representative and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Direito & Práxis, 2017. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremascortes.pdf>

BARROSO, Luis Roberto de. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, artigo de 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-robertobarroso/retrospectiva-2008judicializacao-ativismoelegitimidade-democratica>>. Acesso em: 01.01.2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional: Levantamento Nacional de informações penitenciária INFOPEN - JUNHO DE 2014**.

_____. **Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347 – DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Informativo STF, n. 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 05.05.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da Chamada "execução Antecipada da Pena"**. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil, Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. no 84.078. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2009. Dou. p. 1-166

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 – DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Informativo STF, n. 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em: 05.07.2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar. 1999.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia** (uma defesa das regras do jogo). Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

_____. Norberto. **A crise da democracia e a lição dos clássicos** In: Arquivos do Ministério da Justiça, v. 40, n. 170, p. 29-43, out./dez. 1987. Disponível em A crise da democracia e a lição dos clássicos. Acesso 01.01.2018.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Marcio Pugliese, Edson Bini, Carlos. E. Rodrigues. São Paulo; ícone, 1995.

BOTELHO, Ana Cristina de Melo Pontes. **A corrupção política e seu estudo à luz da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann e de sua projeção nos sistemas jurídico e político**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais, São Paulo, Fundação Boiteux, 2009, p.2311-2340.

CARDOZO, Benjamin. **A Natureza do Processo Judicial**: Palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. 3. Ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 2004.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional, sentença SU-559 de 1997**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 09.09.2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2015. Tese de Doutorado em Direito Público. Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-camposestado-coisas-inconstitucional-litigioestrutural>>. Acesso em: 06.07.2018.

Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTA Mundo: Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em:<<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>.2015.Acesso:09.09.2016.

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **Sobre o conceito de “ativismo judicial estrutural”**, Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CÉSAR. Rodríguez Garavito, **¿Cuándo cesa el Estado de Derecho de cosas inconstitucionales del desplazamiento?** Más allá del Desplazamiento. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2010.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. Litigio estratégico y derechos humanos: La lucha por el derecho. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in public law litigation**. Harvard Law Review, vol. 89, n. 7, 1976.

COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.ht. Acesso em: 15. 07. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentencia SU-559 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 09.09.2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-68 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>. Acesso em 09. 09.2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/43561733?_ga=1.105169735.550108658.1477554481. Acesso em 09.09.2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-1695 de 2000. Magistrada Ponente :Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1695-00.htm>. Acesso em 09. 09.2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T-153/1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em 09.09. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em 09.09. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 09.09. 2016.

COSTA, Cynara de Barros. **Direito Transnacional do Comércio**: Uma teoria afirmativa da natureza jurídica das normas do comércio transnacional. 2016. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz; Hassemer, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Notas sobre as decisões estruturantes**. Civil Procedure Review, v. 8, n. 1, p. 46–64, 2017.

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.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954).

_____. US Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294 (1955).

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Direito e Filosofia da Práxis: A Teoria do Direito entre prescrição e descrição**. In: SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa; BELLO, Enzo; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. (Coords.) **Marxismo e Direito: Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. João Pessoa: EdUFPB, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=78af92f2de822f11>>. Acesso em 01 out 2018.

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB 2012.

FISS, Owen. **The Forms of Justice**. Harvard Law Review, v. 93, 1979.

FISS, Owen. **The Social and Political Foundations of Adjudication**. Law and Human Behavior, v. 6, 1982.

FISS, Owen. **Two Models of Adjudication**. In: How does the Constitution secure rights? American Enterprise Institute Constitutional Studies. [s.l.]: American Enterprise Institute of Constitutional Studies, 1985.

FISS, Owen. **Models of adjudication**. Caderno Direito GV, v. 1, n. 8, 2005.

BACON, F. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da Interpretação da Natureza**; Nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo**: A retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. 2009. 166p. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

_____. **Uma análise pragmática dos Direitos Humanos**. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. (Orgs). **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

FERREIRA, Leandro Hollerbach. **Aspectos inconstitucionais da vedação da liberdade provisória em absoluto pelo legislador ordinário**. 2010. 340 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2010.

FERRAIOLI, Marzia; DALIA, Andrea Antonio. **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: CEDAM, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez; Alfonso Ruiz Miguel; Juan Carlos Bayón Mohino; Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.

GARLAND, David. **Punishment and modern society : a study in social theory**. Oxford, Claredon Press, 1995.

GARAVITO, César Rodríguez. **Beyond Enforcement: Assessing and Enhancing Judicial Impact**. In: **Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick**. England: Cambridge University Press, 2017, p. 75–108.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. [s.l.]: Colección DeJusticia, 2010.

_____. **Juicio a la exclusión**: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. (colección derecho y

política).

HABERMAS, Jürgen. **Wahrheit und Rechtfertigung: philosophische Aufsätze**. Frankfurt, Surhkamp. 1999.

KAPIZEWSKI, Diana. **Power Broker, Policy Maker or Rights Protector?** The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition. In: Courts in Latin America. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 154–186.

KAUFMAN, Andrew L. Cardozo, Benjamin Nathan, in Kermit L. Hall (ed.) The Oxford Companion to American Law. New York: Oxford University Press, 2002.

Bacon

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: Uma proposta de delimitação do debate**. Tese (doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de pós graduação em Direito. Recife, 2013. 300p.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

_____. Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. Niklas. Verfassung als Evolutionäre Errungenschaft. Rechtshistorisches Journal 9, Frankfurt am Main: Löwenklau, p. 176-220, 1990.

_____. Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrete. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Lopes Jr., Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2017.

LY, Miguel Enrique Falla, TELLO, Sergio Enrique Zapata. **Estado de Cosas Inconstitucional em el Perú: Análisis Jurisprudencial y Derecho Comparado**”. 2014. Disponível em:<<https://edwinfigueroag.wordpress.com/2014/07/30/estado-de-cosasinconstitucional-en-el-peru-analisis-jurisprudencial-y-derecho-comparado-ensayo-ganadorconcurso-de-comunicaciones-estudiantiles-usat-julio-2014/>>. Acesso em: 01.07.2016.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 3a edição, São Paulo, Ciências Humanas, 1982.

Malcom M. Feeley e Edward L. Rubin. *Judicial Policy Making and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas do entendimento humano. São Paulo: Editorial Psy, 1995.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**. Palestra proferida na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**. Atualização – Junho de 2016. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Acesso em: 13 de dezembro de 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução: Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

NEVES, Marcelo. **A Crise do Estado**: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica – Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão in *Anais do 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, vol 1, Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, Recife, pp. 157-172, 1991.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; Gomes, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

PUGA, Mariela. **El litigio estructural**. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, v. 2, p. 41–82, 2014.

RODRIGUES, R. N. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

ROOLENBERG, Richard. *The World of Benjamin Cardozo*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas**. 5 ed., São Paulo, Editora 34, 2005.

VITORELLI, Edilson. **Tipologia dos litígios transindividuais**: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETTI JR, Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49-107

WEAVER, Russel L. **The Rise and decline of structural remedies**. San Diego Law Review, vol. 41, 2004.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (A onda punitiva). Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

_____. **As Prisões da Miséria**. Tradução: André Telles. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

8. APÊNDICES



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS-CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO AUTORAL DO TRABALHO FINAL DE DISSERTAÇÃO
DE MESTRADO**

**(Autodeclaração de autenticidade, originalidade, inexistência de plágio e não co-responsabilização
do orientador)**

NOME DO (A) MESTRANDO (A): Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa

Código de Matrícula: 20181017982

Telefone: (83) 988899699;

E-mail: jessikasaraiva@gmail.com

ORIENTADORA: Profª. Drª. Lorena de Melo Freitas

COORIENTADOR: Prof. Dr. Luciano da Silva

DATA DA SESSÃO DE DEFESA FINAL: 29 de Abril de 2020

TÍTULO/SUBTÍTULO DA DISSERTAÇÃO: QUEM IRÁ VIGIAR OS PRÓPRIOS VIGILANTES?:
A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO PODER JUDICIÁRIO E A
CULTURA DO ENCARCERAMENTO SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO

Declaro, para os devidos fins, que o presente trabalho de Dissertação, em fase de defesa, apresentada ao PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS é de minha autoria e que estou ciente: dos Artigos 184, 297 a 299 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940; da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre os Direitos Autorais, do Regulamento Disciplinar do Corpo Discente da UFPB, da Resolução da Pós-graduação da UFPB; e que "plágio consiste na reprodução de obra alheia e-ou submissão da mesma como trabalho próprio, bem como na inclusão, em trabalho próprio, de ideias, textos, tabelas ou ilustrações (quadros, figuras, gráficos, fotografias, retratos, lâminas, desenhos, organogramas, fluxogramas, plantas, mapas e outros) transcritos de obras de terceiros sem a devida e correta citação da referência".

Com isso, declaro por este meio acerca da autenticidade, originalidade, inexistência de qualquer tipo de plágio, bem como e por fim, de isenção de responsabilidade e-ou co-responsabilidade do meu orientador em face de qualquer eventual existência de hipóteses acima elencadas.

João Pessoa – PB, 13 de julho de 2021.

Às 15h do dia 29 de abril de 2020, por meio de ambiente virtual, recomendado pela Portaria 090/GR/Reitoria/UFPB, reuniu-se a Comissão Examinadora formada pelos seguintes Professores Doutores: Lorena de Melo Freitas (Orientadora PPGCJ/UFPB), Enoque Feitosa Sobreira Filho (Avaliador Interno PPGCJ/UFPB), Jonabio Barbosa dos Santos (Avaliador Externo/UFCG) e Luciano da Silva (Avaliador Externo/UFCG), para avaliar a dissertação de mestrado da aluna Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa, intitulada: "QUEM IRÁ VIGIAR OS PRÓPRIOS VIGILANTES?: A APLICAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL AO PODER JUDICIÁRIO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO SOB A ÓTICA DO REALISMO CARDOZIANO.", candidata ao grau de Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos.

Compareceram à cerimônia, além do candidato, professores, alunos e convidados. Dando início à solenidade, a professora Lorena de Melo Freitas (Orientadora PPGCJ/UFPB) apresentou a Comissão Examinadora, passando a palavra à mestrande, que discorreu sobre o tema dentro do prazo regimental. A candidata foi a seguir arguida pelos examinadores na forma regimental. Ato contínuo, passou então a Comissão, em caráter secreto, à avaliação e ao julgamento do referido trabalho, concluindo por atribuir-lhe o conceito APROVADA, o qual foi proclamado pela Presidência da Comissão, achando-se a candidata legalmente habilitada a receber o grau de Mestre em Ciências Jurídicas, cabendo à Universidade Federal da Paraíba providenciar, como de direito, o diploma de Mestre a que a mesma faz jus. Nada mais havendo a declarar, a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, Ananda Brito N. Diniz Lourenço, Assistente em Administração do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, lavrei a presente ata, que assino com os demais componentes da Comissão Examinadora.

João Pessoa, 29 de abril de 2020. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Ananda Brito N. Diniz Lourenço

Lorena de Melo Freitas

Enoque Feitosa Sobreira Filho

Jonabio Barbosa dos Santos

Luciano da Silva

Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa