

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

FLÁVIA DE SOUZA MUNHOZ ALVES

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DIÁLOGO INSTITUCIONAL:
uma abordagem sobre o sistema prisional brasileiro**

POUSO ALEGRE

2023

FLÁVIA DE SOUZA MUNHOZ ALVES

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DIÁLOGO INSTITUCIONAL:
uma abordagem sobre o sistema prisional brasileiro**

Projeto de pesquisa apresentado à Banca de Qualificação do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), como requisito parcial para conclusão e obtenção do título de mestre em Direito pelo Programa de Mestrado Acadêmico em Direito – área de concentração em Constitucionalismo e Democracia.

Linha de Pesquisa 1: Efetividade dos Direitos Fundamentais e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira

POUSO ALEGRE

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

ALVES, Flávia de Souza Munhoz

Estado de Coisas Inconstitucional e Diálogo Institucional: Uma Abordagem Sobre o Sistema Prisional Brasileiro. / Flávia de Souza Munhoz Alves. Pouso Alegre: FDSM, 2023.

112p.

Orientador: Leandro Corrêa de Oliveira.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1.Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Sistema Prisional Brasileiro. 3. Direitos Fundamentais. I Leandro Corrêa de Oliveira. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Flávia de Souza Munhoz Alves

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DIÁLOGO INSTITUCIONAL:
uma abordagem sobre o sistema prisional brasileiro**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: 27/04/2023

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira (Orientador)

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira

Prof. Dr. Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho

Pouso Alegre – MG

2023

Dedico esse trabalho ao meu esposo, Edmilson Alves Guimarães, por todo apoio nessa trajetória.

AGRADECIMENTOS

É então chegada a hora de agradecer aqueles que de alguma forma fizeram e ainda fazem parte de todo esse processo, o qual consistiu em uma série de abdições, dúvidas, inseguranças e empenho, e que agora se mostra uma trajetória compensadora e enriquecedora.

Ao Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira, meu orientador, a quem me deu todo o suporte necessário e ao mesmo tempo, liberdade de pesquisa, se mostrou tão sério e comprometido com o que faz, não apenas como orientador, mas, como professor, pesquisador e estudioso na área do Direito. Gratidão Professor Leandro Corrêa de Oliveira, por caminhar ao meu lado nessa jornada incrível que é o mestrado.

Ao Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira por todas as palavras de incentivo, ajudando a nós, alunos, nos mantermos firmes em nossos propósitos.

A todos os Professores Doutores do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, que me auxiliaram no processo de conhecimento.

A todos os colegas pela troca e apoio, mesmo sendo a turma da pandemia onde foi necessário a realização remotamente do programa, isso, não nos impediu de alcançarmos nossos objetivos e de alguma forma nos uniu gerando uma cumplicidade incrível.

Aqui também cabe um agradecimento a minha mãe, Astéria de Souza Munhoz e ao meu falecido pai, Tomaz Munhoz Filho, por compartilharem comigo o maior legado que um pai pode deixar ao seu filho, que é a educação. Foram eles que mesmo de origem humilde e já com seus quatro filhos biológicos, abriram seus corações e suas vidas para mim, mais um filha, agora, por adoção e sou incapaz de mensurar minha gratidão a eles, que sem dúvidas, ajudaram a me guiar até aqui.

“Eu, que não tenho nenhuma certeza, sou mais certo ou menos certo?”

Fernando Pessoa

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal em 2015, declarou o sistema penitenciário nacional como Estado de Coisas Inconstitucional, através da ADPF nº 347. A noção de Estado de Coisas Inconstitucional teve sua construção jurisprudencial na Corte Constitucional da Colômbia em 1997, através da Sentencia de Unificación nº 559, na qual o Tribunal Constitucional colombiano não se limitou a proferir sentenças inovadoras apenas no que diz respeito ao controle da constitucionalidade, mas também em termos de tutela jurisdicional. Essa criação jurisprudencial da Corte Colombiana, influenciou outras Cortes Constitucionais na América Latina, que também utilizaram o fenômeno como mecanismo de concretude dos direitos fundamentais violados massivamente e generalizados pelos poderes públicos, dentre elas a Brasileira.

O presente trabalho, que aborda a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional fazendo uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e seus efeitos práticos, o sistema prisional brasileiro bem como o sistema prisional colombiano através da jurisprudência colombiana. A atuação do Supremo Tribunal Federal como o guardião da Constituição tem legitimidade para decidir em temas contramajoritários, considerando que a Constituição Federal é programática e dirigente. A pesquisa tem como objetivo investigar se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Estado de Coisas Inconstitucional, atua como expansão da sua legitimidade ou como uma decisão que atravessa caminhos políticos a serem percorridos pelos Poderes Executivo, Legislativo, considerando a possibilidade de um diálogo deliberativo institucional. Nesse contexto, ganha relevo uma breve análise da hermenêutica das organizações com o intuito de observar como a ótica, muitas vezes pré-estabelecidas dos órgãos podem influenciar o judiciário ao ponto de dificultar a efetivação das garantir e dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Sistema Prisional Brasileiro, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The Supreme Court in 2015 declared the national penitentiary system as a State of Things Unconstitutional, through ADPF no. 347. The notion of an Unconstitutional State of Things had its jurisprudential construction in the Constitutional Court of Colombia in 1997, through the Sentencing of Unificación No. 559, in which the Colombian Constitutional Court did not merely deliver innovative judgments only with regard to the control of constitutionality, influenced other Constitutional Courts in Latin America, which also used the phenomenon as a mechanism of concrete fundamental rights violated massively and widespread by public authorities, including the Brazilian one.

The present work, which addresses the declaration of the State of Unconstitutional Things by analyzing the Violation of Fundamental Precept 347 and its practical effects, the Brazilian prison system as well as the Colombian prison system through Colombian jurisprudence. The performance of the Supreme Federal Court as the guardian of the Constitution has legitimacy to decide on counter-majoritarian issues, considering that the Federal Constitution is programmatic and leading. The research aims to investigate whether the decision given by the Supreme Court, in the State of Unconstitutional Things, acts as an expansion of its legitimacy or as a decision that crosses political paths to be traversed by the Executive Powers, legislative, considering the possibility of an institutional deliberative dialogue. In this context, a brief analysis of the hermeneutics of organizations is highlighted in order to observe how the often pre-established perspective of the organs can influence the judiciary to the point of hindering the realization of guarantees and fundamental rights of the Brazilian prison population.

Keywords: Unconstitutional State of Things; Brazilian Prison System, Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	15
1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A SUPERAÇÃO DO MODELO POSITIVISTA.....	25
1.2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DOS ANOS 80.....	31
1.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	35
2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	40
2.1 O CASO DAS SENTENÇAS T-153/98 E T-388/13 DA COLÔMBIA E PRESSUPOSTOS.....	46
2.2 ABERTURA DESTA POSSIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	59
3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A ADPF 347.....	62
3.1A IMPORTÂNCIA DA ADPF NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	72
3.2 CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS DA ADPF E A HERMENÊUTICA DAS ORGANIZAÇÕES.....	83
3.3 A ADPF COMO MECANISMO CONTRAMAJORITÁRIO E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL	96
4 CONCLUSÃO.....	105
5 REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

Em 2015 pela primeira vez, no Brasil, foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal o “Estado de Coisas Inconstitucional” referente ao sistema carcerário brasileiro, quando da análise da medida cautelar suscitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/2015. Referido instituto, originário da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, tem sido empregado nesse país para a solução de demandas que visam dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de “medidas estruturais”¹, por se tratar de um modelo de processo estrutural. Refere-se a uma forma de litígio que envolve os três poderes do Estado.

O emprego desse tipo de mecanismo procedimental faz parte de uma tendência observada tanto em países da América Latina, como em outras nações em desenvolvimento, que tem como pano de fundo uma intervenção judicial criativa em casos que se ocupam de violações generalizadas dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados de “litígios estruturais”. Contudo, a origem do litígio estrutural bem como ao suposto modelo de ativismo judicial² remonta ao julgamento do emblemático caso *Brown v. Board of Education* pela Suprema Corte dos Estados Unidos³, em que, diante do persistente descumprimento da sentença que punha fim à segregação racial nas escolas públicas da região sul, foi proferida nova decisão (*Brown II*), contendo ordens estruturais para a reforma em larga escala das instituições

¹ Medidas estruturais se referem as mudanças que cada um dos Poderes devem executar nas suas funções típicas.

² Streck em *Verdade e Consenso* explica que ativismo judicial estadunidense em um primeiro momento tinha uma interpretação um pouco diferente do que é visto no Brasil, que a postura ativista tinha uma decisão que vai além as própria constituição, ou seja, a Constituição Estadunidense previa clausula de igual proteção, mas, o modelo que ela foi tratada em relação à discriminação racial foi diferente em dois âmbitos históricos: até a década de 1950, vigorou a doutrina do separados, mas iguais, admitindo a segregação escolar, na década seguinte a segregação vigorou a segregação como inconstitucional, logo, ativismo judicial se está a falar de uma atividade interpretativa fornecida pelo judiciário. p 63.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Versão eletrônica): Disponível em: <*Brown V. Conselho de Educação de Topeka*: 347 U.S. 483 (1954); *Justia US Supreme Court Center*>. Acesso em 20 out. 2022.

que se encontravam em mau funcionamento, a partir do pressuposto de uma relação de colaboração entre as esferas de poder envolvidas.

Na Colômbia, a sentença T-025 de 2004⁴, proferida a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional dos deslocados internos em razão do conflito armado, é tida como paradigmática em razão do sucesso na efetiva resolução de litígio estrutural. Neste caso, a Corte Constitucional emitiu ordens flexíveis, deixando para os entes representativos do Estado a formulação das políticas públicas para amparo da população vulnerável, bem como determinou a realização de audiências públicas periódicas, com a participação dos atores governamentais, organismos da sociedade civil e cidadãos interessados sobre o tema, para o monitoramento e deliberação contínuos sobre as ações tomadas e o sucesso da sua implementação. Ao que se vê, além da interação e cooperação institucional, a superação do Estado de Coisas Inconstitucional pressupõe a participação popular e a deliberação democrática na tomada de decisão, o que remonta às bases do “novo constitucionalismo latino-americano” em que se insere a ordem constitucional colombiana.

Levando-se em conta as feições emprestadas ao procedimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela jurisprudência da Colômbia, incumbirá ao STF, na superação do quadro de inconstitucionalidade em que se encontra há muito o sistema penitenciário brasileiro, atuar em cooperação com os demais poderes estatais, consequente fiscalização da efetivação de medidas estruturais condizentes com a salvaguarda dos direitos fundamentais violados.

Diante desse quadro, a questão que se coloca na presente dissertação é; a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Estado de Coisas Inconstitucional, atua como expansão da sua legitimidade⁵? Considerando a adoção da possibilidade de um modelo dialógico, em prol de um constitucionalismo democrático.

A proposta deste trabalho é analisar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de

⁴ COLOMBIA.CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Versão eletrônica): Sentencia T-025-04. Disponível em: <T-025-04 Corte Constitucional de Colombia >. Acesso em 22 out. 2022

⁵ Legitimidade democrática do Poder Judiciário decorre, diante da circunstancia de seus membros não serem eleitos democraticamente pelo voto, do fato de que suas decisões devem ser devidamente motivadas, como forma de garantir o debate e a participação no âmbito de um processo deliberativo, além daquela legitimidade garantida trazida no artigo 102 da Constituição Federal.

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), referente a precariedade do sistema prisional brasileiro e a possibilidade da realização do diálogo entre os Poderes.

Para tanto, no primeiro tópico, intitulado de O Constitucionalismo Contemporâneo procura-se contextualizar a judicialização da política e o ativismo, o neoconstitucionalismo na perspectiva de Lenio Luiz Streck⁶ e a superação do modelo positivista, assim como o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. Bem como a concretização dos direitos sociais na América-Latina e no Brasil. A fim de definir os contornos desse novo mecanismo procedimental, empreende-se o estudo das suas origens, sediadas no conceito “litígio estrutural”.

No segundo tópico do trabalho, passa-se à análise o que é Estado de Coisas Inconstitucional, bem como os seus pressupostos até emprego da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional da Colômbia, que tem papel de destaque no desenvolvimento de uma jurisprudência na América Latina, principalmente no que tange à concretização dos direitos sociais, sendo um dos componentes para esse avanço em prol do desenvolvimento social colombiano, a atuação desse tribunal em litígios estruturais.

Partindo-se dessas premissas, no terceiro tópico O Sistema Carcerário Brasileiro e a ADPF 347, propõe observar as nuances e a precariedade do sistema carcerário brasileiro, além de uma breve análise na Hermenêutica das Organizações, tendo como base exemplificativa a ótica do Ministério Público e da Defensoria Pública, ainda no bojo da ADPF 347/20015, em que até o momento só houve decisão em sede de cautelar, para então, adentrar-se na análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no papel contramajoritário.. Destarte, longe de ser um instituto meramente informativo, a metodologia adotada pelo STF, abrindo a possibilidade de adoção de um modelo dialógico, compatível com o constitucionalismo democrático no Brasil, os procedimentos a serem adotados e a implementação ou aperfeiçoamento das políticas públicas para concretização dos direitos sociais envolvidos.

Ademais, Lenio Streck, ao reconhecer o ativismo judicial no Estado de Coisas Inconstitucional entende que é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política que no Brasil muitas vezes foi entendida como sinônimos, quando na

⁶ STRECK, Lenio Luiz; **Dicionário de Hermeneutica:50 verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**.2ed.- Belo Horizonte; Casa do Direito, 2020.p 249.

verdade a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais Poderes⁷. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na realização entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos, ou seja, convicções parciais.

⁷ STRECK, Lenio Luiz; **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas** 5ed, ver, mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

1 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O Constitucionalismo contemporâneo concebido como o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, ou seja, o meio social, historicamente, até então, moldado pelas incertezas da ditadura e das dificuldades de se estabelecer uma ordem jurídica, que se propunha a assegurar o núcleo da dignidade da pessoa, sobretudo, tendo em vista o processo de desenvolvimento histórico da humanidade, o marco que impulsiona o movimento, que direciona uma nova postura do direito perante a sociedade, com o advento do processo democrático e a sua implementação nos países totalitários, dando ênfase na universalização dos direitos humanos nas comunidades ocidentais.

Leandro Corrêa de Oliveira explica que:

É comum nestes tempos pós-positivista a afirmação de que as Constituições do surgidas pós a Segunda Grande Guerra assumem uma feição principiológica, que passa a condicionar a aplicação das regras, inserindo, no Direito, questões relativas à moral e à justiça. Em nova relação(direito-moral) acarreta um problema de ordem metodológica depois que colocadas em xeque noções tradicionais da ciência jurídica.⁸

Dessa forma, ainda segundo o autor a Constituição “constitucionaliza” os demais ramos do direito e o Direito Constitucional vem, nas últimas décadas, passando por grande conjunto de transformações que acabam por modificar a própria concepção de Constituição e seu significado para a interpretação do Direito em geral, que agora diz “constitucionalizado”. Significa dizer que todos os ramos do Direito se reconstroem a partir da Constituição⁹, em outras palavras todos os ramos do Direito

⁸ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014.p39.

⁹ Ibidem

devem ter como guia não apenas as legislações codificadas em seus códigos mas também a Constituição Federal, Constituição essa que como Carta Magna, vem para garantir e assegurar direitos fundamentais bem como a defesa da democracia.

Streck entende que Constitucionalismo Contemporâneo é a nomenclatura correta para o que outros doutrinadores podem entender como neoconstitucionalismo, ele explica que, neoconstitucionalismo, termo que usam para se referir a um modelo que já não professa mais as mesmas ideias sobre a fundamentação, a interpretação e a aplicação do direito concebidas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então.¹⁰

O referido autor ainda levanta uma seguinte questão: o termo “neoconstitucionalismo¹¹” pode ter-nos levado a equívocos. Em linhas gerais, é possível afirmar que, na trilha desse neoconstitucionalismo, percorremos um caminho que nos leva à jurisprudência da valoração provenientes da ponderação alexyana.¹² Explica ainda que o Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alex¹³, que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial e do ativismo judicial norte-americano. Mas, não entraremos desse debate, apenas contextualizando e compreender a visão do Lenio quando ele diz que:

Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.¹⁴

¹⁰ STRECK Lenio Luiz. **O que é isto. O Constitucionalismo Contemporâneo**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014

¹¹ Neoconstitucionalismo faz menção a um constitucionalismo novo, e a crítica do Lenio nesse sentido, é que a reformulação do constitucionalismo não o torna novo, melhor dizendo, não se excluiu totalmente o que se entendia de constitucionalismo e refaz do zero, existe um resquício do que já era entendido como constitucionalismo.

¹² Ibidem p.02.

¹³ O autor tem como proposta a ponderação como um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios.

¹⁴ Ibidem

Com isso, o referido autor compreende que nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli entende que o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos¹⁵.

O autor supra mencionado, afirma que as posturas teóricas neoconstitucionalistas acabam simplesmente por repristinar teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral. Daí que, para ele, a questão precisa ser olhada através de outra lente. As posturas derivadas do neoconstitucionalismo representam um tipo principialista de constitucionalismo. Streck sugere no que tange à proposta teórica de Ferrajoli, contudo, ficaria melhor colocado o termo “constitucionalismo garantista”, cuja principal característica reside no fato de se operar um aperfeiçoamento do positivismo jurídico com base na função normativa atribuída aos direitos fundamentais¹⁶.

Aqui a crítica de Lenio Streck se Junta às de Ferrajoli, quando reconhece que:

Essa questão me aproxima de Ferrajoli em um ponto: não é mais possível continuar nomeando, tal qual sucedeu com o mestre italiano, minha postura teórica de neoconstitucionalista. Daí minha proposta de se falar “Constitucionalismo Contemporâneo” De todo modo, vale lembrar que o neoconstitucionalismo tem sido teorizado sob os mais diferentes enfoques.¹⁷

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que se subtrai da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias reservadas e

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista E Neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 2011.

¹⁶ STRECK Lenio Luiz. **O que é isto. O Constitucionalismo Contemporâneo**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014.

¹⁷ Ibidem.

protegidas por dispositivos contramajoritários, e nesse sentido poderia se compreender uma tensão entre Constitucionalismo e Democracia, mas Streck adverte que considerar a tensão seria um perigoso reducionismo, em razão do Estado Constitucional existe por meio de um processo político constitucionalmente regulado, afirma ainda que a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno¹⁸.

Lenio Streck afirma que:

Nesse contexto, e levando em conta o forte conteúdo contramajoritário presente nas decisões advindas da jurisdição constitucional é que sustento a tese da absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo... A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro.¹⁹

Quando o autor coloca “forte conteúdo contramajoritário” ele não está se referindo necessariamente a atuação quantitativa do Supremo Tribunal Federal, mas possivelmente no tocante das pauta como por exemplo: o partido das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas; o partido das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo; o partido das uniões homoafetivas queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito; o partido das causas feministas, entre outras coisas, buscou retirar da mulher vitimada por maus tratos a titularidade da representação, e igualmente se saiu bem²⁰

Considerando que movimento teórico, político, jurídico e social apresenta paradigmas no tocante ao papel do Estado, ao reconhecimento da Constituição, à atuação jurisdicional e à compreensão dos direitos fundamentais. Em tempos de ideologia neoliberal e do fato histórico teórico, na medida em que até mesmo as liberdades formais estão ameaçadas.

É clara a importância da Constituição Federal de 1988 para garantir e efetivar os direitos sócias nela previstos. Mesmo sendo ela uma carta declaratória a discussão

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva** 5.ed, ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p.86.

¹⁹ Ibidem p87-88.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 6, vol. 1, mai./2013

do tema se justifica pela sua complexidade e interferência direta na vida de todos os leitores, se fazendo necessário analisar se a democracia é limitada pelo Estado ou o Estado é limitada por ela.

Em relação as garantias Constitucionais, Kallas esclarece que:

Na história das constituições econômicas brasileiras, aliás, a Constituição de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e outro à ordem social, sendo certo que as constituições de 1934, 1946, 1967, bem como a Emenda de 1969, estruturam uma “Ordem Econômica e Social”, enquanto a carta de 1937 instituiu apenas uma “Ordem Econômica”. Parece claro, em conclusão, que toda a temática da ordem social, nela incluídos os direitos dos trabalhadores, integra a constituição econômica, ostentando os mesmos caráter dirigente que a caracteriza, o que não contradiz nem se incompatibiliza com a conveniência sistemática e metodológica de trata-los em dispositivos ou capítulos distintos, especialmente diante do estágio de desenvolvimento e da importância deles nesta quadra da história.²¹

Muito se fala nos direitos sociais, e o quanto a nossa Constituição Federal é ampla nesse sentido, e essa amplitude poderia ser interpretada de ao menos duas linhas divergentes, a primeira que essa amplitude demonstra toda a proteção que o Estado oferece as minorias reconhecendo sua fragilidade e vulnerabilidade e por esse motivo legitima cada indivíduo como ser humano, considerando que todos sem exceção gozam dessas garantias. A segunda é que essa amplitude diminui a liberdade individual, um dos princípios mais evocado na democracia liberal, uma menor intervenção do Estado, somando a isso, tantas proteções poderia gerar um certo comodismo por parte das minorias, por estarem tão amparadas constitucionalmente.

Mas é necessário pontuar que independente da interpretação sobre a proteção dos Direitos Sociais contido na Constituição Federal, ela é uma carta de intenções, indica os fins, os objetivos a serem perseguidos, ou seja, uma Constituição Dirigente. Considerando que somos um país continental a luta para a efetivação dessas intenções são diária, e para isso é necessário um conjunto de fatores, estadual, social e política. Em regra geral quando se fala em aplicação dos direitos constitucionais, tendem a endemonizar a política, como se ela fosse o único impeditivo para concretização da carta magna.

²¹ KALLÁS, Elias filho. Constitucionalismo e Democracia. **A Constituição Econômica de 1988: fundamentos, funções e enunciado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 p.133.

Contextualizando sobre a democracia liberal, Eros Grau esclarece que; durante o liberalismo, a visão predominante era a existência de uma ordem econômica natural fora das esferas jurídicas e política, por óbvio uma ordem que favorecia os detentores do capital, e que, todas as Constituições liberais possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, ou seja, regulamentar aquilo que já era existente no mundo fático, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservaram a liberdade de comércio, a liberdade de indústrias, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.

Nota-se que na democracia liberal, a regulação legislativa existia para beneficiar a classe economicamente dominante, voltada para os direitos individuais, ou seja, se o indivíduo tivesse posses, imóveis, certamente enxergava todos os benefícios dessa democracia, podendo explorar livremente da mão de obra dos menos afortunados, podendo ainda acumular mais riquezas, mesmo que para isso fosse preciso fazer vista grossa em relação aos problemas sociais existentes, afinal, estava tudo dentro da legalidade.

Mas em algum momento, a crise chegaria na democracia liberal, pois a luta pelo poder e pelo capital nunca diminui, pelo contrário, só tende a crescer e com isso alguns problemas também.

Nesse sentido Bercovici diz que:

A diferença essencial, que surge a partir do “constitucionalismo social” do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas constituições é “programáticas” – hoje diríamos “dirigente”. A Constituição Econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia preestabelecida do mercado. Ela quer uma nova ordem econômica quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado²².

A Constituição não é mais só uma garantia do existente, mas também um programa para o futuro, não mais, deixando as relações econômicas como algo natural mas criando um vínculo, um canal de comunicação entre Estado e Sociedade.

²² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Malheiros editores LTDA, 2005. p. 33.

Não retirando a importância da política, mas reconhecendo a força de sua interferência.

A prestação de direitos sociais pelo Estado está relacionada, principalmente, às pessoas que compõem as classes que não possuem recursos financeiros o bastante para arcar com suas necessidades, e que, assim como qualquer indivíduo, devem ter sua dignidade preservada, sendo dever do Estado garantir que isso ocorra.

Os direitos sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal. A inclusão desses direitos no ordenamento jurídico tem como finalidade minimizar as diferenças sociais. Assim, esses direitos se aplicam a qualquer indivíduo e garantem saúde, educação, moradia, trabalho, transporte, lazer, segurança e previdência social, além da maternidade, à infância, a assistência aos desamparados. De modo geral, os direitos sociais estão ligados a direitos mínimos que garantem o bem-estar e a qualidade de vida do indivíduo. Eles não se dissociam dos direitos da personalidade como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais foram incluídos nas Constituições de inúmeros países em razão da luta de classes. Assegurar esses direitos é uma forma de minimizar os efeitos colaterais do sistema capitalista, que promove a concentração de renda e recursos e, conseqüentemente gera a desigualdade social. Compreende-se atualmente que é direito fundamental aquele cuja ausência atinge a dignidade do ser humano. Apesar de já existir antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, foi neste documento que se recomendou a preeminência do respeito à pessoa humana como base do estabelecimento do Poder, ou seja, a dignidade da pessoa humana tornou-se a base da ordem estatal, constitucional e democrática.

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República, conforme dispõe o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira.

Nessa vertente, Britto diz:

Por modo estratégico, a nossa Magna Carta situou entre os fundamentos do seu artigo 1º. E os seus objetivos do seu artigo 3º. Vale dizer, a Constituição teve o cuidado de fazer dos três elementares Poderes da União verdadeiros elos ou pontes pelas normas bases, deixando claro que os Poderes existem para concretizar os fins a que ela essa mesma República se destina²³.

²³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1º.ed.2.reimp.

Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.94.

Sendo assim, existe um compromisso constitucional do Estado no que diz respeito a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Os direitos humanos exigem a mobilização da sociedade, a denúncia e o diálogo, incentivando uma cultura ética humanista e uma educação crítico-problematizadora. Assim, é fundamental promover o debate para a criação de políticas públicas nos mais diversos segmentos da sociedade, objetivando a defesa e a promoção dos direitos humanos.

O Estado, além de proteger os indivíduos e sua autonomia, sem qualquer interferência que viole seus direitos, deve criar condições que assegurem a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais, não podendo excluir a questão econômica para atuação do Estado na efetivação das garantias fundamentais.

Nesse sentido Carneiro e Nicolitt, apontam que:

Apesar de se discutir que o Direito e a Economia possuem propósitos distintos, entendemos que na busca de um estado bem-estar social, não se pode conceber que esses mundos sejam totalmente distintos. Até porque, a eficiência que é um dos princípios basilares da AED, também é um aspecto-chave para a boa formulação de políticas públicas, pois é a capacidade do Estado de alocar seus recursos escassos de modo a assegurar retornos sociais elevados.²⁴

Entendendo assim a importância de contextualizar e considerar o fator político/econômico para a efetivação das garantias e dos direitos sociais.

Bercovici e Massonetto explicam que:

Constituição de 1988 consagra a unificação orçamentária. No artigo 165 preveem-se três leis orçamentárias distintas: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária anual (o Orçamento Geral da União, que engloba o Orçamento Fiscal, o Orçamento Monetário, o Orçamento das Empresas Estatais e o Orçamento da Previdência Social). O processo de centralização e unificação orçamentária só vai se encerrar durante a década de 1990, após a privatização dos bancos estaduais, com a consolidação da centralização da autoridade monetária no Banco Central e com a aprovação da peça legislativa final, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 2000), diploma que, ao contrário da opinião corrente, encerra um processo iniciado na década de 1970, não inicia uma fase nova das finanças públicas brasileiras. O problema deste processo de reestruturação das finanças públicas e da estrutura financeira do Estado

²⁴ CARNEIRO, Cláudio e NICOLITT André. **Análise Econômica do Direito de Punir e a Falência do Cárcere no Brasil: uma questão de políticas públicas**. Revista Jurídica (FURB) ISSN 1982-4858 v. 22, n.º. 48, maio/ago. 2018 p.10.

brasileiro foi o fato de que a recomposição da capacidade de intervenção pública se esgotou na tentativa de controle sobre os gastos públicos²⁵.

Eles esclarecem ainda que a crise no setor público é ainda mais grave no Brasil por ser um país periférico, alegando a insuficiência de recursos para o financiamento de acumulação do capital, ou seja, O poder público não tendo condições de investir sozinho, necessita da parceria do setor privado, mas para tanto, se faz necessário estabilizar os dativos da classe proprietária e atuar para garantir o investimento e segurança do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados a população.

Nessa direção Beltrão entende que:

Nesse Estado Intervencionista, o ente estatal assume dupla função na economia, quais sejam, a de suprir as deficiências de mercado e a de implementar objetivos de política econômica definidos em nível político. Nele a propriedade e a atividade econômica são reservadas à iniciativa privada como instrumento assegurador do bem-estar social, cabendo ao Estado a função de incentivar a regular a economia, com o intuito de manter o bom funcionamento, uma Constituição econômica no sentido mais pleno da palavra, na medida em que se pode encontrar dentro da Constituição um conjunto de prerrogativas para o Estado que perpassam os elementos que tradicionalmente compõem as Constituições liberais, quais sejam: (i) a divisão de Poderes – incluindo-se a previsão de estrutura, competências de aquisição, exercício e perda; e (ii) a previsão de direitos e garantias individuais; agregando também os direitos e garantias coletivos e normas de ordem econômica e social²⁶.

Com isso, Beltrão nos alerta sobre a dificuldade que o Estado tem por estar todo tempo tentando se equilibrar entre os dois eixos, de um lado o mercado, tendo que mantê-lo mais estabilizado possível ou colaborando de alguma forma para suprir suas deficiências, já que seu reflexo afeta todas as outras áreas, e por outro lado garantir e efetivar na sua máxima os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

É importante entender que o Estado Constitucional foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia, a mesma se legitima desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa.

²⁵ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica**. Boletim de Ciências Económicas XLIX(2006). p.65.

²⁶ BELTRÃO; Demétrius Amaral. **Da Ordem Econômica e Social** (versão eletrônica): Ema Abordagem Histórica e Princiopológica. Rev.Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v.25, n. 2: 43-78, Jul./dez.2009. p.50.

A legitimidade de uma constituição democrática não é capaz de alcançar a legitimidade de uma vez e para sempre. A democracia é uma construção e passa por diversas mutações, se renovando assim ao longo do tempo em um processo permanente.

É inegável perceber que a democracia é um conceito elástico. *E essa elasticidade se justifica pelo fato de que a democracia não é um sistema acabado.* Está em constante construção e mudança, de acordo com os interesses da sociedade. Contudo, existem algumas características que são fundamentais para que uma democracia se consolide. Algumas destas são o respeito aos princípios da igualdade e liberdade, à pluralidade, a participação cidadã nas escolhas de representantes e na manifestação de seus interesses.

Como já visto, os Direitos sociais foi uma grande conquista advinda com a Constituição de 1988, mesmo sendo ela uma carta declaratória de intenções, é possível vislumbrar os ganhos contidos nela.

Existe a crítica de que a Democracia liberal é apenas liberal e não democrática, já que se trata dos interesses da classe economicamente dominante, ou seja, a supremacia do direito particular sobre o direito social da coletividade. No entanto se faz importante ponderar, quando um Estado social de Direito, economicamente não se sustenta por si só, e se vê em uma posição em que precisa recorrer a parcerias advinda de bens privados, para conseguir efetivar algumas garantias.

Não se podendo ignorar uma linha tênue entre parcerias com o setor privado e legislar a favor do setor privado, utilizando os Direitos Sociais como cortina de fumaça para continuar a favorecer uma classe já privilegiada.

E como bem colocado por Ayres Britto, acontece que a Constituição, por mais humanista que seja, por mais que ela prestigie a Democracia de três vértices, não pode fazer o milagre de atuar sem os seus humanos aplicadores. São eles e somente eles que particularizam por modo progressivo os comandos dela constantes.

1.1 Neoconstitucionalismo e a Superação do Modelo Positivista

O modelo positivista exegético do século XIX, entendia que Direito era Lei, mas como a sociedade sempre caminha um passo à frente da legislação, ou seja, o legislador não tem como prever previamente todas as situações que ocorrerão no contexto social, essa teoria tinha um problema com as lacunas na legislação, quando não reconhecia outras formas de aplicação do direito, como visto em Montesquieu²⁷ que o Juiz deve ser a boca que pronuncia as palavras da lei.

Quando se faz uma digressão no tempo, tal fato se mostra extremamente antagônico já que, após o término da Revolução Francesa, o Judiciário tinha um papel bastante limitado que, de certa forma, era comum, pois, durante o antigo regime, os juízes foram responsáveis por atos de violação aos direitos do homem. Desse modo, os tribunais e suas atividades passaram a ser vistas com profunda desconfiança.²⁸

No momento histórico citado era possível visualizar um Poder Judiciário esvaziado de suas funções, com o fortalecimento do Poder Legislativo. Assim, o legislador buscava, ao máximo, cercar todos os fatos da vida, restando ao juiz, tão somente, fazer a subsunção do fato concreto à lei, sendo, portanto, como muitos afirmavam, a boca da lei.

Os tempos mudaram, e o Estado de Direito se fortaleceu. De nada adiantaria uma Constituição que trouxesse inúmeros direitos fundamentais e não houvesse um órgão capaz de assegurar a efetividade destas normas, quando os poderes constituídos forem omissos ou agirem em desconformidade com os preceitos constitucionais. Atualmente, este órgão é o Judiciário.

²⁷ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2ed. São Paulo. Martins Fontes, 200.

²⁸ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direito econômicos, sociais e culturais**. Universidade Federal do Ceará para obtenção do título de Mestre (Versão eletrônica). 2005, p. 75-76.

Em seguida na ótica de Kelsen em Teoria Pura do Direito, ele cria uma nova linguagem para o direito, ele não fala mais em lei, só em norma, conceitua que Direito é norma e reconhece uma hierarquia das normas, ele traz a ideia da moldura, como simbolismo da limitação do julgador ao decidir sobre esse ou aquele caso, ou seja, para o autor, a norma era a maneira correta de se aplicar o direito, entendia que quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito, quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²⁹ Com isso se encontrava aqui o problema da interpretação, ou seja, indeterminação da linguagem do direito.

Em seguida vem Hart, Alexy, entre outros autores conceituar o direito, baseado na aplicação das regras e princípios, encontrando um problema da legitimidade, ou seja, subjetivismo da interpretação. Nesse sentido Lenio Streck entende que o positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos.

Neoconstitucionalismo surge como uma proposta de unificação das normas jurídicas, protagonizando a Constituição Federal, mas reconhecendo a autonomia da União, Estados Membros e Municípios. A palavra "neoconstitucionalismo" não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos.

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva³⁰

²⁹ KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p.01.

³⁰ BARROSO, Luiz roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, [2000] p.6.

O Constitucionalismo Contemporâneo surge no segundo pós-guerra e representa um dimensionamento na práxis político-jurídico, um dos desdobramentos mais significativos do período pós Segunda Guerra Mundial, observado nos governos democráticos do fim do século XX e início do século XXI, em inúmeros países, é a expansão da atuação do Poder Judiciário em detrimento das esferas representativas do Estado, por meio do fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade, o que tem resultado no desempenho de um papel cada vez mais preponderante por parte das Cortes Superiores.

O constitucionalismo pode ser reconhecido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania,³¹ ou seja, representa um redimensionamento na práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano da teoria do estado e da constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a “reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição; da teoria das normas (devido a normatividade dos princípios); e na teoria da interpretação (que representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos) da teoria da decisão”.³²

Todas essas teorias devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo.

O neoconstitucionalismo pode ser entendido como essa nova postura dos intérpretes perante o Direito, que além de manter limites e induzir o Estado a promover ações positivas, também tem transformado o saber jurídico em uma ciência mais crítica a respeito da atuação do poder público.³³

Qualquer postura que, de algum modo, enquadre-se nas características ou tese que sustentam o positivismo entra em linha de colisão com esse novo tipo de

³¹ STRECK, Lenio Luiz; ***Dicionário de Hermeneutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito***. 2ed.- Belo Horizonte; Casa do Direito, 2020, p.57.

³² STRECK, Lenio Luiz. ***Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva*** – 5.ed, ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p47.

³³ LUSTOZA, Helton Kramer. ***Eficiência administrativa e ativismo judicial: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social***. Curitiba: Íthala, 2015 p.48

constitucionalismo, isso significa afirmar que a separação do Direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do constitucionalismo.

Característica do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário, o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais

Para compreender melhor o neoconstitucionalismo, vale percorrer, de forma sintética e panorâmica, o processo histórico que ensejou o seu advento. Esta trajetória corresponde a fenômenos que ocorreram na Europa Ocidental, a partir do segundo pós-guerra, e que se reproduziram mais tarde, com nuances próprias, em países do Terceiro Mundo como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e o próprio Brasil. Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente egocêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal, quase como a fonte exclusiva do Direito, e não atribuía força normativa às constituições.

Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos.

Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX.

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo

mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

Streck explica que:

Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando para tanto, uma simples, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art.3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.³⁴

Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso.

A respeito do desenvolvimento do Estado, é necessário compreender que ele não é um resultado, mas sim, um processo que passou por várias mudanças paradigmáticas, ou seja, os modelos aceitos passaram a ser trabalhados de maneira a permitir a formação de uma nova forma estatal que melhor atendesse à sociedade naquele dado momento histórico.

Em uma situação, um novo paradigma pode ser desenvolvido por meio de uma ruptura com o sistema anterior, mas, em outros casos, também é possível que ocorra uma releitura das funções estatais, sem, no entanto, abandonar as premissas anteriores.

Nesse sentido Streck esclarece que:

O novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir das regras(preceitos) e princípios-produzidos democraticamente – introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetividade possibilidade de resgate do mundo prático (fático) até então negado pelo positivismo.³⁵

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva** – 5.ed, ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p69.

³⁵ Ibidem p71.

Na Constituição brasileira de 1988, com todo o viés humanístico e que prestigia a democracia, não consegue por si só, atuar sem os seus humanos aplicadores, somente com a participação deles é possível aplicar os comandos trazidos por ela. No artigo 2º da CF declara que: “São três os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo o Executivo e o Judiciário.

Sobre isso, Britto explica que:

Se o Judiciário vem nominado por último, é por se constituir, não propriamente num aplicador do Direito-lei em sentido material, mas numa instância que vai dizer se aquele que elaborou o Direito-lei e o outro que o aplicou empiricamente (ou deixou de aplicar) agiram ou não de modo válido. O que já pressupõe um terceiro momento lógico na vida do Estado e do Próprio Direito, que é o julgamento. Afinal, jurisdição em processos de índole subjetiva é exatamente isso: um aguardar a protagonização dos dois primeiros momentos lógicos da legislação e da execução para, e só então, aferir da sua englobada jurisdição.³⁶

Isso quer dizer que a formação institucional que o poder judiciário se revela como instância especificamente garantidora da efetividade dos comandos constitucionais incluindo todos os direitos fundamentais trazidos, respeita a atuação dos demais poderes.

³⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **Humanismo como categoria constitucional**. 1ed. 2.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012 p.108.

1.2 O Constitucionalismo brasileiro dos anos 80

Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo podemos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal- individualista, que operava com os conceitos oriundos das experiências de formação do Direito privado germânico e francês.³⁷

A bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo, que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como em “neoprocessualismo” e “neopositivismo”³⁸. Nesse sentido Streck diz que não basta mudar a nomenclatura, não se trata apenas de uma questão teórica, o “novo” ou o “neo”, deve estar no olhar social o qual a constituição propõe como propósito do Estado Democrático de Direito

Com efeito, o Direito Constitucional vem, nas últimas décadas, passando por um grande conjunto de transformações que acaba por modificar a própria percepção de Constituição e seu significado para a interpretação do Direito em geral, que agora se diz “constitucionalizado”. Significa dizer que todos os ramos do Direito se reconstruam a partir da Constituição³⁹. Podendo então que a jurisdição emerge como um ator importante.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; Dicionário de Hermeneutica: **50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2ed.- Belo Horizonte; Casa do Direito, 2020, p.57.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto. O constitucionalismo contemporâneo**: revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014.

³⁹ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014. p. 39.

A partir disso, abre-se a perspectiva para um modelo de direito do Estado Constitucional, que se caracteriza por negar a tese positivista de separação entre direito e moral, por meio de modelo normativo. Nesse sentido, Lenio⁴⁰ entende que “na Democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim é o Direito que deve filtrar os juízos morais”, para ele, não existe uma superação entre direito e moral, como o direito quer fazer parecer crer e sim uma constitucionalização da moral dentro do direito, ou seja, ainda que tudo pareça novo e revolucionário, humanístico, incluindo-se no moderno constitucionalismo, a prática jurídica ainda está fincada em uma profunda crise paradigmática.

O novo constitucionalismo ampliou o grau interventivo do judiciário. A judicialização da vida e o ativismo judicial combinam-se para redefinir o espaço das políticas públicas, dada a omissão dos poderes tradicionais. Sobre o papel da jurisdição constitucional, distinguem-se as correntes procedimentalista e substancialista, com visões próprias sobre o papel da Constituição e dos juízes na sua interpretação. O crescimento do constitucionalismo, o avanço das leis para a proteção de direitos fundamentais pós guerra mundial, a adoção da revisão judicial da constitucionalidade, concessão de maiores atribuições ao poder judicial e, principalmente, a necessidade de evitar poderes totalitaristas e violações aos direitos humanos.

Conforme denotamos, a jurisdição constitucional ganhou novos contornos, não é possível desprezar o novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário, até mesmo no que concerne a políticas públicas.

Mundo a fora, a jurisdição ganhou novos contornos, tanto é que, no Brasil, com a Constituição de 1988, esse instituto ganhou roupagem constitucional. A partir deste documento, as expressões ativismo judicial e judicialização da política passaram a ser frequentes nos meios jurídicos e políticos.

Embora alguns utilizem os termos como sinônimos grandes diferenças são reconhecidas, fazendo com que a compreensão única de ambos nos leve a um engodo epistemológico.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1.ed. Florianópolis – SC: tirant lo blanc, 2019. p11.

Do ponto de vista terminológico é possível pensarmos na judicialização da política como sendo o ato pelo qual as decisões políticas são transferidas ao Judiciário.

Nesse sentido Vieira entende que:

A judicialização constitui um fator inelutável decorrendo do próprio desenho constitucional brasileiro, Em outras palavras, considerando o fato de que aos membros do Poder Judiciário não há alternativa possível se não, dizer o Direito, quando devidamente provocado, a judicialização nada mais é do que a constatação de que a Constituição, ao ampliar consideravelmente as matérias postas sob seu manto e lhe conferir eficácia normativa.⁴¹

A verdade é que o Judiciário não pode se furtar de decidir determinada matéria sob qualquer pretexto, muito menos sob o qual a decisão deve ser tomada na esfera política.

O fenômeno que se denominou por judicialização da política é uma questão social, oriunda justamente “por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acaba por possibilitar um maior número de demandas.”⁴²

Para Luiz Roberto Barroso,⁴³ há três grandes causas para a judicialização da política, a primeira delas seria a redemocratização do país, a Constituição de 1988 fez com que o judiciário deixasse de ser um “departamento técnico especializado”, sendo agora um verdadeiro poder político, o qual teria por uma das suas principais funções fazer valer a constituição; a segunda, é a constitucionalização de algumas matérias que anteriormente eram tratadas pelo processo político majoritário, por fim, a última causa refere-se ao controle de constitucionalidade que, a seu ver, trata-se de um dos mais abrangentes do mundo.

⁴¹ VIEIRA, Carolina Fontes. **Processo Constitucional; Entre o Direito e a Política: Limitação e Legitimidade da Atuação Jurisdicional**. 2ed.rev, atual e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. p193

⁴² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 p. 33.

⁴³ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madri, n 13, 2009, p. 19. Disponível em: <www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional>. Acesso em 13 set. 2022.

Ainda que seja realizado um esforço para trazer um limite ao Poder Judiciário, o tema será tratado como judicialização da política e as circunstâncias históricas, jurídicas e sociais que legitimam a sua atuação.

De um tempo para cá, o Judiciário tem desempenhado um papel cada vez mais ativo no cenário dos direitos fundamentais, os quais, primordialmente, deveriam ser implementados e garantidos pelos órgãos competentes, ou seja, Legislativo e Executivo, acabam deixados para segundo plano.

A justificativa mais comum é a famigerada cláusula da reserva do possível, de origem alemã, a qual tem seu significado desvirtuado, uma vez que, é utilizada no sentido de escassez de recursos, quando da defesa do Estado nas ações em que é demandado. Verdade que, na maioria das vezes, o Judiciário tem afastado a possibilidade da aplicação do instituto, determinando que o Estado desenvolva aquilo que é seu dever.

Luiz Roberto Barroso⁴⁴ afirma que, após a Segunda Guerra Mundial, é possível verificar, nos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, aquela que é feita no âmbito do Executivo e Legislativo, a qual tem por combustível o voto popular.

A grande questão é definir a possibilidade de o Judiciário fazer este papel e quais seriam os limites de sua atuação, uma vez que em sua função habitual, ou aquelas que se pactuou a chamar de funções típicas, seria o de apenas exercer o controle de legalidade sobre os atos administrativos, não sendo possível controlar o seu mérito.

A divergência a respeito do tema dá-se tanto na jurisprudência como na doutrina, está longe de uma posição pacífica.

⁴⁴ Ibidem, 2009, p. 29.

1.3 O Papel do Poder Judiciário no Estado Democrático

Não são poucos os que criticam a atuação do Judiciário no âmbito da construção, proteção e garantia da efetividade dos direitos fundamentais, uma dessas críticas funda-se no fato de que, para que ocorra a efetivação de direitos pelo Judiciário, ainda que sejam os ditos fundamentais, requer-se o conhecimento e domínio de condições macroeconômicas, o que o Judiciário não possui.⁴⁵

Para outros, apesar de alguns entenderem que os magistrados têm condições de possuírem conhecimentos econômico, financeiro, e até mesmo orçamentário, ainda que seja o orçamento local, essa não é a questão fulcral a ser debatida, o cerne seria apurar responsabilidades, uma vez que os administradores (Executivo e Legislativo) são eleitos pela população para desempenharem papéis, previamente, definidos, nestes casos, o controle e responsabilidade poderia ser apurada de uma forma mais eficaz, o que não ocorreria com os magistrados já que não existem mecanismo para que se realize tal responsabilização.

Esta última crítica é verdadeira, mas como se sabe, no sistema eleitoral brasileiro, os mandatos eletivos para Parlamentares e Executivo, com exceção do cargo de Senador da República, são de quatro anos, dessa forma, até que ponto seria justo que o cidadão aguardasse o decurso do lapso temporal para fazer uma avaliação deste governante e, posteriormente, depositar a sua resposta nas urnas? Parece que, embora verdadeiro, o argumento é desprovido de razoabilidade, frente a real necessidade e demanda dos direitos fundamentais.

Diante de questões que não são secundárias, mas meramente teóricas, ainda que de suma importância, é válida uma preocupação pragmática, como bem assevera Bobbio,⁴⁶ para quem “o problema fundamental em relação aos direitos do homem hoje, não é tanto de justificá-los, mas o de protegê-los”.

O que fazer, então, com os direitos constitucionalmente previstos e simplesmente relegados pelas autoridades?

⁴⁵ PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da separação de obstáculos**. Dissertação de Mestrado. Brasília, Universidade de Brasília, 2008, p. 142-143.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 24.

Ao analisar o texto constitucional e a realidade, percebe-se que a ação concretizadora destes direitos não acompanhou sua elevação a nível constitucional.

Sobre a legitimidade dos tribunais, Ana Paula Barcelos diz que “A legitimidade dos tribunais é no sentido de determinar as prestações necessárias à satisfação do mínimo existencial, correspondente ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna”⁴⁷.

Entende, assim, que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Reconhece, ainda, que essas prestações poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, caracterizando-se verdadeiros direitos subjetivos.

A respeito do mínimo existencial, Sarlet,⁴⁸ de maneira mais ampla, defende que todas as prestações indispensáveis à promoção, proteção e fruição de uma vida digna, que podem variar de acordo com as circunstâncias (considerando fatores climáticos, culturais e econômicos, etc.), necessariamente, compõem o mínimo existencial. Nessa esteira, o referido autor sustenta a possibilidade de se reconhecerem verdadeiros direitos subjetivos a prestações estatais, principalmente quando vinculados ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, já que ao Estado se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, observando que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção da existência pode significar condená-lo à morte.

O referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e garantida de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país.

Não existe unidade quanto ao conteúdo do mínimo existencial, no entanto, reconhece-se a existência de um núcleo de direitos relacionados à preservação de condições mínimas necessárias à dignidade da pessoa humana, que seria sempre tutelável jurisdicionalmente.

⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 230.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, [2000], p. 371-372.

Assim, a ínfima relação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, é que o primeiro é o objetivo central de proteção de todo ordenamento constitucional, acima de quaisquer outros direitos, de modo a proporcionar bem-estar e condições digna de vida.

Nesse sentido, Sarlet esclarece que:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.⁴⁹

De acordo com Marcelo Novelino Camargo,⁵⁰ a razão da justiciabilidade dos direitos sociais, vinculados ao mínimo existencial, reside no fato de que tais direitos são reconhecidos como imprescindíveis para uma vida digna e, por tal motivo, não pode se submeterem à teoria da reserva do possível.

O Estado não pode alegar essa teoria retirando a dignidade de seus tutelados. Apesar dessa premissa (mínimo existencial = prioridades constitucionais) ao tentar amenizar o problema da falta de recursos, infere-se que ainda restam algumas perguntas sem respostas, tais como: quais são esses fins essenciais do Estado previstos na Constituição? Existem recursos suficientes para atender a todos esses fins essenciais? Sem dúvida, essas questões merecem atenção.

Todas as condicionantes devem ser analisadas pelo Poder Judiciário a fim de exercer a proteção jurídica dos direitos fundamentais. É do Judiciário a capacidade de controlar o atendimento dos preceitos constitucionais prestacionais, através da ponderação entre a essencialidade da pretensão e o grau de necessidade, em cada situação concreta.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, [2000], p. 111-112.

⁵⁰ CAMARGO, Marcelo Novelino. **O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana**. In: **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 125.

Chega-se ao entendimento de que a garantia do mínimo existencial, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é a proteção do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais, sem os quais não existe dignidade, nem vida. O Poder Judiciário é o detentor da última palavra quanto àquilo que está inserido ou não na seara do mínimo existencial.

Cabe, ao Judiciário, portanto, ao efetivar esse mínimo, não extrapolando a autoridade que lhe foi conferida pela Carta Magna, cumprir de maneira plena o relevante papel de proteção dos direitos fundamentais e da democracia. A necessidade de intervenção do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais é uma certeza, pois cada vez mais a população vem sendo olvidada e, seus direitos relegados a diversas desculpas.

O Poder Judiciário, então, aparece como uma forma de promover a efetivação dos direitos fundamentais e garantir a aplicação dos mesmos, já que inseridos na lei maior, texto constitucional. O que se questiona é a possibilidade do Judiciário, através das decisões, no caso concreto, interferir nos demais poderes.

Luiz Roberto Barroso afirma que essa empreitada não é nova e sua tendência é crescer:

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos.⁵¹

Nesta esteira, podemos observar que o Judiciário recebeu a incumbência de ser o guardião da Constituição Federal, e quando é chamado a decidir sobre a efetivação dos direitos fundamentais, deve fazer, cumprindo, com isso, o seu papel, ofertando real efetividade para as normas constantes na Carta Constitucional

Sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por vezes,

⁵¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** In: Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madri, n 13, 2009, p. 21.

para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar todas as vezes que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre por motivo de inconstitucionalidades de poderes ou instituições. A questão da judicialização (da política), está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição, ou seja, quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.⁵²

⁵² VIEIRA, Carolina Fontes. **Processo Constitucional; Entre o Direito e a Política: Limitação e Legitimidade da Atuação Jurisdicional**. 2ed.rev, atual e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021. p193.

2 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Os autores Castro e Wermuth⁵³ entendem que o ECI demonstra assimetria entre real e o formal, o concreto e o fictício, o latente e o simbólico, ou seja, o protagonista deste embate travado entre o ser e o dever, o ser é o Estado com isso, a vítima desta irreflexão evidenciada entre a existência e a norma é o ser humano, entendem ainda o Estado de Coisas Inconstitucional como sendo um instrumento do Poder Judiciário utilizado na tentativa de consertar o desconcerto do Estado, sendo assim, assumem uma tarefa de reestruturar as ações institucionais e devolver ou inaugurar a consonância entre o fato e o texto.

Um conceito é dado pela experiência, de modo que se encontra em permanente mutação de acordo com os fatos que se sucedem e da compreensão que deles se possui. Desse modo, a fim de saber-se o que um conceito significa no momento presente é necessário antecipar suas consequências. Um conceito é, em ato, o que ele é no seu futuro, ou seja, seu significado apenas pode ser conhecido através de suas consequências práticas. Em outras palavras, os pressupostos e fundamentos de determinado objeto importam menos do que os efeitos que ele acarreta na prática. Esses efeitos são medidos através de consequências observáveis naqueles que são afetados, ou potencialmente afetados, pelo objeto em questão. O significado de um conceito é, assim, conferido pelas consequências de sua aplicação empírica. A prática de um conceito, afinal, pode desmentir a teoria que se erigiu em seu nome e falsificar a verdade de suas premissas.

Adverte Lenio Streck⁵⁴ quanto a essa nomenclatura, por se tratar de algo abrangente é preciso declinar um olhar objetivo para não se tornar uma falácia com zero ineficácia e sobre tudo não correr o risco de tudo ser declarado ECI, o autor

⁵³ CASTRO, André Giovane de. WERMUTH, MAIQUEL Ângelo Dezordi. **A Violação de Direitos Humanos no Sistema Carcerário Brasileiro**. São Paulo: Editora Dialética, 2021. p.69.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. 5.ed, ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p47.

entende ainda que o próprio nome da tese Estado de Coisas Inconstitucional. (ECI) é tão abrangente que é difícil combatê-la.⁵⁵

O instituto denominado de estado de coisas inconstitucional foi erigido como resposta Corte Constitucional Colombiana (CCC), à violação de direitos humanos em um cenário de falta estatal, seja essa falta pela ação ou omissão. Pioneira em 1997, a técnica decisórias alcançada, nos dias de hoje, um número razoável de casos concebidos como atentatórios à dignidade da pessoa humana e como decorrentes da ausência do Estado, considerando suas múltiplas facetas, ou seja, as várias vertentes, em cumprir com as suas responsabilidades. A criação do Estado de Coisas Inconstitucional, de um lado, como a definição das ocorrências de afronta aos valores constitucionalmente elencado e, de outro lado, como a ferramenta hábil a enfrentar o caos, encontra uma miríade de obstáculos, pois irrompe dos confins tradicional de julgamento e envolve todos os poderes da edificada res publica.⁵⁶

O ECI é uma tutela jurisdicional constitucional excepcional que legitima o Poder Judiciário a coordenar a atuação dos Poderes inertes. Tal atuação exige quadros caóticos de violação de direitos fundamentais diante da não atuação dos poderes políticos, o que possibilitaria então a atuação do Judiciário para a tutela da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A Colômbia é a gênese desse instituto de justiça, embora não encontre previsão expressa nos diplomas legais, o ECI foi forjado como mecanismo direcionado a atender às diretrizes condizentes ao pretense Estado Social de Direito.⁵⁷

No texto Constitucional Colombiano em seu artigo 113 que diz;

Título v de la organización del estado capítulo 1 de la estructura del estado Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em:< ConJur - Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo>. Acesso em 30 set.2022.

⁵⁶ CASTRO, André Giovane de; WERMUTH, MAIQUEL Ângelo Dezordi. **A Violação de Direitos Humanos no Sistema Carcerário Brasileiro**. São Paulo: Editora Dialética, 2021 p.69.

⁵⁷ Ibidem

funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.⁵⁸

Esse fundamento, foi uma das razões à empreitada do tribunal Colombiano com as decisões de caráter estrutural, tanto no que se refere extensão das responsabilidades quanto no que tange as extensão das soluções. Na Constitución Política de la República de Colombia em seu artigo 241, encontra-se declarado que a Corte Colombiana é a guardiã da Constituição e determina suas atribuições, sendo assim é atribuído a Corte o controle judicial e sabendo da grande demanda em um determinado recorrente ao judiciário em um determinado ramo que se daria de forma individual ao que se refere violação dos direitos humanos, tendo a corte conhecimento dessa violação que demandara muitos indivíduos girando a máquina judicial para reconhecer e reparar o dano que afeta um número gigantesco de partes e ou pessoas.

A teoria de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), teve sua origem na Colômbia. Em uma decisão da Corte Constitucional Colombiana, (Sentencia de Unificación – SU 559, de 06/11/1997). Essa decisão refere-se a um grupo de professores que entraram com a demanda na Corte Constitucional alegando descumprimento de direitos previdenciários. A Corte entendeu que havia um descumprimento generalizado que ultrapassava aquele grupo de professores e declarou “Estado de Coisas Inconstitucional”, assim, determinou que outros municípios que estavam em situação similar corrigissem aquela inconstitucionalidade. Determinou também que fosse oficiado os Ministros do Estado, Governadores, Prefeitos e Dirigentes Públicos para adequação e correção daquela inconstitucionalidade, ou seja, uma decisão que envolveu uma pluralidade de órgão.

Aqui é importante observar que a decisão não se dá de forma simples e resumida como acima mencionado, esse grupo de professores ajuizou uma ação reclamando benefícios previdenciários os quais eram descontados em suas folhas de pagamento para um fundo de prestação social, mas, não recebiam a prestação de serviço quando precisavam como por exemplo em caso de uma intervenção cirúrgica o município não dava o devido suporte para a prática de tal direito, sobre a ameaça de não darem mais aula até se resolver essa situação, abre-se outro debate, o que é mais importante a necessidade das crianças em ter educação, ou seja, continuarem

⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Versão eletrônica): Disponível em:< Constitución Política de Colombia (unesco.org)>. Acessado em 17 nov.2022.

tendo aula ou terem as aulas suspensas devido a um problema juridicamente reconhecido como existente?

Aparentemente não parece haver conflito, a educação dos menores em regra geral sempre será prioridade, mas um problema não exclui o outro, ambos coexistem, mas ao determinar que os professores permaneçam em atividade, ajuizaram um recurso a Corte, onde foi observado que essa falha ao direito previdenciário e que abrange também os direitos fundamentais dos professores. Confirma la decisión de primera instancia por cuanto considera que la no afiliación de los actores no es en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales de los petentes y, además, porque existen otros medios para obligar a la administración a afiliarlos al fondo de prestaciones sociales.⁵⁹

E a Corte verificou que essa violação não era exclusiva desses professores de um único município, ela se dava em diversos municípios, e que seria apenas uma questão de tempo um professor ou outros grupos de professores ingressarem com essa mesma demanda judicial. Uma demanda legítima, por se tratar de direitos fundamentais garantidos pela constituição Colombiana e entendeu que seria mais gastos gerados ao Estado considerar os direitos apenas daquele grupo de professores, entendendo ainda que existia uma violação por parte do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

E essa violação não era apenas uma falha ou uma inobservância do município, porque ao ser confrontado, alegou não haver verbas para o devido suporte, completando ainda que os professores poderiam até ganhar a ação mas não se concretizaria, dando parecer que era algo novo, de desconhecimento do Município essas exigências, mesmo reconhecendo o recebimento porcentual dos professores em suas folhas de pagamento. Mas já existia uma lei que regulamentava essa prestação de serviço aos professores, En el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 se dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deixando claro, que a todos os professores filiados, ou seja, a todos aqueles que tinham descontos em folha de pagamento, os benefícios como assistência à saúde que seria coberto pelo fundo nacional de prestação social.

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Versão eletrônica): Disponível em: <SU559-97 Corte Constitucional de Colombia>. Acesso em 28 de nov.2022.

Esse tema foi aperfeiçoado inclusive na própria Colômbia e foi aplicado em outros situações em que os direitos fundamentais estavam sendo violados.

O Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pela primeira vez no Brasil pelo STF em 27 de agosto de 2015, no julgamento de Arguição de Descumprimento do Preceito Fundamental (ADPF nº 347), declarando assim a inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou na quinta-feira (27) o julgamento de cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pediu que se reconhecesse a violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinado a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país. Após o voto do relator da ação, ministro Marco Aurélio, concedeu parcialmente a cautelar.

Com a Declaração da ECI, ficou determinado a aplicação de audiência de custódia no prazo de 24 horas, assim que efetivada a prisão (um grande ganho para a justiça criminal brasileira), e determinou que houvesse a liberação do fundo penitenciário nacional, como tratarei mais à frente.

É oportuno destacar aqui os três pressupostos de configuração do ECI, sendo eles:

O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação.

Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções, para tanto são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, mudanças estruturais.”

2.1 O Caso das Sentenças T-153/98 e T-388/13 da Colômbia e Pressupostos

A América-Latina vivenciou intensos movimentos democráticos que culminaram em novos textos constitucionais com amplo catálogo de direitos fundamentais. Ocorre que os Estados falham na instituição desses direitos, seja por lacunas legislativas ou omissão do Poder Executivo. Nesse contexto, a referida omissão estatal pode ser de tal monta que implique em violação massiva e contínua de direitos fundamentais, cuja demanda é encaminhada ao Poder Judiciário que, em resposta, expede ordens estruturais aos demais Poderes para que seja superada essa realidade inconstitucional. De modo prático e sucinto, esse é o cenário do qual surge a medida jurídica do ECI.

As sentenças T- 153/98⁶⁰ e T- 388/13⁶¹ entre tantas outras, estão sendo mencionadas aqui para refletirmos sobre a precariedade do sistema prisional para além do sistema brasileiro, esse fenômeno infelizmente é mundial, nessas sentenças perceberemos a semelhanças com as argumentações contidas da ADPF 347 e que apesar da influência Colombiana se dar por uma decisão na área previdenciária, o Judiciário brasileiro foi igualmente referência na seara criminal.

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) já promoveu algumas declarações de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) relativas ao sistema prisional, dentre elas, as sentenças supramencionadas, visando à compreensão prática do ECI, serão registradas as ideias centrais desses julgados, mediante exposição de suas estruturas, e, a partir de cada item, alguns trechos descritivos ou argumentativos que se considera mais relevante.

La sentencia T-153 de 1998 resolvió declarar y notificar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario a las diferentes autoridades públicas; revocar las sentencias de instancia y en su

⁶⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Versão eletrônica): Disponível em:< T-153-98 Corte Constitucional de Colombia >. Acesso em 13 out. 2022.

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (Versão eletrônica): Disponível em:< T-388-13 Corte Constitucional de Colombia >. Acesso em 12 out. 2022.

lugar tutelar los derechos de los accionantes; y, finalmente, adoptar nueve (9) órdenes adicionales dirigidas a las diferentes autoridades y entidades encargadas del sistema penitenciario y carcelario (por ejemplo: diseñar un plan de construcción y refacción carcelaria e implementarlo; un lugar especial para los miembros de la fuerza pública; separar a los sindicados de los condenados; investigar la falta de presencia de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad a las cárceles de Bellavista y la Modelo, en Medellín y Bogotá; adoptar medidas de protección urgentes mientras se adoptan las medidas de carácter estructural y permanente).⁶²

A Sentença T-153 de 1998 resolveu declarar e notificar as diferentes autoridades públicas sobre a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário e carcerário; revogar as sentenças de instância e, em vez disso, proteger os direitos dos demandantes; e, finalmente, adotar nove (9) ordens adicionais dirigidas às diferentes autoridades e entidades encarregadas do sistema penitenciário e carcerário (por exemplo: elaborar um plano de construção e reforma prisional e implementá-lo; um local especial para membros da força pública ; separar os réus dos condenados; investigar a falta de presença dos juízes para a execução de sentenças e medidas de segurança nos presídios de Bellavista e La Modelo, em Medellín e Bogotá; adotar medidas urgentes de proteção enquanto são adotadas as medidas de natureza específica estrutural e permanente

Para analisar a situação das pessoas privadas de sua liberdade, membros da Corte Constitucional colombiana realizaram inspeções em alguns estabelecimentos prisionais, incluindo os supramencionados, quando constataram in loco a superlotação e condições sub-humanas, o que conduziu à conclusão de que o problema carcerário naquele país se soluciona não com a construção ou reforma de presídios, mas, com uma mudança necessária da política criminal vigente que possibilite condições efetivas para a ressocialização.⁶³

Estatísticas fornecidas pela Assessoria de Planejamento do INPEC⁶⁴ diz que em 2001 o país tinha 165 estabelecimentos prisionais: 12 penitenciárias, 23 prisões distritais, uma colônia penal, 10 prisões femininas e 119 prisões de circuito. Em geral,

⁶² Ibidem, 2013 p15.

⁶³ Ibid.,

⁶⁴ COLOMBIA. Instituto Nacional Penitenciário y Carcelario. Disponível em: <INPEC – INPEC>. Acesso em 17 dez.2022.

a maioria das prisões colombianas tem mais de 25 anos e apenas cinco prisões têm menos de dois anos.

POBLACION CAECELARIA Y CAPACIDAD DE LOS CENTROS DE RECLUSION

AÑO	POBLACIÓN	CAPACIDAD
1998	44.398	33.119
1999	45.064	33.600
2000	51.548	37.986
2001	49.302	42.575
2002	52.936	45.667
2003	62.448	48.291

Fonte: Disponível em: < T-388-13 Corte Constitucional de Colombia>. Acesso em 02 out. 2022.

Na tabela acima, podemos observar um aumento significativo da população carcerária, e o mais preocupante é que a capacidade, ou seja, as estruturas também foram ampliadas, mas ainda assim, não conseguem acompanhar o crescimento populacional, acarretando assim como no Brasil, as superlotações, condições sanitárias e de higiene pessoal totalmente precárias, além de uma estrutura física degradante, proporcionando com tudo isso, violência nesse ambiente, trato desumano, cruel e indigno, a falta de assistência à saúde, ferindo assim as garantias constitucionais as abrangem a população carcerária.

Outro ponto que cabe destacar aqui, é que toda essa falta de infraestrutura, não afeta apenas os condenados ou os que estão presos preventivamente, (muitos de forma irregular), mas, a todos os servidores, que ficam limitados na qualidade dos seus trabalhos, considerando todo esse quadro precário do sistema prisional, ou seja,

Muito se fala nas consequências mas a sentença também aborda os motivos pelo quais se dá a existência e o crescimento populacional carcerário. As primeiras sete das dez causas de insegurança são estruturais da própria sociedade por exemplo, crime organizado; fatores socioeconômicos; processos de exclusão urbana;

atitudes, valores e culturas funcionais ao crime; problemas familiares como violência doméstica; a falta de perspectivas para os jovens e a cultura da ilegalidade. Os três casos restantes referem-se a questões diretamente relacionadas à política criminal [impunidade no julgamento e punição do crime; dificuldades estruturais dos grupos de segurança do Estado e do sistema prisional e carcerário.

En general, y con muy pocas excepciones, el sistema carcelario en la región ha fracasado tanto en el objetivo de evitar que una persona siga delinquiendo mientras está en prisión, como en la meta más ambiciosa de la reinserción. Las prisiones constituyen el punto más débil de nuestro sistema penal y el lugar en donde se concentran las mayores violaciones a los derechos humanos. Los procesos penales interminables, el abandono, el abuso, las pésimas condiciones de vida y el hacinamiento son elementos que contribuyen a entender que tengamos una población penitenciaria con tanta propensión a la violencia, con altos índices de adicción a las drogas, con verdaderas epidemias de sida o tuberculosis y altas tasas de suicidios, entre otros graves problemas. Lo anterior muestra por qué en muchos países de la región los sistemas penitenciarios son considerados verdaderas universidades del delito.⁶⁵

Em geral, e com pouquíssimas exceções, o sistema prisional da região falhou tanto no objetivo de impedir que uma pessoa continue a cometer crimes enquanto estiver na prisão, quanto no objetivo mais ambicioso de reintegração. As prisões são o ponto mais fraco do nosso sistema penal e o local onde se concentram as maiores violações dos direitos humanos. Processos criminais intermináveis, abandono, abusos, péssimas condições de vida e superlotação são elementos que contribuem para entender porque temos uma população carcerária com tamanha propensão à violência, com altos índices de dependência de drogas, com verdadeiras epidemias de AIDS ou tuberculose e altos níveis de suicídio taxas, entre outros graves problemas. O exposto mostra por que em muitos países da região os sistemas penitenciários são considerados verdadeiras universidades do crime.

O Governo Colombiano participou no debate através do Ministro e Vice-Ministro da Justiça e Direito, bem como do Diretor-Geral do INPEC. Nestas deliberações foram levantados vários dos problemas estruturais que o Sistema enfrentava, tendo o Governo Nacional (através do Ministério da Justiça e Direito e do Diretor do INPEC) reconhecido a gravidade da situação, embora ao mesmo tempo faça referência à ações que estão sendo realizadas para enfrentar esses problemas.

⁶⁵ COLOMBIA. **Corte Constitucional Colombiana**. Disponível em:<T-388-13 Corte Constitucional de Colombia>. Acesso em 05 dez. 2022.

Em 19 de dezembro de 2011, a Procuradoria-Geral da Nação, por meio do Procurador Delegado para a Prevenção em Matéria de Direitos Humanos e Assuntos Étnicos, Mario González Vargas, enviou os resultados ao Tribunal Constitucional Juízo, dos acompanhamentos efetuados por referida instituição ao sistema penitenciário e carcerário, a respeito do Despacho 041 de 2011 da Câmara de Primeira Instância.

A Procuradoria Geral da República enviou informação semelhante à apresentada pelas pessoas que solicitaram o cumprimento da Sentença T-153 de 1998; que a situação do sistema penitenciário e carcerário em que atualmente se encontram os centros de detenção é semelhante à vivida no momento em que foi proferida a sentença.

A partir das ações de vigilância e controle realizadas neste setor, especialmente com vistas a verificar o nível de proteção e respeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade nos estabelecimentos penitenciários e prisionais, foi apresentado um diagnóstico em que se destaca a importância e a gravidade. A superlotação é evidente, mas também se mostra que não é o único problema do sistema penitenciário e carcerário. De fato, a preocupação exclusivamente centrada nas limitações das infraestruturas, sustentou a Procuradoria-Geral da República, tem levado ao abandono de outros aspetos, igualmente importantes e também em estado crítico.

O Procurador-Geral de Justiça disse a este respeito:

Após as visitas e em casos muito concretos, o Grupo de Assuntos Penitenciários e Carcerários informou que as porções são escassas e as condições de higiene e apresentação são de outra forma deficientes, senão desumanas, como nos casos em que a comida é jogada no lixo em diante daqueles que recebem porções muito pequenas com o argumento de que dar outra porção incentiva um comportamento inadequado. Da mesma forma, aspectos como atendimento jurídico e médico são mais do que deficientes, já que o atendimento na maioria dos casos é insuficiente. Não se recebe documentação dos reclusos nem se processam os seus pedidos, incluindo correspondência.⁶⁶

E para concluir o magistrado, Maurício Gonzalez Cuervo conclui que partilha o teor protetivo da sentença quanto ao reconhecimento da nova situação inconstitucional do sistema penitenciário e carcerário e da política criminal, de grave

⁶⁶ Ibidem. 2022.

violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, como o direito à vida, integridade pessoal, dignidade humana, não ser submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante, segurança pessoal, igualdade, não discriminação, privacidade, família, liberdade, saúde, à reinserção social, à reinserção especial de sujeitos de direitos constitucionais especiais proteção, à educação, ao trabalho, ao lazer, ao esporte, à expressão, à informação, ao direito de petição, ao devido processo e ao acesso à administração da justiça, ou seja, reconheceu e descreveu todos os requisitos entendidos como necessários para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Como já mencionado, na Sentencia de Tutela (T) 153/1998⁶⁷, juízes constitucionais analisaram o problema da superlotação e as condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín.

Apoiados por estudos empíricos, constataram o quadro de violação de direitos generalizado no país, não apenas nas instituições referidas.

Os juízes ressaltaram que tais problemas eram de responsabilidade de um conjunto de autoridades públicas, que ignoravam deliberadamente o problema. A partir disto, a CCC

a) declarou o Estado de Coisas Inconstitucional e notificou diversas autoridades públicas; b) ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação dos cárceres dentro de 3 meses; c) determinou que o governo nacional providenciasse os recursos orçamentários; d) deu à Defensoria e à Procuradoria Geral a supervisão do cumprimento das ordens; e) Ordenou a separação total entre presos provisórios e condenados em até 4 anos; f) exigiu aos membros do Executivo e do Legislativo regionais que criassem e mantivessem presídios próprios; g) ordenou ao presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país.

A execução dessas ordens não alcançou êxito significativo. Os principais defeitos acusados foram a falta de deliberação e a falta de monitoramento da fase de implementação da decisão, que fora deixada aos próprios órgão até então inertes.

Bem como Sentencia T-153/98 Referência: registros acumulados T-137.001 e 143.950 dentre outros. As argumentações sobre as falhas no sistema prisional

⁶⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Disponível em: <T-388-13 Corte Constitucional de Colombia >. Acesso em 05 dez. 2022

colombiano, se assemelham, para abordar um pouco da sentença T-153/98 abordarei outros pontos tão relevantes quanto.

Atores: Manuel José Duque Arcila, Jhon Jairo Hernández e outros.

Tema: Situação inconstitucional nos centros de detenção do país

Nos processos de tutela, números T-137001 e T-143950, promovidos por Manuel José Duque Arcila e Jhon Jairo Hernández e outros, respectivamente, contra o Ministério da Justiça e Direito e o Instituto Nacional Penitenciário e Prisional – INPEC.

Em suma, o sistema penitenciário e prisional encontra-se novamente em estado de coisas inconstitucionais porque (i) os direitos constitucionais das pessoas privadas de liberdade são violados de forma massiva e generalizada; (ii) as obrigações de respeito, proteção e garantia, derivadas de tais direitos, foram violadas há muito tempo; (iii) o sistema institucionalizou práticas claramente inconstitucionais em suas operações diárias; (iv) há uma notável ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias urgentemente necessárias; (v) a resolução de problemas estruturais envolve a intervenção de várias entidades, que devem realizar ações complexas e coordenadas; e, por fim, (vi) se todas as pessoas privadas de liberdade que se encontram no mesmo estado de coisas apresentassem ações de proteção (ou outros mecanismos de defesa de seus direitos), como fizeram os demandantes das tutelas acumuladas nessa oportunidade.(...)

Toda pessoa que é privada de liberdade, ou pode ser privada de liberdade, tem o direito constitucional de ter uma política criminosa e penitenciária que respeite sua dignidade e esteja orientada a materializar o gozo efetivo de seus direitos; o estado atual da política criminal não conhece os mínimos constitucionais. (...)

A política penitenciária está em um estado de coisas contrário à ordem constitucional atual. (...)

Os problemas enfrentados pelo sistema são estruturais. (...)

Novamente, não é apenas uma questão colombiana. Os problemas estruturais das políticas penitenciárias são um sofrimento global, como o Departamento de Planejamento Nacional apontou em um de seus documentos dedicados ao estudo da questão. A situação na Colômbia é grave, mas como afirmado, de uma perspectiva comparativa, não é a pior. O Planejamento Nacional descobriu que, quando a Colômbia é comparada com o que está acontecendo em outras latitudes, é evidente

que a situação pode ser mais complexa do que atualmente. Isso significa que os níveis de superlotação podem continuar a aumentar e ter impactos ainda maiores na dignidade das pessoas privadas de liberdade. A crise penitenciária colombiana, portanto, é um problema sério que exige atenção urgente e eficaz. (...)

Questões a serem resolvidas, comuns a todos os casos, e as específicas de cada processo e cada prisão. Pedidos. Conclusão. (...)

A Câmara considera que a situação do sistema prisional apurada em 1998 não é a mesma que está passando atualmente, pelo que necessita de sua própria análise independente. É o que demonstra a informação sobre a situação do sistema penitenciário e penitenciário colombiano, fornecida e compilada pelo Tribunal, que figura como anexo ao presente despacho, com base na qual confirma a existência de uma situação inconstitucional no sistema penitenciário colombiano.

Esboço da apresentação e metodologia para resolver Enquadramento Jurisprudencial: Julgamentos T-153 de 1998 e T-388 de 2013. (...)

Com efeito, o julgamento T-153 de 1998, após realizar uma análise histórica do fenômeno da ocupação prisional no país, identificado como um dos focos de ação contra a superpopulação, entre outros, a adaptação necessária da infraestrutura física do sistema penitenciário e prisional da época.

Quase 15 anos depois, a Sentença T-388 de 2013 reconheceu que os esforços na criação de uma infraestrutura prisional que expandiu a cobertura foram, em grande parte, bem-sucedidos. Por esse motivo, e ao evidenciar que, apesar dos esforços, a crise permaneceu em vigor, nesta decisão, foi dada maior ênfase à necessidade de adaptar a política criminal do país aos padrões e estruturas de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade, uma vez que dessa perspectiva resultados muito mais sustentáveis podem ser alcançados. Diferença entre o estado de coisas inconstitucional declarado por meio do julgamento T-153 de 1998 e o declarado por meio da decisão T-388 de 2013. Como indicado, esses julgamentos abordam um problema comum que, no entanto, possui referências temporais, factuais e estatísticas diferentes em cada um deles. Por esse motivo, a primeira análise realizada pelo acórdão T-388 de 2013 foi diferenciar o ECI declarado em 1998 do que ele próprio deu.

Nova situação contrária à Constituição de 1991, declarada pelo julgamento T-388 de 2013, referente ao sistema penitenciário e prisional do país

O estado inconstitucional das coisas. Reiteração no presente caso

PROBLEMAS ESTRUTURAIS

Primeiro Problema: A desarticulação da política criminal e o estado inconstitucional das coisas. Segundo Problema Estrutural: Superlotação e outras causas de violação maciça de direitos. Terceiro Problema Estrutural: Confinamento conjunto de pessoas acusadas e condenadas. Falta de coordenação entre as entidades territoriais e o Ministério da Justiça e Direito. Quarto Problema Estrutural: Sistema de saúde do setor penitenciário e penitenciário do país. Quinto Problema Estrutural: As condições de saúde e higiene são indignas na maioria dos estabelecimentos prisionais, e isso constitui um tratamento cruel e desumano promovido pelo Estado.

Análise dos julgamentos revisados. Ordens a adotar; Ordens gerais; Relatórios Periódicos; Pedidos particulares; Pedidos em cada um dos casos específicos

RESOLVE

Primeiro: levantar a suspensão dos termos, decretada por ordem de 20 de maio de 2015. Segundo: reiterar a existência de um estado de coisas contrário à Constituição Política de 1991, no Sistema Penitenciário e Prisional do país, declarado pelo julgamento T-388 de 2013. Terceiro: declarar que a Política Criminal da Colômbia tem sido reativa, populista, pouco atenciosa, volátil, incoerente e subordinada à política de segurança. Da mesma forma, que o manejo histórico da Política Penal no país contribuiu para perpetuar a violação maciça dos Direitos Fundamentais das pessoas privadas de liberdade e atualmente impede o objetivo ressocializador da punição.

Pedidos versus casos específicos

Ordens gerais; Pedidos particulares

Com o breve resumo, supracitados, conclui-se: os julgados são extensos e exaustivos, com uma pormenorização de informações e fundamentos próprios de um instrumento igualmente complexo (ECI). A base de argumentação dos julgados tem, sempre, os seguintes pontos principais em comum: há padrões mínimos que o Estado deve garantir a uma pessoa privada de liberdade (dignidade humana); existência de falhas de natureza estrutural no sistema penitenciário/prisional; e violação constante e sistemática dos direitos fundamentais dos detentos.

A utilização da técnica colombiana em assunto brasileiro similar sobre a infringência aos ideias constitucionais exhibe o chamado transconstitucionalismo.

Cuida-se, assim, de elucidar este novo método na jurisdição constitucional. A CCC tem assumido uma atuação intensa em defesa das garantias de vida digna dos cidadãos como resultado das transformações ocorridas na era recente com o restabelecimento da democracia no âmbito latino-americano.

Índice Comparativo da População Carcerária da Colômbia X Brasil ⁶⁸

População Carcerária da Colômbia

População prisional total (incluindo detentos pré-julgamento / prisioneiros de prisão)	97 451 <i>Em 3.5.2022 (administração penitenciária nacional)</i>
Detentos pré-julgamento / presos preventivas (percentual da população carcerária)	24.7% <i>Em 3.5.2022</i> Mais informações
Prisioneiras do sexo feminino (percentual da população carcerária)	7.0% <i>Em 3.5.2022</i>

Fonte: WBP World Prison Brief

⁶⁸ Disponível em: <Dados do World Prison Brief | Resumo da Prisão Mundial (prisonstudies.org) >. Acessado em 20 maio 2022.

População Carcerária Brasileira

População prisional total (incluindo detentos pré-julgamento / prisoneiros de prisão)	811 707 <i>Em 31.12.2020 (administração penitenciária nacional)</i>
Detentos pré-julgamento / presos preventivas (percentual da população carcerária)	28.9% (31.12.2020) Mais informações
Prisioneiras do sexo feminino (percentual da população carcerária)	5.1% (31.12.2020)

Fonte: WBP World Prison Brief

E em seguida os pontos principais dirigidas como exigências para outros órgão, ou seja, decisão mandamental, nesses pontos também se assemelham ao ponto mais polêmico do ECI brasileiro, por se tratar de deveres a serem realizados pelos órgão legislativo e administrativo.

Sendo eles:

DETERMINAR ao Ministério da Justiça e Direito, ao INPEC e ao Departamento de Planejamento Nacional, chefiado por quem a qualquer tempo exerça a função de chefe de Gabinete ou Diretoria, a plena execução do plano de construção e reforma do presídio no prazo máximo de quatro anos, de acordo com o disposto no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento.

ORDEM ao INPEC e ao Ministério da Justiça e Direito que suspendam imediatamente a execução do contrato de reforma das celas da Cadeia do Distrito Modelo de Santafé de Bogotá.

ORDENAR ao INPEC que, no prazo máximo de três meses, detenha os integrantes da Força Pública privados de liberdade em estabelecimentos especiais, a fim de garantir seu direito à vida e à integridade pessoal.

ORDENAR ao INPEC que separe completamente os presos sindicalizados dos condenados no prazo máximo de quatro anos.

ORDENAR à Sala do Tribunal Disciplinar do Conselho Superior da Magistratura que investigue o motivo do não comparecimento dos juízes de penas e medidas de segurança de Bogotá e Medellín nos presídios Modelo e Bella vista.

EXIGIR ao INPEC, ao Ministério da Justiça e Direito e ao Ministério da Fazenda que tomem as medidas necessárias para solucionar a carência de pessoal especializado nos estabelecimentos prisionais e na Guarda Penitenciária.

ORDENAR aos governadores e prefeitos, e aos presidentes das Assembleias Departamentais e dos Conselhos Distritais e Municipais que tomem as medidas necessárias para cumprir sua obrigação de criar e manter seus próprios centros de detenção.

ORDENAR ao Presidente da República, como autoridade administrativa suprema, e ao Ministro da Justiça e Direito que, durante a execução das obras prisionais ordenadas nesta Sentença, tomem as medidas necessárias para garantir a ordem pública e o respeito pela direitos fundamentais dos detentos dos presídios do

país. Ser copiado, notificado, comunicado, cumplido e inserido no Diário do Tribunal Constitucional. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Magistrado.

2.2 Abertura desta possibilidade na Constituição brasileira de 1988.

Lenio Streck desenvolveu uma formula para compreendermos se uma determinada situação é considerada judicialização, ou seja, se não foi praticado o ativismo judicial.

Ele diz que é necessário se fazer 3 perguntas (i) trata-se de um direito fundamental exigível subjetivamente? (ii) Nas mesmas condições de temperatura e pressão eu posso dar para qualquer pessoa que tenha esse problema, ou você está fazendo uma escolha para um grupo determinado? (iii) posso transferir recursos de um conjunto de pessoas da sociedade sem ferir a isonomia e a igualdade para fazer a felicidade de alguns?

Para exemplificar, Lenio utiliza a decisão sobre homeschooling⁶⁹ onde o Ministro Gilmar Mendes utiliza exatamente essa formula para explicar a inconstitucionalidade da decisão quando proferida em favor do homeschooling.

Trata-se da seguinte decisão;

O Plenário do Supremo Tribunal Federal negou, no dia 12 de setembro, provimento ao Recurso Extraordinário 888.815, com repercussão geral reconhecida, no qual se discutia a possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*) ser considerado meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação. E concluiu: A primeira pergunta, já contextualizada ao caso, é: não mandar os filhos à escola e lhes ensinar em casa é um direito fundamental exigível subjetivamente?. A segunda pergunta que proponho em minha teoria da decisão, igualmente contextualizada, é: quaisquer pais podem exercer tal direito? Daí vem a terceira e última pergunta: podemos transferir recursos das pessoas que não optam pelo *homeschooling* para fazer a felicidade dos que optaram por essa comodidade sem ferir a isonomia e a igualdade? Ou seja: para fazer feliz o sentimento de liberdade dos pais optantes pelo *homeschooling*, o poder público terá que aumentar a sua estrutura, treinar professores para avaliar em uma tacada o conteúdo ministrado pelos pais ou dos contratados por eles eis o ponto. Nenhuma das três questões recebe resposta afirmativa. E mesmo que se admita o “sim” à primeira pergunta, a segunda inexoravelmente recebe resposta negativa, pela impossibilidade de universalização, sob pena de discriminação dos pobres.⁷⁰

⁶⁹ (Grifo meu) Homeschooling significa na tradução educação escolar em casa. Essa foi uma discussão que antecede a pandemia da covid-19, que em esfera mundial é indiscutível a prioridade na preservação da vida, se fez necessária a aplicação do homeschooling e ficou evidente o déficit na educação, não apenas no atraso escolar mas de toda a educação e interação social que a educação também gera as crianças e adolescentes.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <ConJur - **Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão**>. Acesso em 21 nov.2022.

É um exemplo que pode ser aplicado para praticamente todas as questões judiciais, para identificarmos quando se trata de ativismo judicial ou judicialização, no caso da ADPF 347, Lenio entender se trata de um ativismo judicial, mas como ele costuma dizer “é impossível demonstrar que o ativismo é bom, mas, o ativismo, as vezes pode acertar, porque até um relógio parado acerta a hora duas vezes por dia”⁷¹

Depois da Constituição de 1988 o STF assumiu um importante papel como guardião das normas Constitucionais com os seus inúmeros dispositivos redigidos algumas vezes de modo genérico, adotando conceitos indeterminados e isso contribui para o grande número de ações dos mecanismos de controle concentrado.⁷²

A teoria dialógica institucionais propõe, diante do questionamento a respeito da instituição que possui as melhores condições para decidir casos controvertidos, é a adoção de uma conversa produtiva entre os Poderes, como diz Roberto Gargarella “Uma conversa entre iguais”. Isso Não significa dizer que o diálogo terá uma decisão inânime ou então que todas as questões debatidas serão respondida de forma definitiva, isso significa dizer que os Poderes estão abertos e dispostos a dialogar e aprender com as distintas perspectivas oferecidas pelas distintas autoridades para a formulação das melhores respostas e para a melhor solução frente aos questionamentos de cláusulas constitucionais.

É oportuno lembrar que a preocupação das teorias dialógicas transcende o campo de métodos convencionais de interpretação manejados pelo Juiz para fundamentação da decisão, focando, antes, nas repercussões institucionais do seu agir. Não se trata de compreender o significado dos valores morais plasmados na Constituição, mas já de assegurar que a deliberação não constitua o resultado de simples monólogo, reconhecendo, ademais, que a atribuição de sentido à norma constitucional substancia tarefa que reclama a colaboração de lugares além do judiciário. A virtude da teoria reside, portanto, na soma de conhecimentos advindos de diferentes situações, significando isso meio da atuação da dificuldade

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Disponível em:< **Abertura do Ano Letivo: Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade** >acesso em 25 nov. 2022.

⁷² CLÉVE Clémerson Merlin; LORENZETTO Bruno Meneses. **Corte Constitucional e Diálogos Institucionais. Processo Constitucional**. 2.ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021 p.235.

contramajoritária, pois as autoridades implicadas e o próprio povo poderiam figurar como partícipes da deliberação a propósito da questão constitucional.

Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas que passam a admitir desacordos e os traduzem em termos institucionais adequados para enfrentar questões sensíveis.

Não há necessidade de mudança constitucional, mas antes de postura, de compreensão, de inteligência, de disposição para participar de uma conversa entre iguais. O papel da guarda da Constituição exercido pelo Supremo por expressa disposição da Lei Fundamental, com isso não se perde, antes se aperfeiçoa.⁷³

Observa-se que o atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é realizado por meio do sistema híbrido, qual seja: difuso e concentrado. O primeiro inspirado no sistema americano, onde qualquer juiz ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade. Mas, também previu o denominado controle concentrado, inspirado no sistema austríaco, Sendo que o Supremo Tribunal Federal ficou com a tarefa de Guardião da Constituição, nos termos do artigo 102, I, “a” da Carta Constitucional. Cabe observar que o STF não observou integralmente o modelo americano e o austríaco, mas pautados neles, desenvolveu um controle de constitucionalidade próprio frente a realidade brasileira.⁷⁴

A Definição do Papel do judiciário passou, e ainda passa, por uma sério de críticas quanto à legitimidade de seu exercício, na medida que identifica que um poder constituído passa a controlar atos de outros poderes que representam a vontade popular. A expansão do controle judicial pode representar uma ofensa à “soberania popular”, haja vista que a revisão das escolhas da maioria, tomada em órgãos legislativos, contrapõe-se a legitimidade estatal. Deste modo é formada uma crítica tomada como ideia que a democracia representa a soberania popular ou a regra da maioria, e a jurisdição deveria ser restringida por se tratar de decisões “contramajoritárias”.

⁷³ CLÉVE Clémerson Merlin; LORENZETTO Bruno Meneses. **Corte Constitucional e Diálogos Institucionais**. Processo Constitucional. 2.ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.p248.

⁷⁴ LUSTOSA, Helton Kramer. **Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social**. Curitiba. Íthala, 2015. p.156.

3 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A ADPF 347

Em se tratando do cárcere e a garantia de direitos humanos em relação ao julgamento, persecução penal e cumprimento de pena, já na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH⁷⁵, pode-se observar os primeiros direcionamentos claros. Os artigos V, IX, X e XI são importantíssimos no entendimento de quais são de fato os direitos humanos relacionados nesse sistema. Merece especial atenção o artigo V do referido diploma, pois nele está contido o direito humano básico, e absoluto, de que ninguém pode ser submetido à tortura e nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

É basilar, portanto, a compreensão de que o sistema penitenciário não pode, nem deve ser, um local de desumanização ou de ocorrência de tortura ou penas cruéis. Vale ressaltar que não existe consenso jurisprudencial e doutrinário no entendimento de que essa declaração, por mais importante que seja, tenha ou não caráter jurídico vinculativo aos países que a aderiram – o que inclui o Brasil.

Entretanto, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP, promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992⁷⁶, estabeleceu-se no artigo 9 as regras e condições com os quais o país se comprometeu e juridicamente se vinculou a promover os direitos humanos no sistema penitenciário. No referido artigo 9⁷⁷, têm-se a importante concepção de diretrizes e normas para que

⁷⁵ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em português em:<OHCHR | Universal Declaration of Human Rights - Portuguese>. Acesso em 07 nov. 2022.

⁷⁶ BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em:< D0592 (planalto.gov.br) >. Acesso em 09 nov de 2022.

⁷⁷ Artigo 9 “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que

a prisão de um indivíduo seja algo excepcional, motivado por lei e devidamente realizado, vez que a liberdade é direito e garantia de todos.

Assim, os compromissos com a promoção de direitos humanos no sistema penitenciário, foram também assumidos pelo Brasil com a adoção do PIDCP, e devem ser observados e cumpridos na realidade do cárcere do país, em especial, do respeito da dignidade das pessoas presas.

Outro diploma importante, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, elenca no seu artigo 7 os direitos relacionados à liberdade, dentre os quais os direitos relacionados à pessoa presa. A referida convenção foi internalizada no ordenamento brasileiro através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992⁷⁸. Em relação à liberdade pessoal de cada indivíduo, a Convenção declara que ninguém pode ser privado da sua liberdade física, exceto por motivos constitucionais e legais, ganha significativo destaque e importância do “prazo razoável” para o julgamento do processo penal, assim como para o acompanhamento pelo juízo competente, da legalidade da detenção de alguém.

E nesse diploma internacional o Brasil também assume o compromisso de não haver prisão motivada por dívida, exceto de inadimplementos de obrigação alimentar.

No ordenamento brasileiro é importante destacar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, esses direitos e garantias se aplicam também a população carcerária.

O direito penal em tese deveria ser a “ultima ratio”, ou o último recurso, mas fatidicamente não é isso que acontece, o encarceramento em massa têm sido uma realidade Brasileira. Os problemas sociais afetam diretamente as classes mais baixas, gerando uma carência generalizada, inclusive para a própria subsistência, e com isso

aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação”.

⁷⁸ Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de São José da Costa Rica. Promulgação. 22 de novembro de 1969. Disponível em: < [http:// D678 \(planalto.gov.br\)](http://D678(planalto.gov.br))>. Acesso em 22 de nov de 2022.

cria-se uma ótica negativa para essa população, como se o fato de não ter posses, fosse automaticamente requisito para a prática do ato delituoso.

Nesse sentido, Castro e Wermuth destacam que:

A prisão aflora-se como o depósito de “estranhos”, “inimigos”, “outros”, haja vista não se esperar, nem mesmo, solidariamente, se acreditar na real possibilidade do tratamento e no posterior retorno do indivíduo ao corpo social, pois, se assim fosse, a observância dos direitos e deveres estatuídos nos textos legais ocorreria. Porém, em realidade, o que se desenrola é a afronta, social e institucionalmente anuente, às diretrizes estabelecidas, com a violência do Estado sobre a sociedade.⁷⁹

É nesse sentido que o tema penitenciário é considerado uma pauta ante popular. O sistema carcerário brasileiro é conhecido como um sistema “falido”, nesse sentido Costa e Santos dizem que sistema penal brasileiro se encontra em plena falência e decadência, tanto no aspecto estrutural como na capacitação humana. Marcado por violência e ineficiência, o sistema carcerário brasileiro tem sido palco de reiteradas violações da dignidade inerente a todo ser humano⁸⁰

Essa reflexão social se faz necessária em especial quando falamos de uma população carcerária, que em regra geral se tem dificuldade em definir a localização de presídios pois nenhum município deseja tê-los, já que não traz vantagens políticas, nem econômicas, além de ocorrer muitas vezes a migração dos familiares com a intenção de facilitar as visitas aos detentos, gerando ainda mais desconforto para uma sociedade elitista⁸¹.

Ainda sobre o tema Santana e Santos dizem que;

O discurso de combate ao crime tem servido como álibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado.⁸²

⁷⁹ CASTRO, André Giovane de; WERMUTH Maiquel Ângelo Dezordi. **Estado de Coisas Inconstitucional: a violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2021 P.45.

⁸⁰ COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; SANTOS, Ercolis Filipe Alves. **Políticas Públicas e a Falência do Sistema Prisional Brasileiro**. Rev. de Pol. Judic. Gest. e Adm. da Jus. |e- ISSN: 2525-9822|Minas Gerais|v.1|n.2|p. 232-251|Jul/Dez. 2015.

⁸¹ (Grifo meu) Entenda Sociedade Elitista, não apenas os detentores do capital, mas grande parte da população, pertencente a classe trabalhadora, economicamente não podendo ser considerada elite, assim se considera.

⁸² SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. **A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa**. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018.

Como se a condição humana não fosse uma condição suficiente para se viver de forma digna.

Como toda regra existe exceção, não posso deixar de mencionar a honrosa exceção, a metodologia Apac (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), desenvolvida em Minas Gerais, é um exemplo de instituição comprometida com a humanização do cumprimento da pena e, conseqüentemente, o combate à própria violência endêmica observada em nosso país. O resultado pode ser visto num importante indicador: baixos índices de reincidência e elevados índices de ressocialização. Contudo, elas são exceções que comprovam a regra geral.

Segundo dados divulgados na CPI⁸³ Sistema Carcerário Brasileiro em 2015 a situação quantitativa da população carcerária brasileira no ano referente pode ser descrita a seguir:

População Carcerária Brasileira

População prisional 607.731

Vagas 376.669 Déficit de vagas 231.062.

Taxa de ocupação 161% Taxa de aprisionamento 299,7.

⁸³ Câmara dos Deputados. **CPI do Sistema Carcerário Brasileiro**. Disponível em:<DIRETORIA LEGISLATIVA (camara.leg.br) >. Acesso em 25 de nov. 2022.

Os dados apresentados a Comissão Parlamentar de Inquérito demonstram as seguintes realidades individuais dos Estados que responderam à solicitação:

ESTADO	POPULAÇÃO CARCERÁRIA	VAGAS EXISTENTES	DÉFICT
AC	4.480	2.457	1.910
AL	3.614	2.705	909
AM	8.457	3.437	5.020
BA	12.935	8.793	4.142
DF	14.343	7.383	6.960
ES	17.545	13.696	3.849
GO	15.470	7.800	7.670
MA	6.253	4.244	2.009
MS	14.228	7.235	6.993
MT	10.362	6.423	3.930
PE	29.542	9.099	20.443
PI	3.668	2.230	1.438
PR	19.457	18.424	1.033
RO	10.008	5.615	4.393
RN	7.790	4.466	3.324
RJ	42.935	28.325	14.610
SE	4.358	2.426	1.932
SC	16.469	12.174	4.295

A CPI revela que o déficit de vagas é uma realidade preocupante. A taxa de ocupação de 161%, por exemplo, significa que, a cada 10 vagas existentes no sistema, existem aproximadamente 16 indivíduos encarcerados.

Fazendo uma análise da situação do Brasil em relação a outros países, o relatório elaborado pelo Ministério da Justiça informa que “em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

Além disso, outro número que impressiona (e cuja realidade foi constatada pelas visitas realizadas pela CPI) diz respeito ao número de pessoas privadas de liberdade sem condenação (presos provisórios), que correspondem a cerca de 41% da população carcerária brasileira.⁸⁴

Esses dados retratam o problema da superlotação no sistema prisional e veremos adiante que esse é um dos fatores relatados na ADPF 347.

Senado Federal conceitua ADPF como:

Ação proposta ao Supremo Tribunal Federal com o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público. A ADPF não pode ser usada para questionar a constitucionalidade de lei, exceto as municipais ou anteriores à Constituição de 1988.⁸⁵

Trata-se da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que seja reconhecida a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” relativamente ao sistema carcerário Brasileiro e a adoção de providencias estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alegam decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Em destaque alguns pontos relevantes para a compreensão da ADPF 347 em 09/09/2015⁸⁶.

⁸⁴ Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário Brasileiro. Disponível em:<DIRETORIA LEGISLATIVA (camara.leg.br)>. Acesso em 25 de nov. 2022.

⁸⁵ Senado Federal. ADPF. Disponível em:<Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) — Manual de Comunicação (senado.leg.br)>. Acesso em 28 de nov. 2022.

⁸⁶ ADPF 347; arguição de descumprimento de preceito fundamental. Disponível em:<Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)> Acesso 21 de jul. de 2021.

PLENÁRIO MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Marco Aurélio

Repte. (s) :Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Adv.(a/s) :Daniel Antonio de Moraes sarmento e outros.

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

Destaca que a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, apesar de se encontrarem disponíveis e serem necessários à melhoria do quadro, e seria esse, celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas falta de água potável e de produtos de higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatizam estarem as instituições prisionais dominadas por fações criminosas.

Salienta ser comum entrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos a anos.

Se faz necessário pontuar o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimento próprio e adequado, não havendo berçário, local destinado à gestante e a parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, não sendo ainda assegurada a acompanhamento médico, no pré-natal, ou ao recém-nascido, bem como a carência de ginecologista e de fornecimento regular de absorventes íntimos e de outros materiais de higiene.

O cenário implica a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), assim como o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a

natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX) e o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça. Articula com a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país – Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Assevera ainda que a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal. Menciona que o quadro configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo, ante a gravidade, indispensável a intervenção do Supremo, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis.

O Supremo deve impor aos poderes públicos, em síntese, as seguintes medidas: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; consideração do “estado de coisas inconstitucional” quando da aplicação e execução da pena.

Basicamente os argumentos e pedidos acima mencionados foram a base da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental aludida pelo Partido PSol, realidade da precariedade do sistema prisional brasileiro.

Ainda no Acórdão, o relator e Ministro Marco Aurélio, sustenta que, trata-se de pauta impopular, envolvendo direitos de um grupo de pessoas não simplesmente estigmatizado, e sim cuja dignidade humana é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes. Em que pese a atenção que este Tribunal deve ter em favor das reivindicações sociais majoritárias, não se pode esquecer da missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar.

O relator sustenta ainda que a responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

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. O relator explica que é “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: (i) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; (iii) a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Aqui cabe um destaque especial para alguns trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia, que não se limita apenas ao debate da ADPF mas levanta questões humanísticas quanto a pessoa presa e toda a realidade e necessidade de atuação e diálogo entre os demais órgãos, ela diz que;⁸⁷

VOTO: A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, poderia apenas dizer que acompanho também, integralmente, o voto preciosíssimo - e aqui não é, absolutamente, como em geral não é, de nenhum de nós, um elogio retórico ao voto do Ministro Marco Aurélio

Por tudo, Presidente, essa arguição de preceito fundamental cumpre - como diz o Ministro Fux - um papel fundamentalíssimo que compete ao Supremo discutir. O Ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação de fiscalizar, e o Judiciário é o responsável, representa o Estado que tem essa pessoa sob a

⁸⁷ Voto da Ministra Cármen Lúcia – ADPF 347. Disponível em: <paginador.jsp (stf.jus.br)>. Acesso em 18 out. 2022.

sua guarda. Portanto, é preciso haver uma grande transformação. Não sei como isso se faz, sei apenas que não há milagre a ser feito nessa área - e eu não faço milagre, faço Direito.⁸⁸

Nesse voto a Ministra Cármen Lúcia destaca vários pontos além dos já referidos na ADPF 347, entre eles a urgência do olhar não apenas do judiciário mas também de toda a sociedade para esse exército de encarcerados, trazendo como referência o sistema Apac, o qual em parceria com o Estado e empresas privadas, implantou um sistema revolucionário de humanização com os encarcerados, considerando a necessidade de ressocialização desse indivíduo o qual tem um baixo número de reincidência, e ainda assim existe uma grande resistência da sociedade na aceitação das Apacs em sua região e ela dá um passo além, um sistema com seus defeitos mas que se mostra extremamente eficiente, criado a mais de 30 anos e simplesmente não conseguem ser implantados em outras regiões. Observa ainda a atrocidade ao visitar presídios femininos com mulheres gestantes e seus tratamentos ao retornar ao cárcere após o parto.

Ela também enfatiza a necessidade de parcerias entre público e privado e principalmente a necessidade de revolucionar o sistema prisional atual, a importância de repensar o modelo de forma que se cumpra as leis já existente. Ficando evidente que a precariedade do sistema prisional é existente, antiga e de pleno conhecimento do Estado.

⁸⁸ Ibidem.

2.3 A importância da ADPF no Sistema Constitucional brasileiro

Para Lenio Streck, Constitucionalismo Contemporâneo e democracia pressupõem que o direito possui um elevado grau de autonomia. Isso significa que questões políticas e morais devem ser debatidas à sociedade nos meios políticos de decisão e que no âmbito (autônomo) do direito só se podem desconsiderar as decisões políticas tomadas em contraste com o sistema de garantias construído pela CF de 1988. E é exatamente este o plus do Estado Democrático de Direito: a diminuição do espaço de discricionariedade da política⁸⁹

O controle de constitucionalidade brasileiro é um dos mais abrangentes do mundo. Não é sem razão que para o constitucionalista Português Canotilho, o Supremo Tribunal Federal é o Tribunal mais poderoso do mundo.

No Brasil, desde a proclamação da república vigorou o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade. Chamado de controle incidental ou difuso, permite que qualquer juiz, estando este em qualquer instância, declare a inconstitucionalidade de um ato normativo. Vale dizer que nesta situação a medida terá validade apenas para o caso concreto.

De outra banda, também importamos o modelo europeu, cuja norma que se pretende ver declarada inconstitucional, pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal, tendo este a última palavra sobre sua adequação constitucional. Neste caso, o controle é o concentrado ou abstrato. Por não se falar em processo subjetivo, os efeitos da decisão irradiam para todos.

Não é demais recordarmos que a Constituição Federal de 1988, seguindo uma tendência mundial pós segunda guerra mundial, passou a trabalhar com um extenso rol de direitos fundamentais. Neste cenário, a dignidade da pessoa humana, chamada por muitos de princípio, mas que na engenharia constitucional é tratada como fundamento da república, ganha relevo, servindo como uma lente pela qual deve ser visto todo o ordenamento jurídico.

⁸⁹ STRECK, L. L. **O que é isto – O constitucionalismo contemporâneo**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 1, n. 2, p. 27–41, 2014. Disponível em: <O QUE É ISTO – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO | Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional (emnuvens.com.br)>. Acesso em: 17 out. 2022

Deste modo, os atos normativos e a forma de atuação estatal deve ser pautado pela dignidade da pessoa humana, sendo este, em muitas das vezes o parâmetro para se aferir a constitucionalidade de um ato normativo e até mesmo ações governamentais, diante dos instrumentos de controle de constitucionalidade.

Neste cenário a arguição de descumprimento de preceito fundamental é um instrumento importante do controle concentrado de constitucionalidade. O mecanismo de controle teve sua previsão no texto originário da Constituição de 1988, muito embora tenha sido regulamentada somente 11 (onze) anos depois, com a edição da lei 9.882/99, a qual regulamentou seu processo e julgamento.

É de se notar que a Constituição Federal, em seu artigo 102, §1º, traz de forma clara a referida ação, no entanto, também deixa evidente que esta seria apreciada na forma da lei, portanto, norma de baixa eficácia normativa, trazendo a necessidade de norma integradora para sua eficácia plena.

Mesmo não existindo norma regulamentadora até dezembro de 1999, isso não impediu que fossem manejadas arguições de descumprimento de preceito fundamental junto ao Supremo Tribunal Federal, de modo que, a resposta jurisdicional sempre foi no sentido da impossibilidade de apreciação, já que, o §1º, do artigo 102 da CF, não é autoaplicável, impedindo que fossem conhecidas devido a mora legislativa.

Segue abaixo o entendimento esposado pelo então Ministro Sidney Sanches.

“(...) enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, caput). E é esta que exige lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de lei. Também não compete ao STF elaborar lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (art. 48 e ss. da CF). E nem se trata aqui de mandado de injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, sub judice, no feito, essa questão. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), segundo o qual, ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo

com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito'. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. Igualmente não se aplica à hipótese a 2ª parte do art. 126 do CPC, ao determinar ao juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver a lide inter partes'. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a arguição de descumprimento formal, não autoriza, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito"⁹⁰

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem conhecimento geral nos dias atuais, sobretudo pelo fato de ter sido inúmeras vezes manejadas durante a pandemia do COVID-19, que assola o mundo desde meados de 2020, o noticiário faz com que qualquer cidadão fale sobre ADPF, a despeito disso, a lei que regulamentou a citada ação não trouxe um conceito para o que seria preceito fundamental. Isso fez com que esse papel fosse transferido para a doutrina e jurisprudência.

A representação política, democrática não deve encontrar limites nos mecanismos eleitorais, tampouco na aplicação estrita da regra da maioria. A democracia precisa propor um outro olhar para democracia representativa, bem como, critérios de avaliação da democracia diferentes da regra da maioria e mecanismos de legitimação, isso para dizer que; apesar do Supremo Tribunal Federal não ser composto por membros eleitos em uma votação nacional como são os membros do Congresso Nacional, é de suma importância enfatizar a inquestionável legitimidade do Supremo, garantida constitucionalmente para atual em prol de uma nação, sendo ou não, em sua maioria numérica ou representativa, adepta de uma ou outra ideologia política.

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, número 347, foi inédito para o ordenamento jurídico brasileiro e inseriu no debate jurídico a caótica e sistemática violação de direitos fundamentais e humanos nesse contexto.

⁹⁰ Direito constitucional, civil e processual civil – **Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto estadual de intervenção em município**, STF, AgRg em Pet 1.140-7-TO, rel. Min. Sydney Sanches, j. 02.05.1996, DJ 31.05.1996, p.18.803. Disponível em: <paginador.jsp (stf.jus.br)> Acesso em 22 nov. 2022.

Acontece que mesmo com os mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para revisão judicial dos presos, sequer se sabe a realidade de todo o sistema carcerário no Brasil, ante a ausência de dados fidedignos e atualizados sobre quem está preso, por qual crime fora condenado, em que circunstância se encontra cumprindo pena, entre outros.

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.

Ainda, faltam vagas e sobram pessoas presas. A superlotação do sistema é apontada por muitos, inclusive pelo Ministro relator da ADPF, Ministro Marco Aurélio, como uma das fontes causadoras das violações de direitos fundamentais e humanos no cárcere.

A Partir do que já foi exposto sobre o tema é possível compreender que a declaração judicial do estado de coisas inconstitucional se orienta pela ideia da necessidade de materializar o texto constitucional através das atuações dos Tribunal Constitucional, mirando sempre a garantia dos direitos fundamentais.

Sendo assim, ao declarar um estado de coisas inconstitucional e, conseqüentemente, emitir uma determinada ordem a uma autoridade pública que não foi parte do processo, a Corte Constitucional apenas cumprirá o seu papel de defesa da Constituição.

A ADPF 347 e a declaração do ECI é considerada por Lenio Streck um ativismo judicial, ele entende que se faz necessário uma distinção entre judicialização e ativismo. O autor explica que a judicialização acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho, espaço para demandas das mais variadas junto ao Judiciário, já o ativismo, dependendo da visão individual de cada julgador.

A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não, afirmando por várias vezes que o ativismo não faz bem à democracia. Por óbvio, ele não condena a atuação do STF como guardião da Constituição e a necessária atuação sobretudo sobre temas

contramajoritários como é o caso do sistema carcerário brasileiro. Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários.

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.

Não à toa, o orçamento do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, sequer é empregado e destinado para o fim que foi criado, a própria manutenção e melhoria das penitenciárias. Assim, persiste um cenário de completa violação de direitos fundamentais e humanos. E os índices de violência, criminalidade e reincidência no país só aumentam com o passar dos anos.

Dessa maneira, a declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” retrata a triste realidade dos brasileiros presos e o aumento dos prejuízos provocados por essa realidade para a própria sociedade brasileiro. Esse cenário foi delineado a partir do entendimento concreto do conceito de direitos fundamentais e direitos humanos, passando pela compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana e de uma breve digressão histórica do cárcere no Brasil. Com isso, permitiu-se nesse trabalho analisar o julgamento da ADPF 347 que identificou os direitos fundamentais e humanos que são violados de forma sistemática e atualmente no sistema penitenciário brasileiro e, por isso, constatou o “estado de coisas inconstitucional” desse sistema.

Os direitos fundamentais identificados como violados no sistema penitenciário brasileiro foram: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, inciso III, CF/88); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea “e” , CF/88); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, inciso XLVIII, CF/88); a segurança dos presos às integridades física e moral (art. 5º, inciso XLIX, CF/88); e os direitos à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à previdência e à assistência social (art. 6º, CF/88) e à assistência judiciária. Violando o disposto nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil é

signatário e vinculado. Ainda, foi por meio desse julgamento no Supremo Tribunal Federal, que o Poder Judiciário adotou importantes medidas para começar a transformar esse sistema, na análise das medidas cautelares, adotando inclusive a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, apresentação em até 24 horas da prisão de qualquer pessoa pega em flagrante delito perante à autoridade judiciária, em todo o território nacional. Como medida cautelar adotada na ADPF 347 foi também adotada a medida da aplicação e destinação das verbas acumuladas no Fundo Nacional Penitenciário - FUNPEN em seu próprio fim, qual seja a manutenção e melhoria do sistema penitenciário, bem como a remessa de dados sobre o atual sistema carcerário pelo Poder Executivo para o próprio STF, para que o mérito da questão possa ser assertivamente julgado.

Como uma proposta concreto do presente trabalho, foram apresentadas duas linhas possíveis para políticas públicas aptas à transformação desse cenário. A primeira está relacionada com a construção e manutenção de um sistema de dados confiável e fidedigno sobre essa realidade, qual seja a implantação do Sistema Eletrônico de Execução Penal – SEEU em todo o território nacional. De sorte, essa implantação foi impulsionada pelo Projeto Justiça Presente, parceria em andamento do Conselho Nacional de Justiça com o Programa para Desenvolvimento das Nações Unidas – PNUD. E vislumbrando a transformação completa desse cenário, a adoção da política pública nacional de educação penitenciária, com a adoção de um plano de ensino concreto, investimento em capacitação de profissionais, adequadas instalações para o ensino. Sendo que parte do orçamento pode ser empregado do próprio Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN. Por fim, entende-se que muitas medidas são necessárias para a transformação do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário nacional.

E, ainda que persistam inércias pela baixa popularidade e capital político sobre o tema, o respeito às determinações da Carta Magna e dos dispositivos internacionais, que garantem e asseguram direitos fundamentais e humanos para as pessoas presas, são ou deveriam ser a motivação necessária e suficiente para a transformação desse sistema.

Dito isso, Streck se preocupa com a hipótese do uso retórico do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, o que pode ocasionar uma desmedida intervenção do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva.

O referido autor defende que não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê, como a destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional.

Observe-se, na prática, que há entraves políticos que Streck não considerou e que há anos impedem mudanças relevantes no sistema prisional brasileiro para garantir os direitos fundamentais dos encarcerados.

Ademais Streck não vislumbrou que a declaração de um “Estado de Coisas Inconstitucional” promete trazer efeitos mais abrangentes do que o mero controle de inconstitucionalidade do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, deve se observar em primeiro plano que a declaração do estado de coisas inconstitucional resulta de fundamento fático mais amplo, uma vez que pode decorrer de ação ou omissão do ente estatal, sendo que estas condutas implicam em uma violação massiva de direitos fundamentais fáticos mais amplo, em grau mais elevado, portanto, do que na análise da inconstitucionalidade por omissão, que em tese se designa a omissão de um dos poderes.

Em segundo lugar, deve se considerar que o “Estado de Coisas Inconstitucional” normalmente é causado por um problema estrutural do sistema, derivado da própria organização e funcionamento do Estado e dificilmente pode ser solucionado pela ação de uma única autoridade ou ente público, o que também traduz a diferença de contornos em relação à inconstitucionalidade por omissão.

Contudo, destaque-se que a sentença que declara o ECI transcende os efeitos da que reconhece uma inconstitucionalidade de ato normativo para alcançar o patamar de controle jurisdicional de políticas públicas a partir de uma espécie de cogestão dos vários entes públicos responsáveis em conjunto pela solução dos problemas dentro dos parâmetros sugeridos pela Corte Constitucional.

É necessário dar um passo a trás e analisar se o STF ao reconhecer e declarar o ECI, pode ser questionado por ser uma expressão do ativismo antidialógico, ou seja, por impor aos demais poderes uma atuação que os compete e que imposto ao ser pelo Supremo, poderia resultar em uma distorção do Estado Democrático de Direito por supostamente gerar um desequilíbrio na separação dos poderes e ser visto como uma ameaça à democracia?

O instituto do ECI, embora houveram alguns ganhos, ao que se vislumbrava com essa inovação, o sistema carcerário caminhou a passos lentos.

A invocação de teorias dialógicas tem crescido nos julgamentos do STF. Contudo, vários deles têm despertado críticas por partirem de um decisionismo político em sua base, como mecanismos institucionais, incentivos, sanções, desenhos, procedimentos que estruturam o diálogo.

É oportuno lembrar que a preocupação das teorias dialógicas transcende o campo dos métodos convencionais de interpretação manejado pelo juiz para a fundamentação das decisões, focando, antes, nas repercussões institucionais do seu agir. Não se trata de compreender o significado dos valores morais plasmados na Constituição, mas já de assegurar que a deliberação não constitua o resultado de simples “monólogo”, reconhecendo, ademais, que a atribuição de sentido à norma constitucional substância a tarefa que reclama a colaboração de lugares além do judiciário. A virtude da teoria reside, portanto, na soma de reconhecimentos advindos de diferentes situações, significando isso meio de atenuação da dificuldade contramajoritária, pois as autoridades implicadas e o próprio povo poderiam figurar como participação da deliberação a propósito da questão constitucional.

Aqui diferente do que expõe a autora Thamy Pogrebinski, que para ela, não existe dificuldade contramajoritária, por considerar o número de processos julgados pelo Supremo, quando referido a dificuldade contramajoritária, é considerar que mesmo em decisões numéricas minoritárias os temas são delicados e de grande polêmicas em se tratar de assuntos antipopulares, sendo questionado muitas vezes a democracia na atuação do STF.

Problematizar esse tema desafia seu aprofundamento e todas essas complicações parecem sinalizar que não há uma maneira puramente “institucionalista” de resolver o problema. Procedimentos e diálogos só fazem sentido se uma mínima base interpretativa for compartilhável, se pudermos reconhecer como autênticas as aplicações aos casos concretos dos princípios que fundam constituem uma sociedade.

Por isso, se faz necessário refletir sobre a Hermenêutica das organizações, pois poderia ser um caminho para fortalecer e realizar no mundo fático o diálogo entre os poderes considerando que desde o reconhecimento do ECI, a realidade do sistema prisional não mudou muita coisa. O número do encarceramento em massa vem

crescendo, com a Covid-19 houve uma amplitude nas penas diversas da prisão sendo aplicadas, embora devesse ser regra, foi assim aplicada com um pouco mais de efetividade por consequência de uma pandemia mundial.

Isso quer dizer que devemos desistir do judiciário e da cresça da possível melhora no sistema prisional brasileiro? Não. Como já visto temos em menor escala uma referência excelente do quanto isso pode dar certo se não considerarmos apenas a força política das organizações.

Se trata da 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 APAC 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, sendo eles: 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 APAC 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 APAC dispõe de um método de valorização humana, vinculada à evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se, buscando em 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.

Observando que, mencionar a APAC, não se trata de uma proposta para a substituição do sistema prisional brasileiro, mas acredito que a principal referência trazida através dela, seria a demonstração da força do diálogo e como trabalhar em conjunto geram frutos.

Quanto à questão norteadora da pesquisa: se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Estado de Coisas Inconstitucional, atua como Expansão da sua legitimidade? E aqui não se restringe aos três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas sim, as redes de comunicação, aos órgãos públicos, políticas públicas sobre a conscientização social referente a questão carcerária no Brasil.

A negativa se mostra ao lento progresso obtido no sistema carcerário brasileiro após o reconhecimento do ECI. Ao analisarmos a narrativa da Ministra Cármen Lúcia e todos os outros pontos trazidos na pesquisa como fatores econômicos, sociais e políticos, evidencia a lentidão no sistema de justiça. E se a Corte Constitucional, reconhecida como Guardiã da Constituição, isso também é dizer, Guardiã de todos os direitos fundamentais advindos dela, respeitando todo o processo Legislativo e Executivo que em regra geral, atuam antecedendo o judiciário, é compreensível a declaração do ECI como um ato realizado dentro das limitações que compõe a sua legitimidade.

O conjunto de ideias apresentadas, revelam que o encarceramento em massa não se trata só de criminalidade, se trata de uma formação e um debate sociológico o qual cerca essa estrutura. 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.

Essa população em regra geral é invisível para população, exceto quando se trata dos cofres públicos, porque então não se tornam invisíveis, mas, indigentes usufruindo de um dinheiro que não deveria ser gasto, o censo comum assim entende e se revolta por ter que ao menos falar da existência dessa população, não compreendendo que essa pauta impopular desumaniza, não conseguindo compreender que a pena se trata da privação da liberdade, direito de ir e vir e não a dignidade da pessoa humana.

É válido mencionar, a título de reflexão, que todo esse descaso, talvez, tenha influência na política de forma negativa, porque um preso condenado, tendo sua condenação transitada em julgado tem os seus direitos políticos suspensos, conforme previsto na CF no artigo 15, ou seja, se essa superpopulação tivesse o poder/direito ao voto, talvez fossem vistos e tratados de forma diferente.

Para finalizar, esse trabalho não tem a intenção de encerrar a discussão, mas espera poder contribuir de forma frutífera para o enriquecimento do debate.

Muito embora se possa argumentar que o nosso modelo situa-se na supremacia do Judiciário, o Supremo Tribunal preocupa-se com o problema da legitimidade de suas decisões, atuando como agente colaborador e partícipe no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, por meio de mecanismos institucionais dialógicos, tais como: a interpretação conforme a Constituição, a modulação de efeitos das decisões e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e considera que todos os três poderes têm um papel importante na defesa de direitos fundamentais e que o Judiciário, sem desperdiçar a experiência dos demais Poderes, ainda é posto-chave para o estabelecimento de marcos interpretativos para a agenda de direitos.

2.4 Características processuais da ADPF e a Hermenêutica das Organizações.

A Constituição Federal de 1988 criou no sistema de controle de constitucionalidade a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), uma inovação introduzida pelo legislador constitucional, no artigo 102, parágrafo único. Com a Emenda Constitucional nº 03/93, ocorreu um acréscimo de parágrafos ao artigo 102 da Carta Magna, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental passou a ser tratada em seu artigo 102, §1º⁹¹.

Em razão do termo “na forma da lei”, o STF entendeu que esta norma constitucional era de eficácia limitada, dependente, portanto, de norma regulamentadora. Em 3 de dezembro de 1999 foi sancionada a Lei 9.882, que dispõe sobre o rito da ADPF.

A ADPF destina-se a proteger os preceitos fundamentais. Surge, então, a questão em torno da definição de *preceito fundamental*. A questão deve ser solucionada a partir de uma compreensão de valores, pois, a *priori*, toda norma constitucional é fundamental. Porém, os preceitos fundamentais são aqueles que estão ligados diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade. Preceito fundamental não significa o mesmo que a expressão princípio fundamental. Trata-se de conceito mais amplo, abrangendo todas as prescrições que dão sentido básico à ordem constitucional. Assim, pode-se conceituar preceito fundamental como toda

⁹¹ Art. 102, § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em 29 dez. 2022.

norma constitucional – norma princípio ou norma regra – que serve de fundamento básico para a conformação e preservação da ordem política e jurídica do Estado⁹².

Apesar de o conceito de “descumprimento” para efeito da ADPF ser consideravelmente mais amplo que o conceito de “inconstitucionalidade”, a Lei 9.882/99, entretanto, reduziu a abrangência da ADPF tão somente aos atos do poder público, mantendo a ideia de englobar atos de qualquer natureza, sejam normativos ou não, inclusive as omissões.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode apresentar-se sob duas modalidades: a autônoma ou direta e a incidental ou indireta. A primeira forma, ou seja, autônoma tem natureza objetiva, que pode ser proposta para defesa exclusivamente objetiva contra violação de preceitos fundamentais decorrente de um ato do poder público, seja este ato federal, estadual ou municipal e está contida no art. 1º, caput, da Lei nº 9.882/99. A segunda forma na modalidade incidental ou indireta está contida no parágrafo único do art. 1º da mesma lei.

A lei que dispõe sobre a ADPF, é a Lei 9.882/99, traz que os legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental são aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), e que estão presentes no artigo 103 da Constituição Federal Brasileira⁹³

O procedimento da arguição, tanto autônoma quanto incidental, inicia-se por petição que satisfaça os requisitos do art. 3º da Lei 9.882/99. Não sendo o caso de arguição ou faltando à inicial alguns de seus requisitos, o relator poderá indeferi-la de plano, por decisão sujeita a agravo regimental (art. 4º, §2º).

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

⁹² COSTA, Thiago Luiz da. **O papel da ADPF no sistema de controle de constitucional brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Amanuense, 2021.

⁹³ Legitimados; I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia 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. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em 28 dez.2022.

mínimo 2/3 dos Ministros (8). Esse quórum 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).

Decisão e seus Efeitos, com o veto ao §1º do art. 8º, segundo o qual era exigida a votação por maioria de 2/3, questiona-se qual o quórum necessário ao julgamento da arguição, principalmente em se tratando de controvérsia envolvendo conflito de direito intertemporal, em que não se exige a obediência ao disposto no art. 97 da CF/88. A resposta a essa questão pode ser obtida pela interpretação compreensiva da norma prevista no art. 5º, caput, que condiciona a concessão da medida liminar à observância do quórum 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 quórum 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 autoaplicável, 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.

Resumidamente, como supramencionado as características da ADPF, se faz necessário caminhar um pouco mais e refletir sobre a hermenêuticas das organizações.

É de inegável importância o papel da hermenêutica no contexto jurídico brasileiro e a sua influência nas decisões dos tribunais. No campo dos estudos organizacionais, como também em outras áreas de conhecimento, não é nova a preocupação de se delinearem formas de desvelar a realidade jurídica e social constituída pelas pessoas, no pressuposto de que tal postura oferece resultados que não se limitam à expressão racional teórico de dada realidade, realidade social construída e constituída, em toda sua dinâmica e complexidade.

A hermenêutica das organizações entra aqui, talvez, como um exemplo do que pode corroborar a dificuldade dos diálogos institucionais, em específico sobre o sistema carcerário brasileiro, teremos mais à frente como referência a Defensoria Pública de um lado e do outro o Ministério Público, para entendermos que apesar de ambos os órgãos trabalharem em pró da justiça, da aplicação dos direitos e a atuação de forma independente, é enraizado óticas diferentes, pensamentos diferentes e aplicado uma hermenêutica diferente para uma mesma situação.

O sentido da decisão jurídica passou por inúmeras transformações na Modernidade. Desde a Escola da Exegese do século XIX, passando pela Escola Histórica, pela Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses, dos Bens, dos Valores, como também com o Movimento do Direito Livre e, depois, com o neopositivismo jurídico de Hans Kelsen e seus desdobramentos, a noção de decisão jurídica manteve diversas referências a valores medievais, tais como as noções de comunidade, costumes e moralidade, mas oscilou entre dois valores genuinamente modernos, que são os valores da segurança e da legitimidade.⁹⁴ Tanto que a ADPF 347 como já referida anteriormente foi questionada a legitimidade do Supremo por se tratar de uma decisão imperativa.

⁹⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade.** NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, p. 259-279, jan./jun. 2017. Disponível em: <Repositório Institucional UFC: Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade>. Acesso em 20 nov. 2022.

Hoje não são mais os juízes que decidem, mas sim as organizações, as estruturas, os desenhos institucionais nos quais os juízes se encontram inseridos, o que importa são os atores sociais, as estruturas, as instituições e não os sujeitos individuais e suas virtudes.

Nesse sentido, Simioni esclarece que;

As organizações, no Século XX, tornam-se bases empíricas fundamentais na estruturação das dinâmicas comunicativas entre direito, política e economia. Não se trata apenas das Instituições do Estado, no seu sentido tradicional, mas de organizações de decisões que seguem lógicas diferentes, como é o caso das diferenças entre os contextos organizacionais da assim chamada Organização Judiciária, do Legislativo e dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, das empresas, das universidades etc. É na organização que o risco parece tornar-se mais presente, menos escondido por trás das ideologias da dogmática ou da racionalidade burocrática. Se entendemos a decisão jurídica na perspectiva do risco, o outro lado da forma da decisão jurídica é a organização judiciária — e não os princípios, regras, valores, convicções, opinião pública, eficiência econômica ou tudo aquilo que os discursos jurídicos pós-positivistas têm sinalizado para a decisão jurídica⁹⁵

O papel das organizações para a concretização dos direitos fundamentais vem exigindo uma interconexão entre elas, de modo que se amplie o seu campo hermenêutico para que o diálogo gere soluções fáticas. Os direitos fundamentais na sociedade contemporânea apresentam exigências enormes de prestações positivas por parte dos Estados. Muitas vezes essas prestações não podem ser cumpridas por meio de políticas públicas suficientemente abrangentes para realizar o ideal ou o projeto normativo dos direitos fundamentais. Então não é raro observar-se o descumprimento, seja por omissão, seja por negação, de pretensões materiais baseadas em direitos fundamentais previstos na Constituição. Para as quais o Estado simplesmente omite-se em decidir pontos por ele considerados polêmicos ou nega-se a implementar políticas por ele consideradas igualmente polêmicas. Surge então a judicialização das políticas públicas, que além de todas as demais características e implicações, também apresenta a característica de transferir o risco do dissenso, da esfera política, para o judiciário. Desse modo, a política retira a discussão democrática do seu âmbito de responsabilidade e transfere essa responsabilidade para o judiciário, que em face do *non liquet*⁹⁶, acaba por decidir juridicamente sobre uma política

⁹⁵ Ibid. 2017.

⁹⁶ *Non liquet*, refere-se a falta de transparência ou a obscuridade na decisão de determinado tema ou até uma omissão na função típica do órgão, como por exemplo, a falta de legislação

pública, incorrendo muitas vezes em um ativismo judicial que define políticas públicas sem o processo democrático⁹⁷

No Brasil o acesso à justiça é um direito fundamental garantido na Constituição Federal aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. A Defensoria Pública é criada com a responsabilidade de garantir o acesso à justiça aos necessitados, grupos minoritários hipossuficientes e, as crianças e aos adolescentes, o exercício dos direitos humanos e fundamentais.

Em linhas gerais os objetivos da Defensoria Pública, são a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório enquanto que o Ministério Público tem por dever a fiscalização das leis, é certo, mas quando em juízo é submetido às mesmas regras processuais das partes em litígio, quando é autor na Ação penal pública, por exemplo, e possuem também semelhanças, quanto a organização administrativa e funcional, a exigência da formação em direito dos seus membros e a nomeação por concurso público.

Muito se fala em Hermenêutica jurídica, hermenêutica das decisões judiciais, solipsismo, todas essas e muitas outras colocações, são referidas como interpretação. Originalmente se remete a mitologia grega, no personagem de Hermes, um mensageiro divino e o grande dilema é que nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram, Streck ainda esclarece que “ A superação da hermenêutica clássica – ou daquilo que tem sido denominado de hermenêutica jurídica como técnica no seio da doutrina e da jurisprudência praticadas cotidianamente -, implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o seu sentido, isto é, o que o texto não carrega, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma). As palavras não “carregam” o seu próprio sentido ou seu sentido próprio. Trata-se de entender que entre texto (lei) e norma (sentido da lei) não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização, ou seja, A norma, não é um único norteador das decisões judiciais⁹⁸.

de um tema impopular, forçando o judiciário a decidir e de forma atípica legislar, por falta de clareza do órgão competente.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**: Casa do Direito, 2020.p.131.

A tema da hermenêutica jurídica apesar de não ser novo, ainda é muito questionado, como tipificado na Constituição Federal. A organização do Estado é feita de maneira tripartite, como uma forma de freios e contrapesos trazida desde Montesquieu, que se divide em Legislativo, Executivo e Judiciário. Posto isso o em suas funções típicas o Poder Legislativo, legisla, o Poder Executivo, administra e o Poder Judiciário, julga, sendo assim, cada um desses órgãos contribuem para a organização e a ordem da sociedade de maneiras diferentes, tendo também assim, uma ótica e atuações diferente para uma mesma situação, vejamos, em 5 de maio de 2011, o Brasil passou a reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, até então, a sociedade se deparava com um problema, ainda não regulamentado por lei, como a união entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, um problema não só na esfera afetiva, onde as pessoas queriam poder demonstrar o seu amor ao parceiro (a), mas queriam também garantir que ele(a), tivessem direitos previdenciários, cíveis , como filiação e sucessão, além de poder gozar socialmente da nomenclatura tão sagrada que é intitulada como família, e não serem vistos apenas como duas pessoas que se relacionam amorosamente , muitas vezes de forma extremamente reservada para não precisarem viver à margem da sociedade.

Esse desejo fez com que as pessoas começassem a ingressar com as ações judiciais, pedindo que os tribunais reconhecessem esse direito constitucionalmente garantido, já que todos são considerados iguais perante a lei.

O Judiciário na sua função típica de julgar não pode se negar a dar uma resposta para a sociedade, mediante ações ingressadas. Mesmo não se tendo nenhuma legislação a respeito disso. E quando o STF, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, fez com que o Poder Administrativo se adequasse a essa nova decisão, criando maneiras de efetivarem os direitos concedidos e com a sucessiva demanda sobre temas semelhantes, se fez necessário uma regulamentação legal e para tanto o Poder Legislativo em sua função típica, teve que atuar, para que o judiciário, tão atarefado e intimo desse debate, abrisse espaço para novos debates, sobre outras questões sociais.

Embora parece ser algo simples, gera dúvidas sobre a real atuação do STF, se é contributivo com a sociedade ou impositivo para os demais poderes. Mesmo esse não sendo o foco do artigo, esse contexto se faz necessário, para se entender a influência da Hermenêutica Jurídica, para que o intérprete mesmo não tendo uma

legislação a seguir, se fez necessário uma interpretação da legislação vigente a época e a realidade social, para atuar na sua função típica.

Contudo, esse não é um tema novo e nem um tema esgotado, ainda há muito que se refletir e discutir, considerando as mudanças sociais e legais com o decorrer do tempo, mas é necessário subir um degrau dessa discussão e falar sobre a hermenêutica das organizações, e como ela interfere de algum modo no campo jurídico

Nesse tópico, como supramencionado, o recorte será na esfera judiciária, na área criminal de uma forma pormenorizada, e os órgãos referenciados aqui serão Defensoria Pública e Ministério Público. Redação dada pela Lei Complementar nº40/81 em seu Art. 1º define que: - O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis, e será organizado, nos Estados. Bem como consta na redação dada pela Lei Complementar nº 132 em seu artigo 1º - A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Esses são conceitos e atribuições de cada órgão por estipulação legal. Mas especificamente na seara criminal o Ministério Público é um órgão em sua função típica, acusador e essa não é uma visão exclusiva de um determinado promotor(a) de alguma comarca específica, não, é do órgão, da organização, e para atuar nesse órgão, seja como estagiário, promotor (a), ou assistente de acusação é necessário debruçar um olhar de promotoria, ou seja, uma interpretação muito específica, não podendo ignorar que muitas vezes na prática acaba se esquecendo do princípio constitucional de que todos são inocentes até que se prove o contrário, o Ministério Público, por estar em um papel de fornecer provas, como dispõe o Código de Processo Civil, em seu artigo 373, que o ônus da prova cabe a quem acusa, ou seja, quem alega tem que provar. É esperado que em algum grau é até necessário um olhar mais endurecido da situação para uma melhor atuação.

Por conseguinte, Streck diz;

Qual é, efetivamente, o papel do Ministério Público na nossa democracia? *Essa é a ferida narcísica da Instituição*. Mas parece que ninguém — ou muito poucos — querem falar disso. Fui membro por quase três décadas. Tentei várias vezes discutir algumas questões: uma, o próprio papel da instituição, que, para mim, *deveria agir como uma magistratura, de forma isenta*, sem ser perseguidor implacável, ignorando nulidades e outras garantias a favor da defesa⁹⁹.

De um lado se tem o Ministério Público, do outro lado nos deparamos com a Defensoria Pública, sobre tudo na esfera criminal, debruça um olhar ao indivíduo para além do ato delituoso, com um viés humanístico. E entre eles, MP e DP, atuando com imparcialidade se tem a figura do juiz. Aliás essa imparcialidade é outro tema de debate, sobre como na prática não é exatamente como deveria ser, Lenio Streck utiliza uma expressão para essa situação solipsismo, ou melhor dizendo, Juiz solipsista, quando o juiz monocrático, com a convicção de qual decisão irá tomar, antes mesmo de se encerrar o processo, construindo um argumento que fundamente a sua decisão previamente tomada. Mas esse também não é o foco central da discussão.

Adentrando ao tema, a hermenêutica das organizações, como supramencionado, existe uma garantia constitucional que todos tem direito a defesa, além dos advogados, a Defensoria Pública, é um membro importante para a prática da justiça, não obstante para atuar nesse órgão também se faz necessário ter um olhar de Defensoria, e é importante destacar que ambos os órgão estão em pé de igualdade, ou seja, não existe hierarquia nem subordinação entre MP e DP. Mas, ainda assim, muitas vezes na prática o Ministério Público é visto como um membro superior a Defensoria Pública, como se fosse o grande guardião do Direito e da justiça, já que se acusa membros indesejáveis da sociedade, infratores, “criminosos” não tem vez, popularmente dito como “prende e arrebenta” é o legitimado para ser implacável perante cidadãos com um comportamento reprovável socialmente, e na contramão disso a Defensoria Pública está para “defender bandido”, “safar a cara do indivíduo que não vale nada”, quem defende “esse tipo de gente” porque boas pessoas também

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz, Disponível em: <ConJur - Com min. Schiatti e promotor Zílio, digo: Precisamos falar sobre o MP> Acesso em 28 dez 2022.

não são. Esse contexto é implícito e por isso se faz necessário para compreender o reflexo direto que a hermenêutica dessas organizações geram nas decisões judiciais.

Nesse sentido Simioni explica que:

Segurança e legitimidade são referentes discursivos genuinamente modernos, de um tempo em que se acreditava que o problema estava no controle do arbítrio subjetivo do juiz. Controle que, em nome da segurança, deveria ser realizado por metodologias científicas racionais, enquanto que, em nome da legitimidade, deveria ser realizado por meio de uma relação de aderência entre os considerados da decisão e o conjunto de valores, princípios, tradições e convicções éticas de uma comunidade concreta. As concepções contemporâneas procuram estabelecer um equilíbrio ou uma mediação da tensão entre segurança e legitimidade, para que as decisões jurídicas sejam não apenas seguras, previsíveis e corretas em termos de lógica formal, mas também legítimas, justas, equânimes, adequadas aos princípios e valores de uma comunidade política concreta.¹⁰⁰

A Constituição Federal é clara em seu artigo 5º incisos LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Sendo assim, por pior que seja a conduta do indivíduo, ninguém pode ser condenado sem a devida defesa, e o Estado para garantir esse direito, não poderia contar apenas com a atuação do advogado privado, que possui a faculdade de escolher as causas que quer defender, correndo o risco de deixar aqueles que já são marginalizados socialmente, ficarem desprovidos desse direito e para suprir essa demanda é utilizado a Defensoria Pública com objetivo de atender os hipossuficientes, dentro da legalidade e respeitando o devido processo legal.

Isso não quer dizer que o contexto social o qual o cidadão está inserido justifique o ato delituoso mas é bem verdade que existe uma questão social intimamente ligada com o número de encarcerados. Segundo dados do Infopen (Sistema de Informações Estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional), o Brasil está ocupando o 3º lugar no ranking de países com maior número de pessoas presas no mundo. E isso não é sinônimo de excelente atuação do Estado ao combate

¹⁰⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade.** NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, p. 259-279, jan./jun. 2017. Disponível em: <Repositório Institucional UFC: Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade>. Acesso em 05 jan. 2023.

da criminalidade. E como se o quadro já não fosse ruim o suficiente, é como se o enclausuramento fosse concomitante à retirada da condição humana e, por conseguinte, o preso deixasse de ser humano¹⁰¹. Castro e Wermuth, entendem que a prisão aflora-se como o depósito dos “estranhos”, “inimigos”, “outros”, haja vista não se esperar, nem mesmo, solidamente se acredita na real possibilidade do tratamento e no posterior retorno do indivíduo no corpo social.

Como se pode observar a hermenêutica das organizações tem influência direta nas decisões judiciais, porque uma organização na figura de acusador, totalmente legitimado e alvo de admiração da população por proteger a ordem e a segurança, muitas vezes pesa a mão quando por exemplo em caso de bagatela ou crime famélico, insiste em acusar sem ponderar a real circunstância social a qual o indivíduo se encontra.

O acórdão que segue, se trata de um furto famélico, ou seja, ação sem violência ou grave ameaça, de produto alimentício de baixa monta, observa-se ainda que ocorreu em um estabelecimento comercial “supermercado”, onde o indivíduo se encontrava monitorado, nem podendo se considerar furto consumado. Também se deve considerar que a esfera criminal segue o princípio da intervenção mínima, também conhecido como “última ratio”, que orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2000644-40.2022.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e Paciente MARCELO DOMINGOS PIRES DA COSTA. ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por votação unânime, CONCEDERAM habeas corpus de ofício para determinar o trancamento da ação penal n. 1500369-46.2022.8.26.0228 por atipicidade da conduta, expedindo-se alvará de soltura clausulado, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.¹⁰²

¹⁰¹ CASTRO, André Giovane de. WERMUTH Maiquel Ângelo Dezordi **Estado de Coisas Inconstitucional: a violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro**. São Paulo. Dialética 2021.p.26.

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <**Consulta de Jurisprudência do Segundo Grau (tjsp.jus.br)**> Acesso em 10 jan. 2023.

O relator ainda destacou, que o STF já consolidou alguns critérios advindos da doutrina para o reconhecimento da infração bagatelar, quais sejam, a ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a falta de reprovabilidade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica causada (HC 84.412/SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. 19.11.2004).

Ainda nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima. Indiscutível a sua relevância, na medida em que se exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico” (HC 157199 Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima 5ª Turma, j. 28.06.2010). Tal solução já foi adotada em caso análogo julgado por esta Corte.

O acórdão supramencionado não é uma situação isolada, é uma demonstração clara da interferência da hermenêutica das organizações nas decisões judiciais, vejamos, todos os argumentos utilizados pelo relator no acórdão são de prévio conhecimento do juiz monocrático, sendo ele obrigado a dar uma resposta, decidiu pela condenação, mas se dermos um passo para trás, o Ministério Público também tinha conhecimento prévio de todas as argumentações trazidas pelo relator, pois se trata de entendimentos já consolidado pelos tribunais, ou seja, todos os órgãos do judiciário, tem conhecimento sobre os entendimentos da Corte. O Ministério Público, nas suas atribuições, poderia não ter efetuado a denúncia, por entender o que já está consolidado, que se tratava de uma atipicidade da conduta. Mas optou por movimentar toda a máquina judiciária, para denunciar.

Ante os argumentos e manifestações acima, depreende-se que a arte ou a técnica de interpretar a norma jurídica é um desafio para o homem e notadamente para aos profissionais do Direito. Esta arte ou técnica denomina-se Hermenêutica. A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Compreender as relações sociais existentes, nas organizações com todas as suas dinâmicas e complexidades, partindo de pressupostos interpretativos fornecido pela fenomenologia, implica, entretanto, ir além de apresentar perfis e características de comportamentos. Não é o caso de apenas mapear formas simbólicas, mas de maneira mais ampla, concentrar atenção na constituição da vida social dos integrantes das organizações, a partir dos seus diferentes e observáveis modos de pensamentos e suas experiências construídas. Sendo assim, a hermenêutica das Organizações trata de entender, compreender, conhecer e interpretar. De apresentar um novo olhar sobre o velho, conhecer sobre o mesmo objeto, ou seja, independente de qual organização outros estudos se refiram, é necessário refletir sobre as mudanças em suas óticas, que seja priorizado não apenas a legalidade mas um olhar social, humanístico.

E essa mesma lógica se aplica ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, se faz necessário uma interpretação mais abrangente, para além da função típica e até mesmo atípica como já se reconhece a legitimidade, é considerar a possibilidade de uma hermenêutica de dentro para fora de cada uma das organizações para soluções de conflitos que requer um diálogo entre os poderes.

2.5 A ADPF como mecanismo Contramajoritário

Nas últimas décadas, com o advento da Constituição de 1988, construiu-se um discurso de relativa oposição entre democracia e constitucionalismo, de modo que este último deveria funcionar como instância de estabilização do primeiro, para a proteção dos direitos fundamentais, o constitucionalismo deveria adotar enfoque contramajoritário, como forma de contrapor ao caráter majoritário do regime democrático. Nesse ponto, também sob a ótica prescritiva, caberia à jurisdição contrabalancear as pautas das instituições representativas, potencialmente majoritárias, com os interesses de grupos minoritários, grupos esses, com minorias estruturalmente desempoderadas e marginalizadas.

A partir de então, a jurisdição chama para si a tarefa de implementar os direitos previstos na Constituição em sua máxima efetividade, garantindo as respectivas concretizações para grupos desfavorecidos.

De maneira geral, a Corte Constitucional impõe para si a função protetiva dos direitos fundamentais, na medida em que concebidas como instituições de guarda da própria Constituição.

Nesse sentido, Pedro Santos pontua que:

É vasta a jurisprudência que se construiu no mundo inteiro em prol dos direitos fundamentais de minorias identitárias (negros, mulheres, comunidade LGBT, etc.). No entanto, estudos empíricos frustram essa proposta, ao menos do ponto de vista quantitativo. Exemplificadamente, verificações na Colômbia, no Brasil, Nos Estados Unidos comprovam que ao contrário do que prescrevem as teorias normativas do Direito Constitucional, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desses países atuam precipuamente em viés majoritário, tanto para pautas de instituições representativas e corporativas como para balizar interesses de grupos políticos majoritários, tendo perfil contramajoritário apenas em caráter excepcional.¹⁰³

É necessário observar que a existência da judicialização da política se faz presente na atuação do Supremo, não podendo se esquivar de dar uma resposta, e veja, a judicialização da política independe se a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias).

¹⁰³ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Processo Constitucional**. 2ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.333 e 334.

Aliás, isso pode não ser de todo um mal. A questão aqui são as pautas impopulares e se dá essa nomenclatura, porque os políticos não querem adentrar em temas os quais poderão prejudicar futuras reeleições, ficando assim, quase que o único caminho para soluções sociais das minorias.

O referido autor explica:

...assim como a Presidência da República tem que atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de 20 anos, acabou por engendrar uma espécie de “julgamentos políticos”. Entendam-me bem: julgamentos políticos no sentido de que os resultados dos julgamentos por vezes atenderam reivindicações dos mais diversos setores da sociedade. Assim, o “partido” das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas; o “partido” das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo; o “partido” das uniões homoafetivas” queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito.¹⁰⁴

Nota-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal em todas as temáticas impopulares supramencionadas, não é suficiente para como guardião da Constituição ser reconhecido como órgão que atua precipuamente como decisões contramajoritárias.

Nesse sentido a Doutora em Ciência Política, Thamy Pogrebinski, fez um estudo quantitativo e qualitativo sobre as decisões proferidas pela Supremo Tribunal Federal¹⁰⁵, no período entre 1988 a 2009, para demonstrar que o Supremo não sofre de uma “dificuldade contramajoritária”, e para combater o mito de que existe uma lacuna legislativa, a qual obrigaria o judiciário legislar através das decisões contramajoritárias, através do levantamento das (ADIs), Ações Diretas de Inconstitucionalidade e as

(ADPFs), Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, não se tratam de um ativismo judicial, nem se pode considerar uma Supremacia do Judiciário ao reconhecer por exemplo um ECI.

A autora destaca que:

O STF confirma a expressiva maioria da produção legal do Congresso Nacional que julga no mérito, ao julgar precedentes, no todo ou em parte,

¹⁰⁴STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <ConJur - **Senso incomum**: O STF, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”>. Acesso em 20 de dez. 2022.

¹⁰⁵ Essa pesquisa foi escolhida para ser mencionada por se tratar de uma perspectiva contrária a grande maioria dos doutrinadores e até mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal, na compreensão do papel contramajoritário da Corte.

apenas 13,32% das ADIs e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) que buscam impugnar suas normas. Tal proporção corresponde a apenas 67 decisões do STF, as quais resultaram na contestação de somente 47 normas do Congresso Nacional, das quais apenas 3 foram integralmente declaradas inconstitucionais (sendo uma delas anterior ao regime constitucional inaugurado em 1988). Tem-se, assim, que o STF logrou invalidar menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.¹⁰⁶

Esclarece ainda que se há expansão da atuação do STF, essa expansão não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo congresso, tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa, ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia, chegando mesmo a indicar algum tipo de deferência, quando não uma disposição, de preservar e aperfeiçoar o trabalho do congresso.

Ainda na ótica da Pogrebinschi, o conceito de representação política deve ser alargado e a Corte Constitucional não pode deixar de ser reconhecida como instituição Política. Uma vez ampliado o escopo da representação política, as cortes constitucionais podem ser consideradas instâncias representativas politicamente, a despeito da não aplicabilidade do dispositivo eleitoral. Isso permite argumentar que, mais do que serem compreendidas como instituições políticas representativas, não obstante seu suposto caráter contramajoritário, as cortes constitucionais devem servir, na democracia contemporânea, como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho do Poder Legislativo.

Nesse sentido, Mendes entende que:

Ao Poder Judiciário coube a missão de vigiar a legalidade dos atos estatais infralegais, mas não só isso. Incumbe-lhe também realizar o controle desse ato essencial, a lei, a função da norma constitucional, por meio do chamado controle de constitucionalidade.¹⁰⁷

Intuitivamente, preceito fundamental não corresponde a todo e qualquer preceito da Constituição. Por outro lado, impõe-se reconhecer, por força do princípio da unidade, que inexistente hierarquia jurídica entre as normas constitucionais. Nada

¹⁰⁶ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação política? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.3.

obstante, é possível distinguir entre os conceitos de Constituição material e Constituição formal, e, mesmo entre as normas materialmente constitucionais, haverá aquelas que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estatura axiológica. A expressão preceito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas, mais comumente princípios, mas eventualmente regras, traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo.

No quadro abaixo podemos ver alguns dos levantamentos feitos pela pesquisa da referente autora com dados coletados

ADIs e ADPFs, por resultado final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final

Resultado Final	ADIs	%	ADPFs	%	Total	%
Aguardando julgamento	318	39,26	20	64,52	338	40,19
Julgadas	492	60,74	11	35,48	503	59,81
Total	810	100	31	100	841	100,00

*Fonte: *Judicializacao_ou_Representacao_Politica .pdf Acesso em 10 nov. 2022.*

Observa-se o número de ADPFs é significativamente menor que o número de ADIs – o que, naturalmente. Entretanto, é interessante observar que para ambos os tipos de ação há um número assimétrico de processos julgados e aguardando julgamento. As decisões cautelares que analisam os pedidos de medida liminar não possuem caráter final, de modo que podem sempre ser revertidas, ou seja, o Tribunal, ao decidir o mérito, pode sempre reverter a decisão cautelar. Ou seja, a decisão final de uma ação cuja cautelar tenha sido deferida pode vir a ser improcedente, e, assim, ter-se a declaração da constitucionalidade de uma norma em vez de sua inconstitucionalidade.¹⁰⁸

Aqui vimos apenas um fragmento, um recorte da pesquisa para exemplificar a visão da autora sobre a atuação contramajoritária do Supremo, por óbvio ela se aprofunda trazendo outros dados e outros parâmetros que não destacamos por entendermos não ser relevantes para esse momento.

¹⁰⁸ Ibid.

No caso da representação política, portanto, o que permite considerar uma instituição ou ator político como representativo é justamente o caráter representativo das consequências engendradas por determinada atividade política. Se as consequências da atividade de determinada instituição ou de certo agente logram ser representativas das demandas existentes na sociedade, então tal instituição e agente são representativos. É o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade (seja esta a promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa.

Dito de outro modo, apesar do judiciário assim como as cortes tratarem de direitos fundamentais, sociais, humanos e tantas outras vertentes do direito, trata-se também de temas e interesses políticos, não sendo possível desvincular uma esfera da outra.

Ainda sobre o tema Lenio Streck esclarece que:

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição representado pelo compromisso- no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição- do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição do retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isso, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.¹⁰⁹

Em suma, a linguagem dos direitos tornou-se flexível para a formulação de interesses e demandas, assumindo carga argumentativo-retórica essencial para a formalização de necessidades que grupos específicos apresentam pleitos. No entanto, na prática, direitos fundamentais tornam-se categorias demasiadamente ampla, a abarcar valores que tangenciam funções estatais não apenas ligadas a

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva** 5.ed, ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 86.

questões contramajoritárias ou a direitos de minorias marginalizadas, mas, decerto políticas públicas de amplo atendimento estatal.

Diálogo Institucional

A proposta dos diálogos tem seu início teórico na separação das atividades pertinentes e cada ramo do governo. Da cisão clássica entre direito e política decorreria que a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica estaria subordinada à ideia de primado da lei e a linguagem dos direitos fundamentais¹¹⁰. Ou seja, de modo geral, o diálogo institucional é usado para se referir a interações entre os Poderes nas quais o Judiciário não detém a última palavra.

É oportuno lembrar que a preocupação das teorias dialógicas transcendem o campo dos métodos convencionais de interpretação manejados pelo juiz para a fundamentação das decisões, focando antes, nas repercussões institucionais do seu agir. Não se trata de compreender o significado dos valores morais plasmados na Constituição, mas já de assegurar que a deliberação não constituía o resultado de simples monólogo, reconhecendo, ademais, que a atribuição de sentido à norma constitucional substância tarefa que reclama a colaboração de lugares além do judiciário. A virtude da teoria reside, portanto, na soma de conhecimentos advindos de diferentes situações, significando isso meio de atenuação da dificuldade contramajoritária, pois as autoridades implicadas e o próprio povo poderiam figurar como participantes da deliberação a propósito da questão constitucional¹¹¹.

Leandro Corrêa de Oliveira explica que:

As teorias do diálogo institucional enfatizam que o judiciário não pode (de um ponto de vista empírico) e não deve (de um ponto de vista normativo) ter o monopólio da interpretação constitucional, de modo que o exercício do poder de revisão judicial passaria a ser uma interativa e dialética conversa sobre o significado da Constituição ou, ao menos, o julgamento constitucional, idealisticamente, poderia ser produzido através de um processo de elaboração compartilhada entre o judiciário e os outros atores constitucionais

¹¹⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin e LORENZETTO, Bruno Meneses. **Processo Constitucional. Corte Constitucional e Diálogos Institucionais**. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil. 2021 p.236.

¹¹¹ Ibidem.

para que se possa alcançar uma ordem constitucional representativa e legítima.¹¹²

Isso significa que diálogo institucional implica na interação cooperativa de duas ou mais instituições pertencentes ao Estado para conseguirem chegar em um ponto comum de como irão e deverão atuar para solucionar um conflito de forma que promovam os direitos e garantias fundamentais sem que haja algum tipo de supremacia da atividade decisória de uma instituição em face de outra.

Em formulações mais ambiciosas, prescrevem uma interação produtiva entre Poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, se abster de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições.

O Judiciário se encontraria em boa posição para promover essa deliberação, sanando os problemas no seu fluxo e provocando soluções, evitando-se, assim, a ideia da afirmação de uma supremacia judicial, assim os problemas de legitimidade judicial para a intervenção em questões políticas seriam minimizados pela abertura à “colaboração” com outros Poderes.

Oliveira e Amorim ¹¹³trazem que Cecília de Almeida Silva, e outros atores (2011) a partir de Christine Bateup, se propuseram a mapear as diversas teorias dialógicas, dentre elas

A teoria dialógica quanto ao método judicial tem como ponto principal o incentivo ao diálogo pelo poder Judiciário, o que permite um debate mais amplo entre os poderes políticos em questões constitucionais, de modo que permite ao poder judiciário não somente pronunciar a inconstitucionalidade de uma norma, mas que possa direcionar para outros poderes ajustarem a matéria, ou deixar de pronunciar a inconstitucionalidade para apontar outras soluções, ou, ainda, no pronunciamento de inconstitucionalidade de uma norma, permitir que o Poder Legislativo possa intervir novamente para torná-la constitucional.¹¹⁴

¹¹² OLIVEIRA, Leandro Corrêa de **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. – Rio de Janeiro, 2014. p.112.

¹¹³ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. AMORIM, Larissa Balsamão. **O diálogo institucional e a última palavra**. R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 10, n. 2, p. 71 - 86, jul/dez. 2019.

¹¹⁴ Ibidem

Os referidos autores expõe também:

As teorias de parceria, compreende que cada instância de poder possui uma atribuição e mecanismos distintos. O Judiciário e o Legislativo possuem perspectivas diferentes, enquanto o primeiro é melhor vocacionado para tratar de questões individuais e interpretar as disposições de direito, o segundo é vocacionado ao desenvolvimento de políticas coletivas, e para a teoria da parceria combinando as vocações de cada instituição haverá uma melhor contribuição para o diálogo institucional (e porque não para a democracia) e fortalecimento dos direitos fundamentais¹¹⁵.

Portanto as teorias dialógicas oferecem a possibilidade de uma divisão de trabalho, ou seja, como já mencionado, uma cooperação e a possibilidade de uma divisão de trabalho em que os tribunais tem efetividade na última palavra no que concerne à especificação do padrão constitucional, o que importa, obviamente, um cuidado com a decisão e sua fundamentação, num primeiro momento, e, num segundo momento, competiria aos legislativos a aplicação.¹¹⁶

Nesse contexto do diálogo institucional, quando observamos todos os argumentos trazidos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, (ADPF 347) através da Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro é possível observar ainda um protagonismo do Judiciário frente aos demais Poderes, ainda que atuem legitimamente na atuação do tema contramajoritário

¹¹⁵ Ibidem

¹¹⁶ OLIVEIRA, Leandro Corrêa de ***Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal***. Rio de Janeiro, 2014. p.112

4 CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou analisar a Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal, através da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), no sistema prisional brasileiro e a possibilidade da realização do diálogo entre os poderes.

No primeiro tópico foi abordado o Constitucionalismo Contemporâneo como um marco na superação do positivismo e reconhecimento dos ganhos advindos com a Constituição de 1988, referente aos direitos e garantias fundamentais trazidas por ela, mesmo se tratando de uma Constituição dirigente, com a ótica do Lenio Streck com a crítica feita por ele, sobre o neoconstitucionalismo, que para ele não houve uma ruptura e que essa expressão neoconstitucionalismo poderia induzir ao erro, por compreender que houve uma mudança, uma expansão no constitucionalismo contemporâneo e que não se trata de algo totalmente novo, ainda nesse tópico foi abordado um olhar retrospectivo quanto a constituição de modo a justificar a característica contudística do texto constitucional de 1988 com a sua expansão e com a configuração de mais direitos e garantias de todos incluindo as minorias. E por fim o reconhecimento do Papel do Judiciário como guardião da Constituição, logo, guardião da democracia, de maneira a garantir os direitos da maioria e das minorias no Estado Democrático de Direito.

No Segundo tópico foi tratado do Estado de Coisas Inconstitucional como um reconhecimento de uma omissão massiva e generalizada por ação ou omissão por parte do Estado na esfera dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no sistema prisional brasileiro, bem como a experiência pretérita da Colômbia com as Sentencia T - 153/98 e T-388/13 da evidencia a percepção pela Corte da necessidade do desenvolvimento de provimentos jurisdicionais que se revelem aptos a determinar uma resposta mais eficaz ao complexo bloqueio institucional que deu causa às maciças violações de direitos humanos, modo a justificar não só pelo fato do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil ter sido feito por influência da Corte Constitucional Colombiana, mas, como analise nos argumentos trazidos nas sentenças, em especial pela semelhança da precariedade do sistema prisional colombiano com o sistema prisional brasileiro, evidenciando não se tratar de problema nacional, mas com uma abrangência internacional.

No terceiro tópico foi abordado a realidade do sistema carcerário brasileiro, não apenas na esfera estrutural, como por exemplo, falta de espaço devida as superlotações, falta de produtos de higiene e assistência médica, o total tratamento desumano onde em alguns casos beira a tortura e principalmente quanto a violação dos direitos fundamentais garantidos na constituição e nos tratados internacionais. Além das Características processuais da ADPF, foi tratado brevemente a Hermenêutica das Organizações tendo como um dos críticos dessa teoria Rafael Lazzarotto Simioni a título de exemplo foi mencionado especificamente o Ministério Público e a Defensoria Pública por se tratarem de órgãos da esfera jurídica, e como cada um compreende de formas diferentes uma mesma situação e ambos com a mesma finalidade de garantir direitos e deveres para todos, como determina a Constituição e como podemos observar no micro, reflete no macro, desencadeando uma grande carga processual e que muitas delas poderiam ser resolvidas antes mesmo de virar processo ou quando não, de chegar ao Supremo. Talvez caiba um link com o subtópico seguinte, por compreender que possivelmente seria o caso de uma cooperação entre os dois órgãos como proposto nas teorias dialógicas por se tratarem de órgão independentes, onde não há uma supremacia de um frente ao outro.

A ADPF como mecanismo contramajoritário que é apresentando a crítica feita pela Thamy Pogrebinschi, onde ela desmistifica o peso do Supremo na atuação contramajoritária, esclarecendo que as demandas na Corte com temas impopulares não são tão grandes quanto aparentam, mesmo algumas vezes se tratando de assuntos polêmicos e de grande divulgação nas mídias, ela faz um levantamento numérico que no recorte feito nesse trabalho, fala sobre as ADPFs que como já exposto no corpo do trabalho, além de não ser tanta demanda assim, em sua maioria, as decisões proferidas pelo tribunal foram em caráter liminar, grande parte foram deferidos parcialmente, declarando assim se tratar de um mito o peso contramajoritário carregado pelo Supremo Tribunal Federal como Guardião da Constituição.

Quanto ao problema da pesquisa se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Estado de Coisas Inconstitucional, atua como expansão da sua legitimidade ou como uma decisão que atravessa caminhos políticos a serem percorridos pelos Poderes Executivo, Legislativo, considerando a possibilidade de um diálogo deliberativo institucional.

Tendo em vista os aspectos abordados na pesquisa, as fronteiras entre direito, política e judiciário que nem sempre se apresentam de forma nítida, como colocado por Leandro Corrêa de Oliveira “A judicialização da política, trata-se de um fenômeno de cunho social , contingencial, marcado por um constitucionalismo do segundo pós-guerra, com a noção do dirigismo constitucional; a crise da democracia”, contudo as teorias dialógicas mostram que não há necessidade de mudanças constitucional, mas, de postura de compreensão e disposição para participar de uma conversa entre iguais. O papel da guarda da Constituição a qual cabe ao STF por expressa determinação da Lei Fundamental, não se perde com o diálogo institucional, apenas se aperfeiçoa.

Na ADPF 347 o Senhor Relator Ministro Marco Aurélio reconhece que “Nada do que foi afirmado autoriza, todavia, o Supremo a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias”, demonstrando assim que ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, não cabe ao Supremo ultrapassar os limites de legitimidade constantes na constituição. Ele diz ainda que “o Tribunal deve superar bloqueios políticos e institucionais sem afastarem os demais Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções” quanto a atuação do STF, o referido relator declara que “Deve agir em diálogo com outros Poderes e com a sociedade”. Isso não significa dizer como afirma Lenio Streck que não houve um ativismo judicial, cabe lembrar que quando não se tem diálogo aberto em condições de igualdade, para realizar uma mudança, elas dificilmente se concretizam, e quanto ao sistema prisional brasileiro, continuam com os problemas estruturas e um crescimento populacional da criminalidade, dito isso, mesmo evidenciando uma potencial intenção de aplicar mecanismos dialógicos, compreende-se que não houve uma abertura por parte do Supremo para a aplicação de diálogo institucional.

5 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia/ revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti**. – 6º ed. – São Paulo; WMF Martins Fontes, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madri, n 13, 2009, p. 19.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 230.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Malheiros editores LTDA, 2005.

BERCOVICI, Gilberto; Massonetto, Luís Fernando. **A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. Boletim de Ciências Económicas XLIX(2006), p.55-77.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. **Da Ordem Econômica e Social: Uma Abordagem Histórica e Principiológica**. Rev.Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v.25, n. 2: 43-78, Jul./dez.2009.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional** 1º.ed.2.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.94.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993.

CASTRO, André Giovane de. / Wermuth Maiquel Ângelo Dezordi. **Estado de Coisas Inconstitucional: a violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2021.

CLÉVE Clémerson Merlin; LORENZETTO Bruno Meneses. **Corte Constitucional e Diálogos Institucionais. Processo Constitucional**. 2.ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FRANCO, Alexandre Gustavo Melo; coordenadores Eduardo Henrique Lopes Figueiredo... [et al]. **Constitucionalismo e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

COSTA, Thiago Luiz da. **O papel da ADPF no sistema de controle constitucional brasileiro** 1.ed. São Paulo: Amanuense, 2021. p248.

CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. (Série ação parlamentar; n. 384).

Direito constitucional, civil e processual civil – **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Decreto estadual de intervenção em município, STF, AgRg em Pet 1.140-7-TO, rel. Min. Sydney Sanches, j. 02.05.1996, DJ 31.05.1996, p.18.803. Disponível em: <paginador.jsp (stf.jus.br)>. Acesso em 22 nov. 2022.

ELISENBERG, Jose; Thamy Pogrebinski. **Onde está a democracia?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p.121.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial**. Belo Horizonte: Dialética, 2019.395p.

FERES, Júnior João; POGREBINSCHI, Thamy. **Teoria política contemporânea: uma introdução**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GARAPON, Julie Allard Antoine. **Os Juízes na Mundialização; a nova revolução do direito**. Instituto Piaget, 2006.

JÚNIOR, J. “Matar o Criminoso e salvar o homem” **O papel da religião na recuperação do penitenciário** (um estudo de caso da APAC – em Itaúna/MG). Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião). Universidade Presbiteriana Mackenzie Ciências da Religião, São Paulo – p.106.2009.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KALLÁS, Elias filho. Constitucionalismo e Democracia. **A Constituição Econômica de 1988: fundamentos, funções e enunciado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição** 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Campinas, SP: Servanda 2015. Britto, Carlos Ayres; O humanismo como categoria constitucional, 1º ed. 2º reim. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direito econômicos, sociais e culturais**. Originalmente apresentada à Universidade Federal do Ceará para obtenção do título de Mestre, 2005.

LUSTOSA, Helton Kramer. *Eficiência Administrativa e Ativismo Judicial: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social*. Curitiba. Íthala, 2015.

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo, SP: Boitempo, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1.ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentinchimento da Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**: tradução Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo. Lafonte, 2021.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. AMORIM, Larissa Balsamão. **O diálogo institucional e a última palavra**. R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 10, n. 2, p. 71 - 86, jul/dez. 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente a reserva do possível**. Originalmente apresentada à Universidade Federal do Paraná para obtenção do título de Mestre em Direito. 2006, p. 301. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em 13 jun2022.

Voto da Ministra Cármen Lúcia – ADPF 347. Disponível em: <paginador.jsp (stf.jus.br)>. Acesso em 18 out. 2022.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação política?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará. 2005.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional: em busca da superação dos obstáculos**. Originalmente apresentada à Universidade de Brasília para obtenção do título de Mestre, 2008, p.139.140. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5143/1/2008_MarceloRebelloPinheiro.pdf.> Acesso em: 16jul2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, [2000].

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade**. NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.37, n.1, p. 259-279, jan./jun. 2017. Disponível em: <Repositório Institucional UFC: Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade>. Acesso em 20 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz, Trindade André Karam, organizadores. **Direito e Literatura**. São Paulo: Atlas, 2013. p.131.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual, e ampl. - Porto Alegre; Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. 1.ed. Florianópolis – SC: tirant lo blanc, 2019. 182p.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. 5.ed, ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 678.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 163.

STRECK, Lenio Luiz; **Dicionário de Hermeneutica:50 verbetes fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**.2ed.- Belo Horizonte; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto. O constitucionalismo contemporâneo**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 1, n. 2, p. 27–41, 2014. Disponível em: <O QUE É ISTO – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO | Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional (emnuvens.com.br)>. Acesso em: 17 out. 2022

STRECK, Lenio Luiz. **O STF, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”**. Disponível em: <ConJur - Senso incomum: O STF, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”>. Acesso em 20 de dez. 2022.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Processo Constitucional**. 2ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 125.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck. **Ensaio sobre política, direito e sociedade**. 1e. São Paulo: Hucitec, 2015. 239p.

WBF. World Prison Brief. (Resumo da Prisão Mundial). Disponível em: <Resumo da Prisão Mundial | uma base de dados em linha que inclui informações sobre as prisões e a utilização das prisões em todo o mundo (prisonstudies.org) >. Acesso em 20 de maio de 2022

CARNEIRO, Cláudio e NICOLITT André. **Análise Econômica do Direito de Punir e a Falência do Cárcere no Brasil: uma questão de políticas públicas**. Revista Jurídica (FURB) ISSN 1982-4858 v. 22, nº. 48, maio/ago. 2018