

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

**O PROBLEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O JUDICIÁRIO: JUÍZES/AS SÃO
AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA? REFLEXÕES SOBRE (IN)COERÊNCIA E
ALTERIDADE**

FERNANDO OLIVEIRA SAMUEL

**BRASÍLIA
2017**

O PROBLEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O JUDICIÁRIO: JUÍZES/AS SÃO AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA? REFLEXÕES SOBRE (IN)COERÊNCIA E ALTERIDADE

FERNANDO OLIVEIRA SAMUEL

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientadora: Professora Doutora Soraia da Rosa Mendes.

**BRASÍLIA
2017**

Fernando Oliveira Samuel

O problema carcerário brasileiro e o Judiciário: Juízes/as são agentes de segurança pública? Reflexões sobre (in)coerência e alteridade.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Orientadora: Professora Doutora Soraia da Rosa Mendes

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Professora Dr^a. Soraia da Rosa Mendes

Examinadora Professora Dr^a. Júlia Mauarmann Ximenes (IDP)

Examinador Professor Dr. Salo de Carvalho (UFRJ)

AGRADECIMENTOS

Cheguei a pensar em omitir nessas folhas meus agradecimentos. Seriam (e de fato são) uma expressão muito pálida do que guardo dentro de mim a respeito da colaboração que tive para a execução deste trabalho. Entretanto, em segunda reflexão, percebi que o esforço de refletir sobre a gratidão se revela para mim uma boa ferramenta (dentre outras tantas) de combate pessoal a diversos vícios que ainda presidem minha existência, dentre eles em especial a vaidade. Vejam:

- a gratidão do amor de Deus me impele a recordar a bênção desta existência física e os inúmeros momentos de inspiração na elaboração do texto;
- como é bom recordar as virtudes da compreensão e da fidelidade que a sabedoria do Alto reservou à minha amada esposa, Fúvia, quanto mais nesses momentos em que acomoda em se ventre nosso/a filho/a, e já tinha me oferecido uma segunda mãe e uma nova irmã de coração, em Dona Rejanete e Larissa.
- creio que no lar de minhas origens há o convite ao agradecimento que forjou minha personalidade de modo inegável; se algo de bom guardo em meus propósitos, certamente a percepção de como melhor servir ao outro é legado de minha família. E até os dias de hoje posso compartilhar a encarnação com esses benfeitores que são meus pais, Aristides e Vera, além de minhas irmãs, Luciana, Renata e Patrícia.
- o exemplo de paciência, de sensibilidade e de conhecimento são as marcas que me recordam e que traduzem no profundo respeito e admiração que tenho nesses quase três anos de convivência (que espero que se perpetuem) na figura inesquecível de minha orientadora neste texto, a Professora Soraia. Gratíssimo!
- essa experiência formou (e aperfeiçoou) laços de amizade e de intermináveis (porque frutíferas) discussões no "Grupo do Café", cujos componentes se resumem em dois sábios e a minha pessoa; Assis Nascimento e José Pedro, minha gratidão é profunda por tantas reflexões e convites a diversas formas de perceber o direito;
- o cotidiano forense é diferente, porque o amparo nessas reflexões muita vez se dá por que me ajudou de forma absolutamente involuntária - e não menos importante; meu agradecimento aos/às colegas de trabalho, que se iniciam dentro do gabinete da 2ª Vara

Criminal, nas pessoas de Jéssica Izabel e de Maisa Narvaez, principalmente, e se estendem pelos companheiros de labuta criminal da advocacia, do Ministério Público e dos juízes/as, que honram a Comarca de Formosa com seriedade no trabalho.

RESUMO

O texto analisa o efetivo exercício do poder punitivo a partir de uma perspectiva da atuação do Judiciário e da possibilidade de se constatar alguma coerência numa perspectiva que designo como interna (do próprio sistema jurídico) e outra externa (a partir da criminologia e da filosofia da alteridade). Assim, o descumprimento crônico dos direitos fundamentais é tratado a partir da teoria do garantismo penal, em que se questiona a própria legitimidade desse poder de coerção, bem como retrata a importância de compreender a tarefa do/a juiz/a na efetivação das promessas constitucionais. O problema do descuido com a linguagem e com determinada incoerência na atividade jurisdicional termina por contribuir na superpopulação carcerária, a partir de um processo de criminalização, já denunciado há muito pela criminologia crítica. Lado outro, após procurar compreender esse fenômeno com essa perspectiva crítica – sobretudo a partir das lições de Alessandro Baratta –, porém ainda de uma abordagem de um ponto de vista *extrapositivo*, destaca-se a filosofia da alteridade como o campo do saber que permite o rompimento da lógica da racionalidade e, com isso, uma forma de percepção dessa questão que autoriza o redimensionamento das mais diversas violências que se operam nas relações sociais. Por fim, a título de buscar de alguma forma comprovar essas ideias, realizamos a análise do julgado do Supremo Tribunal Federal no RE 592.581 em que transparece toda essa incoerência sistêmica desenvolvida no texto, bem como a ausência da alteridade na percepção do compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pena cruel – direitos fundamentais – garantismo – criminologia crítica - alteridade.

ABSTRACT

The text analyzes the effective exercise of punitive power from a perspective of the Judiciary and the possibility of establishing some coherence in a perspective that I designate as internal (of the legal system itself) and an external one (based on criminology and the philosophy of Otherness). Thus, chronic non-compliance with fundamental rights is dealt with in the theory of criminal guaranty, in which the legitimacy of this power of coercion is questioned, as well as the importance of understanding the task of the judge in effecting constitutional promises . The problem of carelessness with language and this consistency in judicial activity reflects in prison superpopulation, from a process of criminalization that critical criminology demonstrates. On the other hand, after seeking to understand this phenomenon with the view of critical criminology and especially from the lessons of Baratta, within the adoption of an external perspective of this performance, the philosophy of alterity stands out as breaking with the logic of rationality and a A form of perception that reveals the depth of the most diverse violence that operates in social relations. Finally, in order to try to prove these ideas, we propose the analysis of the Federal Supreme Court's decision in SR 592.581 in which all this systemic incoherence developed in the text transpires, as well as the absence of alterity in the perception of commitment to effectiveness Fundamental rights.

Key words: Cruel penalty - fundamental rights - guaranty - critical criminology - otherness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE.....	16
1.1 Uma Compreensão Sobre Direitos Fundamentais.....	16
1.2 O Judiciário e a Efetividade dos Direitos Fundamentais.....	26
1.3 Os Trunfos Políticos de Ronald Dworkin.....	45
1.4 O Direito como Instrumento de Limitação do Poder Punitivo.....	62
CAPÍTULO 2 – O PONTO DE VISTA EXTERNO.....	67
2.1 Aspectos da Criminologia Crítica: o <i>Labelling Approach</i> e a Teoria de Alessandro Baratta.....	68
2.2 Descasos e Abusos na Imposição da Prisão no Brasil Atual: Uma Questão de Alteridade.....	86
2.3 Violência Urbana e Violência Institucional.....	100
CAPÍTULO 3 – O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	108
3.1 As Premissas Adotadas no Julgado.....	113
3.2 O Caso <i>Brow v. Plata</i>	115
3.3 A Negação de Efetividade dos Direitos Fundamentais.....	120
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129
ANEXO – Tradução do Julgamento do Caso <i>Brown v. Plata</i>.....	135

INTRODUÇÃO

Este texto se propõe a expor uma reflexão sobre o sistema carcerário e a atividade jurisdicional de uma perspectiva que pode ser tida como *interna*, ou seja, de uma percepção de quem atua como juiz criminal, com o esforço de não perder a natureza científica do trabalho.

É certo, ademais, que o objeto da pesquisa é voltado a analisar como se opera o efetivo exercício do poder punitivo e, mais que isso, em que medida se pode perceber uma coerência sistêmica desses provimentos jurisdicionais com a Constituição. Desde logo, convém afirmar que assumimos uma postura crítica para realizar essa análise, exatamente por conta das condições precárias a que estão sujeitas as pessoas presas, como tentaremos demonstrar ao longo do texto. Daí segue-se a minha expectativa de que poderá haver alguma contribuição nas pesquisas sobre o sistema carcerário a partir de um horizonte de quem participa efetivamente do sistema jurisdicional, sem esquecer as advertências de BOAVENTURA SANTOS (1999, p. 208) ao dizer que “vivemos em uma sociedade dominada por aquilo que São Tomás de Aquino designa por *habitus principiorum*, o hábito de proclamar princípios para não ter de viver segundo eles”.

De todo modo, cabe o questionamento de como alguém que esteja inserido neste sistema poderia realizar uma pesquisa científica, de tal sorte que possa ser natural que se coloque em dúvida a *neutralidade* do pesquisador para buscar a realização de uma percepção objetivada – científica – dessa realidade. No entanto, é possível pensar que a preocupação com este tipo de isenção deve permear qualquer trabalho científico, porque creio improvável exista alguém com capacidade pretensamente universalista e distante a ponto de analisar as relações sociais sem se reconhecer nelas e de consequência se posicionar ideologicamente sobre elas. É dizer: em alguma medida todos temos nossas posições muito bem estabelecidas sobre qualquer pesquisa científica que se pretende realizar e o fato de estar, em alguma medida, integrando o próprio objeto investigado é capaz de convidar a rigor mais expressivo na condução dessas reflexões. Com isso, o pensamento de HARDING (1993, p. 25) ganha relevo, uma vez que percebe a impossibilidade de qualquer perspectiva que alcance uma amplitude universal, capaz de perceber o fenômeno objeto da pesquisa a partir de algum

domínio de todo o conjunto¹. Um discurso pretensamente *distante* do objeto não significa necessariamente um olhar privilegiado do todo, tampouco uma suposta *neutralidade* para analisar as relações sociais pode implicar numa percepção mais aprimorada de determinado objeto de pesquisa.

Longe de contemplar um relativismo absoluto, a proposta de que exista um caráter hipotético em toda afirmação científica apenas convida o pesquisador a se esforçar o quanto pode para trazer elementos/dados/justificativas a partir de bases epistemológicas mais claras possíveis e assim lograr refletir alguns traços da realidade. Perceba que o esforço aqui é de buscar o máximo possível de lealdade com o/a leitor/a, esclarecendo o *locus* de minha atuação profissional, bem como da própria pretensão da pesquisa. Com isso, repito, guardo a expectativa de que essa percepção possa contribuir, ainda que minimamente, para as pesquisas em torno do sistema carcerário brasileiro.

Independentemente da perspectiva do pesquisador, após as reflexões de Thomas Kuhn (1998), forçoso perceber que a pesquisa científica, conscientemente ou não, parte de determinadas premissas muitas vezes não muito claras, de modo a reafirmar uma tradição de pensamento que predomina a cada momento histórico. Identifica uma espécie de compromisso profissional dos pesquisadores em se submeterem aos paradigmas que o determinado contexto que o mundo da pesquisa impõe, de modo que apenas em (raras) revoluções científicas se buscam o questionamento dessas bases, mas que terminam para adotar outras premissas, incompatíveis com as que prevaleciam em determinada tradição científica. A partir daí as investigações se voltam a reafirmar as novas bases do conhecimento (novos paradigmas)², ou seja, uma espécie de (re)produção dessas premissas.

Em alguma medida, essa questão dos paradigmas foi pensada nas ciências criminais, de modo a impregnar toda estrutura de pensamento e da dogmática. Assim, PIRES (2004, p. 42) diz que “as ciências sociais, a filosofia e o saber jurídico têm dificuldade de pensar o

¹ Diz HARDING (1993, p. 25): “‘Quizá la realidad’ solo pueda tener ‘uma’ estructura desde la perspectiva falsamente universalizadora del amo. Es decir, sólo en la medida en que una persona o grupo domine todo el conjunto, es posible que parezca que la realidad está regida por una serie de reglas o constituida por un conjunto privilegiado de relaciones sociales”.

² Para KUHN (1991, p. 116): “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas tais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo. Haverá igualmente uma diferença decisiva no tocante aos modos de solucionar os problemas. Completada a transição, os cientistas terão modificado a sua concepção da área de estudos, de seus métodos e de seus objetivos”.

crime e o sistema penal sem aplicar a esses objetos as categorias de pensamento produzidas e legitimadas pela própria racionalidade penal moderna”. Percebe-se assim que a racionalidade penal moderna configura verdadeiro *obstáculo epistemológico* na análise de qualquer objeto relacionado às ciências criminais³.

Até o momento, observa-se que buscamos levantar as dificuldades em tratar da relação pesquisador/objeto, que em nada animam o/a leitor/a a avançar o texto: primeiro porque esclarecemos que este pesquisador está completamente inserido no exercício desse poder punitivo que se pretende analisar; depois porque existem determinados paradigmas que não costumam ser questionados, como a reproduzir *mais do mesmo*, ou seja, como se as ciências criminais terminam por reproduzir essa racionalidade penal moderna e legitimam a violência estatal no exercício da coerção estatal.

Entretanto, além da tentativa de demonstrar que uma pesquisa da perspectiva de quem está inserido nesse sistema punitivo poderá trazer diferentes reflexões e contribuir para a compreensão das práticas judiciais, bem como a demonstração de que temos plena ciência dos limites epistemológicos (com alguma ideia de que poderemos questioná-los ao longo do desenvolvimento do texto), parece certo pensar que o objeto a ser pesquisado oferece rica percepção sobre a própria existência e o exercício dos direitos fundamentais. Há um esforço voltado a investigar as condições que autorizam uma espécie de *naturalização* desse abismo que separa as previsões constitucionais e legais pertinentes ao cumprimento da sanção penal (notadamente em regime fechado) e a realidade vivenciada nos estabelecimentos prisionais brasileiros. A complexidade do objeto é evidenciada porque nos parece impossível considerar a existência de causa única que autorize semelhante estado de coisas, como tantas outras dificuldades que a modernidade enfrenta⁴.

Diante disso, para a delimitação do objeto, ganha relevo a discussão sobre a própria legitimação do poder punitivo, ou seja, na ideia de que o Estado de direito foi concebido como uma forma racional em que o poder estatal assuma a titularidade e a monopolização do

³ O autor estabelece que a racionalidade penal moderna se volta a uma necessidade de buscar naturalizar uma escolha do sistema penal absolutamente discutível: a necessidade de imposição de uma pena afliativa. Mais precisamente (PIRES, 2004, p. 41): “pena afliativa deve ser sempre imposta e o seu quantum deve se harmonizar com o grau de afeição ao bem indicando assim o valor da norma de comportamento”.

⁴ Boaventura Santos (1999, p. 204) vai dizer “As promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução. Entretanto, as condições que produziram a crise da teoria crítica moderna não se converteram ainda nas condições para superação da crise. Daí a complexidade de nossa posição transicional, que pode resumir-se assim: enfrentamos problemas modernos para os quais não há solução moderna”.

uso da força, a partir de leis abstratas e gerais. E a legitimidade estaria garantida porque criou-se um órgão independente (Judiciário) que existe apenas e tão-somente para usar essas prescrições (leis) e que, no direito penal, seriam o suficiente para impor o poder punitivo. A incorporação de direitos tidos como naturais nos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental significou o rompimento do Estado absoluto para o Estado de direito (as pessoas passariam de súdito para cidadão) e, por isso, os chamados direitos fundamentais tornariam a própria razão de ser do Estado de direito, como pretendemos esclarecer melhor quando tratarmos da teoria do direito, adiante. De todo modo, se percebe a posição de destaque desses postulados, os quais se tornaram objeto de compromisso internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, após a Segunda Guerra Mundial, sendo que inspirou decisivamente a Constituição brasileira em vigor.

Essa conquista repercute decisivamente no direito penal porque estabelece os limites do poder punitivo a partir de critérios racionais, imunizando a pessoa humana contra punições arbitrárias. A ideia da racionalidade⁵ nos julgamentos penais autorizou, durante muito tempo, o afastamento da vítima no processo penal, para consagrar a ideia de que o exercício do poder punitivo não pode se vincular a qualquer forma de vingança. A força estatal somente pode ser exercida a partir de critérios muito claros (normas jurídicas/regras abstratas), de modo a resguardar a supremacia do ser humano a partir de um sistema de leis (e de uma teoria da constituição) que inviabilize o abuso. Assim, em praticamente todos os ordenamentos jurídicos modernos estão incorporadas promessas estatais ligadas à necessidade da estrita legalidade penal, à regra da anterioridade penal, à garantia da presunção de inocência, à proibição de imposição de penas de morte, de banimento ou cruéis, entre muitas outras.

Nessa perspectiva, essas reflexões servem para expor que, quando se investiga sobre o descumprimento dessas promessas, ao fim e ao cabo se questiona sobre a própria legitimidade do Estado de direito; ora, se tudo foi feito para evitar o arbítrio, como admitir o descumprimento dessas promessas que parecem cumprir com rigor maior que a própria vingança privada? Abre-se, assim, a perspectiva de apresentar as incoerências de uma pretensa lógica sistêmica do direito como ele é vivenciado, numa postura pretensamente

⁵ Importante considerar que a ideia de racionalidade aqui exposta está na base do critério científico que a pesquisa acadêmica utiliza. Sobre a relação entre racionalidade e cientificidade, destaca-se o pensamento de NEVES (1998, p. 10) “A racionalidade e a cientificidade são categorias distintas; e se esta exige decerto aquela, aquela não se cumpre exclusivamente nesta. A racionalidade, como a expressão da argumentação discursivamente explicitada e intersubjetivamente comunicante, é decerto o pressuposto e condição necessária da validade dos ‘discursos’ diferenciados. Tanto do discurso dedutivo, como do discurso dialético; tanto do discurso teórico como do discurso prático”.

científica de duvidar sobre a existência efetiva dos direitos fundamentais e analisar, repita-se, as condições racionais que podem (ou não) autorizar essa lógica. Hipoteticamente, será possível alcançar a conclusão de que não haveria lógica para semelhante postura (de descumprimento crônico), como muitos já dizem, o que lançará dúvidas sobre quais fatores de índole suprapositiva (ou seja, estranha ao direito e ao positivismo) estejam sendo decisivos nesse processo de descumprimento crônico dos direitos fundamentais. Daí se segue, neste ponto, como a criminologia crítica poderá auxiliar nessas reflexões, quanto mais quando se sabe que a maioria das pessoas encarceradas são vulneráveis social e economicamente ou, numa percepção que utiliza paradigmas diversos, até que ponto podemos refletir em torno da alteridade no exercício desta atividade pública.

Eis o quadro que se apresenta nessa abordagem que parece oferecer elementos para justificar nossa opção do título do presente texto, em tom intencionalmente provocativo, para intuir a ideia de que juízes/as estariam vinculados a outros objetivos coletivos na sua atuação jurisdicional, notadamente ao suposto resguardo da segurança pública. Assim, operaria uma desvinculação natural com efetividade de direitos fundamentais, que passaria a cumprir uma função quase acessória, que pretendemos expor em momento adequado.

Ao apresentar esse distanciamento da realidade prisional com o sistema constitucional, forçoso reduzir a análise a uma perspectiva das penas proibidas pela Constituição Federal de 1988, notadamente quando veda que o cumprimento da sanção penal de privação de liberdade seja cruel (CF/88, art. 5º, XLVII). Isso servirá como instrumento para realizar um recorte do tema e atender aos fins científicos que a prática acadêmica nos impõe. Para ser mais preciso, nessa percepção crítica, formulo a indagação: em que medida seria autorizado ao/à juiz/a determinar a liberdade de uma pessoa presa sob o fundamento de que seja uma prisão cruel, portanto, vedada pela Constituição? Estaria ele/a vinculado/a a outros ideais de bem-estar coletivo que impeçam semelhante medida?

A partir das ideias já expostas, é possível perceber que a hipótese principal está centrada em demonstrar o paradoxo de um Estado de Direito que, ao mesmo tempo que se proclama ser o meio capaz de garantir a estabilidade e a ordem (evitar a barbárie), termina por negar a si próprio ao permitir o descumprimento crônico de suas promessas mais caras, que são os direitos fundamentais. A partir dessa constatação, o esforço será voltado a estabelecer as condições que autorizam ou buscam legitimar esse estado de coisas. E tais condições podem demonstrar tanto uma injustificável incoerência interna do próprio sistema do direito,

como também buscar identificar, a partir de outros saberes (perspectiva externa), o motivo por que de fato se *naturaliza* essa situação, principalmente pela criminologia crítica, mas também permitir uma abertura dessa análise, num primeiro passo, pela filosofia da alteridade e na sequência como tal questão reflete na análise das posturas de violências na sociedade.

Daí a delimitação do problema em que busca meios teóricos e práticos de enfrentar a questão sem postular medidas irrealizáveis ou extremadas, mas buscar esclarecer como essas práticas judiciais podem se afastar ou se aproximar de um modelo, a partir de uma análise que se esforça por ser crítica. Como explica FERRAJOLI (2010, p. 810), ao dizer que a crítica do direito positivo, a partir da demonstração de suas possíveis (diria, inevitáveis) incoerências, “tem a função descritiva das suas antinomias e das suas lacunas, e ao mesmo tempo prescritiva da sua autorreforma, mediante a invalidação das primeiras e integração das segundas”.

O texto é estruturado em três partes. No primeiro, o esforço será em buscar estabelecer e compreender, a partir de uma perspectiva do próprio sistema jurídico – que Ferrajoli (2010) irá chamar de perspectiva interna – as condições por que se autorizaria a colocação em liberdade de uma pessoa presa sob o argumento de descumprimento da norma constitucional que proíbe a imposição de pena cruel. Para tanto, levantaremos uma ideia inicial sobre direitos fundamentais e da própria teoria geral do direito, fundamentalmente a partir do pensamento de Ferrajoli (2011). Ainda nesta seção, trataremos da questão envolvendo a efetividade dos direitos fundamentais e o papel do Judiciário, no sentido de retomar a ideia do papel do/a juiz/a em nosso sistema, ou seja, num sentido inicial estritamente positivista para perceber a função da jurisdição no edifício dogmático. Diante da conturbação social que nos parece inegável, apresentar uma percepção crítica sobre a existência de instituições que se apresentem como heróis e, fazendo o recorte ao Judiciário, indagar: juízes/as somos agentes de segurança pública? E, após pensar com Dworkin (2014-A) sobre trunfos políticos para constatar a necessidade de critérios mínimos da perspectiva individual a serem observados pelo Estado e por toda a sociedade, procurarei em pensadores que conhecem a realidade brasileira formas (principalmente Zaffaroni) de pensar a atuação judicial numa percepção crítica do sistema, oferecendo meios para resistir a atos que denotem a própria ilegitimidade do Estado de Direito.

No segundo capítulo, prosseguiremos na busca das condições que levam a um descumprimento crônico de direitos fundamentais no sistema penitenciário, todavia, numa

perspectiva externa (ou extrajurídica), principalmente por meio das reflexões que a criminologia crítica desenvolve sobre a legitimidade do sistema punitivo, num processo de desnaturalizar a ideia de crime e de criminoso, concentrando ao final no pensamento de Baratta (2002) sobre a distinção que realiza entre regras e metarregras. Mais que isso, avançaremos na perspectiva de possíveis abusos e descasos que denotem uma indiferença nas práticas judiciais, podendo ser útil uma reflexão sobre a filosofia da alteridade, numa concepção de responsabilidade pelo outro, principalmente a partir do pensamento de Levinas (1980). Ainda, procuraremos enfrentar uma questão social das violências em uma perspectiva institucional e a normalmente vinculada ao particular (designada como violência urbana), no sentido de buscar as razões que poderiam justificar o tratamento cruel a partir de contextos marcados por uma desestrutura social, como a que ocorre no Brasil. O esforço será de oferecer parâmetros que possam convergir dessa perspectiva externa para investigar sobre quais circunstâncias capazes de influenciar o exercício do poder punitivo.

Após a análise dessas condições em duas perspectivas (interna e externa), trataremos de analisar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal em sessão do dia 13/08/2015, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, em que, por votação unânime do plenário, definiu que pode o Judiciário determinar que o Poder Executivo execute obras em estabelecimentos prisionais com o propósito de garantir a efetividade de direitos fundamentais das pessoas presas. Num primeiro plano, destaco que o julgado foi escolhido porque se trata da primeira oportunidade que o plenário do principal órgão judicial declarar que o cumprimento da pena no Brasil está em desacordo com a Constituição Federal. Mais que isso, procurar levantar a possibilidade de ser um julgado que apenas no plano formal visa a garantir direitos fundamentais, porém sem fôlego para alterar a realidade dos ambientes prisionais. Para tanto, o esforço será o de demonstrar como a Corte mais alta do país tratou da questão central envolvendo a crueldade da pena, a partir da qualidade dos argumentos lançados e mesmo na perspectiva da coerência interna das premissas adotadas neste julgado, sendo certo que as reflexões já produzidas nos capítulos anteriores poderão auxiliar na compreensão deste julgado.

Como se observa, longe de buscar apresentar soluções imediatas para os graves problemas do sistema carcerário, ou mesmo apresentar propostas que busquem prescrever se o/a magistrado/a deve determinar solturas em massa, procurarei apresentar parâmetros teóricos de perspectivas distintas que permitam ofertar uma análise crítica ao modo de atuação

do Judiciário neste tema – a partir da realidade carcerária atual no Brasil – com o propósito de cogitar formas de refletir no aperfeiçoamento e da própria coerência do sistema, notadamente a partir da força normativa da Constituição.

CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE

1.1 Uma Compreensão Sobre Direitos Fundamentais

Para alcançar uma compreensão mais precisa sobre o que pretendo exatamente dizer quando se tratam de direitos fundamentais, forçoso reconhecer a necessidade de reunir previamente algumas ideias elementares de Ferrajoli no ponto em que discute os limites do uso da coerção estatal; e assim possa autorizar uma conexão sobre que tipo de Estado permite a convivência do abismo entre as promessas constitucionais e a realidade prisional.

De início, o esforço será em estabelecer o fundamento filosófico que permita reconhecer o motivo da *existência* do uso da força, mesmo porque reconhece-se que nem sempre é fácil distinguir um ato de *violência estatal* legítimo do ilegítimo principalmente quando se pensa nas formas atuais do sistema carcerário brasileiro. Não raras vezes, essas práticas aproximam-se muito mais de uma verdadeira *segunda* violência – admitindo-se a primeira como a conduta do particular (o delito) que legitimaria a atuação estatal pelo direito penal – que é organizada e planejada por *muitos* contra o indivíduo, ao contrário da primeira violência (o crime em si), muita vez ocasional e isolada, de um contra outro (indivíduo-indivíduo).

A base dessas reflexões iniciais é constatada no pensamento de Luigi Ferrajoli no sentido de buscar fundamentos de cunho filosófico, político e jurídico para construir a *teoria do garantismo penal*, com que se permite vislumbrar uma teoria geral do direito.

A rigor, o autor trabalha com três perspectivas diversas do garantismo. A primeira dimensão de garantismo estaria centrada como modelo normativo do direito para estabelecer a ideia da estrita legalidade, ou seja, que permite inspirar a própria criação de um sistema normativo, mas acima de tudo pode ser capaz de apontar graus de garantismo. Aqui se vê o garantismo como *critério* de análise (um modelo ideal) da seara normativa, de modo a apontar *graus* de garantismo. Permite um estado de crítica permanente das práticas estatais nesse

campo, como modelo/ideal, ao que CARVALHO (2015, p. 230) percebe como um interessante instrumento de análise das democracias contemporâneas, exatamente por se amparar na ideia de que direitos somente são capazes de tutelar algum bem da vida se houver a respectiva garantia⁶.

Uma segunda percepção do garantismo, que está conectada com a anterior, se volta a questionar a validade das normas, embora mantendo separada a compreensão em torno do *dever-ser* e o *ser*. Entretanto, coloca o problema ligado a distância da previsão e da aplicação não como uma questão de nexos empírico, mas sim como um tema tipicamente normativo. Assim, a distância entre a previsão legal (direito posto) e sua aplicação diz respeito a uma questão a ser enfrentada no próprio do direito, tornando uma antinomia, ou seja, uma incoerência de cunho normativo do sistema jurídico. Trata-se de um (evidente) problema de ordem sistêmica, que vincula ao jurista a questão da efetividade das normas jurídicas. Assim, FERRAJOLI (2010, p. 786) expõe

como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a como a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre a validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

Como se observa, defende o autor que esse esforço não seria puramente normativo, nem exclusivamente realista. Neste ponto, a teoria que busca questionar a legitimação interna do direito penal, porque avança na percepção de que a validade normativa deve ser concebida numa perspectiva estritamente formal, da norma posta. Irá designar esse sistema como algo artificial, que Ferrajoli (2010) designa como sistema de mera legalidade. De outro lado, com o garantismo, percebe a necessidade de que o próprio sistema formal deverá prever a existência da respectiva garantia que permita a fruição efetiva desse direito (que será melhor explicado adiante) e, mais que isso, analisar que esse aparato realmente signifique a vinculação das

⁶ Mas o próprio CARVALHO (2015, p. 232) aponta os limites do garantismo justamente por ter uma pretensão universalista, típicas das teorias jurídicas do Século XX em que produzem uma espécie de sequestro da realidade. Diz o autor: “Os modelos generalistas não apenas reduzem as diversas manifestações plurais antecedentes à sua criação como criam centros gravitacionais de alto empuxe que obstaculizam novas alteridades. (...) O diagnóstico é importante pois possibilita desnudar a vontade do sistema (vontade de verdade) inerente aos projetos políticos e científicos. Na esfera jurídica, a teoria geral do direito pensada pelo juspositivismo dogmático impôs aos intérpretes postura contemplativa e asséptica, visto pressupor a plenitude e a coerência dos ordenamentos jurídicos – as lacunas e as antinomias do sistema seriam aparentes, resolvidas desde sua lógica autopoietica. A necessidade de certeza e de segurança traduzida no narcisismo dos juristas enclausurou o direito em sua dimensão formal, impossibilitando sua oxigenação e o necessário confronto com a realidade social à qual (deveria) estar voltado.”

autoridades constituídas, para funcionar como efetivo limites substanciais: eis o sistema de estrita legalidade.

Assim, a rigor, veremos adiante com mais profundidade como isso repercute na ideia dos direitos fundamentais, mas antecipo que poderá permitir um questionamento constante do sistema exatamente porque “o princípio da estrita legalidade produz a separação entre validade e vigor e a cessação da presunção apriorística da validade do direito existente” (FERRAJOLI, 2011, p. 44). Assim, norma válida não é apenas posta, mas também efetiva, inclusive com o esclarecimento de que essa norma posta não é simples a previsão de um direito, mas o estabelecimento normativo da respectiva garantia que viabilize o exercício desse direito. Eis, portanto, o garantismo visto sob esse paradigma.

Ainda há um terceiro significado de garantismo estaria vinculado a uma *filosofia política* que, inegavelmente interligado com os demais aspectos vistos, pressupõe uma separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, ou mesmo entre o *ser* e o *dever-ser*. Estabelece a necessidade de se diferenciar esses parâmetros como forma de questionar a própria legitimação ético-política do Estado de direito. Há dois problemas a serem enfrentados dessa perspectiva: um apequenamento excessivo do ponto de vista externo (uma negação absoluta de que a moral em nada influencia o jurídico, por exemplo) ou uma abertura sem qualquer critério, situação que para o autor é comum em todas políticas autoritárias (como a moral influenciar arbitrariamente o direito, abandonando as qualidades formais do sistema jurídico de acordo com as conveniências do momento).

Ressalta que esses três significados com implicação no direito penal revelam uma teoria geral do garantismo de alcance filosófico: a vinculação do poder público ao Estado de direito e o problema ligado à divergência entre validade e vigor, notadamente nas práticas normativas de nível inferior. Há uma busca de cunho metodológico que busca a separação entre direito e moral, como fator relevante para não dispensar as conquistas tecnológicas que o positivismo permite à ciência jurídica sem perder a noção substancial dos direitos fundamentais que legitima o próprio Estado de direito.

Nessa perspectiva, avança Ferrajoli (2010) com a ideia de um modelo de direito que busca tanto uma legitimação formal e legitimação material. O poder exercido *sub lege* pode ser entendido num sentido formal, sistêmico, analisado na perspectiva das formas e nos procedimentos estabelecidos por lei. Mas também pode ser entendido num sentido designado

como forte, estrito ou substancial em que se ocupa de preocupação com o conteúdo. Para o autor, essa lógica formal está presente em qualquer Estado de direito, ainda que aqueles cujas práticas se revelem totalitárias; mas ao segundo ponto (legitimação substancial), porém, é um Estado de direito que reúne os ideais do que o autor designa como garantismo. Assim, existe a preocupação do plano formal (concentrado no princípio da legalidade, na ideia de subordinar o poder público em todas as esferas ao controle da lei) e do plano substancial calcada na ideia de (FERRAJOLI, 2010, p. 790) “funcionalização por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes”, quer dizer, valer-se dos direitos fundamentais como forma de limitar efetivamente a atuação estatal.

Assim, o sistema de mera legalidade designado pelo autor é aquele que invoca a lei como condição formal de legitimidade (uma legitimação artificial, sistêmica), ao passo que a estrita legalidade busca compreender a subordinação dos atos a partir do conteúdo de direitos fundamentais (legitimação substancial). É possível compreender, assim, para FERRAJOLI (2012, p. 23), que “a legalidade não é mais – como no velho modelo paleopositivista – somente *condicionante* da validade das normas infralegais, mas é ela mesma *condicionada*, na própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais” (grifo original).

Nesse sentido, essa compreensão de Estado de direito demandará uma distinção necessária com a ideia de democracia. Ressalta que, a rigor, essas concepções irão demandar normas de diferentes tipos: de um lado normas que tratam sobre *quem pode e como se deve* exercer o poder; e, de outro, um tipo de normas sobre *o que se deve e não se deve fazer* no exercício desse poder. No primeiro tipo se define o caráter político de determinado Estado (democrático, monárquico, oligárquico ou burocrático), ao passo que no segundo determina o sistema jurídico (que pode ser de direito, ou totalitário, absoluto).

Ao estabelecer um Estado democrático, existe a escolha de que caberá ao povo (ao coletivo) para o exercício do poder, o qual deverá ser exercido com essa finalidade (ou interesse) pública, a exemplo do que consta na vigente Constituição Federal de 1988 – art. 1º, parágrafo único. De outro lado, ao determinar que se está sob égide de Estado de direito, significa a vinculação ao exercício desse poder pelas leis, um poder *sub lege*.

A partir disso, constrói o raciocínio de que a construção de um Estado de direito foi anterior à ideia de democracia; ou seja, de fato, seriam conceitos independentes, sob a perspectiva normativa. Exatamente por isso que FERRAJOLI (2010, p. 792) defende que

“nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão”.

A importância dessa distinção tem relevância metodológica justamente por diferenciar o critério político – suscetível ao controle imediato da maioria – do jurídico, o que confere importância ao sistema formal nessa construção teórica de FERRAJOLI (2010, p. 702):

Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.

A partir dessa reflexão é possível avançarmos na teoria do direito para Ferrajoli (2010) e buscarmos a compreensão em densificar a ideia de direitos fundamentais, como forma de destacar elementos que permitam sua conceituação. Não se olvide a dificuldade que o jurista enfrenta para delimitar o objeto de estudo em questões elementares, como o próprio significado de direito⁷ ou em sua versão que o qualifica como fundamental.

Percebe-se a conexão dessa ideia de cunho metodológico destacada no pensamento de Ferrajoli (2010) na compreensão sobre o que representa viver sob égide de um Estado de direito. A rigor, implica em reconhecer, independentemente da maioria, a existência de direitos de tal importância, que a garantia deles é condição indispensável para uma convivência pacífica. Para o autor, assegurar tais direitos apenas em uma dimensão formal significa num compromisso (ainda) artificial de respeitar de maneira universal; esse sentido reside a um aspecto (premissa) de caráter puramente lógico (sistêmico) e avaliativo.

Observa que uma percepção de direitos fundamentais que se esgote nessa ideia puramente formal é compatível em qualquer ordenamento, seja ele um Estado de direito, seja ele Estado totalitário. Mas tem o aspecto positivo de garantir uma igualdade jurídica, razão por que não pode ser simplesmente desprezado, muito embora insuficiente. Mais que

⁷ Não por outro motivo, NINO (2015, p. 11 e 12) diz que “Sem dúvida, nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores, entre outros, teriam tantas dificuldades para definir o objeto de seu estudo como têm os juristas. (...) Arrisco-me a antecipar a hipótese de que as dificuldades que alguns juristas e as pessoas em geral encontram para definir o ‘direito’ têm origem na adesão a uma certa concepção sobre a relação entre a linguagem e a realidade, que impede que se tenha uma ideia clara sobre os pressupostos, as técnicas e as consequências que devem ser consideradas quando se define uma expressão linguística, nesse caso o ‘direito’”.

insuficiente, prevalecer nessa concepção se mostra conveniente exatamente porque dispensa a análise de circunstâncias factuais; atingir a universalização a partir de reflexões teóricas racionais que levem em conta a realidade dificulta muito a tarefa do pesquisador.

Imbuído dessa preocupação com a realidade é que Ferrajoli (2011) percebe a necessidade de estabelecer uma distinção para os direitos fundamentais entre primários e secundários, sendo os primeiros voltados a um conteúdo de índole substancial e os segundos em uma percepção instrumental, para garantir o exercício dos direitos fundamentais primários. Veja FERRAJOLI (2011, p. 16) a explicar:

Os direitos fundamentais consistem em expectativas negativas ou positivas, às quais correspondem deveres (prestações) ou proibições (lesões). Chamarei de garantias primárias esses deveres e essas proibições e de garantias secundárias os deveres de reparar ou sancionar judicialmente as lesões dos direitos, ou seja, as violações das suas garantias primárias.

Assim, um *pretense* direito (garantia primária) sem garantia (garantia secundária) não seria direito. Mais que isso, a opção por essa concepção substancial dos direitos fundamentais desconstrói a percepção de possa haver, por parte do Estado, uma simples abstenção para garantir a fruição desses bens, como se convencionou pensar sobre direitos que estabelecem liberdades ao indivíduo. De alguma forma, o pensamento da estrita vinculação dos poderes decerto demandará alguma postura positiva/ativa do Estado: como pensar, por exemplo, na efetividade da proibição de imposição de penas cruéis sem demandar do poder público medidas positivas para cessar a crueldade nos estabelecimentos prisionais?

Por isso que a complexidade da sociedade atual não mais pode traduzir os deveres estatais de respeitar a liberdade da pessoa em uma realidade de simples proibição voltada ao Estado, porque a rigor, na perspectiva do poder público estatal, não basta a ideia da abstenção para cumprimento dessa liberdade. A fruição da liberdade pelo indivíduo, em suas mais diversas concepções, parece convergir com a exigência ao Estado que não se limita a uma questão de passividade do soberano⁸. Assim, para cumprir a proibição, o pensamento puramente formal de abstenção, estabelece-se um critério de como se opera na realidade a

⁸ Não pretendemos aprofundar nas mais diversas percepções do que seja liberdade, mas convém destacara síntese feita por RUZYK (2011, p. 17) sobre o tema: “Ora a liberdade é pensada como ausência de restrições externas, ora como a possibilidade de o seu titular ser senhor de si mesmo, em um sentido de autodeterminação; ora como algo que se assegura abstratamente, ora como algo que só pode ser compreendido na concretude de sua vivência, ou seja, uma capacidade efetiva de agir”.

validade dos direitos fundamentais. Ferrajoli (2011) trabalha na perspectiva de que há um comando que emerge dessa ideia de autonomia do indivíduo.

A partir do garantismo, a admissão de um aspecto substancial como critério de validade dos direitos fundamentais não permite identificar a mesma *tranquilidade* sistêmica que foi idealizada numa percepção meramente formal. Trata-se de instrumento teórico voltado a criticar, de uma perspectiva do próprio direito, promessas constitucionais ou legais que somente tem espaço e destaque no papel. Percebe-se que a questão ganha em complexidade tendo em conta que direitos fundamentais passam a ser vistos como algo a ser construído, percebendo o direito moderno sujeito a uma estrutura que nosso autor irá designar como *nomodinâmica*. Ao contrário da moral ou do direito natural (que teriam uma estrutura nomostática), o direito não deve ser reduzido como um sistema composto por figuras deônticas voltadas a garantir relações puramente lógicas e perfeitas. Nesse sistema abstrato ou ideal, mal há espaço para antinomias ou lacunas. Denuncia FERRAJOLI (2011, p. 37) que Hans Kelsen ao construir a ideia de uma teoria pura do direito realizou exatamente essa tarefa, que ficou restrita a um cunho metodológico.

E o direito seria em realidade um sistema nomodinâmico porque reconhece que a desejável estabilidade das normas jurídicas somente pode ser alcançada com a percepção da diferença entre garantia e direito, como já enunciado. Assim, admite-se a necessidade de um papel que não fica reduzido a um campo estritamente descritivo, mas antes crítico e normativo ante a constatação tanto de lacunas (como na ausência da garantia para determinado direito) como de antinomias (por violações dos poderes públicos contra as pessoas deve corresponder a uma sanção ou a uma invalidade).

É possível problematizar (e muito) essas reflexões de Ferrajoli (2011), porque se permite perceber que direitos fundamentais não seriam necessariamente concepções *a priori*, mas sim conceitos a serem construídos. Entretanto, cabe reconhecer que há para o autor *limites mínimos*, ou seja, em seu modelo de Estado de direito existem espaços individuais que devem ser capazes de resistir a qualquer pretensão coletiva, sob pena de perder a legitimidade do próprio Estado. Mais precisamente, para FERRAJOLI (2011, p. 26) fica claro que há “necessidades substanciais cuja satisfação é condição da convivência civil e também causa e razão social daquele artifício que é o Estado”. Entende, assim, que direitos fundamentais configuram esse espaço individual que sequer pode ser devassado pela maioria; são espaços que se afirmam numa ideia do mais fraco em alternativa ao mais forte.

Admitida a percepção do garantismo como modelo que não mais autoriza uma presunção apriorística de validade do direito posto (pela simples vigência), a ideia mais complexa seria perceber que, em se tratando de direitos a serem construídos, quais contornos teriam esses limites mínimos dos direitos fundamentais. Cabe agora investigar até que ponto se pode pensar que determinada situação concreta deve ser vista como uma invalidade do direito (pelas antinomias) a partir do garantismo⁹.

Não por outro motivo, bem se vê no conceito de MENDES (2008, p. 237) essa percepção ao dizer “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”. Aqui se admite claramente uma percepção historicista para delimitar esse mínimo substancial e daí se pensa na ideia das gerações dos direitos fundamentais como forma de compreender esse fenômeno, ou seja, de estabelecer o grau mínimo de proteção a partir dessa compreensão.

Ocorre que tal discurso de fragmentação dos direitos fundamentais em gerações termina sendo utilizado pela doutrina contemporânea para autorizar um argumento de que haveria a predominância de direitos coletivos em detrimento dos individuais – percepção que é rechaçada por Ferrajoli (2010) como tentamos deixar claro ao longo do texto. Essa possibilidade de supressão dos direitos individuais abre espaço para uma espécie de inversão ideológica do discurso dos direitos fundamentais. Seria a ideia da reversibilidade do direito voltada a dar suporte à atuação de instituições que as autorizassem a violar (in)certa parcela de direitos fundamentais¹⁰. Assim, a falta de contextualização mais precisa dessa questão poderá contemplar, ao fim e ao cabo, uma ideia de que direitos que sempre tiveram baixo grau de efetivação passam a um discurso que possa autorizar o próprio descumprimento.

⁹ Conclui FERRAJOLI (2011, p. 46) o texto sobre direitos fundamentais tratando das consequências que envolvem a questão da diferenciação entre legitimidade formal e legitimidade material diz: “Essa diferenciação – que forma um traçado fisiológico (como também, em certos limites, patológico) da democracia constitucional, o seu maior valor e o seu signo de reconhecimento, além de que o seu maior defeito – alterou também a natureza da jurisdição e da ciência jurídica. A jurisdição não é mais simplesmente a sujeição do juiz à lei, mas é também análise crítica de seu significado para controlar a legitimidade constitucional. A ciência jurídica não é mais, como também nunca foi, simples descrição, mas é também crítica e projeção do seu próprio objeto : crítica do direito inválido, mesmo que vigente, porque em contraste com a constituição; reinterpretção, à luz dos princípios estabelecidos na constituição, do inteiro sistema normativo; análise de antinomias e das lacunas; elaboração e projeção das garantias faltantes ou inadequadas e, todavia, impostas por normas constitucionais.

¹⁰ CARVALHO (2015, p. 212) irá colocar essa discussão de legitimidade estatal num patamar que irá chamar de “concepção otimista (romântica) dos poderes (punitivos), que pressupõe suas ações e omissões como legítimas e tendentes à efetivação dos direitos humanos – o Estado, como entidade derivada do contrato social, criaria condições de anulação das perversidades do homem natural e alavancaria o processo civilizatório”.

Eis o problema de trabalhar com concepção metafísica sobre direitos fundamentais ou direitos humanos, exatamente por que (CARVALHO, 2015, p. 226):

A ingenuidade da crença Moderna na capacidade de o direito penal tutelar bens jurídicos, de o processo penal revelar a verdade real, de a criminologia reformar as classes perigosas e da política criminal prevenir a delinquência, reforça a concepção essencialista e metafísica que transformou a questão dos direitos humanos em cenário de ficção científica.

Longe de pensar que se trate de uma percepção utópica de direitos fundamentais, convém recordar que a ideia propagada pelo garantismo visa o restabelecimento da dogmática em seu papel fundamental de demarcar os limites possíveis para qualquer discurso. Veremos no tópico seguinte como a efetividade dos direitos fundamentais e o papel do Judiciário influenciam diretamente para demarcar esses limites, como esclarece ANDRADE (2012, p. 205):

A Dogmática estaria apta a demarcar o horizonte decisório e o limite das interpretações possíveis (pense-se na metáfora de uma janela) ao fornecer o instrumental conceitual adequado para vincular as decisões judiciais penais e as punições que delas derivam à legalidade e à conduta do imputado, objetivamente considerada em relação ao fato-crime por ele cometido, e não subjetivamente, em relação à sua pessoa, exorcizando-se por essa via a submissão do imputado à arbitrariedade judicial.

Daí o problema de buscar construir um repertório teórico que possa em alguma medida legitimar instâncias estatais que não estão a funcionar de modo coerente com as promessas constitucionais, mas sim buscar mecanismos (que o garantismo proporciona) que, na seara do poder punitivo, demonstrem que essas práticas são inconstitucionais. Ao contrário do que se pensa, nos parece que o garantismo permite se afastar da utopia, no sentido de questionar a legitimidade de decisões que se resumem a cumprir determinadas formalidades legais, em que se adequam a uma lógica sistêmica e abstrata. É fácil, como já mencionamos, estabelecer critérios racionais abstratos e coerentes sem atentar para realidade.

Se houve excesso de promessas constitucionais da modernidade, então que a sociedade discuta eventual necessidade de adequá-las pelos meios adequados (do Legislativo),

mesmo porque não podemos ser escravos de escolhas do passado. O problema é admitir que cada instituição defina os limites (ou a ausência) de cumprimento dos direitos fundamentais, como se vê no descumprimento crônico da proibição de penas cruéis no sistema penitenciário brasileiro voltado ao cumprimento de pena em regime fechado (e prisões provisórias).

A perda da fé nos direitos parece atingir de tal monta os juristas que parece inverter a lógica: juiz/a não deve estar vinculado às garantias (partilhar do garantismo); e chegamos a tornar utópica quem diz que devemos levar os direitos a sério, na frase feliz de Dworkin. Parece necessário buscar redescobrir uma espécie de potencialidade perdida do próprio Estado de direito¹¹, notadamente na sua realidade maior de limitar o uso dos poderes públicos e questionar a legitimidade no efetivo exercício deles.

Por isso que há pensadores que questionam, por exemplo, se o espaço para se definir esses direitos fundamentais seria apenas o institucional, como PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995). Para ele, se precisarmos de uma instituição para nos afirmar que temos direitos fundamentais significa dizer que de fato não temos esses direitos. É a negação deles, exatamente porque em realidade esses postulados têm por origem mais profunda no seio da própria sociedade, ou seja, é ela (sociedade) que garante o exercício do direito subjetivo. Confira-se (MARTÍNEZ, 1995, p. 424 e 426):

Así el poder que acepta los valores morales, los convierte em valores políticos, y propugna su incorporación al ordenamiento jurídico como norma básica material y como limite y racionalización de ese mismo poder, los puede integrar em el consenso mayoritario, y disminuir la heteronomía porque los destinatários de sus normas contribuyen, con esa participación a su producción, directa o indirectamente.

(...)

Si, por fin, la vemos em relación com la sociedad civil, los derechos sirven para defender a los miembros de esta sociedad civil del poder y de ellos mismos y también para ser eficaces frente a la situación del estado de naturaleza, para comunicar y relacionar sociedad civil y poder, frente a los exclusivismos de un poder al margen de la sociedad civil (publicación totalitaria de la vida) e de una sociedad civil que prescinde del poder (privatización anarquista de la vida) y para superar las desigualdades que existen em su seno, que hacen imposible ‘el libre desarrollo de La personalidad’.

¹¹ “O paradoxo vivenciado nos discursos e nas práticas associadas ao humanismo é o de que se por um lado a alteração do papel do Estado proporciona o reconhecimento dos valores, ultrapassando a limitada perspectiva individualista, por outro potencializa a atuação das agências punitivas, engrenagem radical no mecanismo estatal de controle social associada à violação dos direitos humanos” (CARVALHO, 2015, p. 209).

Em vista de todas as reflexões, percebe-se que o garantismo se volta a estabelecer como um modelo ideal, um critério de análise de decisões judiciais, a partir da construção do Estado de direito e os propósitos elementares dessa forma de poder bem como pela densificação do conceito de direitos fundamentais.

Parece certo pensar que, a partir do pensamento de Ferrajoli, a admissão de que se imponha a prisão de uma pessoa desconsiderando por completo a situação do cárcere significa uma prática típica de um *sistema de mera legalidade*, ou seja, vinculado apenas a uma perspectiva formal, mas que contempla uma invalidade normativa. É dizer: a proibição constitucional de imposição de pena cruel é uma norma inválida no direito brasileiro quando se analisa aquele que se sujeita a uma sanção privativa de liberdade.

1.2 O Judiciário e a Efetividade dos Direitos Fundamentais

A partir da verificação do que se entende por teoria do direito e da densificação do que podemos admitir sobre o que deva ser considerado direito fundamental, partiremos para análise do *desenho institucional* existente no Brasil e buscar entender o papel do Judiciário na questão envolvendo a efetividade dos direitos fundamentais, de acordo com a ordem constitucional vigente.

A princípio, não parece ser necessária uma análise criteriosa da Constituição de 1988 para perceber a importância da tarefa que foi reservada ao Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. Da leitura superficial dos preceitos constitucionais, observamos a existência das ações constitucionais do mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data* e ação popular (incisos LXIX, LXVIII, LXXII e LXXIII do art. 5º), como instrumentos voltados a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Essa promessa também está presente na cláusula da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV do art. 5º), como a dizer, uma vez mais, que caberá ao Judiciário a palavra final sobre a existência e o resguardo de qualquer direito violado ou bastante sua ameaça. Ainda, lembramos que cabe ao órgão máximo deste poder – o STF – a tarefa de ser o guardião da Constituição (cabeça do art. 102).

Como se observa dessa perspectiva inicial do texto constitucional, donde se espera extrair alguma lógica do funcionamento do sistema jurídico, apresenta-se um compromisso claro com a eficácia dos direitos fundamentais e, de consequência, do papel da atuação

jurisdicional. Tanto que, nesta questão das fontes do direito, LOPES JR diz do reflexo dessa percepção constitucional no processo penal, a ponto de considerar que (2012, p. 70) “a uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal utilitarista (eficiência antigarantista)”. Entretanto, expressa na sequência que “a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.

Sob essa perspectiva, a atividade judicante no processo penal teria a missão de conferir concretude a esses preceitos, sempre com a percepção de que todo esse sistema normativo (desde as garantias fundamentais aos próprios preceitos que balizam o Direito Penal) tem o propósito de limitar o poder punitivo oficial. E seria exatamente a vivência de todas essas garantias que legitimaria a imposição de uma pena.

Perceba que estamos a remontar o apelo que existia antes do período do Iluminismo, na perspectiva que existia (existe) uma demanda da construção de um sistema que garantisse minimamente a segurança jurídica das relações humanas. Algo capaz de equacionar ou equilibrar a relação conflituosa entre Indivíduo-Estado, que fosse exatamente no sentido de estabelecer de modo bem claro e inequívoco os limites do poder estatal em todas as searas sem que prejudicasse o bem-estar coletivo. Portanto, o direito seria uma estratégia moderna (e em alguma medida *retórica*) para solução desses embates, nas contingências que se vivencia(va)m dos abusos de poder, desde a cobrança de impostos até as intervenções na economia e, claro, de modo quase dramático no poder punitivo.

Um dos expoentes desse movimento da época, BECCARIA (2015, p. 13), percebe a dificuldade com que as pessoas mais respeitáveis da sociedade eram indiferentes à dor humana, principalmente àqueles mais sujeitos às arbitrariedades do poder estatal para construir a ideia de um direito liberal, com franco propósito de conter esse poder:

Os dolorosos gemidos dos fracos, sacrificados à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os bárbaros tormentos multiplicados com pródiga e inútil severidade; os crimes não provocados ou quiméricos; as abomináveis prisões, cujo horror ainda é aumentado pela incerteza, que é o suplício mais insuportável dos infelizes; deveriam despertar a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que orientam as opiniões humanas.

Passados mais de 250 anos, a reflexão do pensador milanês sobre as questões criminais ainda ecoa na sociedade moderna. Interessante que, no texto, a advertência seja voltada aos filósofos, assim considerados magistrados, ou seja, para designar aqueles que detêm uma posição destacada e que de alguma maneira ostentam alguma autoridade sobre as pessoas e os destinos da sociedade.

A partir da adoção da ideia do constitucionalismo¹², o Judiciário vai ganhar esse papel de proeminência, como um poder despolitizado, ideal para tratar de matérias complexas envolvendo a concretização de direitos fundamentais. O ideal dogmático foi pensado nessa perspectiva racional de que a realidade social seria plenamente absorvida pela experiência normativa, de modo que a efetivação dos direitos fosse tarefa simples para um raciocínio silogista e formal. Mas a experiência cotidiana vem revelar que o plano inicial parece não ter alcançado tão nobre finalidade, notadamente quando tratamos da questão da própria alteração da realidade desses sofrimentos humanos mencionados por BECCARIA (2015). Eis o problema, que foi percebido por STRECK (2014-B, p. 39):

Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da justiça constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade.

¹² Sabe-se que um conceito de constitucionalismo no sentido que mais se aproxima do atual brasileiro (notadamente na ideia dos três poderes e na ideia de garantir direitos fundamentais) teria origens na experiência estadunidense pela conhecida Constituição de 1787. Notícia-se que o texto sequer foi promulgado, mas elaborada e concretizada na Declaração da Virgínia, para posterior ratificação na forma da regra anterior, renunciando a postulados conhecidos ligados ao Poder Constituinte de ser ilimitado ou autônomo. Na conhecida obra *O Federalista*, MADISON vai propor uma reflexão sobre o momento histórico da época “a utilidade da união á nossa prosperidade política; a insuficiência da confederação atual para mantê-la; a necessidade de um governo ao menos tão enérgico como aquela que se vos propõe; a conformidade da constituição proposta com os verdadeiros princípios do governo republicano; a sua analogia com a constituição dos nossos estados particulares; finalmente o aumento da segurança da manutenção desta espécie de governo, da nossa liberdade e das nossas propriedades, que da adoção do projeto proposto deve resultar”. E o desenvolvimento do constitucionalismo na percepção do Judiciário como órgão fundamental para o exercício dos direitos fundamentais, tanto que em anos seguintes ao início da experiência constitucional dos Estados Unidos surge a ideia do controle de constitucionalidade quando a Suprema Corte daquele país, em 1803, decidiu o caso *Marbury v. Madison* em que o Juiz Marshall definiu que o Judiciário não deve cumprir norma que esteja contrariando a Constituição.

Por esse motivo, o pensamento de Ferrajoli (2011) que diz respeito ao conceito de validade normativa de norma primária e norma secundária coloca em destaque a expectativa de que semelhante garantia (secundária) seria a ferramenta suficiente para a atuação do Judiciário.

O ideal imaginado com o/a juiz/a-boca-de-lei perde importância diante da complexidade cada vez maior da sociedade. O sistema existente e essas demandas sociais cria a necessidade de um/a juiz/a criativo/a, um/a verdadeiro/a intérprete, pois visa garantir que se construam respostas para os problemas atuais sem abandonar as conquistas constitucionais proporcionadas no Iluminismo. Essa reflexão será decisiva para perceber o quanto que a atividade jurisdicional vinculada a uma interpretação que realmente se submeta ao ideal democrático previsto na Constituição de 1988 mostra-se capaz de alterar esse abismo existente entre a realidade e as promessas constitucionais.

Quando se destaca a importância da atividade judicante na efetivação de direitos fundamentais a partir de uma das leituras possíveis da ordem constitucional em vigência no Brasil, não se pode desprezar a necessidade de avaliar as dificuldades desta empreita. Por isso, a necessidade de refletir em torno do problema da *linguagem no direito*, ou, mais precisamente, pelo fato de utilizarmos da linguagem para expressar as normas jurídicas (ainda que admitamos no direito moderno outras formas, como nas leis de trânsito, nas regulamentações em ambientes públicos e outros¹³) convém pensar sobre as possibilidades de interpretação e como esse tema influencia de modo decisivo no resultado final de qualquer atuação judicial.

Com NINO (2010, p. 291) vamos perceber que “os juízes estão vinculados não por um conjunto de normas, mas por uma série de orações cujo significado é atribuído de acordo com certas regras semânticas e sintáticas, quer o próprio legislador as tenha considerado ou não”. Então a dificuldade não estaria apenas na figura do intérprete em si (no caso, do/a juiz/a), mas também na própria construção das normas. Partindo da ideia de que toda norma jurídica é fruto da inteligência humana, fica claro perceber as limitações naturais capazes de causar profundas incoerências de ordem sistêmica no momento da aplicação.

É certo que, em se tratando de direitos fundamentais, prepondera uma abstração semântica mais evidente na escolha das palavras que irão compor o enunciado. Quando

¹³ Convido o/a paciente leitor/a consultar a obra de HART, ao tratar da textura aberta do direito, notadamente ao citar, no capítulo VII do livro *O conceito de direito*, o exemplo dos desdobramentos possíveis de uma regra (não-jurídica) em que um pai diz ao filho: “todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja”.

FERRAJOLI (2010) reflete sobre o problema da validade normativa, conclui que é muito comum que normas constitucionais que estabeleçam garantias penais e processuais penais sejam previstas de modo inexato, sem o compromisso com a clareza desejável.

É possível realizar essa constatação no texto da Constituição de 1988: enquanto que estabelece a proibição de imposição de pena cruel, sem qualquer menção a realidade concreta (estabelecendo, por exemplo, um rol exemplificativo do que se consideraria a crueldade da sanção e/ou atribuindo ao legislador a tarefa de definir), consta a previsão sobre a possibilidade de existir crimes hediondos (art. 5º, XLIII¹⁴) em que já se expressa desde logo que o legislador ordinário tratará de disciplinar a questão¹⁵.

Com isso, pretendo construir a ideia de que, quando se trata de estabelecer limites ao poder punitivo em sede de direitos fundamentais – o que se aplica integralmente à questão da proibição de penas cruéis –, as possibilidades interpretativas são mais acentuadas, quer dizer, o afastamento entre normatividade e efetividade tende a ser maior, exatamente pelo problema no objeto (norma jurídica). Daí se persegue o passo adiante na percepção dos direitos fundamentais; a alta abstração semântica dos enunciados parece convergir para uma invalidade desses direitos, ainda que exista a respectiva garantia que permita sua concretização.

E é justamente essa realidade que irá desencadear no problema das fontes do direito.

Admitir a existência de um espaço de atuação em que o/a jurista pode se movimentar na atividade hermenêutica cria uma abertura do sistema¹⁶ vai revelar um dos problemas mais graves da atualidade quando se trata da atividade judicante: a dificuldade de se definir epistemologicamente o delineamento de margens nítidas que permitam diferenciar o argumento jurídico do político. Daí se compreende posições como a de QUEIROZ (2000, p.

¹⁴ A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça, anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem.

¹⁵ Aliás, a agilidade do legislador é digna de nota, porquanto em menos de dois anos da promulgação da Constituição já estava em vigor a Lei dos Crimes Hediondos, publicada em 25/07/1990.

¹⁶ STRECK vai dizer o oposto: as cláusulas abertas promovem o fechamento do sistema em raciocínio que de fato chama a atenção. Diz que os princípios, muito antes de significar uma abertura do sistema jurídico, implicaria um fechamento da interpretação, pois eles (os princípios) seriam capazes de impedir justamente o arbítrio do intérprete ao aproximarem da realidade como nenhuma outra norma jurídica. Seria uma forma de “superar a abstração da regra”, ou seja, em nosso sistema positivista, seria uma espécie de infiltração pelo mundo prático. O problema, segundo o autor, é justamente reconhecer que muitas vezes um mesmo princípio seja utilizado para adotar decisões judiciais ou interpretações diametralmente opostas.

38), para quem “o direito não é mais um dever-ser, um conjunto de normas jurídicas, mas um fenômeno factual complexo formado pelo comportamento dos juízes”.

De outro lado, penso como CAPPELLETTI (1993, p. 26), ao dizer que os limites materiais devem servir como efetiva limitação a essa atividade criadora do direito por parte dos/as juízes:

deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo em sua forma mais acentuada, não significa necessariamente 'direito livre', no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta.

Esse aspecto idealista não pode deixar de nos permitir a análise crítica das práticas judiciais, como forma de buscar pelo meio acadêmico o aprofundamento das discussões, notadamente quando estamos a tratar de efetividade de direitos fundamentais. Claro que a prática vai revelar a existência de casos absolutamente idênticos com respostas diametralmente opostas: e no direito penal a questão está na dicotomia prisão/liberdade ou condenação/absolvição. Por isso, sem abandonar os ideais esposados por Cappelletti (1993), percebe-se por parte do próprio Judiciário a falta de percepção de toda a complexidade envolvida, quando se pretende a solução dos problemas a partir de súmulas ou de precedentes sem compromisso com a fixação dos fatos em julgamento. Não por outro motivo, pensadores como HART (2011, p. 16) expressam:

Os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado.

Por esse motivo, muitos entendem insuperável o solipsismo, em que haverá momento da superação da filosofia da consciência, como Queiroz (2000), que não há solução para o problema. A adoção dessa percepção não parece contribuir para buscar alternativas, mesmo porque, na perspectiva do direito, estamos fadados a uma busca da racionalidade e de uma

coerência sistêmica, sem que essa situação impeça a percepção de uma verdadeira crise por que passa o sistema jurídico brasileiro na atualidade. Ora, se de um lado pode prevalecer quase sempre o voluntarismo e o descompromisso com a fundamentação, de outro não faltam pensadores que oferecem instrumentos teóricos quase infinitos para demonstrar com clareza as necessidades desses limites, como já vimos em Ferrajoli (2010).

Do mesmo modo, o cuidado com os fundamentos consignados em uma decisão judicial é preocupação quase que central no pensamento de Dworkin (2014). Ainda pretendemos mergulhar no pensamento deste autor adiante, mas posso adiantar, em linhas muito resumidas, que irá concentrar esforços justamente em estabelecer que os direitos constituem, sim, instrumentos de absoluta relevância nas sociedades democráticas e que a tarefa do/a juiz/a assume especial atenção, não apenas pela complexidade da vida atual (seja por todos os valores envolvidos nos casos postos sob julgamento), mas sobretudo pela necessidade de que seja observada a integridade do direito e a linguagem como relevantes limites a essa atuação judicial.

Tais reflexões mostram-se de fato relevantes quando atualmente se percebe nas práticas judiciais a prevalência de conceitos de difícil assimilação ou concretude para servir como justificativas muitas vezes descomprometidas com essa responsabilidade. Crítico da ideia da jurisdição como solução para a vivência dos direitos fundamentais¹⁷, HABERMAS (2012, p. 247) expressa que

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção. Quando se parte da ideia de que a opção do direito natural, que simplesmente subordinava o direito vigente a padrões suprapositivos, não está mais aberta, oferecem-se três alternativas para o tratamento dessa questão central da teoria do direito, a saber: (a) a da hermenêutica jurídica; (b) a do realismo; (c) a do positivismo.

¹⁷ Evidente que em HABERMAS vamos encontrar a proposta de superar o problema da irracionalidade (solipsismo) a partir de uma razão comunicativa, ora extraída do consenso, a qual se processa em um local de discurso ideal de fala em que irá prevalecer o melhor argumento. Daí a virada linguística proposta pelo pensador alemão, pois em realidade não abandona nem a racionalidade de KANT (que agora se mostra numa forma diversa: destrancendentalizada) nem o historicismo de HEGEL, para pensar numa razão de cunho eminentemente intersubjetiva (do consenso), a partir dessa ideia de democracia em termos mais profundos ou mesmo radicais.

Esses espaços deixam margem para compreensão (muita vez equivocada) de conceitos de difícil densificação e que frequentemente utilizados no direito comparado, os quais se buscam incorporá-los nas práticas locais sem critério muito claro ou mesmo distanciados do pensamento original. São exemplos dessa realidade atual postulados como princípio da proporcionalidade, ponderação de interesses ou mesmo discricionariedade do/a julgador/a. A ponto de, no pensamento de STRECK (2014-B, p. 197):

Tão grave é essa problemática que, aos poucos, a regra da ponderação proposta por ALEXY foi transformada em um ‘princípio’ (sic). Para piorar a situação, a aludida ‘ponderação’ é aplicada diretamente pelos ‘intérpretes’, colocando um ‘princípio (ou valor)’ em cada prato da balança (sic), para, ao final, exsurgir o resultado: o valor (sic) que será preponderante. Muitos ainda falam em ‘ponderação de interesses’ (como a repristinar a *Interessenjurisprudenz* de Philipp Heck). Um princípio supera o outro... E, fruto de quê? A resposta é singela: fruto da discricionariedade (para dizer o menos) do intérprete ‘sopesador’.

Ainda assim, é preciso reconhecer o esforço em estabelecer diretrizes para uma teoria da decisão, que, de algum modo, a hermenêutica se propõe a resolver, como aliás sustenta Streck (2014-A) em sua fenomenologia hermenêutica, a partir dos postulados de Heidegger e de Gadamer e, ainda, com Dworkin.

Em resumidas linhas, seu pensamento reside em superar o tradicional dualismo sujeito-objeto que prevalece nas teorias hermenêuticas de cunho metodológico, como a de Karl Larenz¹⁸, para compreender que (STRECK, 2014-A, p. 79) “a facticidade, o modo prática de ser-no-mundo comanda a atividade compreensiva”. E acrescenta: “daí o primeiro salto heideggeriano, superando o caráter epistemo-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica; em seguida, o salto gadameriano, mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo”.

Assim, o autor postula a existência de uma *dobra da linguagem*, a saber, um plano hermenêutico em que não é algo sujeito à vontade do intérprete – portanto, imune ao subjetivismo – porque, a rigor, é fenomenológica, existencial; e outro apofântico. Equivale

¹⁸ Podemos pensar de modo absolutamente resumido que a proposta de LARENZ para a interpretação metodológica estaria estabelecida em cinco critérios: 1) literal: há adesão semântica; 2) contexto Significativo da Lei: coerência sistêmica; 3) intenção reguladora do legislador histórico: fidelidade com o texto e com o contexto histórico; 4) teleológico-objetivo: justeza no sentido de correção; equilíbrio e equidade; 5) interpretação conforme: ligado às possibilidades de interpretação.

dizer, antes de qualquer manifestação de linguagem, é impossível ignorar o plano hermenêutico, onde se encontraria a pré-compreensão. Daí se segue que, para Streck (2014-A), aquilo que o indivíduo consegue externalizar (o apofântico) sempre será uma expressão pálida da compreensão hermenêutica propriamente dita; interpretar seria, em última análise, explicitar o que já está compreendido pelo sujeito e, exatamente por isso, pensar em qualquer método seria impróprio, porque nessa concepção o método chegaria tarde.

O pensamento aqui esposado de Streck (2014-A) reclamaria um detalhamento muito maior, que deve ser feito em momento adequado. O problema hermenêutico, como visto, é evidente e, sendo bem compreendido, pode se tornar em relevante instrumento, mesmo na percepção metodológica de Larenz ou nas diversas teorias argumentativistas, todas dignas de profundas reflexões.

De todo modo, nota-se preponderar o entendimento de que o nascimento da hermenêutica teria sido Savigny (século XIX) ou mesmo Schleimacher¹⁹. Neste tipo de afirmação é possível perceber uma tendência dos ocidentais (a)creditarmos os pensamentos mais relevantes como resultados exclusivos de nosso próprio esforço, como aliás recorda o Nobel Amartya Sen (2011).

Ao refletir sobre questões envolvendo justiça, Sen (2011) informa que, desde muitos séculos, já estavam estabelecidos no seio das culturas indianas que remontam o século VI a.C. os mesmos ideais do iluminismo europeu. Ou que também estava desenvolvida na Índia antiga a construção de duas formas distintas de se pensar em justiça (*niti* e *nyaya*²⁰), que de alguma forma se ligam aos preceitos de Thomas Hobbes até a pensadores contemporâneos como John Rawls. E remata o pensador indiano que (SEN, 2011, p. 17) “não há nada particularmente estranho em reconhecer que comprometimentos intelectuais semelhantes ocorreram em diferentes partes do globo em estágios distintos da história”.

¹⁹ É o que se pode extrair do pensamento de STEIN (2015, p. 11) quando afirma: “pode-se dizer que a hermenêutica nasceu do contexto, quando não, do ocaso da dialética. SCHLEIMACHER foi o autor que deixou muitas passagens em sua obra onde se observa o nascimento da hermenêutica, na passagem do modo de pensar da dialética para novas formas de pensamento. Mas a obra do autor foi certamente o palco de muitos conflitos, que se apresentavam da aproximação e mesmo da contraposição desses dois conceitos. A dialética, no entanto, continuava a forma predominante na filosofia, principalmente por causa do caráter difuso da compreensão da hermenêutica. Somente com o surgimento da Escolha Histórica, na segunda metade do século XIX, muda o cenário em que se desenha uma afirmação mais determinada da hermenêutica no contexto dos problemas da história”.

²⁰ Ressalta SEN que (2011, p. 17) “a primeira ideia, *niti*, diz respeito tanto à adequação organizacional quanto à correção comportamental, enquanto a última, *nyaya*, diz respeito ao que resulta e ao modo como emerge, em especial, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar”.

Nesse passo, parece que há a opção por desprezar uma experiência de aproximadamente 3.500 anos em que os judeus realizam atividade hermenêutica relacionada às escrituras, notadamente os cinco principais livros, que chamamos de Antigo Testamento (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio). Primeiro, a tradição revela que os escritos seriam uma experiência pálida do que o ensinamento oral proporcionava, o que acarretava a necessidade de desenvolver formas de tornar a leitura de modo muito mais profundo. Daí a absoluta necessidade da interpretação dos textos escritos. Assim, construíram a ideia de que haveria pelo menos quatro métodos hermenêuticos da leitura dos textos sagrados: *Peshat*, *Rémez*, *Derash* e *Sod*²¹. Claro que não pretendemos aprofundar nesse tema, mas o esforço aqui foi o de apenas destacar a existência desse pensamento hermenêutico desenvolvido no seio judaico.

Para retomar o ponto onde chegamos, percebe-se que nesta seção pretendemos estabelecer inicialmente o desenho institucional do Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais e das dificuldades dessa tarefa quando se expressa essa ideia por meio da linguagem no direito. Queremos pensar que tenha ficado evidenciado que a abertura semântica dos direitos fundamentais cria dificuldades ao jurista no sentido de reconhecer a existência de um espaço de atuação judicial e das expectativas da adoção critérios racionais para cada julgamento, devidamente ancorados no compromisso com os fundamentos da decisão. Desse modo, procurei ressaltar, em linhas gerais, a relevância da hermenêutica como ferramenta a concretizar esses direitos e que, a partir dos conceitos destacados, não haverá qualquer esforço de minha parte no sentido de procurar estabelecer qualquer critério *a priori* para definir o que seja pena cruel. Entendo que qualquer tentativa de estabelecer um conceito

²¹ Esclarece IRVING BUNIM sobre esse tema: “A linguagem da Torá, tanto sob a forma escrita quanto sob a forma oral, é multi-facetada: tem profundidades e níveis de significado insuspeitos. Se você tomar o ‘sentido literal’, tomando-a apenas superficialmente, não verá o esplendor e a glória que oculta. Em nossa literatura antiga de comentário e misticismo, toma-se a palavra PaRDeS para indicar quatro abordagens da Torá, quatro formas de explorar e extrair seus tesouros de significado. Com as quatro letras da palavra PaRDeS começam as palavras Peshat, Rémez, Derash e Sod, respectivamente. Peshat, o primeiro, seria o sentido literal, puro e simples do texto. Com Rémez, seguimos a estrutura sintática e gramatical de um versículo, levando em conta que certas palavras possuem um significado simbólico, ou metafórico. O Derash simplesmente omite a estrutura sinática de um versículo e até mesmo ignora seu contexto, percorrendo a Torá em busca de significados apontados pela alusão e associação. Finalmente, Sod, a leitura mais íntima e profunda de um texto, geralmente seguindo a concepção da Cabalá, e atingindo um grau de profundidade do significado que vai muito além dos anteriores. Não é por coincidência que PaRDeS, a palavra formada pelas iniciais das quatro palavras citadas no parágrafo acima, signifique, literalmente, horta ou jardim. Esta tradução simboliza a exuberante riqueza de pensamento e inspiração que pode surgir dos textos sagrados, se soubermos como cultivá-los e como colher os frutos mais difíceis de alcançar” (1998, p. 5).

abstrato sobre pena cruel se revele inadequado para fins de uma hermenêutica coerente com os critérios aqui adotados.

Neste ponto, a partir das reflexões já destacadas sobre direitos fundamentais esboçadas na seção anterior e das destacadas até o momento, forçoso perceber a necessidade de se destacar os critérios institucionais que devem ser constantemente percebidos na atuação da atividade jurisdicional. A percepção de que as condições necessárias para que o/a juiz/a se veja como garantidor dos direitos fundamentais e como a convivência com o descumprimento crônico desses preceitos desnatura a própria ideia da democracia.

Não por outro motivo, já vimos que Ferrajoli (2010) considera a legitimação do direito penal como o grande problema da atualidade, porquanto o exercício do poder estatal de aplicação de penas tende a ser visto como uma violência institucionalizada, ou uma segunda violência. A primeira violência deve ser considerada aquela ocorrida no momento da consumação do delito, praticada pelo indivíduo, que teria a característica de ser ocasional, abrupta e muita vez isolada. Entretanto, a segunda (aplicação da pena) configura algo muito bem pensada, institucionalizada e perene (FERRAJOLI, 2010, p. 355):

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. (...) Seria impossível fornecer um inventário, ainda que sumário, das atrocidades no passado concebidas e praticadas sob o nome de 'penas'.

Assim, estabelece o autor a relevância de existir uma instituição que, legitimada por via diversa das outras funções públicas relevantes (ou seja, sem necessidade de voto), exerça atividade capaz de garantir o direito de minorias, uma atividade que vai designar como contramajoritária. Assim, a jurisdicionalidade se revelaria com esse papel, justamente para desempenhar o controle da atuação estatal na relação Estado-Indivíduo, a partir de um sistema de normas tidas como fundamentais, voltadas a não apenas equilibrar a atuação dos poderes, mas sobretudo concretizar as promessas mínimas consagradas no Estado Liberal.

Ainda de acordo com o pensador italiano, existem diversas características ligadas a esse abismo que se estabeleceu. A existência de descompasso entre normatividade e de

efetividade²² poderia ser percebida em três perspectivas: a) entre o sistema constitucional e o subsistema legal ordinário (plano legislativo infraconstitucional), b) entre esse subsistema legal ordinário e subsistema penal da polícia (ainda no plano normativo), c) entre a previsão normativa desses subsistemas (legal e penal da polícia) e a prática judiciária e policialesca.

Adotando o pensamento do autor, a terceira perspectiva é a que irá nos interessar neste momento. Exatamente porque se refere a uma análise da prática judiciária diante do que supomos ser inconstitucional o modo de cumprimento de pena em grande parte dos estabelecimentos prisionais. Mais que isso, todo esse espaço de atuação judicial nas situações de interpretação da norma – como já vimos, muita vez com carga semântica que admite maior liberdade de atuação – a escolha muita vez estaria fundada em valores estranhos à própria ideia do Direito e da própria democracia. Algo que Ferrajoli (2010) vai designar como características típicas de um modelo penal autoritário, como aquele em que as práticas judiciais se tornam de algum modo subjetivistas e substancialistas.

É preciso lembrar que o garantismo se trata de modelo ideal, um tipo teórico que busca levantar critérios teóricos para constatar a aproximação ou não deste modelo. A própria pretensão universalista da teoria denuncia o caráter tipológico, como um sistema teórico de viés crítico – no sentido de questionar os poderes públicos – que se mostra vocacionado a servir como instrumento de controle do poder punitivo estatal. Nem mesmo sociedades com elevados índices de desenvolvimento humano e social, como países nórdicos, podem albergar sistemas penais plenamente garantistas.

Então quando se volta a criticar a atuação do Judiciário neste ponto específico de eficácia de direitos fundamentais das pessoas presas não se trata simplesmente em situar a democracia brasileira em estágio de absoluta situação de autoritarismo e que poderíamos prescrever a necessidade de imediata soltura de *todos* presos. Até porque veremos adiante que muita vez a questão envolvendo a crueldade da imposição da prisão está ligada muita vez à superpopulação carcerária e que é possível valer-se de critérios para impor limites e, de

²² Ainda trataremos adiante a partir da criminologia crítica tratar a partir de outro parâmetro essa concepção que autoriza a separação entre abstração e realidade, mas desde já destacamos o pensamento de ZAFFARONI (1991, p. 42) nesta questão pela lucidez em que percebe uma “manipulação da heterodoxia teórica, que caracteriza as decisões judiciais, com implicação política em nossa região marginal, tem como resultado um verdadeiro renascimento da teoria medieval da ‘dupla verdade’, permitindo uma estranha esquizofrenização do saber jurídico, que se erige num campo esotérico carente de contato com a realidade e que se inventa até limites nos quais o jurista fica reduzido a um racionalizador dos conteúdos verdadeiramente delirantes do legislador”.

alguma forma, *aproximar-se* do modelo penal garantista. Por isso, esclarece o próprio FERRAJOLI (2010, p. 800) que existe essa fase de construção a partir da realidade do mundo:

O progresso do Estado de direito e da democracia substancial, difícil e fatigante, consiste, obviamente, bem mais que no crescimento das promessas, no desenvolvimento de garantias capazes de realiza-las. Posto isso, a divergência criada entre dever ser e ser faz parte da imperfeição do mundo; tal realização é sempre imperfeita. Mas esta divergência é ainda a principal força oferecida – ao menos no plano jurídico – aos titulares dos direitos proclamados mais insatisfeitos: à medida que tais direitos são insatisfeitos, estes podem, graças precisamente às garantias, tirar a legitimação dos poderes, invalidar-lhes as ações ou as omissões, vinculá-los às prestações correspondentes.

Também ZAFFARONI (2007, p. 172) percebe dessa forma ao dizer que “o direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos”. De todo modo, forçoso perceber a complexidade que esse processo de criminalização²³ (ou de prisionização) demanda quando defrontado com a necessidade de manter a coerência com o sistema jurídico. A questão crucial neste momento é buscar entender, a partir de uma perspectiva do próprio direito, como se pode autorizar (ou naturalizar) que a imposição de uma pena que se mostra vedada pela Constituição prossiga sem sequer cogitar o estabelecimento de critérios racionais para se buscar reduzir essa situação. Claro que nos parece impossível considerar a existência de causa única para semelhante situação, como tantas outras dificuldades que a modernidade enfrenta²⁴, mas

²³ Veremos adiante a partir da criminologia crítica que existe um processo de criminalização, no sentido de haver uma seleção de tipos de crimes que são investigados e processados. Essa percepção, a rigor, teria iniciado a partir da Escola de Chicago, em que destacamos o pensamento de SUTHERLAND (2015, p. 334) ao constatar em sua pesquisa que "entre as 70 maiores empresas industriais e comerciais dos Estados Unidos, 97,1% foram consideradas reincidentes (em práticas ilegais), tendo duas ou mais condenações. Nenhum dos procedimentos oficiais utilizados contra homens de negócios em casos de violação da lei tem sido muito eficaz em reabilitar ou em dissuadir outros empresários de tais práticas". Ou seja, percebeu-se que a prática de crimes existe em toda classe social (não exatamente mais ou menos nesta ou naquela), mas há um comportamento social diverso nesta ideia porque irá sustentar que "o ladrão profissional concebe a si mesmo como um criminoso, e é assim considerado pelo público em geral. Uma vez que ele não tem nenhum desejo de sustentar uma reputação pública favorável, orgulha-se de sua reputação como criminoso. O homem de negócios, por outro lado, se enxerga como um cidadão respeitável e, normalmente, também é assim considerado pelo público em geral" (p. 338).

²⁴ Boaventura Santos (1999, p. 204) vai dizer “As promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução. Entretanto, as condições que produziram a crise da teoria crítica moderna não se converteram ainda nas condições para superação da crise.

buscar compreender se os índices de violência urbana que aumentam são eficazes e se justificam semelhante postura.

O problema é enfrentar as objeções de que o positivismo²⁵ - ora francamente afastado de seus conceitos mais elementares, ora concebido dentro do ideal de um ceticismo ético²⁶ - pode estar servindo como verdadeira ferramenta para manter esse estado de coisas, exatamente quando seja concebido afastado de uma perspectiva constitucional. É como se o jurista se valesse do direito para atender supostamente a um reclamo da segurança jurídica e da previsibilidade, da coerência sistêmica e da abstração formal²⁷. E a eficácia²⁸ parece ocupar função acessória, descomprometida com essas questões essenciais que esse positivismo irá defender, afastada muita vez da percepção de validade concebida apenas sob uma perspectiva formal.

Daí a complexidade de nossa posição transicional, que pode resumir-se assim: enfrentamos problemas modernos para os quais não há solução moderna”.

²⁵ Pretendo compreender o positivismo com vinculação mais estreita possível com a Constituição, a partir das ideias de FERRAJOLI e de DWORKIN, como já destacou STRECK ao consignar que (2014-B, p. 278) “FERRAJOLI constrói um positivismo constitucional (dizendo de forma simples), em que uma regra somente tem sentido se estiver em conformidade com a Constituição (...). Antes de discutir a aludida subsunção – que, não se sabe por que, continua sendo utilizada mesmo pelos neoconstitucionalistas para solucionar casos fáceis, como se fosse possível fazer essa cisão – é necessário indagar acerca da aplicação principiológica. (...) Ora, uma lei jamais abarca todas as possibilidades de aplicação. Esse é o caráter hermenêutico do direito (DWORKIN vai chamar de 'interpretativo'). Ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas (ou os não positivistas, como ALEXY e ATIENZA), tenho que as regras é que são porosas, e os princípios é que servem para 'fechar' a regra”.

²⁶ NINO sustenta haver diferentes posturas ligadas ao positivismo: ceticismo ético, positivismo ideológico, formalismo jurídico, positivismo metodológico ou conceitual. Sobre o ceticismo ético, esclarece o autor (2010, p. 35) “sob a influência das concepções filosóficas empiristas e dos postulados do chamado ‘positivismo lógico’, originado no Círculo de Viena, esses autores (KELSEN e ALF ROSS) defendem que os únicos juízos cuja verdade ou falsidade pode ser decidida de maneira racional são (excetuando-se os juízos analíticos, cuja verdade é determinada por estrutura lógica) os juízos que possuem conteúdo empírico. Segundo esses e outros autores, os enunciados morais não satisfazem essa condição e não expressam, portanto, proposições genuínas, que possam ser classificadas como verdadeiras ou falsas. Para eles, os enunciados valorativos são subjetivos e relativos e se limitam a expressar os estados emocionais de quem os formula. KELSEN, por exemplo, afirma que as definições propostas para o conceito de justiça são vazias, e que não poderia ser de outro modo, pois o conceito carece de conteúdo cognoscitivo; a justiça é um mero ‘ideal irracional’”.

²⁷ AMILTON BUENO DE CARVALHO (2014, p. 42) em reflexão sobre o papel dos/as juízes/as criminais que “Temos profunda desconfiança no direito penal: não cumpre suas promessas, suas funções declaradas, há espetacular descompasso entre sua retórica justificadora e o resultado que alcança: não atemoriza ninguém e não recupera aqueles que violam suas determinações. Da mesma forma, não pode, no plano ético, servir de instrumento de vingança”.

²⁸ KELSEN aponta a percepção da norma jurídica sob três aspectos: (a) vigência é a existência da norma (norma posta em determinado ordenamento); (b) validade como aptidão para produção de efeitos (e não o efeito em si); por fim, (c) eficácia como o conjunto de efeitos produzidos pela norma (intervenção na realidade). Já BOBBIO sustenta que são três parâmetros distintos que uma norma jurídica deve ser analisada: deontológico (se a norma é justa ou injusta), ontológico (se é válida ou inválida) ou fenomenológico (se tem eficácia ou não).

Por isso, já percebemos com Ferrajoli (2010) que a discussão em torno da validade normativa deve suplantar a realidade estritamente formal para contemplar a ideia de um sistema de estrita legalidade. É dizer, avança na percepção da validade normativa para confiar na atuação judicial, vinculando material da ordem jurídica e as práticas com os direitos fundamentais.

Quando se pensa sobre o sistema carcerário brasileiro, o aporte teórico que o garantismo, lastreado no positivismo, se apresenta como instrumento que convida o/a magistrado/a utilizar da razão para analisar a imposição de qualquer sanção penal a partir da realidade vivenciada (a partir de dados e de fatos), não permitindo que fatores extrajurídicos influenciem essa decisão. O positivismo pensado na perspectiva de um sistema de estrita legalidade (ou seja, comprometido com a realidade) se torna mecanismo que confere real possibilidade de modificar a realidade. Enaltece FERRAJOLI (2010, p. 644) que “o edifício penal, como de resto qualquer edifício jurídico, apresenta indubitavelmente uma imagem de racionalidade e de justiça que é bem distinta daquela de irracionalidade e de injustiça oferecida frequentemente pelos planos mais baixos”.

Ora, basta pensar que a opção de tornar irrelevante a vontade da vítima na maior parte dos crimes (ação penal pública incondicionada; acusação pública como regra) se inspirou na ideia de que a presença do/a ofendido/a no processo invocaria a vingança para o seio do processo judicial. O direito penal serviria para estabilização social e, em última análise, se voltaria a *proteção* o acusado do crime, pois uma vez imposta a pena e devidamente cumprida estaria neutralizada (desautorizada) qualquer possibilidade de vingança por parte da vítima.

Em vista dessas colocações, não nos parece coerente com toda essa construção a autopercepção do/a juiz/a criminal como *vingador da sociedade (ou herói)* que teria sido vulnerada pela ocorrência do crime. É preciso reconhecer os riscos que o Judiciário assume ao se posicionar de alguma forma distanciada ou descomprometida com a efetividade dos preceitos fundamentais da Constituição de 1988.

Quando se desvirtua para outros campos de atuação, abre-se terreno para teorias do direito que buscam inverter uma lógica pensada na perspectiva de proteção ao indivíduo para outras (para dizer o mínimo) de *duvidosa* compatibilidade com os direitos fundamentais. E aqui cito particularmente uma muito cara ao direito penal na atualidade que parte do pressuposto que há dois tipos de pessoa numa sociedade: *cidadãos e inimigos*. É o pensador

JAKOBS (2003, p. 143) que irá sustentar a possibilidade de existir para cada um desses tipos uma concepção diversa de direito penal: o dos inimigos seria emergencial e “os preceitos penais a ele correspondentes devem por isso ser estritamente separados do direito penal de cidadãos, preferivelmente também na sua apresentação externa”. Aos cidadãos, a garantia de que todas as conquistas democráticas possíveis sejam asseguradas e de um modo mais separado possível do modelo repressor. É dizer, a proposta seria a contemplação *no ordenamento jurídico* de dois modelos de direito penal, um de garantias e outro absolutamente repressor.

Assim, a partir dessa concepção, seria possível estabelecer um critério que partisse da própria legislação que, primeiro, estabeleceria quem seriam os inimigos e depois quais as garantias que poderiam ser vulneradas em relação a eles.

Outra perspectiva que está na linha de pensamento destacado é a do espanhol Silva Sánchez (2013). Ele aponta, em síntese, que o direito penal na modernidade estaria administrativizado, voltado a gestão de riscos gerais. Daí a expansão de crimes de perigo abstrato na atualidade em que, para o autor, a lesividade efetiva e individuada ficaria a segundo plano. Destacando o aspecto descritivo da exposição em sua principal obra, aduz uma tendência irreversível: (a) penas de média gravidade para os fatos administrativizados; (b) regras de imputação menos rígidas; (c) princípios político-criminais mais flexíveis.

Com isso, SILVA SÁNCHEZ (2013, p. 184) propõe que “não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem a prisão”. E o desdobramento de suas percepções caminha para que denomina de três velocidades do direito penal: primeira, percebida como direito penal mínimo e rígido, voltado a delitos de lesividade individual; segundo, numa percepção ampla e flexível, dirigida a direito de gestão, delitos de perigo; e a terceira velocidade do direito penal em que seria possível aplicação de pena de prisão, porém com relativização de garantias políticos-criminais. Esta percepção, que teria como matriz essa mesma formulação de direito penal do inimigo, estaria reservada às pessoas que, para SILVA SÁNCHEZ (2013, p. 194), “abandonou o Direito do modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental” e que “a transição do cidadão ao inimigo iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas”. Reconhece que a terceira velocidade poderia ser visto como um mal,

mas seria mais desejável do que a situação atual de emergência e, nesse passo, pode ser percebido como um mal menor.

Essas concepções parecem transportar ao campo jurídico conceitos tipicamente políticos em que se pressupõem a existência de uma guerra entre cidadãos e inimigos, aplicando-se regras de direito militar, sem a característica da extraordinariedade²⁹. Ultrapassando os obstáculos constitucionais em estabelecer legalmente uma distinção entre as pessoas, outra questão intrigante seria indagar: *quem decide as pessoas tidas como inimigos?* Zaffaroni (2007, p. 141) irá responder: o Soberano. A premissa do decisionismo se imporia sobre a realidade dialética. Recairá certamente a pecha de inimigo ao estranho, ao outro, ao estrangeiro. Mais que isso, acrescenta ZAFFARONI (2007, p. 150):

Se admitimos a existência do inimigo mas colocamos limites à sua indicação, não podemos negar que quando o poder definidor exceder esses limites fará surgir um direito de resistência por parte do cidadão arbitrariamente indicado como inimigo e isso negaria o próprio poder de sinalização do Estado e a própria essência da política. Ninguém pode resistir à sinalização como inimigo, quando esta é a essência da política e do poder definidor do soberano.

Como se observa, o déficit democrático desse tipo de conceito muita vez não é percebido justamente por parte da sociedade se colocar acima desses preceitos, ou seja, acreditar que a relativização dos direitos fundamentais é assunto estranho ou impertinente à sua individualidade.

Caminhar para o direito penal máximo, em que prepondera um poder punitivo imprevisível e sem qualquer forma de controle, mas que em realidade (FERRAJOLI, 2010 p. 102) “configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação”. Essas reflexões se desdobram no pensamento que destacamos de Jakobs e Silva Sánchez a partir de alguns

²⁹ Neste ponto, ZAFFARONI (2007, p. 139) diz: “O arrazoado que admite a distinção entre cidadãos e inimigos deve pressupor uma guerra (pois sem ela não há inimigos) e, ademais, que esta é praticamente permanente, pois das guerras excepcionais se ocupa o direito militar e de guerra (e não o direito penal ou o direito administrativo ordinário). Por mais que se queira dissimular ou ocultar o conceito de guerra, a verdade é que não se concebe inimigo sem guerra. Se essas premissas são dadas por certas, deve-se concluir, como faz Schmitt, que a essência do político – ou seja, a polaridade que equivale a bom e mau para registrar o campo próprio da moral, a belo e feio para o da estética, a rentável e não rentável para a da economia (pois se esta essência não fosse encontrada, o político careceria de autonomia) – consiste na polaridade amigo/inimigo. (...) A teoria política de Schmitt, embora sustente a sua famosa polaridade, não se ocupa do amigo nem da amizade, sendo praticamente uma teoria do inimigo”.

questionamentos: como admitir a existência numa democracia que haja inimigos, formalmente reconhecidos pelos órgãos públicos? De que forma será possível exercer o controle sobre a escolha dos inimigos? Quantos e quais crimes devem ocorrer para configurar alguma habitualidade? Seria o/a juiz/a quem definiria o inimigo? Por que de fato devemos incentivar o direito penal administrativizado, concebido sem prisão, quando se sabe que outras instâncias também preveem penalidades, como na seara administrativa ou mesmo civil? Será que estamos dispostos a pagar o preço por adotar esse tipo de postura no meio doutrinário de admitir a redução/relativização de garantias fundamentais, alimentando o uso simbólico do direito penal?

Forçoso reconhecer que essa proposta de flexibilização do sistema proposta na teoria do direito penal do inimigo termina por permitir uma espécie de tirania de valores, em que a arbitrariedade predomina e, pior, numa compreensão que muita vez, na seara criminal, culmina em prisões sem qualquer amparo na legislação de regência, condenações criminais sem a existência de provas efetivas de todos os elementos do tipo: muita vez, sob o manto de ideias que representam valores ou preceitos de carga semântica aberta como “dignidade da justiça” e “clamor público”; “sensação de segurança” e “proporcionalidade/ponderação”; “perigo presumido” e “domínio do fato”. Nesse sentido, destaco o pensamento de GRAU (2014, p. 120):

Quem estabelece os valores? Os valores não são, existem apenas enquanto dotados de validade. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto valem para alguém; ou, por outra, não existem. Anota SHMITT (1961:71): ‘Quem diz valor quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validade tem de fazê-los valer’ (...) E, adiante, SHMITT (1961:73) cita NICOLAI HARTMANN para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o ‘reverso fatal’: também valem contra alguém.

Como visto, trazendo para os objetivos do presente texto, é possível pensar que albergar ideais de relativização de preceitos fundamentais termina por naturalizar o descumprimento crônico deles, qual ocorre no caso da proibição da imposição de penas cruéis constante na Constituição Federal. Por isso, forçoso reconhecer a relevância do papel do Judiciário na proteção de direitos e garantias fundamentais nesse cenário de problemas que a modernidade demanda, como forma de não deteriorar as conquistas que a história humana permitiu alcançar, notadamente o constitucionalismo.

Não por outro motivo, GILMAR MENDES, ministro do STF, após contar a experiência que teve de visitar diversos estabelecimentos prisionais no país, enquanto presidente do Conselho Nacional de Justiça, ao responder o questionamento sobre qual a explicação que o/a juiz/a oferece aos quadros de absoluto desrespeito nos ambientes prisionais, declarou que “sempre se diz que é um problema de falta de infraestrutura. Terceiriza-se a responsabilidade. Mas hoje nós não podemos dizer que os juízes não têm responsabilidade sobre o caos do sistema prisional”³⁰.

Daí se segue que a necessidade da compreensão mais profunda possível da tarefa institucional que a Constituição reserva ao Judiciário. Isso irá demandar daquele/a que pretende/a ocupar o cargo de magistrado/a uma postura que transcende em muito a mera capacidade intelectual de realizar silogismos, ainda que os mais complexos, mas antes uma formação humanística e uma abertura intelectual, com a possibilidade de aprender a observar a diferença do outro sem qualquer comportamento extremado ou mesmo de respeitar ou aprender a absorver críticas e/ou posicionamentos que divergem de seu ideal³¹.

Nesse sentido, ao prefaciá-la obra *Crimes Hediondos*³², RANULFO FREIRE ressalta que “o papel do juiz criminal não se resume apenas em infundir, em relação a determinadas normas de incriminação, o sopro do social; é sua incumbência ainda posicionar-se na relação de tensão ‘Indivíduo-Estado’ para assegurar sempre uma esfera individual frente à onipotência do Estado”.

Perceber a importância que essa função de garantidor exercida pelo Judiciário igualmente é anotada por BIZOTTO (2009, p. 50) quando afirma que “a sistemática da

³⁰ “Para Gilmar Mendes, já é discutir de maneira franca o sistema carcerário brasileiro”. Entrevista concedida à jornalista Mônica Bergamo, publicada na edição de 8.12.2013 da Folha de S.Paulo, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2013/12/1381683-para-gilmar-mendes-ja-e-hora-de-discutir-de-maneira-franca-o-sistema-carcerario-brasileiro.shtml>.

³¹ Importante frisar o pensamento de STRECK (2014-C) no particular ao narrar o seguinte: “Dia desses, meu livro *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* foi objeto de uma pergunta na prova escrita para o concurso da magistratura de Santa Catarina. Mais ou menos assim: o que se entende por pamprincipiologismo e solipsismo, segundo a obra do Prof. Lenio Streck? A questão provocou reações das mais iradas. Senti-me como um médico cubano chegando no aeroporto de Fortaleza. Sem dinheiro e... vaiado (pelos concurreseiros). O pior ainda estava por vir. Nos recursos, consta que alguns candidatos argumentaram – parece que até junto ao CNJ – que ‘isso’ de pamprincipiologismo e solipsismo era coisa de um autor (no caso eu) e que, como eu era do Rio Grande do Sul, havia precedentes do CNJ no sentido de que não se podia usar literatura jurídica regional. Bingo. E é esse tipo de gente quer ser juiz... Está certo que o Rio Grande do Sul já esteve envolvido com a República Farroupilha e que queria se separar do Brasil, como a própria querida Santa Catarina, então denominada, em parte de República Juliana. Minha literatura seria regional... Fantástico, não? Estocar comida me parece ser a única saída. E vou lançar um manual para construção de bunkers. Mas um manual simplificado, porque se não a ‘casa cai’, se me entendem...”.

³² Trato da obra de Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix. 7 ed. – São Paulo, RT, 2011.

Constituição da República impõe ao juiz a formação da norma pela interpretação do caso penal. É essencial conhecer a realidade e exercer o dever imposto constitucionalmente de dar vida aos direitos fundamentais, concretizando, com a interpretação do caso concreto, a efetividade das normas constitucionais”.

A continuidade dessas práticas vai acarretar da perda de legitimidade da própria Constituição, como percebe STRECK (2014-A, p. 257):

Os problemas decorrentes de uma ‘baixa constitucionalidade’ podem ser detectados em vários âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre vigência e validade (o que equivale hermeneuticamente a equiparar texto e norma). Em consequência, a Constituição fica relegada a segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto. Como veremos na continuidade, isso coloca em risco a própria (sobrevivência) da Constituição de 1988.

Assim, o convite a essa (auto)análise das posturas jurisdicionais demandará sobretudo a reflexão sobre a tarefa institucional que foi reservada ao Judiciário. De consequência, longe de adequar aos preceitos um tanto imediatistas que muita vez somos convidados a realizar, perceberemos os riscos que uma postura menos comprometida com os direitos fundamentais irá nos afastar cada vez mais do ideal constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

1.3 Juízes/as são Agentes de Segurança Pública? Os Trunfos Políticos de Dworkin.

Creio que a indagação “Juízes/as são agentes de segurança pública?” exige alguns esclarecimentos, mesmo porque parte de pelo menos duas premissas. A primeira significa reconhecer as profundas modificações no sentido do direito, antes pensado como autossuficiente e formalmente adequado, mas que, com a complexidade demandada pela realidade social, gera uma atividade judicante cada vez mais difícil e desordenada. Disso resulta no reconhecimento que o sistema lógico-dedutivo de *aplicação* do direito não se mostra mais suficiente (em frases do tipo ‘a revolta dos fatos contra os códigos’) e qualquer tipo de pronunciamento jurisdicional útil pode ser algo admitido com facilidade, mesmo que orientado para atender determinadas questões. Daí se percebe a gravidade do momento atual, em que muitos se percebem numa *crise do direito*, a exemplo do que aponta NEVES (2012, p. 34) ao considerar que “as categorias da ação e do comportamento em geral (pessoal ou

institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil e da funcionalidade, da eficiência, da performance”.

Assim, posturas orientadas ora pelo raciocínio da mera subsunção (quase mecânica), ora por questões teleológicas, cria um sistema jurídico com notas de irracionalidades para quem o assiste e o vivencia. A previsibilidade que a modernidade julgava resolvida com a criação de um sistema de normas abstratas³³, permitindo a solução de cada situação a partir de um raciocínio de subsunção não mais parece confortar a alma dos pensadores contemporâneos. Aliás, basta acompanhar a rotina forense para ver que, a depender do/a juiz/a, casos idênticos terão soluções cujas variedades vão ao infinito. Diz-se que a abertura provocada pelo próprio legislador – ao inserir cláusulas abertas e/ou normas principiológicas – permite um campo de atuação do/a magistrado/a, em que poderá se valer de valores, crenças, moralidade, enfim uma infinidade de fatores que se revelam muito mais do que questões *estranhas* ao sistema jurídico (este não seria exatamente o problema central, como veremos adiante), mas sobretudo como uma verdadeira subjetivação dos fins.

Neste ponto, recorro uma vez mais a NEVES (2012, P. 34) para perceber “os fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem ontoaxiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjetivas (a subjetivação dos fins), enquanto a ação se estende relativamente a esses fins como possibilidade causal, isto é, funcional ou técnica”.

De todo modo, paradoxalmente, existe o *discurso oficial* marcado pela ideia de que a atividade judicial é estritamente positivista legalista³⁴ em que a neutralidade é proclamada, quanto mais na seara criminal. Divulga-se o/a juiz/a *legalista* (em alguns casos, chegam a dizer ser partidário da “Lei e ordem”) para infundir a ideia de que nenhum tipo de moralidade

³³ No direito penal a questão ganha contornos ainda mais graves porquanto estamos a tratar de pensar nos limites do poder punitivo estatal. Não por outro motivo que Vera Regina P. Andrade levanta a questão ao refletir sobre a busca da segurança jurídica prometida para dizer: “Revisitar as promessas funcionais da dogmática penal implica indagar: mas em que medida tem sido cumpridas as funções declaradas na Dogmática penal na trajetória da modernidade? Tem a Dogmática penal conseguido garantir os direitos humanos individuais contra a violência punitiva? Tem sido possível controlar o direito com igualdade e segurança jurídica? Encontra congruência na operacionalidade do sistema penal o discurso garantidor secular em nome do qual a Dogmática penal fala e pretende legitimar o seu próprio ideal de ciência? E é, pois, pelo cumprimento da função racionalizadora/garantidora declarada que se explica sua marcada vigência histórica, ou ela potencializa e cumpre funções distintas das prometidas?” (2012, p. 219).

³⁴ Considero positivista legalista a suposição de que as decisões não se sujeitam a nenhum tipo de neutralidade, inclusive, apontando equivocadamente o ensinamento de Hans Kelsen na obra Teoria pura do direito. Em realidade, Kelsen formulou a ideia de uma ciência do direito, de cunho preponderantemente metodológico, em que praticamente não se ocupou propriamente da aplicação do direito. Não é por acaso que o título da obra é teoria pura do direito, e não teoria do direito puro, como bem observa Lenio Streck em seus mais diversos artigos.

seja capaz de influenciar a atividade judicante, tampouco reconhecer que questões de índole pragmática influenciam a decisão. Assim, a questão sobre a influência de questões de segurança pública em decisões judiciais teria um impedimento no pressuposto, de acordo com essa percepção formalista.

Interessante notar que, ainda que procure se esquivar da percepção crítica, o raciocínio judicial que utiliza da lógica dedutiva (ou seja, o silogismo em que reconhece a premissa maior a lei e a premissa menor o fato), para alcançar a conclusão em cada caso sob julgamento, mesmo assim a nota de subjetividade pode ser percebida, porquanto (NINO, 2010, p. 350) “não é que os juízes não realizem um raciocínio dedutivo ao fundamentar uma decisão, mas sim que a escolha das premissas e das regras de inferência de seu raciocínio exige um verdadeiro trabalho criativo”.

Não por outro motivo, amparamos a percepção de que é inevitável a influência pessoal do/a juiz/a na atividade jurisdicional, seja numa percepção proclamada legalista, seja na outra radicalizada no pragmatismo ou ativismo. De tal sorte que (CIARLINI, 2013, p. 101):

ambos os extremos se mostram como formas de partidarização do juiz, e a abstenção do magistrado, por comodismo, inclinações pessoais, timidez ou qualquer característica pessoal sua, diante de situações peculiares da atividade judicante, também consubstanciará uma forma de submissão em relação a determinadas tendências dominantes na sociedade, em um dado momento de sua história.

Diante dessas questões levantadas, que servem muito mais para indicar o pressuposto do qual devo partir para análise da pergunta proposta neste tópico, quero dizer que parto da premissa que a atuação judicial jamais poderá ser *neutra*. A partir da percepção da complexidade da situação atual em que demandas cada vez mais diversas tomam conta do debate na atividade judicial, forçoso perceber a influência de algum tipo de moralidade. A criatividade permeia a atuação do/a julgador/a. É dizer, quando se perquire sobre a finalidade da atuação judicial estamos tentando entender até que ponto essa percepção teleológica – com as inevitáveis influências de cunho social, cultural, histórico ou mesmo afetivo – pode alcançar o abandono do próprio critério de formalidade (estrutura lógica) do sistema jurídico.

A segunda premissa que autoriza a pergunta sobre a repercussão da atuação do/a magistrado/a com competência criminal diz respeito a existência de uma relação entre segurança pública e as decisões proferidas em ações penais. Para ser mais preciso, reduzo a

questão para supor que possa haver o senso-comum³⁵ de que exista uma relação de influência recíproca entre criminalidade e encarceramento. Utilizo o termo criminalidade para designar o problema mais evidente a respeito de segurança pública; e, igualmente, dentro dessa temática, a opção pelo signo encarceramento se deve ao fato de existir no Brasil um sistema jurídico que determina a possibilidade de prisão apenas por ordem judicial³⁶, ou seja, todas as pessoas atualmente recolhidas (seja em caráter provisório³⁷ ou decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado³⁸), assim se encontram porque existe um pronunciamento judicial.

Se é fácil constatar os níveis de encarceramento, porque partem de dados objetivos, a saber, número de pessoas presas, o mesmo não se conclui quando se perquire sobre o *quantum* de criminalidade. Porque aqui surgem os mais diversos parâmetros, sendo o mais comum pensar em observar o número de crimes. Entretanto, a dificuldade é enorme em se chegar a esse número, porque não basta realizar um levantamento em todos os tribunais pátrios e constatar quantas ações penais e inquéritos policiais estejam em andamento durante certo período, porquanto é inegável pensar na existência de inumeráveis crimes que não

³⁵ Com WARAT (1982, p. 50) vamos perceber o quanto esse senso-comum prático como o objeto principal de uma teoria crítica para perceber a existência de uma “trajetória epistemológica tradicional (que) concebe o mundo social como sendo um sistema de regularidades objetivas e independentes. Esta proposta sugere a coisificação das relações sociais, o que permite concebê-las em seu estado ingênuo. É precisamente a perda dessa ingenuidade que vai permitir a formação de uma história das verdades, que nos mostre os efeitos políticos das significações na sociedade”. Mais que isso, WARAT (1982, p. 52) aponta a existência de um “senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme. Trata-se de uma episteme convertida em doxa, pelo programa político das verdades, executado através da praxis jurídica. Nesta ordem de idéias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica”.

³⁶ Muito embora tenhamos ciência do mandamento constitucional de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (CF, art. 5º, LXI), é certo que, nos casos de prisão em flagrante, caberá ao/à juiz/a se pronunciar a respeito deste procedimento imediatamente, conforme previsto no art. 310 do Código de Processo Penal. A exceção existente que de fato permanece diz respeito apenas aos casos militares.

³⁷ Consideramos prisão provisória toda aquela decretada, sem existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado ou de órgão colegiado. Em nossos sistema, existem duas modalidades deste tipo de prisão: preventiva e temporária.

³⁸ Dispõe o art. 5º, LVII, da CF que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em tempos recentes, porém, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que é possível seja determinado o cumprimento da pena decorrente de julgado em segunda instância, ou seja, independentemente de trânsito em julgado (HC 126.292, julgado em 17/02/2016). Assim, sem que existam os requisitos de uma medida cautelar (no caso, a prisão provisória), autoriza-se a decretação da prisão para cumprimento de pena.

chegam sequer a serem noticiados, além daqueles informados às autoridades e sequer exista a formalização de investigação. Sequer existe alguma ideia sobre o percentual de delitos realmente investigados.

Há o esforço de alguns pensadores nesse sentido, a exemplo de JOCK YOUNG (2002, p 64), que assevera “a existência de uma cifra oculta de crimes não notificados às agências oficiais é conhecida desde o trabalho do belga Adolphe Quetelet, o fundador da estatística social, na década de 1830”. E conclui adiante que “a extensão da cifra oculta revelada varia de pesquisa para pesquisa, mas comumente apenas um terço das infrações é conhecido pela polícia”. Na pesquisa de SUTHERLAND (2015, p. 334) existe a informação de que, entre as 70 maiores empresas estadunidenses, 97% foram consideradas reincidentes em práticas ilegais, com baixos índices de criminalização dos responsáveis por essas condutas ilícitas.

Portanto, não é fácil estabelecer essa relação diante da falta de critério para indicar o índice de criminalidade. De toda forma, um dos poucos dados que provavelmente devem se aproximar da realidade são revelados a partir da utilização do parâmetro da criminalidade pelo número de homicídios por cada ano. Isso porque normalmente existe a materialidade do delito (o corpo da vítima), a nota de gravidade é sensivelmente mais elevada e pelo menos desde 1990 existem dados disponíveis para análise desses números no Brasil, como veremos adiante.

Assim, buscaremos relacionar os dados da população carcerária e do número de homicídios desde 1990 para compreender se pode ser possível ou não essa relação.

Dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, revelam um aumento de 575% do número de pessoas presas no Brasil entre 1990 (que tínhamos 90.000) e 2014, quando chegamos a população carcerária de 607.700³⁹. Enquanto isso ocorreram em 1990, para cada 100.000 habitantes, 22 homicídios, enquanto que em 2014 o número foi de 28,7 em média, na mesma proporção⁴⁰.

³⁹ Relatório disponível no endereço eletrônico: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> (acesso em 29/04/2016, às 22h25).

⁴⁰ Dados do Mapa da Violência 2014 revelam que em 2012 foram 29 homicídios por 100.000 habitantes. A reportagem do portal g1.com, partindo dos dados de todas as secretarias de segurança pública estaduais, encontrou esse número de pessoas vítimas de homicídio ao somar todos os homicídios e indicar o citado índice. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/brasil-teve-em-media-143-assassinatos-por-dia-em-2014.html> (acesso em 29/04/2016, às 22h54).

Dessa análise puramente simples desses dados revelam que não há como afirmar ou negar que tenha alguma relação entre pessoas encarceradas (típica da atividade jurisdicional) e criminalidade (considerado pelo número de homicídios registrados nos órgãos de persecução penal)⁴¹, porque aumentou cerca de 27% o índice de criminalidade ao passo que a população carcerária quase atingiu um número seis vezes maiores. Difícil pensar numa relação de prejudicialidade entre um índice e outro.

Portanto, a objeção que alguém poderia colocar de plano na pergunta sobre “juízes ou juízas criminais são agentes de segurança pública?” guarda todo o sentido quando se observam os dados levantados. Daí a necessidade do esclarecimento de que somente tem sentido o questionamento se partirmos do pressuposto de que o senso-comum admite que possa ter alguma relação entre atividade jurisdicional (notadamente a que determina ou não a prisão) e segurança pública (no caso, o desequilíbrio imposto pela criminalidade).

Feitos os esclarecimentos necessários – fundamentais para explicar o motivo da pergunta – propomos demonstrar que a própria Constituição Federal expressa no art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. E indica todas as forças policiais⁴² como órgãos que visam concretizar esse direito, todos eles, como se sabe, vinculados ao Poder Executivo, ou seja, estamos a tratar de típica atuação de cunho administrativo.

É comum observarmos na doutrina especializada que os atos administrativos guardam alguns atributos e certas características: deveras, um ato de um policial militar, no exercício de sua função, tem presunção de legalidade e está fundado na ideia de que existe a supremacia do interesse público sobre o privado. Mais que isso, está dotado de discricionariedade, ou seja, nos mais das vezes está garantida a possibilidade de mais de uma forma de atuação, um espaço de ação previamente garantido por lei ao agente público, desde que, claro, esteja vinculada a finalidade de resguardar o interesse público.

⁴¹ Também pensar que a perspectiva de relacionar com aumento de crimes deve se sujeitar a uma lógica: se imaginarmos que determinada unidade jurisdicional hajam 100 condenações por estupro de vulnerável a uma pena próxima ao mínimo de 10 anos em regime fechado (com progressão em 2/5) importa em pelo menos 04 anos nesse estado. Sem que necessariamente ocorra aumento do número de condenações, ou seja, permanecendo o mesmo ritmo irá ocasionar um aumento vertiginoso da população carcerária sob este aspecto. Assim, em 04 anos somente esta imputação gerará 400 pessoas encarceradas, sem que isso tenha significado em aumento de crimes.

⁴² Polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

BANDEIRA DE MELLO vai dizer que, a rigor, o cerne da atividade administrativa está vinculado a dois princípios: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Assim, constrói a ideia de que toda e qualquer atividade pública seria, em verdade, um *dever-poder*, pois somente existe a prerrogativa (a supremacia do interesse público sobre o privado, de que decorrem outros institutos como os poderes administrativos ou a presunção de legalidade) para resguardar a indisponibilidade do interesse público, na ideia de que o agente jamais poderá abrir mão da atuação em prol de um ideal coletivo diretamente pensado⁴³.

Como visto, adotar o entendimento de que a atividade jurisdicional esteja vinculada a segurança pública implica reconhecer a necessidade de transpor esses conceitos (típicos da atividade administrativa) para a atuação judicante. A pretensão de alguma racionalidade das decisões judiciais ficaria dissolvida muito mais numa espécie de *esquizofrenia*, porquanto ora o raciocínio silogístico seria utilizado, ora imperaria a atividade finalística, de acordo com as circunstâncias ou simplesmente da vontade do/a julgador/a.

Seja qual for o argumento pensado para autorizar semelhante raciocínio, desconheço alguém disposto a pagar o preço por semelhante escolha. Ora, a entrega de semelhante poder ao Judiciário terminaria por se deixar vincular a uma ordem de valores tão fluida quanto incerta. Nesse sentido, preocupado com a perda da característica deontológica do direito a partir de resguardar uma ordem coletiva, HABERMAS adverte que (2003, p. 213):

quando direitos individuais e bens coletivos são agregados e transformados em valores equivalentes, as ideias teleológicas, deontológicas e sistêmicas se entrelaçam de modo ambíguo. E cresce a suspeita de que o choque entre essas preferências valorativas, não racionalizáveis, privilegia os interesses mais fortes. Essa circunstância esclarece também por que é relativamente fácil prever o final de processos judiciais quando nos apoiamos em princípios da teoria do poder e dos interesses.

⁴³ O autor aponta da importância da compreensão das bases ideológicas próprias do direito administrativo (MELLO, 2009, p. 55): “O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade. Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Interessam-nos, aqui, repita-se, estes aspectos, porque pertinentes ao regime público especificamente administrativo”.

Ora, o pensamento destacado parece revelar como algo que custou caro à democracia moderna, como o pensamento dos direitos fundamentais enquanto instrumento de limitação do poder estatal, perde a importância com o discurso muitas vezes amparado sem qualquer base racional para autorizar relativismos que terminam por desfigurar a própria ideia de Estado de Direito.

Assim, não é de impressionar a utilização de conceitos típicos de atividade administrativa em decisões judiciais sem qualquer cuidado para densificação necessária para utilização na seara judicial. A título de exemplo, realizei uma pesquisa jurisprudencial por meio da página da internet do Superior Tribunal de Justiça: digitei o termo “discricionariedade” no campo “pesquisa livre”, anotando apenas “acórdãos” e restringindo aos órgãos julgadores 5ª e 6ª Turmas daquele tribunal (as que tem competência criminal). Limitando a pesquisa ao ano de 2016 (ou seja, do dia 01/01/2016 a 29/05/2016) e o resultado foi 160 acórdãos⁴⁴. Entre estes, 78 continham na ementa do julgado o termo “discricionariedade” como justificativa adequada para fixar o entendimento de que a variação da redução da causa de diminuição de que trata o art. 33, §4º, da Lei 11.343.06 (Lei de Drogas – crime de tráfico privilegiado), que pode ser de um sexto a dois terços, está sujeita a uma atividade discricionária do/a juiz/a⁴⁵. Num caso rotineiro, o julgado autoriza que a variação de uma pena entre esses extremos que, apenas a título de exemplo, de uma pena intermediária (10 anos, médio entre o mínimo de 5 e o máximo de 15 anos do crime em questão) vai variar para a pessoa condenada por esse crime entre 8 anos e 4 meses em regime necessariamente inicial fechado (com a redução mínima) e 3 anos e 4 meses com possibilidade de fixação em regime aberto (com redução máxima), a partir de um critério de *discricionariedade*. É dizer: em quase metade dos casos, o STJ decidiu que pode o juiz usar um critério típico de atividade

⁴⁴ Consulta realizada no sítio eletrônico www.stj.jus.br no dia 29/05/2016, às 18h21.

⁴⁵ A título de exemplo, eis a ementa de um dos julgados, que exprimem idêntica ideia: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. (...) TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. MITIGAÇÃO INFERIOR AO MÁXIMO ACERTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. 1. Tendo o legislador previsto apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, com preponderância, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. 2. Inexiste ilegalidade na manutenção do redutor no patamar de 1/3 (um terço), de acordo com o previsto nos arts. 42 da Lei 11.343/06 e 59 do CP, dado o expressivo volume dos entorpecentes apreendidos e sua variedade. (...) 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 317.172/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJE 12/04/2016).

administrativa (estranha à essencialidade da deontologia) para definir a pena de um crime, cuja variação pode chegar a mais que o dobro da pena mínima. Os critérios legais constantes no §4º do art. 33 da citada lei (como dedicar a uma atividade criminosa, ostentar a primariedade) parecem que nada importam para essa análise para prevalecer um termo que convida a um absoluto irracionalismo.

Apenas para frisar: o entendimento de que configura ato discricionário do/a juiz/a definir o montante da redução da pena partiu do órgão jurisdicional responsável pela higidez da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça. Essa forma de pensar sobre o sistema legal autoriza que uma pena possa variar (de um regime aberto a um regime fechado) apenas por meio de uma ideia da discricionariedade, sem qualquer ressalva ou observação mais específica pertinente à fixação da pena, tampouco à necessidade de observância estrita dos termos legais pertinentes ao dispositivo em questão.

Daí decorre a questão da legitimação externa do Poder Judiciário⁴⁶, com nítido conteúdo ético-político, em que, para FERRAJOLI (2010, p. 501), “diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo de sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais”. E conclui adiante para considerar que “não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou interesse da maioria. Nenhuma maioria ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja”.

É o problema de um tipo de linguagem ou de manifestação que pode se pensar pela própria falta de clareza necessária para, no exemplo citado, variar a pena em que cabe regime aberto (ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos) à necessidade de fixação de regime inicial fechado.

Todavia, com isso não quero dizer que estamos a admitir a naturalização de conceitos, como se estivesse a sustentar uma espécie de proibição de utilização do termo *discricionariedade* na seara jurisdicional em qualquer hipótese, mas sim perceber o cuidado

⁴⁶ Em outro sentido, mas com mesma percepção crítica, FERRAJOLI (2012, p. 247) diz: “A jurisdição, como sustentei inúmeras vezes, é sempre um poder-saber: quanto maior é o saber, menos é o poder e maior é a sua legitimidade; e vice-versa. O ‘saber’ jurisdicional é assegurado pelo conjunto de garantias substanciais e processuais, que são, igualmente, limites à discricionariedade e, portanto, ao poder dos juízes, a começar pela estrita legalidade, isto é, pela formulação da linguagem legal da maneira mais rigorosa e taxativa possível”.

que se deve desdobrar para utilização indiscriminada desse tipo de linguagem, como esclarece RODRIGUEZ (2013, p. 14):

Os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos e têm a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o direito em abstrato. Esses dois elementos ajudam a compor o que MARCOS NOBRE chamou de ‘lógica do parecer’, modo de pensar e de intervenção intelectual e profissional dominante em nosso pensamento jurídico, e permitem repensar o sentido da ordem jurídica brasileira como um todo.

Feita a ressalva relativa a naturalização do conceito, até aqui pode parecer que estou a defender que o Judiciário, a partir de uma linguagem adequada, deva atuar apenas e tão-somente sob um raciocínio dedutivo, ou seja, que seja possível garantir o pleno exercício de todo e qualquer direito quando confrontado com qualquer tipo de interesse coletivo a partir de um raciocínio silogista. Todavia, os limites desse tipo de atuação são manifestos na sociedade atual, mesmo porque a gama de direitos que as democracias ocidentais proporcionam são expressivos. Mais que isso, impossível pensar na possibilidade de alguma sociedade que estabeleça uma convivência harmônica em que todos tenham direito a tudo o tempo todo.

Nesse passo, pode interessar a questão envolvendo aos limites dos direitos individuais na complexidade da sociedade atual. A bem da verdade, a questão colocada sobre a repercussão da atuação do Judiciário na segurança pública pode ser visualizada num conflito entre interesse individual e interesse público, equivale dizer, até que ponto deve prevalecer um direito individual sobre alguma perspectiva que seja importante para convivência social. Posso refinar ainda mais a questão para questionar se de fato é possível que *exista(m)* algum(ns) direito(s) capaz(es) de ter essa força (de prevalecer sobre algum interesse público legítimo) e, caso obtenha resposta positiva, identificar as *razões* para semelhante solução e, sobretudo, *qual(is) direito(s)* deve(m) prevalecer.

Para responder essas três questões essenciais, recordo o pensamento de RONALD DWORKIN (2014-A) sobre o que ele vai designar como *trunfos políticos* em que seria um instrumento fundamental numa democracia. Sustenta o autor que é possível pensar no exercício de direito, da perspectiva individual, mesmo que contrarie algum objetivo coletivo legítimo.

As razões para esse entendimento exigirão de nós uma explicação mais precisa. De início, a dificuldade percebida por Dworkin diz respeito à própria questão semântica, ou seja, normalmente esses direitos fundamentais estão consagrados em princípios (com carga semântica mais ampla) e que é preciso criar limites para atuação dos/as juízes/as, tanto para impedir o excesso como para identificar a omissão. Em uma análise resumida das ideias do jusfilósofo, esses limites podem ser definidos a partir da distinção entre princípios que estabelecem direitos (princípios jurídicos) e outros pertinentes a questões políticas (princípios políticos). Assim, enquanto direitos são notoriamente distribuídos e individualizados, os princípios políticos versam questões coletivas, sujeitas a outra ordem de linguagem. Mais do que isso, esclarece Carlos Santiago Nino, a percepção dworkiana permite evidenciar que (2010, p. 511) “direitos constituem um limite ou limiar contra medidas fundamentadas em objetivos coletivos: se um suposto direito cedesse a qualquer objetivo social legítimo, não seria um verdadeiro direito”.

Trazendo ao problema posto no presente texto: ninguém duvida de que há o interesse da maioria em ver as pessoas que praticam crimes graves presas (em que se resguarde o interesse público voltado à segurança pública). Mas as pessoas que cometem crimes têm alguns direitos a serem observados, entre eles, destaco que a pena imposta por cometer o crime não pode ser cruel, que no Brasil tem previsão constitucional no art. 5º, inciso XLVII, alínea e⁴⁷. A questão, portanto, é saber se esse objetivo coletivo (interesse em manter pessoas presas) deve preponderar em face do mencionado interesse individual (proibição de impor pena cruel).

Assim, chegamos no ponto em que podemos entender a profundidade que pretendo chegar na questão proposta. Se houver o entendimento de que o Judiciário tem algum papel na segurança pública, como verdadeiros agentes que exercem alguma influência neste tema, então estará o/a juiz/a poderá conviver com a ilegalidade presente nos estabelecimentos prisionais exatamente porque estará pensando em resguardar esse interesse público. Aliás, trata-se de medida confortável para o público em geral não apenas manter pessoas presas

⁴⁷ E também há previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 5º, ao consignar que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Ainda há a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), com vigência no Brasil por força do Decreto 678 de 06/11/1992, trata especificamente dessa questão também no art. 5º, em que consta: “Direito à integridade pessoal (...) 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Por fim, no plano normativo, encontramos as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, aprovada em 1955 pela ONU.

como se proclamar vinculado a algum movimento tido como legalista ou vinculado ao *Movimento Tolerância Zero*⁴⁸.

É o paradoxo da democracia no Brasil: o Judiciário se vê em situações embaraçosas (relacionadas à imagem pública) muito mais quando determina a soltura de uma pessoa do que exatamente quando determina a prisão, que deve ser, para esse sistema, uma medida sempre excepcional. Quer dizer, notícias publicadas de que determinado/a juiz/a impôs a soltura de uma pessoa no mais das vezes gerarão comentários negativos à instituição ou mesmo à pessoa do/a magistrado/a, ao passo que a decretação de uma medida restritiva (desde busca e apreensão, condução coercitiva e, claro, a prisão) confere uma sensação uma imagem positiva, de um trabalho bem executado, muita vez sem qualquer questionamento mais profundo acerca da necessidade dela.

Com isso, quero dizer que as práticas judiciárias atuais no Brasil respondem positivamente ao meu questionamento. É dizer: uma possível resposta racional para admitir que direitos fundamentais sejam sistematicamente descumpridos nos ambientes carcerários é a de que juízes/as com atuação criminal se enxergam como agentes de segurança pública. É que se colocam vinculados a um interesse público da maioria que entende que pessoas que cometem crimes devem ficar presas, pois estará resguardada a segurança pública, ainda que tal fato se dê em absoluto desrespeito aos direitos fundamentais⁴⁹.

⁴⁸ Creio que seja um termo mais adequado do que o “Lei e ordem”, porque reflete a existência de um grau de intolerância com determinados tipos de crime. Interessante que poucos realmente se interessam em investigar os detalhes sobre esse movimento que ganhou repercussão mundial a partir da experiência ocorrida na década de 1990 em Nova York. JOCK YOUNG (2002) esclarece que, em realidade, houveram diversas afirmações falsas no período. Primeiro a de que a redução da prática de crimes entre 1993 e 1996 ocorreu por conta de práticas inovadoras pelo Departamento de Polícia de NY não se confirma, porquanto neste mesmo período verificou-se redução dos índices de criminalidade em 17 das 25 maiores cidades dos EUA. Em algumas nenhuma nova prática foi anunciada (Oakland), outras com práticas menos agressivas (como Los Angeles) e algumas com policiamento orientado para comunidade (como Boston e San Diego). Ademais, não teria sido exatamente uma “tolerância zero” praticada, mas, como esclareceu depois o ex-comissário de polícia da cidade de NY, William J. Bratton, foi a mudança de foco do policiamento para crimes ligados à desordem pública ou utilização de estatísticas computadorizadas como guia para o policiamento. Ele explicou que não tinha policiamento suficiente para se pensar numa possibilidade de tolerância zero, nos moldes teóricos preconizados no livro *Zero-Tolerance: Policing in a Free Society*.

⁴⁹ Neste ponto, convém esclarecer que impossível não perceber uma inspiração de que o/a juiz/a encarne uma espécie de vingador da sociedade, como se o problema fosse externo a ela (sociedade), e que o fato-crime é-lhe algo estranho. HABERMAS percebe esse fenômeno com grande lucidez ao dizer: “Além disso, o direito permanece ligado tão estreitamente ao costume e às representações religiosas, que é difícil distinguir entre fenômenos genuinamente jurídicos e outros fenômenos relativos aos costumes. Os conceitos de justiça, que estão na base de todas as formas de regulação de conflitos, se entrelaçam com a interpretação mítica do mundo. A vingança, a retribuição e a compensação servem para a reconstituição de uma ordem estremecida. (...) A gravidade do crime mede-se pelas consequências da ação, não pela intenção do autor. Uma sanção tem o sentido de uma compensação para o prejuízo causado, e não o de castigo do autor, que se tornou culpado pela infração de uma norma” (2003, p. 234-235).

Entretanto, o argumento teórico que desejo desenvolver aqui visará demonstrar como a ideia de trunfos políticos pode ser válida para trazer outro foco para essa questão, a ponto de perceber como essa prática atual de permitir a lesão a semelhante direito fundamental (de não submeter pessoas a penas cruéis) desconfigura a noção da escolha democrática que realizamos, notadamente a partir da Constituição de 1988.

Para entender como se chega a essa construção de trunfos políticos, importante compreender a distinção que Dworkin (2014-A) faz entre ética, moral pessoal e moral política, que serão abordados de maneira absurdamente resumida, como forma de observar as origens desse pensamento. O autor concebe ética como a responsabilidade pelas escolhas de cada um para viver bem, ao passo que moral pessoal como aquilo que cada um deve aos outros. E, por fim, (DWORKIN, 2014-A, p. 500) “a moral política estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”.

Enquanto moral pessoal e ética são conceitos tratados a partir da responsabilidade (o que as pessoas devem fazer por si mesmas e pelos outros), a moral política utiliza da ideia de direito, a qual não corresponde exatamente aos deveres particulares de cada um, mas antes aos deveres coletivos da comunidade que deve ser voltado a cada um. Chama isso de direitos políticos, conceito que é concebido pelo autor como bem mais amplo do que as prerrogativas de votar e ser votado, mas como todo e qualquer postulado que consagre um dever coletivo da comunidade: são os direitos propriamente ditos, como o direito à liberdade, à igualdade, à vida, entre outros.

DWORKIN (2014-A, p. 503) estabelece que a construção dos direitos fundamentais deve ser alcançada a partir de uma comunhão entre igualdade e liberdade, ou melhor, que seriam postulados cuja delimitação de seus contornos demandam a consideração um do outro. Daí se segue que, na percepção do autor, “uma comunidade política não tem poder moral para criar e impor obrigações contra seus membros a menos que os trate com igual consideração e respeito, ou seja, a menos que, em seus programas de ação política, considere todos os seus destinos como igualmente importantes e respeite a responsabilidade individual de cada um deles pela própria vida”.

E essa questão se liga aos trunfos políticos na medida em que se torna o instrumento de que pode valer o indivíduo isoladamente considerado para oferecer ao Judiciário o meio para (DWORKIN, 2014-A, p. 501) “declarar que determinados interesses particulares são tão

importantes que devem ser protegidos até mesmo contra aquelas políticas que efetivamente melhorariam a situação do povo como um todo”.

Assim, percebe-se que há escolhas coletivas que se afiguram de relevância tal que, uma vez inobservadas, descaracterizam a própria essência da democracia, de tal modo que cabe ao/à juiz/a garantir que esses princípios jurídicos (os trunfos) prevaleçam sobre qualquer objetivo coletivo, por mais relevante que seja.

Com isso, temos fixada uma ideia relevante: existem direitos muito importantes que devem prevalecer sobre o interesse público imediato. Não são todos direitos, mas aqueles que se ligam diretamente a ideia central da democracia, a saber, que se alinham com o princípio de igual consideração e respeito. A busca do autor, portanto, é a observância conjunta entre o princípio da igualdade (igual consideração) com o da liberdade (respeito).

Claro que a percepção dworkiana é a de que este catálogo de trunfos políticos, além de preponderantemente pensados com uma tessitura aberta, não é oferecido de maneira pressuposta. Equivale dizer, para o autor, a cada situação deve ser possível enxergar a existência ou não, naquele caso, do trunfo político⁵⁰. Daí a impossibilidade de existir um rol dos trunfos políticos comuns (*a priori*) a toda e qualquer sociedade democrática.

Há claro distanciamento da percepção positivista clássica de Savigny sobre o que seria um direito público subjetivo, como aquele espaço de atuação individual em que o Estado deve se abster de qualquer intervenção. Espaço esse conferido pelo legislador, que seria o suficiente para a plena fruição deles. Uma percepção de cunho manifestamente liberal em que essa estrutura de direitos subjetivos, constituídos *a priori*, seja possível ser exercida sem qualquer vinculação externa. Lógico que, como já mencionei, a própria gama de direitos individuais amplíssima e a as dificuldades em se perceber a efetivação desses direitos, tornou essa visão absolutamente insuficiente para enfrentar os problemas modernos.

Já em Dworkin (2014-B) é possível perceber que caberá ao Judiciário a legitimidade e a capacidade de propiciar o exercício do trunfo político (que seria algo próximo do conceito

⁵⁰ Essa ideia de DWORKIN se aproxima de modo claro com as lições de HABERMAS, pois ambos vão perceber como o ideal positivista mostra-se insuficiente para corresponder aos problemas modernos. Claro que cada um deles irá propor formas diversas de encontrar a ‘resposta correta’, mas destaco pensamento do pensador alemão dessa ideia quando diz: “Somente as cosmovisões que se tornam mais complexas permitem a formação de uma consciência moral; somente a consciência apoiada em normas moralmente obrigatórias e enraizadas em tradições é capaz de modificar a jurisdição e de transformar um poder fático em normativo; somente a posse de um poder legítimo permite impor politicamente normas do direito; somente o direito coercitivo pode ser utilizado para organização do poder do Estado. Quando analisamos detalhadamente esse entrelaçamento entre uma moral de cunho religioso, uma soberania legitimada juridicamente e uma administração estatal organizada conforme o direito, torna-se claro que é impossível manter os conceitos jurídicos positivistas citados” (2003, p. 236-237).

de direito subjetivo). E o jusfilósofo sabe bem da complexidade da questão, pela rica experiência constitucional estadunidense, para perceber a necessidade de haver um repertório teórico capaz de garantir o mínimo de previsibilidade desse sistema aberto.

Assim, percebe que a atuação judicial deve estar vinculada à integridade (ou seja, apontando um verdadeiro limite a essa atividade), ao compromisso de que não haverá o rompimento de uma ideia de evolução histórica da própria sociedade. É o esforço de se comprometer e de buscar a melhor interpretação possível que estejam em coerência com o conjunto de princípios que regem a sociedade. Mas o próprio DWORKIN (2014-B, p. 264) esclarece que essa questão não envolve simplesmente a coerência, tendo em vista que “a integridade exige que as normas públicas da sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.

É possível perceber nesse pensamento a necessidade de equilíbrio entre integridade, justiça e equidade, de modo que a primeira deve ser concebida como uma espécie de ferramenta para garantir a coerência com o princípio fundamental da igual consideração e respeito. Ao contrário do que se possa pensar em ser uma percepção acanhada e conservadora da atividade jurisdicional, o autor vai esclarecer que a atenção para a integridade quando da solução de determinado caso posto sob julgamento vai exigir do/a juiz/a comprometido/a com a integridade um esforço muito maior do que outras formas de pensar preconizadas pelo pragmatismo ou mesmo pelo positivismo legalista.

Nesse sentido, essa percepção muita vez conflituosa entre bem-estar coletivo e interesse individual que a ideia de trunfo político suscita esse compromisso com a integridade, que irá se formar uma percepção de justiça para a compreensão geral. Tal é a percepção de CIARLINI (2013, p. 121) quando diz

A integridade do direito requer que seja conjugada a aplicação tanto de sua certeza, em um âmbito geral, quanto da justiça, em uma órbita individualizada, pois a ideia ínsita a uma comunidade de princípios tenderá a preservar a forma que garanta, ao lado do bem-estar coletivo, as liberdades e igualdades individuais.

Ora, fica fácil perceber como é cômodo ao/à juiz/a proferir decisões que se alinham com o resguardo imediato da segurança pública (com as ressalvas já mencionadas sobre a falta de evidências da relação entre encarceramento-violência), muita vez bastando fundamentações orientadas para valores ou ordem de teleologia, sem qualquer compromisso

com a ordem constitucional vigente a respeito, por exemplo, dos direitos envolvendo a pessoa presa. Quer dizer que nos parece que a atuação judicial compromissada com a segurança pública, negando aplicação aos direitos fundamentais, está dissociada da ideia de integridade do direito, exatamente por desvincular-se dos princípios fundamentais que a comunidade elegeu para conviver, que, em nossa percepção, estão elencados no art. 5º da Constituição Federal.

Nesse passo, a integridade se vincula muito mais a uma forma de limitação da atuação judicial que, longe de estar apegada às tradições no sentido de apenas replicá-la, há claro dinamismo em enxergar os passos já percorridos em decisões anteriores e pretender dar continuidade a eles, com criatividade (atenta às necessidades atuais), mas também com a responsabilidade de perceber a importância das conquistas alcançadas.

Não por outro motivo DWORKIN (2014-B, p. 273) diz que “o direito como integridade pede-lhes (aos/às juízes/as) que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”, exatamente para expressar que a própria história vai exigir do Judiciário que se pronuncie sobre casos, cuja solução muita vez demandará a percepção de como a comunidade de princípios deve se comportar. Ora, no caso brasileiro, a pergunta colocada sobre ser os membros do Judiciário agentes de segurança pública somente pode ter relevância por conta de circunstâncias específicas do momento histórico, que dizem respeito ao aumento da criminalidade (fato que é inegável). Dificilmente teria pertinência essa indagação em uma sociedade com equilíbrio social visível, que as pessoas viventes tenham em seu benefício a fruição básica dos direitos sociais, como saúde, educação, moradia, a proteção à infância, previdência social e a própria segurança.

A partir da ideia de integridade, forçoso reconhecer que poderá haver casos de uso abusivo desse poder jurisdicional, tanto para exceder as prerrogativas pensadas ao Judiciário (seria o ativismo judicial⁵¹), mas também na perspectiva da omissão, que como visto mais pode interessar nessa análise. Dworkin (2014-B) chama este último comportamento de *passivismo judicial*, conceito que demanda uma abordagem em três perguntas distintas, rememorando as ideias iniciais deste tópico (direitos e questões políticas). A primeira seria uma questão de aprovação para questionar: “Quem deve fazer a Constituição?”. E o autor complementa questionando se o direito fundamental deve ser escolhido por juízes que não

⁵¹Estamos cientes das dificuldades em se definir o que seja efetivamente ativismo judicial, dada a complexidade que envolve o tema. Mas, para fins deste artigo e lastreado em Dworkin, seria uma postura indesejada dos juízes em extrapolar sua atuação, afastando ao modelo de Juiz Hércules por ele criado.

foram eleitos ou por legisladores eleitos pelo povo. A segunda diz respeito à competência para definir: qual instituição tem autoridade para decidir o que a Constituição, devidamente interpretada, realmente exige? E uma terceira questão que seria jurídica: “O que a atual Constituição, devidamente interpretada, realmente exige?”.

Reconhece o autor de maneira incontestável que, no sistema estadunidense, após o julgamento do conhecido caso *Marbury vs. Madison*, a Suprema Corte detém a competência para não apenas dizer qual a extensão de sentido da Constituição, mas exercer o papel de controlar os atos estatais no exame de compatibilidade com ordem constitucional, respondendo, portanto, a segunda questão. No Brasil, diante do disposto no art. 102, inciso I, e do art. 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição, de que não apenas o Supremo Tribunal Federal, mas como todo o Poder Judiciário detém semelhante atribuição, ou seja, cabe ao Judiciário, no Brasil, a tarefa de definir qual o alcance que a Constituição pode atingir, devidamente interpretada, como já observamos no tópico anterior.

Lado outro, uma vez identificada a tarefa do Judiciário, a resposta da primeira questão (quem deve fazer a Constituição?) depende da terceira, na visão do citado autor. Esclarece DWORKIN (2014-B, p. 445) que cláusulas abstratas do direito não são capazes de conceder ao cidadão nenhum direito, mas apenas depois que se opera a interpretação delas, ou seja, “sob o regime de direito como integridade, os problemas constitucionais polêmicos pedem uma interpretação, não uma emenda”.

Entende que o passivismo contempla muitas vezes um ceticismo – típico de um positivismo ideológico – que busca revelar uma suposta isenção moral ou neutralidade que, a rigor, não existe. Busca responder a todas as questões com olhar exclusivamente dogmático, numa interpretação de normas em que (DWORKIN, 2014-B, p. 445) “elas nem permitem nem proibem nada além daquilo que decorre exclusivamente da mais rigorosa interpretação de sua linguagem”. A questão reside em saber qual seria a resposta correta para os casos complexos e que, de fato, parece estar com a razão o autor ao constatar que, sem a interpretação, não haveria efetiva fruição de direitos fundamentais.

Em realidade, Dworkin (2014-B) constata que o juiz passivista busca argumentos atípicos (muitas vezes políticos, como o objetivo geral da comunidade) para fundamentar uma decisão judicial que se alinhe com o entendimento da maioria e que termina sufocando o direito individual. A rigor, tanto o ativismo como o passivismo seriam condutas que expressam em alguma medida o pragmatismo jurídico, pois revelam o descompromisso com

os direitos e, de consequência, com a própria essência de uma democracia, revelada pela ideia da igual consideração e respeito. Assim, para o autor, (DWORKIN, 2014-B, p. 452) “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a histórica de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”.

Quando se trata de trunfos políticos ligados às pessoas presas, percebe-se ainda vigorar o passivismo judicial para prevalecer claramente objetivos comuns da sociedade que não estão exatamente coerentes com os compromissos assumidos na Constituição de 1988.

1.4 O Direito Penal como Instrumento de Limitação do Poder Punitivo

Diante da perspectiva antevista com as reflexões do tópico anterior, é possível constatar que, em Dworkin (2014-A), prevalece o entendimento de que o direito seja capaz de solucionar os problemas mais graves da sociedade e, nessa perspectiva, constrói a ideia de que o Judiciário seja capaz, sim, de se revelar como instituição dotada de todos os elementos indispensáveis para esse desiderato.

De fato, procuramos sustentar que desde a perspectiva sistêmica do próprio direito ao Judiciário está reservada uma função de absoluto destaque. Claro que a percepção centralizadora da confiança de Dworkin aqui expressada, inclusive na construção de um modelo de juiz Hércules⁵², enfrenta resistências teóricas justificáveis, notadamente pelo déficit democrático que a representa.

Um aspecto que chama atenção está na própria ideia de centralização de poder, que poderia criar a expectativa de que uma instituição única seria capaz de apresentar a solução de problemas graves e complexos. A advertência de ARENDT (1973, p. 19) nos parece pertinente nessa análise ao afirmar que “os resolvedores de problemas são caracterizados como homens de grande autoconfiança, que raramente parecem duvidar de suas capacidades

⁵² Essa percepção de Dworkin está na base do direito como integridade, ou seja, de construir limites para atuação judicial a partir de uma ideia de um romance: “O direito com integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto” (DWORKIN, 2014-B, p. 294).

de prevalecer, e trabalhavam juntos com membros das forças armadas de quem a história nos diz que eram homens acostumados a vencer”.

A dúvida lançada pela filósofa é pertinente exatamente para pensarmos sobre as dificuldades para construção de uma sociedade democrática calcada numa perspectiva de concentração de poder, como a pensada em relação ao Judiciário. Isso vai conduzir ao segundo problema: o déficit democrático. A realização de nossos ideais a partir de único canal, como um verdadeiro terceiro a resolver sempre os problemas sociais e econômicos mais sensíveis, irá contemplar um verdadeiro paradoxo numa democracia. Menelik de Carvalho Netto, ao prefaciar a obra de Rosenfeld⁵³, menciona sobre os problemas acarretados pelo paternalismo numa convivência democrática, porque irá retirar do indivíduo sua própria cidadania. Acrescenta que essa percepção, que pode parecer ideal e de certa forma cômoda, irá negar a “capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores”.

Não obstante o quanto se percebe a relevância dos ensinamentos acerca dos triunfos políticos, a partir de uma teoria que permite a oxigenação de valores superiores da sociedade (sem a percepção abstrata de conceitos *a priori*), mas que a um só tempo se esforça por vincular à integridade, evidente que as restrições da atividade judicial são muito claras. É dizer, inviável se pensar que com a (mera) aplicação integral dos direitos fundamentais estaria solucionado o problema carcerário e as questões sociais igualmente estariam sanadas. Longe disso. A questão central estaria voltada a perceber que esse descumprimento crônico dos direitos fundamentais agrava o problema carcerário.

Um olhar histórico pode nos ajudar a dotar de alguma lucidez maior para constatar como o Judiciário pode ser capaz de contribuir para densificar as garantias fundamentais e com isso contribuir para viabilizar o desenvolvimento social. O historiador Thomas Holloway informa que havia no Rio de Janeiro os calabouços – estabelecimentos prisionais voltados a escravos – em que, sob égide da Constituição de 1824, tida como portadora dos postulados liberais clássicos⁵⁴, e do Código Penal de 1830, mais precisamente entre os anos de 1857 e

⁵³ Refiro-me à obra *A identidade do sujeito constitucional*, traduzida por NETTO (2003).

⁵⁴ Para Gilmar Mendes e Paulo Gonet, a Constituição de 1824 “foi um grande estatuto político, uma lei fundamental que logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu

1858 foram presas 288 pessoas (consideradas escravas) por ordem judicial. Destas, 81 (equivalente a 31%) a acusação que pesava contra elas era de praticar capoeira. Não bastasse o absurdo da acusação (que não parece proteger bem jurídico algum), ainda noticia o historiador que não havia em nenhum dispositivo do ordenamento jurídico que estipulasse essa conduta como crime⁵⁵.

Alguém poderia pensar que estamos a utilizar uma época sob um modelo diverso – o imperial – e que não seria adequado quando comparado ao da República. Pois bem. O historiador Amy Chazkel noticia que entre julho e setembro de 1912 um terço das pessoas detidas na Cadeia Municipal do Rio de Janeiro tinha como acusação a prática de vadiagem. E aqui estávamos sob égide da Constituição Republicana de 1889 e sob o Código Penal de 1890 (primeiro anterior ao atual de 1940), uma lei marcada pela abolição das galés, da pena de banimento e do degredo⁵⁶.

Analisados décadas mais tarde, esses dois fatos históricos parecem soar absurdos: a indagação principal seria sobre quais valores que norteavam os pensamentos dos/as juízes/as daquela época para autorizar semelhante arbitrariedade? Ora, já estavam estabelecidas, nessa época, os preceitos basilares do Estado de direito; a ideia de controle do poder punitivo estatal estava construída, para tanto, basta realizar uma simples leitura das constituições brasileiras dessa época ou mesmo consultar doutrinadores desse período, como o próprio Von Litz, na seara penal, ou pensamentos mais abrangentes sobre o direito por nomes como Rui Barbosa e Pontes de Miranda.

Por isso que voltamos ao pensamento de Ferrajoli (2010) neste particular exatamente por devotar à figura do/a magistrado/a papel relevante, apresentando como fundamento de validade do direito a capacidade da norma de produzir alteração na realidade. A partir do momento em que se admite o primado dos direitos fundamentais, haveria efetivamente a *fundação* da legitimidade do Estado, sobressaindo duas percepções fundamentais sobre a deontologia judiciária (FERRAJOLI, 2010, p. 772):

Em primeiro lugar, a consciência profissional do juiz, como tutor ou garante, contra os poderes, sejam públicos ou privados, dos direitos fundamentais de todos os

nascimento, para se constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para nossa maioria constitucional” (Curso de direito constitucional, 2ª edição, p. 163).

⁵⁵ MAIA, Clarissa Nunes. História das prisões no Brasil, volume I. – Rio de Janeiro, Rocco, 2009.

⁵⁶ MAIA, Clarissa Nunes. História das prisões no Brasil, volume II. – Rio de Janeiro, Rocco, 2009

cidadãos. Em segundo lugar, o valor que esses mesmos juízes devem associar à crítica da jurisdição por parte da opinião pública: não apenas tolerando-a, mas exercitando-a, como indivíduos e como grupos; e valorizando-a, não apenas no sentido liberal da sua legitimidade e fecundação, mas, também, no sentido diretamente social da relevância, quais critérios de orientação da jurisprudência, do ponto de vista por ela expresso dos direitos fundamentais não satisfeitos e dos correspondentes interesses materiais.

Percebe-se, assim, realçar o papel do direito e o vínculo que se espera da atividade judicante como instrumento de realização dos direitos fundamentais. O garantismo se vincularia nessa questão como (CARVALHO, 2015, p. 230) “modelo doutrinário crítico das ciências penais integrais (dogmática penal e processual penal, política criminal e criminologia)”. Demonstra, em certa medida, que os problemas voltados em absorver um positivismo dogmático para justificar uma posição contemplativa acerca da concreção dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, destaca-se a percepção de ZAFFARONI (2007, p. 172), atento à realidade da América Latina, ao dizer que “a função do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis”. Eis o que entendemos como o grande papel que o Judiciário deve assumir desde a perspectiva do próprio direito: compreender o direito penal com o máximo de racionalização possível. Do contrário, forçoso reconhecer que estaremos a contemplar a negação do próprio Estado de direito, a desconstrução de todas as conquistas hauridas ao longo de experiências de séculos, notadamente quando se está a tratar do poder punitivo estatal.

Ora, quando se analisa as práticas judiciárias de 1857 e 1858 em que juízes/as decretavam prisão de pessoas por condutas que sequer estavam previstas como crimes ou que, já sob égide de uma república, prevalecia a postura do Judiciário que aguardava o aplauso da multidão (muita vez moralista) e que se refletia no cárcere (ao conter um terço de pessoas sob acusação de vadiagem), parece nítido que não era propriamente resultado de uma técnica e racionalidade judiciária em que já havia uma série de garantias previstas. Há um desprezo pelas conquistas positivistas e de consequência grave problema das fontes do direito.

Percebe-se que a perspectiva é traçar uma realidade da atuação judicial capaz de reduzir sofrimento, como aponta CARVALHO (2015, p. 236): “Reduzir dor, tendo o

sofrimento como representação, seria a única alternativa ética, teórica e instrumental possível que o direito penal é aplicado”. Voltada, assim, a minimizar os efeitos de uma atuação na seara criminal desde a própria interpretação das normas penais incriminadoras e, com maior vigor, na execução da pena.

Não se trata de tarefa fácil em uma sociedade predominante vocacionada ao preconceito e à punitividade, como já ressaltamos na compreensão de PIRES (2004) em sua racionalidade penal moderna. São questões permanentemente abertas, que não guardam respostas prontas, ou conceitos estanques. Desdobra-se, assim, a predominância da dialética entre Estado de polícia e Estado de direito, utilizando termos de ZAFFARONI (2007, p. 172) para perceber:

O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do Estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos – renuncia ao princípio do Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia. Em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência.

As dificuldades são evidentes em desempenhar a função judicante no cenário existente em países de consolidação tardia de direitos sociais, como ocorre na América Latina. O papel institucional do Judiciário é reconhecido pelo pensador argentino como essencial na resistência ao retorno/manutenção de um Estado policial, em que ficam prejudicadas conquistas das mais relevantes ao Estado de Direito. Nesse sentido, ZAFFARONI, 2007, p. 81):

A vulnerabilidade dos juízes perante o discurso *cool* é muito grande e, não obstante alguns desvios e excessos lamentáveis, os juízes constituem a principal frente de resistência diante do avanço do autoritarismo *cool*, não só na América Latina, como mostram as citadas sentenças da Corte Suprema norte-americana e da Câmara dos Lordes britânica.

Por isso, o esforço de densificar ideias centrais sobre a estrutura de conceitos jurídicos se volta exatamente para demonstrar as possíveis incoerências que decisões judiciais amparadas a fontes diversas do que o próprio sistema jurídico significa uma escolha muito grave a um Estado Democrático de Direito. É dizer, a vinculação da atividade judicante a uma forma de atuação afastada de um resguardo mínimo de direitos fundamentais significa um paradoxo intransponível.

Desde uma percepção garantista ou mesmo da concepção de triunfos políticos dworkiana, admitir que a atividade jurisdicional possa se vincular à segurança pública mediante o descumprimento do direito fundamental da proibição de impor pena cruel significa negar a própria democracia; torna ilegítimo o uso da força estatal (imposição de pena) exatamente porque nega ao ser humano o tratamento de igual consideração e respeito. Perde o próprio sentido da existência do direito e, por consequência, da figura do/a juiz/a no desenho institucional inscrito na Constituição Federal de 1988.

O quadro apresentado demonstra uma incoerência a um nível que nos pareceu expressivo. A convivência com a incompatibilidade da ordem jurídica vigente com a realidade prisional irá demandar uma visão que transponha os limites de um raciocínio (ou metodologia) a partir de uma lógica exclusivamente jurídica. Daí por que pretendo avançar com essa análise a partir de parâmetros diversos – uma abertura intencional – na busca de aprofundar na compreensão do problema carcerário e da atuação do Judiciário, em que a criminologia e a filosofia da alteridade possam oferecer horizontes diversos para abordar essa questão. Eis o esforço no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2 – O PONTO DE VISTA EXTERNO DAS PRÁTICAS JUDICIAIS

O processo de questionar a legitimação do poder punitivo a partir de um ponto de vista interno (numa análise quase dogmática) encontra limites evidentes, pois estamos a tratar teorias universalistas, as quais pretendem, a rigor, (CARVALHO, 2015, p. 335) “a manutenção do dogma de ser o ordenamento jurídico um todo completo e coerente, no qual as lacunas e as antinomias são aparentes e de possível resolução”.

A inspiração da forma de analisar a questão carcerária foi inicialmente da leitura do próprio Ferrajoli (2010) ao sustentar, na quinta parte da citada obra, que o garantismo permitiria questionar a legitimação *interna* do direito penal (a partir de uma contínua *tensão*

crítica sobre as leis vigentes), mas também, em outro sentido, designaria uma filosofia política voltada a percepção de uma legitimação *externa* do direito e do Estado.

Claro que tais conceitos podem ter alguma relevância neste texto, mas não seria exatamente nosso propósito, tendo em vista (diria uma segunda inspiração) a percepção de Carvalho (2015) ao conceber a criminologia a partir de uma ideia de experimentações e aberturas na terceira parte da citada obra. Neste ponto, o autor irá se permitir guiar por pensadores como Nietzsche e Freud para compreender melhor todo o sistema criminal. Dadas as limitações intelectivas e de pesquisa que nos assina a personalidade, evidente que nosso esforço é muito mais tímido, porque buscaremos igualmente abertura e experimentações não apenas pela criminologia crítica, mas sobretudo buscar entender o alcance que a filosofia da alteridade pode trazer para esse tema, bem como a repercussão dessas reflexões quando se analisam as violências urbana e institucional.

2.1 Aspectos da Criminologia Crítica: o Labelling Approach e a Teoria de Alessandro Baratta

Para alcançarmos as reflexões que a criminologia crítica permite, parece necessário expor sobre o propósito da criminologia e apontar as bases gerais das principais escolas que a *escola crítica* pretende questionar.

O esforço inicial será o de estabelecer o pensamento das correntes teóricas da criminologia que se utilizam do paradigma etiológico (busca um raciocínio de causa e efeito)⁵⁷ e assim buscar entender de modo mais preciso qual seria a perspectiva que a criminologia crítica propõe a partir de outro paradigma que Baratta (2002, p. 30) irá designar como paradigma da reação social, se apropriando da construção anterior designada como *labelling approach*.

É possível considerar que a criminologia etiológica se divide em uma percepção individual e outra social. A primeira tem como principal pensador – e apontado como o

⁵⁷ A adoção da criminologia que busca uma explicação causal-explicativa, derivando assim um pensamento que reduz o fenômeno a esses tipos-ideais como ensina CASTRO (2005, p. 41): "Durante muito tempo, a criminologia proclamou ter como objetivo o estudo do delinquente, do delito e da delinquência. Isto é, pretendeu dar uma resposta às perguntas 'quem?', 'como?', 'quanto?' (quem é o delinquente, como se realiza o delito e quanta delinquência existe), através de uma metodologia muito variada, mas sempre causal-explicativa".

criador da criminologia⁵⁸ – Cesare Lombroso (2016), notadamente pela obra *O Homem Delinvente*, que buscou explicar o crime, mas voltando sua pesquisa à pessoa do criminoso, porque seria um *fator* comum a todos os delitos⁵⁹. Diante disso, se dirigiu a estabelecimento prisional para examinar todos os aspectos biológicos das pessoas que cumpriam pena, realizando uma divisão entre as espécies de delitos – homicídio, sexuais. Após identificar todas as características fisiológicas, tanto de pessoas vivas como as falecidas, examinando tamanho da cabeça, cor dos olhos, característica das orelhas, quantidade de dentes, tamanho do fígado, para estabelecer uma média, um fator que poderia ser idealizado nesse grupo. Depois, utilizou como parâmetro um grupo de militares (marinheiros)⁶⁰, como pessoas que não cometem crimes, fazendo as mesmas medições e identificações. A partir dos dados do grupo de pessoas que cumpriam pena e do grupo de militares, estabeleceu quais diferenças que seriam relevantes e quais não seriam, como forma de identificar quais tipos físicos teriam as pessoas propensas ao crime para concluir que elas precisavam de tratamento, detinham grau de liberdade reduzido, e, ao contrário, qualquer pessoa que se afastasse dessas características do *tipo criminoso* deveriam merecer penas mais altas exatamente por que tinham todas as condições (tendências fisiológicas) para não incorrer em delitos.

Importa ressaltar que o rigor metodológico de Lombroso (2016) na pesquisa não permite críticas, mas sim sobre o método utilizado: eis a importância dessa construção teórica

⁵⁸ De todo modo, convém destacar que sua teoria não seria essencialmente considerada como inédita. Nesse sentido, VIANA (2015, p. 50) diz: “Originalidade não é certamente o predicado que deve ser atribuído ao edifício teórico lombrosiano. Como ressalta a doutrina, antes dele, Platão e Hipócrates; Lauvergue e Despine, na França, investigam crânios criminais e a psicologia do delinquente habitual; o belga Morel constrói sua teoria da degeneração; o inglês Prichard assinala o tipo da denominada moral insanity; finalmente os médicos ingleses descrevem o tipo somático e a índole psíquica do delinquente habitual. Assinalando, ainda, influências de Virchow, na Alemanha; Broca, na França; e Davis, na Inglaterra”

⁵⁹ Convém ressaltar que Lombroso também trata da mulher criminosa, em absoluta coerência com o pensamento atávico voltado ao homem, na obra *La Donna Delinvente*. Realizou igualmente uma classificação das delinquentes em categorias (MENDES, 2014, p. 43): “elas seriam criminosas natas, criminosas ocasionais, ofensoras históricas, criminosas de paixão, suicidas, mulheres criminosas lunáticas, epiléticas e moralmente insanas”. Utilizou como parâmetros para distinguir a mulher tida como normal da delinquente o sentimento da maternidade, a capacidade de sedução ou traços comportamentais típicos de homem. Impressiona como esses fatores ainda se mostram presentes no exercício do poder punitivo, notadamente quando mulheres são vítimas de crimes, bem como permeou a construção da própria criminologia, como destaca MENDES (2014, p. 157): “A criminologia nasceu como um discurso de homens para homens, sobre as mulheres. E, ao longo dos tempos, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens. Pois, já não era necessário, para alguns, ‘estudar’ as mulheres; ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica, como ensina Lourdes Bandeira”.

⁶⁰ Mas também compara pessoas em cumprimento de pena (que ele chama de criminosos) com enfermos mentais (chamando de dementes) e com silvícolas (selvagens). Diz LOMBROSO (2016, p. 125): “Muito mais que aos dementes, o delinquente, em relação à sensibilidade e às paixões, avizinham-se aos selvagens”.

exatamente pela clareza de sua pesquisa e que permite constatar que a ausência de discussão sobre o que se criminaliza (algo quase impensável para a época) torna a conclusão absolutamente falsa, como vamos perceber adiante principalmente com a criminologia crítica. Equivale dizer, apenas pela honestidade intelectual do autor é que podemos constatar o grave problema que existe nela.

De todo modo, percebe-se que a teoria lombrosiana, nem de longe, autoriza tratamento cruel a qualquer pessoa pela ideia do homem delinquente, porquanto irá apontar a necessidade de se pensar numa forma de *cura* como forma de neutralizar a periculosidade do agente que pratica o delito com as características apontadas.

Não foi exatamente essa a interpretação feita. A utilização do resultado da pesquisa lombrosiana foi bem diverso – pois concebido o criminoso como ser atávico, como o símbolo de uma anormalidade, ou de uma espécie de *involução* da humanidade – refletindo numa postura de exclusão pela sociedade. Esta a percepção de RAUTER (2003, p. 33): “Diante dos atávicos, nada mais resta que a eliminação ou a exclusão. Os criminosos são anormais e a anormalidade, incurável. Não há sentido em se falar de responsabilidade moral como fundamento da punição, pois todos os criminosos são irresponsáveis”.

Outra forma de pensamento da criminologia etiológica parte de uma perspectiva social. Baratta (2002, p. 59) diz foi a primeira alternativa a uma percepção biopsicológica do delinquente para analisar o desvio (crime) como um fenômeno natural em qualquer sociedade. Parte de um questionamento: porque ocorrem os crimes? É com a retomada do pensamento positivista que Durkheim estabelece que o crime não é algo necessariamente danoso para a sociedade, antes pode servir como forma de reafirmar determinados propósitos positivos da coletividade: eis a origem das teorias funcionalistas⁶¹.

O autor busca realizar uma análise *objetiva* da sociedade, sem se ocupar diretamente das intenções dos componentes da sociedade, melhor dizendo, aponta que as estruturas sociais tornam-se independentes da vontade das pessoas⁶². Sustenta que existem dois tipos de solidariedade na sociedade, orgânica e mecânica.

⁶¹ Tal como esclarece SERRANO MAÍLLO (2013, p. 266): “A posição de Durkheim é claramente funcionalista: a estrutura de uma sociedade, em vez de os distintos elementos que a constituem, se inter-relacionam sem graves atritos, harmonizando-se de maneira disfuncional ou anômica. Recorre a força de nível social para explicar comportamentos personalíssimos, aplicando a metodologia quantitativa própria das ciências naturais. À vista disso, Durkheim deve ser considerado como um dos fundadores das ciências sociais e da criminologia especificamente”.

⁶² SELL (2014, p. 81) diz que “Durkheim sustentava a tese de que a explicação da vida social tem seu fundamento na sociedade, e não no indivíduo. (...) O que ele desejava ressaltar é que uma vez criadas pelo

Na *orgânica*, quando ocorre determinado crime há a concepção formal de que apenas a ordem foi vulnerada e a lei irá servir apenas para restabelecer essa harmonia; não há necessariamente a percepção de que a própria sociedade foi atingida.

Entretanto, nas comunidades se percebe prevalecer uma solidariedade de maneira *mecânica*, pois predomina a ideia do coletivo nas pessoas viventes, daí porque um crime fere toda a comunidade. Nas sociedades, prevalece uma ideia individualista e a repressão como principal forma de atuação a partir da existência de um crime. Uma percepção de *indiferença ao outro* autoriza a ideia de que a diversidade proporcionada pela divisão do trabalho perde a consciência de uma visão do todo. Por isso, afastado do modelo ideal da solidariedade orgânica, Durkheim estabelece o suicídio como sintoma do absoluto predomínio da consciência individual (egoísmo) e, assim, como algo efetivamente danoso para a comunidade.

O aumento de suicídios em determinada sociedade significa para o autor que ela estaria em situação de *anomia*, porque é sinal de desagregamento do todo. Daí a gravidade para a sociedade porque significa predomínio crescente do individualismo. O suicídio é disfuncional e patológico; demonstra a fragilidade do laço social. Ressalta que a anomia é a crise da sociabilidade. Nesta perspectiva, ao contrário do suicídio, o crime não é patológico, mas antes algo *normal* para a vida social, porque reafirmamos o propósito de que tal conduta é errada, como a recordar o motivo por que a sociedade está unida⁶³. Não apenas natural, mas sobretudo *importante* que existam crimes para estabelecer o desenvolvimento moral da sociedade, como observa BARATTA (2002, p. 61):

homem, as estruturas sociais passam a funcionar de modo independente dos atores sociais, condicionando suas ações. A sociedade é muito mais do que a soma dos indivíduos que a compõem”. Porém não significa exatamente o desprezo absoluto pelas individualidades porque há um vínculo da solidariedade a partir da divisão do trabalho social. Existe uma interdependência entre os indivíduos a partir da contribuição de cada um (como órgãos de um organismo, todos como uma parte essencial do todo): eis o valor moral da ideia. Assim, SELL (2014, p. 92) esclarece que “A individualidade passa a ser considerada um valor, pois é da autonomia de cada pessoa que depende a coesão social. Mesmo havendo um enfraquecimento da consciência coletiva, a moral social não desaparece, pois é a liberdade de cada indivíduo que torna a convivência social possível e necessária”.

⁶³ Mas também se desdobra para uma percepção do aumento da criminalidade quando se estabelecem a completa ausência do Estado, como observa SHECAIRA (2014, p. 152): “Os índices mais preocupantes da criminalidade são encontradas naquelas áreas da cidade onde o nível de desorganização social é maior. É na periferia – ao menos em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília – que o maior número de crimes ocorrem. Nessas áreas não há uma forte presença do Estado, os laços existentes entre as pessoas praticamente inexistem, pois quase todos se instalaram na área faz pouco tempo, o que não permite criar uma relação mútua de proteção informal. A ausência completa do Estado (faltam hospitais, creches, escolas, parques, delegacias de polícia, praças e outras áreas de lazer etc.) dá origem a uma sensação de completa anomia”.

O delito pode ser também, além desta função indireta, um papel direto no desenvolvimento moral de uma sociedade. Não somente deixa o caminho livre para as transformações necessárias, mas em determinados casos as prepara diretamente. Ou seja, o criminoso não só permite a manutenção do sentimento coletivo em uma situação suscetível de mudança, mas antecipa o conteúdo mesmo da futura transformação. De fato, frequentemente o delito é a antecipação da moral futura, como demonstra, por exemplo, o processo de Sócrates.

Fica claro, assim, que o crime é um produto social, e não pertinente ao indivíduo, presos a uma ideia que o autor irá designar como teorias liberais contemporâneas.

Para os pensadores da *Escola de Chicago* (ou teoria da ecologia criminal ou da desorganização social), ainda nessa percepção sociológica, devem ser levadas em consideração questões urbanísticas como fator que influencia diretamente o crime. Passa a ser objeto da criminologia, porque perceberam que existe uma relação entre desorganização estrutural da cidade com incidência maior ou menor de crimes. Isso se deve pela própria experiência que passaram na cidade estadunidense: Chicago tinha 4.470 habitantes em 1840, sendo que em 1900 chega a um milhão de habitantes, assim prosseguindo o crescimento das décadas seguintes⁶⁴. Houve fluxos migratórios intensos e um crescimento desordenado que levou a índices de criminalidade muito elevados. Ficou claro para os estudiosos como o aspecto social influenciou isso, a partir de dois fatores principais: a desorganização urbana e a ausência de raízes dos imigrantes (falta de coesão social, muitos guetos). A partir de círculos concêntricos (gerado pelo crescimento desorganizado), constatou-se na pesquisa que quanto mais próximo do centro da cidade haveria maior incidência de crimes e, lado outro, quanto mais afastado, menores se apresentariam tais índices.

Uma decorrência desses estudos foi a constatação da existência de *subculturas delinquentes* por Albert Cohen, ainda na Escola de Chicago, mas que adotam o paradigma das teorias das classes sociais. Assim, tais reflexões estariam para VIANA (2015, p. 195) “em estreita ligação com as teorias que marcam seu eixo fundante na desorganização social”. Volta-se a pesquisar os motivos de taxas elevadas de criminalidade na classe social mais baixa, percebendo a incidência alta de pequenos furtos e de vandalismo, resultado de uma

⁶⁴ Nesse sentido, informa SHECAIRA (2014, p. 135).

espécie de estado de frustração dos autores deste tipo de delito⁶⁵. Cohen postula a existência de determinados *valores dominantes*, numa franca crítica à sociedade americana da época; estabelece que uma pessoa tida como comum nos Estados Unidos seria de cor branca, anglo-saxã e protestante. Seria uma imagem que a cultura tenta *vender*, um verdadeiro estereótipo do que pode ser tido como elite. O autor irá constatar que esse padrão não corresponde à verdade, pois isso seria uma construção social elitista, uma falsa percepção da realidade.

A consequência mais cruel dessa percepção seria a imposição de um padrão. O fracasso desses jovens se deve a uma incompetência deles, estabelecendo como o sistema capitalista influencia diretamente nessa conclusão. Ora, a meritocracia legitima o sistema capitalista, transmitindo a mensagem de que basta o seu próprio esforço para atingir determinado padrão (imaginário) que a sociedade elitista impõe. Para o autor, essa constatação isenta a responsabilidade social e coloca a *culpa* de não atingir esse ápice social na própria pessoa. Assim, as *gangues de jovens* são formadas por pessoas frustradas, que não conseguem atingir um padrão; as injustiças existentes ocorrem por culpa deles próprios, e não da sociedade coletivamente considerada.

Essa frustração passa a ser investigada a partir da psicanálise; tentar entender o que passa na cabeça dos adolescentes frustrados. Passa-se a ideia de uma espécie de *formação reativa* (conceito de Sigmund Freud): a identidade da pessoa é formada a partir das frustrações que a experiência da vida proporciona. Isso cria a personalidade de sempre querer ser o oposto de tudo o que a cultura entende como positivo; estaria concentrado num pensamento semelhante a esse: *já que nunca farei parte da sociedade, faço questão de ser contra*. A necessidade é apenas de reafirmação; e, como esse sentimento atinge determinado grupo de pessoas, formam-se as gangues como forma de estabelecer o apoio recíproco e a afirmação de que nenhum deles é frustrado. Por isso, não chega a ser uma contracultura, mas antes uma subcultura, porque não é estabelecida em bases que buscam questionar ou suplantar o modelo cultural (capitalista) mas antes se resume a uma frustração de que em realidade pretendiam fazer parte desse grupo⁶⁶. Não é uma visão crítica do sistema capitalista, e sim

⁶⁵ VIANA (2015, p. 197) esclarece que para Cohen em bairros pobres “há uma estrutura delinvente que elabora códigos de valores diferentes dos códigos e valores da classe média, isto porque a estrutura social fraturada impede o acesso das classes mais baixas aos valores professados pela cultura da classe média. Nesse contexto, há um natural estado de frustração que, de certa forma, é responsável por impedir o jovem de aderir a uma subcultura (de grupo). Daí porque, segundo ele, o comportamento criminal é uma rebelião contra normas e valores estabelecidos pela classe média”.

⁶⁶ Exemplo clássico do grupo de pichadores.

aderem a essa cultura e revela o pior lado; quer dizer, não coloca em risco a cultura dominante, porém com aparente revolta termina por reafirmá-la.

Voltando a Durkheim, a pressão anômica seria reduzida na subcultura por outros fatores, que vão desencadear determinadas condutas, não necessariamente ilícitas, como se vê na atualidade quando alguém, por algum tempo, ganha algum destaque nas mídias, em vídeos postados no *Youtube*, nas igrejas ou qualquer instituição social. Percebe-se a substituição do desejo por outro motivo nem sempre ilícito, mas que revelam, como aponta VIANA (2015, p. 198), que “as classes sociais – das mais altas às mais baixas – compartilham e interiorizam os valores e padrões culturais do sucesso”. Eis o que pode ser o nosso maior equívoco coletivo.

O maior problema que BARATTA (2002, p. 67) percebe nas escolas funcionalistas diz respeito a busca de uma explicação racional para legitimar as práticas sociais, equivale dizer, longe de criticar a sociedade capitalista, “estas teorias têm uma função ideológica estabilizadora”. Exatamente por isso fica difícil pensar em alguma percepção para o problema voltado às práticas judiciais no sistema carcerário, ao contrário, buscará condições que não buscam exatamente criticar o sistema, mas antes justifica-lo. Os esforços dos poderes oficiais não estariam voltados a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, mas sim buscar meios de parecer coerente o sistema, ainda que num aspecto meramente formal, como já foi observado no tópico anterior⁶⁷.

Porém, o surgimento da *labelling approach* foi decisivo para deslocar o ponto de partida da moderna sociologia criminal, como ensina Baratta (2002, p. 101), porque passou a questionar os próprios mecanismos de seleção do poder punitivo e dos da própria reação do sistema punitivo. A teoria se volta a uma questão sociológica, que significa *etiquetamento social*. Surgiu nos anos 1960 nos Estados Unidos, momento em que ocorreu uma ebulição social em vários setores daquela sociedade: oposição forte à Guerra do Vietnã, o movimento *hippie*, o pacifismo, o feminismo (a partir de Nancy Fraser), o movimento negro (a partir de Martin Luther King) e a própria resistência à ditadura na América Latina.

⁶⁷ BARATTA (2002, p. 153) vai além ao estabelecer que as teorias liberais contemporâneas possuem “estratégia político-criminal correspondente às exigências do capital monopolista, (que) é, portanto, baseada: a) sobre a máxima efetividade do controle social das formas de desvio disfuncionais ao sistema de valorização e de acumulação capitalista (delitos contra propriedade e desvio político), compatível com a medida mínima de transformação do próprio sistema; b) sobre a máxima imunidade assegurada a comportamentos socialmente danoso e ilícitos, mas funcionais ao sistema (poluição, criminalidade política, conluio entre órgãos do Estado e interesses privados) ou que exprimem só contradições internas aos grupos sociais hegemônicos (certas formas de delitos econômicos relativos à concorrência e ao antagonismo entre grupos capitalistas, no caso em que as relações de força entre eles não permitem o predomínio de uns sobre os outros)”.

Um dos mais conhecidos idealizadores do *labelling approach* se volta ao sociólogo Becker; é um professor de jazz e gostava de tocar em bares. Na época, o jazz era uma música marginalizada, fazendo frente à música erudita. Os apreciadores de sua música não eram bem vistos pela sociedade, inclusive imputavam a eles serem usuários de drogas.

A contribuição mais expressiva dessa teoria está no questionamento do poder punitivo estatal; a justiça no exercício desse poder. E a ontologia perde força como fator central da criminologia, para abrir espaço para questões sociais e culturais como decisivas de setores mais evidentes da sociedade. Os *rótulos* impostos pela sociedade, que se transferem ao próprio sistema jurídico (e ao poder punitivo), são desnaturalizados: por que o negro deve ser visto como pessoa inferior? Por que o poder punitivo se volta contra os vulneráveis de modo mais incisivo? Eis as questões colocadas nessa época.

Mais que isso, SHECAIRA (2014, p. 259):

É, portanto, a partir do labelling que a pergunta feita pelos criminólogos passa a mudar. Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade? Ou, ainda, nas argutas perguntas de Kai T. Erikson, a demonstrar quão relativas são as condutas humanas e as reações a essas condutas; alguns homens que bebem em demasia são chamados de alcoólicos, outros não; alguns homens que se comportam de forma excêntrica são chamados de loucos e enviados para manicômios, outros não; alguns homens que não tem meio aparente de subsistência são processados em um tribunal, outros não. A sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste.

Essa percepção é também analisada por YOUNG (2002, p. 95), porém designa o etiquetamento como *essencialização*. Realiza uma conexão das questões sociais e culturais que estimulam esse processo, a partir de um modelo atual que estaria disposto a admitir a diferença (o multiculturalismo) apenas parcialmente: “as sociedades modernas consomem diversidade: elas não recuam diante da diferença, elas a reciclam e a vendem no supermercado ou na revista local. O que estão menos inclinadas a suportar é a dificuldade. (...) O mundo moderno é intolerante com a diversidade”. Proclama-se a diferença, mas, no momento da dificuldade de conviver com o outro, será exatamente essa diversidade que irá conduzir ao

essencialismo (produção de estereótipos) muita vez como forma de justificar a superioridade em qualquer nível (biológico ou cultural): classe, gênero, raça, instrução. Acrescenta YOUNG (2002, p. 165):

O essencialismo dá uma base cultural de conflito e é o pré-requisito necessário para demonização de partes da sociedade. A demonização é importante porque permite que os problemas da sociedade sejam colocados nos ombros dos ‘outros’. Ocorre aqui a inversão costumeira da realidade causal: em vez de reconhecer que temos problemas na sociedade por causa do núcleo básico de contradições na ordem social, afirma-se que todos os problemas da sociedade são devidos aos próprios problemas. Basta livrar-se dos problemas e a sociedade estará, ipso facto, livre deles!

Ao perceber que existe alguma força que conduz à exclusão social, como a percepção do encarceramento, forçoso perceber uma constatação embrionária de que existe um processo de criminalização no uso do poder punitivo. O crime não é ontológico, pois o crime se modifica a depender do lugar e do tempo, ou mesmo a um só tempo. Ora, a morte de uma pessoa por ação de outra pessoa nem sempre configura crime de homicídio e gerará uma punição: a ação pode ser autorizada (justificada) por causas excludentes (como legítima defesa) ou mesmo estimulada (como no caso de um soldado que mata o inimigo na guerra – a depender de seu desempenho poderá ser homenageado exatamente pela eficiência em ceifar vidas adversárias).

Exatamente por isso não é possível naturalizar. A conduta em si não é crime; crime é fruto de uma criação (social). Por isso, deve ser permitido criticar os limites e as escolhas constantes na própria lei; sobre o motivo por que a lei seleciona determinadas condutas.

Mais que isso, permite o próprio questionamento das estatísticas criminais pois reconhece-se que há uma distribuição desigual da criminalidade de acordo com a posição social. É a percepção de que existe uma *cifra negra* para estabelecer como falsa a percepção comum de que a criminalidade estaria restrita a determinado setor social, mas sim difundida em toda sociedade. Assim, para BARATTA (2002, p. 103), o *labelling approach* realizou uma “correção do conceito corrente de criminalidade” ao demonstrar a diferença entre os delitos registrados oficialmente e aqueles realmente cometidos.

A partir da lei, que há uma seleção das pessoas a serem atingidas. E a influência dessa seleção com a rotulação social é manifesta, mesmo porque ambas são criadas pelo poder

social. Quem termina gerindo os rótulos são os empreendedores da moral: pessoas destacadas socialmente (gestores da moral). É preciso uma força ética muito grande para sair do rótulo, eis que as agressões perpetuam.

Mais que isso, as pessoas que são rotuladas dessa forma terminam se afirmando nesse rótulo, pois observou-se que essa percepção seria uma *via de mão dupla*. Há uma autoafirmação dos rotulados; há um esforço dos próprios rotulados se enquadrem nessas características: eis o estigma. Quase uma profecia autorrealizável.

Isso seria muito perceptível locais totalizadores, como manicômios em que os internos passam a se comportar como *mais* louco. Há uma expectativa relacional que estamos sujeitos a todos momentos. O estigma é o momento da realização da expectativa do rótulo; a pessoa perde a identidade, operando-se uma espécie de morte social.

É com Erving Goffman (1974) que vamos perceber o desenvolvimento da teoria do *labelling aproach* exatamente a partir da construção desse estigma. Consta que Goffman chegou a se internar (voluntariamente) no manicômio durante um período para desenvolver uma pesquisa etnográfica. O manicômio (o convento, o estabelecimento prisional, os mosteiros, os quartéis) seria como uma *instituição total*, ou seja, um único local único em que abarca todas as atividades humanas, de modo que a pessoa ali instalada trabalha, descansa, diverte, alimenta...

Observa o autor que o que há de comum nesses locais é a produção de uma alteração da personalidade dos que ali se instalam: seria o que GOFFMAN (1974, p. 24) designa como processo de *mortificação do eu* para dizer: “Os processos pelos quais o eu da pessoa é mortificado são relativamente padronizados nas instituições totais”. São espaços que, para o autor, visam justamente despersonalizar o ser humano; terminar com a identidade para passar a uniformidade. Transforma o modo de agir (como no “sim, senhor” do militar ou do preso), de se vestir (como nas roupas homogêneas dos mosteiros), de cortar o cabelo.

Sustenta o autor que há um estigma a partir dessa experiência: quem já foi preso/a será sempre um ex-presidiário/a. Há o estigma, ou seja, a internalização da experiência como forma de agir e de pensar⁶⁸.

⁶⁸ Um verdadeiro mundo paralelo em que GOFFMAN (1974, p. 68) esclarece: “Muito frequentemente, a entrada significa, para o novato, que passou para o que poderia ser denominado um status proativo: não apenas sua posição social intramuros é radicalmente diversa da que era fora, mas, como chega a compreender se e quando sai, sua posição social no mundo externo nunca mais será igual à que era (...). Quando o status proativo é desfavorável – tal como ocorre com os que saem de prisões ou hospitais para doentes mentais – podemos empregar o termo ‘estigma’, e esperar que o ex-internado faça um esforço para esconder seu passado e tente

Assim, parece autorizado pensar que, a partir dessa percepção de rotulação da pessoa submetida ao poder punitivo estatal no Brasil, a imposição de uma pena cruel poderia ser autorizada, porque estaria voltada a uma pessoa já estigmatizada, que se encarna nesse quadro de desprezo, como uma pessoa de *segunda categoria*. O tratamento cruel integra a ideia de despersonalização da pessoa que ali irá se integrar.

Essas correntes de pensamento que se alinham no *labelling approach* permitiram a abertura teórica que *desnaturalizasse* a figura do crime e do criminoso. É dizer, rompendo com a percepção etiológica⁶⁹ para compreender o crime, os esforços se voltaram a questionar o próprio processo de criminalização, principalmente a partir da possibilidade de que o poder punitivo estatal poderia ser direcionado a determinada categoria de pessoas. Eis o que a criminologia crítica se volta a questionar uma seletividade no processo de criminalização, como explica ZAFFARONI, 1991, p. 27:

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

...

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Assim, a partir dessa mudança de paradigma que se estabeleceu nas escolas da criminologia, apropriando-se da ideia do *labelling aproauch*, percebemos Alessandro Baratta como integrante da *Escola de Bolonha*, ao lado de Melossi, Pavarini e Bricola, como parte de um segundo movimento, resultado do primeiro esforço estaria identificado na obra de Georg

disfarça-lo”. Mais que isso, GOFFMAN (p. 53) percebe no sistema interno a existência de “gíria institucional, através da qual os internados descrevem os acontecimentos decisivos em seu mundo específico”, bem como um sistema de castigos e privilégios, que seriam alguns benefícios e punições impostos pela administração a partir do comportamento, cujo valor estaria intrínseco à instituição, que terminam por estimular reduzida solidariedade entre os internados.

⁶⁹ Como explica CASTRO (2005, P. 41): "Durante muito tempo, a criminologia proclamou ter como objetivo o estudo do delinquente, do delito e da delinquência. Isto é, pretendeu dar uma resposta às perguntas 'quem?, como?, quanto?' (quem é o delinquente, como se realiza o delito e quanta delinquência existe), através de uma metodologia muito variada, mas sempre causal-explicativa".

Rusche e Otto Kirchheimer (Punição e Estrutura Social), que foi desdobrado nos Estados Unidos (Universidade de Berkeley) e na Inglaterra (com Taylor, Walton e Young)⁷⁰.

De todo modo, convém destacar que a criminologia crítica faz parte de um movimento das *teorias críticas*, cuja origem estaria vinculada na Escola de Frankfurt⁷¹, como explica NEVES (1998, p. 18):

A teoria crítica deve a sua origem à ‘Escola de Frankfurt’ (aos membros do Institut für Sozialforschung: Horkheimer, Adorno, F. Pollock, W. Benjamin, E. Fromm, Marcuse, Habermas, etc.), ‘Escola’ que, numa base marxista, teve uma forte repercussão no mundo intelectual europeu e americano, consequência decerto de dois fatores principais: a sua base proclamadamente marxista – embora numa expressão e desenvolvimento neomarxista, se não mesmo como uma ‘variante dissidente do marxismo’ (F. Colom González) – e a circunstância de os seus principais fundadores aparecerem ‘como continuadores da grande tradição filosófica alemã e como críticos intransigentes da cultura e da civilização burguesa atuais’ (Jean Marie Vicent).

Por esse motivo, a criminologia crítica parte do paradigma das relações sobre o modo de produção marxista para colocar em discussão o próprio poder punitivo. Mais precisamente, como defende ZAFFARONI (1991, p. 36), “o conceito ‘marxista’ converte-se num instrumento funcional de delação, que não é suscetível de qualquer delimitação ideológica e cujo conteúdo varia apenas em função de sua eficácia delatária conjuntural”. Como um mecanismo de questionamento das práticas sociais, que estruturam o modo de viver em sociedade.

⁷⁰ Em SHECAIRA (2014, p. 286) vamos perceber que, a rigor, a partir da obra de Rusche e de Kirchheimer se desdobraram três grandes grupos dessa nova criminologia: da Universidade de Berkeley (Califórnia, Estados Unidos), o grupo inglês em que se destacam Taylor, Walton e Young, além dos abolicionistas com Thomas Mathiesen. “Estas três vertentes radicais acabam por divulgar ideias novas em sucessivos congressos que têm repercussão nos Estados Unidos, Canadá e em toda Europa, fazendo com que inúmeros estudiosos passem a integrar grupos de pensadores críticos. Na Itália, por exemplo, avultam os nomes de D. Melossi, M. Pavarini, F. Bricola e A. Baratta, à frente de um conjunto de autores a quem se devem vários trabalhos da criminologia radical, bem como a publicação, desde 1975, da revista *La Questione Criminale*”.

⁷¹ Ao tratar da teoria crítica da sociedade, ZAFFARONI (1991, p. 55) diz que “Elaborada pelos autores da conhecida ‘Escola de Frankfurt’, a teoria crítica da sociedade nasceu filosoficamente como uma reação antipositivista dentro do marxismo (negadora da ‘dialética da natureza’), apesar de seu caráter ‘marxista’ ser, frequentemente, colocado em dúvida. Na verdade, apesar das notórias diferenças existentes entre seus mais destacados autores, paulatinamente a escola mudou suas posições originais, afastando-se da ortodoxia marxista”.

É uma escola do conflito⁷², pois desenvolve uma teoria econômica e social que adota a premissa de que numa sociedade capitalista existam uma *infraestrutura* e uma *superestrutura*. A *infraestrutura* diz respeito às relações de produção; pelo trabalho. Há uma desagregação do trabalho (uma alienação do trabalho) em relação ao produto, principalmente numa crítica ao sistema de produção *fordista*, desvinculada do produto final. Certo que atualmente essa percepção estaria em decadência, por conta do modo de produção a partir de uma mecanização mais complexa. De todo modo, o cerne da questão estaria na evidência de que o proletariado vende sua força de trabalho para o burguês: este é detentor dos meios de produção e aquele detém a força de trabalho. Assim, para MARX (2004, p. 80), “o trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadorias cria. Com a valorização do mundo das coisas aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens”.

A *mais-valia* é o valor da força de trabalho (preço final) diminuída da força de trabalho (trabalho). Eis o lucro do capitalista. O salário será definido pelo mínimo indispensável para sobrevivência; nem mais nem menos a partir de uma conta muito complexa, pois depende de vários fatores.

Claro que manter esse estado de coisas não parece fácil, mesmo porque implica na própria desvalorização da pessoa humana (o trabalhador)⁷³. Tarefa complexa da classe dominante pensar como isso pode dar certo, melhor dizendo, como o proletariado pode admitir se submeter a esse estado de coisas. Para MARX (2004), somente pode dar certo porque existe uma *superestrutura* que dá sustentação à *infraestrutura* (ao modo de produção capitalista). A *superestrutura* significa pensar ou identificar vários mecanismos para manter a alienação⁷⁴. Assim, a religião, o direito e a moral seriam exemplos de instituições típicas da

⁷² Na percepção de romper com a criminologia do consenso até então preponderante, em que, para SCHECAIRA (2014, p. 287 e 289), as ideias centrais da escola do conflito “se materializam na crítica acerba às posturas tradicionais da criminologia do consenso, incapazes de compreender a totalidade do fenômeno criminal. (...) A criminologia crítica é a crítica final de todas as outras correntes criminológicas, fundamentalmente por recusar assumir este papel tecnocrático de gerenciador do sistema, pois considera o problema criminal insolúvel dentro dos marcos de uma sociedade capitalista”.

⁷³ Isso acarreta o que MARX (2004, p. 86) autor vai chamar de vida genérica, em que há uma identificação com esse modo de viver. E quando se ganha lucidez para identificar essa condição, há um estranhamento pois o indivíduo defronta-se com outro homem: “em geral, a questão de que o homem está estranhado do seu ser genérico quer dizer que um homem está estranhado do outro, assim como cada um deles está estranhado da essência humana”.

⁷⁴ Conforme explica SELL (2014, p. 48), o jovem Marx estabelece a alienação como conceito central para estabelecer a dialética materialista, o qual se desdobraria em pelo menos quatro vertentes: a) alienação do produto de seu próprio trabalho (aquilo que produz não pertence a ele, mas sim aos proprietários dos meios de

superestrutura, as quais foram criadas pelo capitalismo para alimentar a alienação; instituições apenas tornam palpáveis a ideologia capitalista, de modo que teriam sido concebidas para mascarar a realidade. Percebe-se a importância do conceito de alienação nesse processo, enquanto formas de manter o proletariado *adestrado*. Mecanismos que buscam convencer que a sociedade é assim.

A rigor, toda *superestrutura* seria definida a partir da negação/exclusão do que seja *infraestrutura*, tornando uma definição tautológica, sem que essa questão impeça de perceber sua complexidade. É possível constatar que, na concepção marxista, existem diferentes *regiões ideológicas* que permeiam diversos integrantes dessa *superestrutura*, mas com único ideal de manter a dominação burguesa. E essa força da ideologia estaria presente sem a necessidade do uso da força, mas de infinitos meios retóricos que se voltam à anuência da classe trabalhadora. Toda essa *superestrutura* estaria voltada a convencer que há interesses convergentes entre os proletariados e os burgueses.

Nesse cenário marxista, a saída única para romper com esse estado de coisas estaria na *revolução*.

Pois bem. Fixadas essas premissas básicas (um recorte) da teoria de Marx, verifica-se que o direito penal deve ser observado como uma instituição típica da *superestrutura*, como forma de manutenção e alimentação da alienação. Os discursos aparentemente racionais de que, por exemplo, o direito penal está servindo para proteger bens jurídicos ou que a aplicação da pena visa a ressocialização seriam apenas para ocultar a real pretensão do poder punitivo: é uma importante força capitalista, que visa o controle do proletariado. Mais que isso, o Estado jamais poderia representar o bem comum social ou buscar os interesses gerais da sociedade, mas antes um instrumento criado para garantir o predomínio econômico da sociedade sobre a classe social inferior.

Poderíamos pensar em simplesmente ignorar essas reflexões – ou exclamar que simplesmente que a realidade econômica e social daquela época não é a mesma de agora; ou estabelecer uma crítica a esse pensamento ao não permitir (prever) aquele que é convicto a se submeter a essa forma dialética materialista para consagrar em sua vida pessoal a valores (de qualquer ordem moral) – entretanto, quando se observa a realidade do poder punitivo e das

produção); b) alienação do processo de produção (não controla a atividade de produzir); c) alienação da própria natureza humana (homem alienado de si mesmo; o trabalho está sujeito a lógica do capital); d) alienação do homem de sua própria espécie (atinge as relações entre os homens; as relações passam a ser medidas e controladas pelo capital).

próprias ciências criminais, parece correto pensar que a realidade encerra práticas judiciais absolutamente incoerentes. Ora, quando se analisa o descumprimento das promessas constitucionais como se tal prática fosse algo *natural*, parecendo que o positivismo⁷⁵ - ora francamente afastado de seus conceitos mais elementares, ora concebido dentro do ideal de um ceticismo ético⁷⁶ - de fato pode estar servindo como verdadeira ferramenta para manter esse estado de coisas (ou a *alienação* de Marx), exatamente quando seja concebido afastado de uma perspectiva constitucional.

Baratta (2002) irá se apropriar dessa percepção marxista para estabelecer que o exercício do poder punitivo, que seria sujeito apenas a normas jurídicas, em realidade é disciplinado por regras e metarregras. Para BARATTA (2002, p. 104), “ao lado do conjunto das regras gerais de comportamento, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais”. Assim, as regras seriam as leis propriamente ditas, a definição legal do desvio e de criminalidade, compõem a estrutura formal da sociedade, ao passo que as metarregras estariam sujeitas a um plano sociológico que determina a aplicação das regras. Mais precisamente, expõe BARATTA (2002, p. 105):

As metarregras, pois, são regras objetivas do sistema social, que podem orientar-se para o que Sack chama ‘a questão científica decisiva’, que ele relaciona à diferente intercorrente entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida: o problema de como devemos representar o ‘processo de filtragem’ da população criminal, ou

⁷⁵ Como já visto no primeiro capítulo, compreendo o positivismo com vinculação mais estreita possível com a Constituição, a partir das ideias de FERRAJOLI e de DWORKIN, como já destacou STRECK ao consignar que (2014-B, p. 278) “FERRAJOLI constrói um positivismo constitucional (dizendo de forma simples), em que uma regra somente tem sentido se estiver em conformidade com a Constituição (...). Antes de discutir a aludida subsunção – que, não se sabe por que, continua sendo utilizada mesmo pelos neoconstitucionalistas para solucionar casos fáceis, como se fosse possível fazer essa coisa – é necessário indagar acerca da aplicação principiológica. (...) Ora, uma lei jamais abarca todas as possibilidades de aplicação. Esse é o caráter hermenêutico do direito (DWORKIN vai chamar de ‘interpretativo’). Ao contrário do que sustentam os neoconstitucionalistas (ou os não positivistas, como ALEXY e ATIENZA), tenho que as regras é que são porosas, e os princípios é que servem para ‘fechar’ a regra”.

⁷⁶ NINO sustenta haver diferentes posturas ligadas ao positivismo: ceticismo ético, positivismo ideológico, formalismo jurídico, positivismo metodológico ou conceitual. Sobre o ceticismo ético, esclarece o autor (2010, p. 35) “sob a influência das concepções filosóficas empiristas e dos postulados do chamado ‘positivismo lógico’, originado no Círculo de Viena, esses autores (KELSEN e ALF ROSS) defendem que os únicos juízos cuja verdade ou falsidade pode ser decidida de maneira racional são (excetuando-se os juízos analíticos, cuja verdade é determinada por estrutura lógica) os juízos que possuem conteúdo empírico. Segundo esses e outros autores, os enunciados morais não satisfazem essa condição e não expressam, portanto, proposições genuínas, que possam ser classificadas como verdadeiras ou falsas. Para eles, os enunciados valorativos são subjetivos e relativos e se limitam a expressar os estados emocionais de quem os formula. KELSEN, por exemplo, afirma que as definições propostas para o conceito de justiça são vazias, e que não poderia ser de outro modo, pois o conceito carece de conteúdo cognoscitivo; a justiça é um mero ‘ideal irracional’”.

seja, em última análise, ‘daqueles contra os quais, afinal, se pronuncia uma sentença em nome do povo’.

Na forma como colocada a questão por Baratta (2002) percebe-se que a abertura epistemológica é irrefutável, notadamente para analisar o motivo por que se admite a naturalização da imposição da prisão na forma como ocorre no Brasil em absoluto descompasso com a ordem constitucional vigente. São metarregras que permitem a abertura de qualquer tipo de ordem moral de alguma forma transformam as decisões em algo objetivo e natural na mente do intérprete⁷⁷. Daí se segue a possibilidade de que o direito penal esteja servindo como mecanismo que não somente legitima essa situação, mas também promove a desigualdade.

É na imposição do cárcere que as metarregras revelam seu caráter mais destruidor de uma sociedade que se pretende democrática, justa e igualitária. Quando se pensa nas condições do estabelecimento prisional e na naturalização dessa prática por parte do Judiciário, ganha relevo o pensamento de BARATTA (2002, p. 166) quando afirma que:

Atualmente o cárcere produz, recrutando-o principalmente das zonas mais depauperadas da sociedade, um setor de marginalizados sociais particularmente qualificado para a intervenção estigmatizante do sistema punitivo do Estado e para a realização daqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena, e contribuem para realizar seu efeito marginalizador e atomizante.

Muito mais que isso, essas reflexões aderem ao pensamento de Foucault (2002) na parte que sustenta estreita relação com uma função simbólica dos direitos humanos (ou uma inversão ideológica desse discurso), uma vez que oculta o objetivo real de ampliar as formas de controle (de poder), notadamente por instituições totais, como a prisão⁷⁸. Haveria apenas

⁷⁷ ZAFFARONI (1991, p. 59) analisa que “Baratta reclama uma ciência que não se limite à descrição de mera desigualdade jurídica no campo penal, mas que compreenda a função real do sistema penal na sociedade tardocapitalista, como reprodutor das relações sociais de desigualdade, e que explicita que estas relações não se baseiam na distribuição desigual de bens e valores, mas nas próprias relações de produção. Segundo Baratta, as relações econômicas (de propriedade) poderão assim conectar-se às políticas (de poder), e não ser colocada como alternativa. A partir dessa perspectiva, reconhece ser muito útil a obra de Marx, desde que considerada como um edifício teórico ‘aberto’, excluindo-se toda forma de dogmatismo marxista”.

⁷⁸ A rigor, percebe-se que Foucault resgata a obra de Rusche: quando há escassez de mão-de-obra ocorre uma humanização das penas e, lado outro, endurece-se o sistema quando há abundância de mão-de-obra. Ou seja, busca fazer uma relação entre punição e estrutura social. Postula que há uma sincronia entre o poder punitivo e a

uma forma retórica, mergulhada na ideologia capitalista, que apenas proclama o tratamento igualitário e todas as demais promessas constitucionais como uma simbologia. Essas reflexões podem explicar o motivo por que está presente um entrave na concretização do cumprimento da promessa constitucional da proibição da pena cruel no Brasil.

A compreensão que admite a existência de uma percepção abstrata sem compromisso com a concretude termina por contemplar para ZAFFARONI (1991, p. 42) uma

manipulação da heterodoxia teórica, que caracteriza as decisões judiciais, com implicação política em nossa região marginal, tem como resultado um verdadeiro renascimento da teoria medieval da ‘dupla verdade’, permitindo uma estranha esquizofrenização do saber jurídico, que se erige num campo esotérico carente de contato com a realidade e que se inventa até limites nos quais o jurista fica reduzido a um racionalizador dos conteúdos verdadeiramente delirantes do legislador.

Observe-se, contudo, que tanto Baratta como Zaffaroni, e outros pensadores da criminologia crítica, não postulam exatamente a abolição do direito penal. Mas buscam esforços teóricos para pensar o direito penal em sentido inverso: como ferramenta a impedir a criminalização de massa.

A criminologia crítica parece ser capaz de esclarecer o quanto a adoção de uma postura repressiva estatal tem um *preço social* muitas vezes não declarado e, mais que isso, volta-se a demonstrar que não são poucos os setores da criminologia que se tornaram (e ainda são⁷⁹) instrumento científico para a cura do criminoso, para a estabilização da sociedade ou como solução para acabar com o crime⁸⁰.

disponibilidade de mão de obra, pois existe a necessidade de haver uma disponibilidade de mão-de-obra para manter o salário no mesmo patamar. O controle penal buscaria inviabilizar uma *pressão* do ponto de vista econômico. O contingente de pessoas egressas do sistema prisional serve para neutralizar a pressão das pessoas economicamente ativas (ninguém em verdade daria emprego a um egresso), mas garante o lucro do capitalista a partir desse controle.

⁷⁹Por todas essas escolas da atualidade, destaco a denominada a a repercussão da logica atuarial nas ciências criminais, como destaca (DIETER, 2013, p. 38): “Inegável que a lógica atuarial representa uma das mais óbvias expressões do processo de racionalização da vida social, ao colaborar na transformação do místico em científico. (...) Pouco a pouco, a ideia de que o cálculo das probabilidades de sucesso deve ser o critério preferencial para orientar as ações sociais – ou, no mínimo, um elemento indispensável de análise – invadiu o cotidiano, constituindo-se como padrão fundamental de racionalidade”.

⁸⁰ Com RAUTER (2003, p. 69) vamos anotar essa percepção: “A criminologia demonstra de maneira por demais evidente esta articulação com o poder. A criminologia busca ser a ciência do sistema penal, ela pretende dar um respaldo técnico-científico à ação desse aparelho de Estado. (...) A criminologia não pode disfarçar seu compromisso básico com a ‘defesa social’, ainda que se esforçando em ser uma ciência do ‘homem’, no sentido que visaria a cura do criminoso, a solução do problema do crime, etc.”

O exemplo mais recente desse processo de criminalização ocorreu em sessão do dia 29/11/2016, quando a Câmara dos Deputados rejeitou boa parte de instrumentos que ampliariam o poder punitivo (e investigativo) referente a crimes de colarinho branco (embora se reconheça a duvidosa constitucionalidade dessas medidas⁸¹) e, não satisfeita, aprovou uma emenda nesse projeto de lei (PL 4850/16⁸²) disciplinando crimes de responsabilidade e outras medidas restritivas a membros do Judiciário e do Ministério Público que, para setores ligados a esses agentes públicos, visam intimidar a atuação de órgãos públicos de investigação e de julgamento deste tipo de delito⁸³.

Por isso, fica a transparecer que toda a força punitiva estatal se aparelha numa relação de causa e efeito para concluir que *punição severa* produz o efeito de *reduzir a criminalidade*, sem qualquer critério empírico que permita referendar esse raciocínio. Não por outro motivo, ancorada nessa percepção de crítica ao poder punitivo, a resistência por boa parte da doutrina é manifestada em diversos níveis. SHECAIRA (2014, p. 139), por exemplo, manifesta que “o desacerto da política repressiva estatal, representada pelo tripé de mais crimes, mais punição, mais prisão, quando poderia estabelecer uma postura preventiva por meio de políticas públicas minimizadoras da miséria para o resgate da cidadania”. Em RUSCHE (2004, p. 95) consta: “As prisões existem apenas para prender os homens e não para puni-los. Este é o pensamento dominante por toda a Idade Média e o início da Idade Moderna. Até o século XVIII, as grades foram simplesmente o lugar de detenção antes do julgamento”.

⁸¹ Lenio Streck manifestou-se sobre essa medida em artigo publicado no sítio eletrônico CONJUR apontando quais pontos se mostram incompatíveis com a ordem constitucional, tais como, legalizar/permitir a figura do flagrante forjado, a inversão do ônus da prova em casos de enriquecimento ilícito, aproveitamento de prova ilícita, a possibilidade de informante confidencial (típico de ditaduras), entre outros. E manifesta o autor: “Querem fragilizar direitos que foram conquistados a duras penas neste país tristemente marcado por ditaduras ao longo de sua história. Demoramos tanto tempo para conquistar uma Constituição democrática e agora estamos tomando um rumo perigoso, capaz de colocar em risco os avanços”.

⁸² Informação noticiada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/520371-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-CRIA-MEDIDAS-DE-COMBATE-A-CORRUPCAO.html>, acesso em 01/12/2016, às 9h13.

⁸³ A presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmén Lúcia, divulgou Nota Oficial sobre a aprovação do PL 4850/16 na Câmara: “A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, reafirma o seu integral respeito ao princípio da separação de poderes. Mas não pode deixar de lamentar que, em oportunidade de avanço legislativo para a defesa da ética pública, inclua-se, em proposta legislativa de iniciativa popular, texto que pode contrariar a independência do Poder Judiciário. Hoje, os juízes respondem pelos seus atos, na forma do estatuto constitucional da magistratura. A democracia depende de poderes fortes e independentes. O Judiciário é, por imposição constitucional, guarda da Constituição e garantidor da democracia. O Judiciário brasileiro vem cumprindo o seu papel. Já se cassaram magistrados em tempos mais tristes. Pode-se tentar calar o juiz, mas nunca se conseguiu, nem se conseguirá, calar a Justiça”.

Ou ainda, a reflexão de RAUTER (2003, p. 31) em que, após realizar um esforço histórico sobre a implementação da prisão no Brasil, com as Casas de Correção da Corte existentes desde 1833, diz: “permanecerão existindo no Brasil, em maioria absoluta, os depósitos de presos, estes espaços mais ou menos caóticos, cuja finalidade é apenas a exclusão e o castigo, ao lado de outras instituições, onde já se opera a implantação de uma tecnologia disciplinar”.

Nesse sentido, a atuação estatal na seara criminal se resumiria a gerir a miséria⁸⁴ e, uma vez admitida a ilegitimidade desse poder punitivo, significa pensar que estaríamos diante de uma violência, a qual, por partir do próprio Estado, seria violência institucionalizada.

É a discussão em torno do incômodo de observar a realidade brasileira em que (ainda) prevalece uma população carcerária formada por pessoas vulneráveis, cujas acusações e condenações dizem respeito basicamente a crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas de pequena monta. Nessa perspectiva, o questionamento que se coloca aos defensores da criminologia crítica é exatamente esse: que força será capaz de inverter essa lógica? Como pensar que na existência de alguma escola ou força de pensamento capaz de frear o poder punitivo, que já foi capaz de produzir na atualidade brasileira a previsão de 1684 crimes e encarcerar mais de 700.000 pessoas?

A resposta pode ser vista sob outro paradigma, que será o esforço do tópico seguinte: a filosofia da alteridade.

2.2 Descasos e Abusos na Imposição da Prisão no Brasil Atual : Uma Questão de Alteridade

Poderia ser dispensável a apresentação de descasos e de abusos na imposição da prisão na atualidade brasileira, entretanto, pode ser importante a exposição de alguns quadros que já testemunhamos na atividade profissional como magistrado. De fato, para nossa desdita, a capacidade de *indiferença* para a dor do outro autoriza as mais diversas formas de crueldade no cumprimento da prisão nos estabelecimentos prisionais brasileiros. Em verdade, a

⁸⁴ Como aponta YOUNG (2002, p. 95): “A combinação do aumento da dificuldade (crime, desordem e incivildades) com o aumento da diferença (isto é, diversidade e debate sobre as próprias regras) resulta não só numa mudança qualitativa na sociedade civil, mas também numa mudança no sistema de controle, particularmente pelo crescimento de um sistema atuarial de justiça. Assim, a exclusão do mercado dá lugar a exclusões e divisões na sociedade civil, as quais dão lugar a mudanças quantitativas e qualitativas na exclusão imposta pelo Estado”

realidade mais recente demonstra que sequer é preciso ingressar nos ambientes carcerários para perceber como está sendo cumprido o encarceramento, como se vê atualmente no Estado do Rio Grande do Sul. Como não há espaço físico suficiente para o ingresso de pessoas, aqueles/as presos/as recentes estão sendo acomodados dentro de viaturas estacionadas nos pátios das delegacias de polícia ou algemados em lixeiras que se localizam à frente do Palácio da Polícia na capital⁸⁵. De acordo com a notícia, a solução para o problema avaliada pela administração pública estaria numa dúvida premente entre a aquisição de contêiner e a inserção das pessoas presas em navios.

A primeira dessas práticas (utilização de contêiner) já ocorreu no Espírito Santo quando motivou um pedido de intervenção federal, assim como a adoção dessa prática em Santa Catarina e no Pará.

Parecem situações extremas, razão por que a apresentação de detalhes do cotidiano de quem atua numa jurisdição penal pode contribuir para perceber que essa realidade também pode ser encontrada em pequenas cidades como em centros urbanos mais expressivos.

Cerca de seis meses depois de tomar posse como juiz substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, fui designado para atuar na comarca de São Domingos/GO, que dispõe de vara única (ou seja, com competência para atuar em todas matérias pertinentes a um juiz de direito, inclusive penal). Assinado o livro de posse logo pela manhã do dia 16/03/2009, me dirigi ao estabelecimento prisional, a Cadeia Pública da cidade e assim que bati o portão do local, por ser horário de almoço, vinha chegando o responsável pela vigília com um *carrinho de mão* (aquele utilizado em obras de construção civil), que se posicionou logo atrás de mim.

Nele, continham cerca de 18 marmitas de alumínio, todas sem tampa, completamente amassadas, cujo teor se resumia em arroz, repolho e feijão ao fundo. O meio de transporte utilizado (carrinho de mão) dava sinais de sua utilização anterior na função ordinária, pois estava completamente sujo e com marcas de cimento seco (uma espécie de casca com cor cinza claro e marrom). Esse transporte era necessário pois a comida era elaborada no destacamento da Polícia Militar local, que fica em frente, numa rua sem asfalto. O fornecimento de água era descontínuo, pois situava-se numa região alta da cidade (conhecida como a Vila de São Domingos, bairro de casas populares) e a fossa (não tinha esgoto tratado)

⁸⁵ <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/rs/noticia/100000830369/presos-s%C3%A3o-algemados-em-lixear-na-capital.html>, acesso em 09/11/2016, às 14h25.

estava entupida, que era percebido logo na entrada do estabelecimento pelo mau cheiro. Lá dentro, como ocorre em cidades de menor porte, tinham 18 pessoas presas, mas haviam seis celas com quatro camas de alvenaria, ou seja, a capacidade oficial do local era de 24.

Descobri que não era servido café da manhã, mas apenas duas refeições, a título de almoço e jantar. Essa era a realidade prisional de São Domingos, a qual foi amplamente modificada depois de uma série de medidas administrativas adotadas ao longo dos anos.

É comum que cidades de baixa população demográfica a crueldade da imposição da prisão não se manifeste necessariamente pelo excesso de pessoas presas, mas por essas outras formas de absoluta desumanização, quer na forma expressada, quer no modo que já destacamos no pensamento de Goffman (1974) sobre as instituições totais.

Outro fato por mim verificado foi na época que, atuando na execução penal, determinei a alteração do regime de cumprimento de pena do regime semiaberto na Comarca de Formosa. Na ocasião, a forma de cumprimento deste regime consistia (e voltou a ser) em pernoitar todos os dias na mesma sede onde se cumpre a pena em regime fechado, sendo que os espaços eram separados que estão por duas portas de grades. Ou seja, as pessoas sujeitas ao regime semiaberto ficavam em liberdade durante o dia e se apresentavam às 19h e estavam autorizadas a sair às 6h do dia seguinte.

Vigorava incomum aumento da população carcerária entre aqueles que estavam em cumprimento de pena em regime fechado (com sentença penal condenatória transitada em julgado – os presos se acomodavam em outro estabelecimento penal), de modo que na época aproximadamente 70% das pessoas que se sujeitavam ao encarceramento (regime fechado) ali estavam em decorrência de descumprimento da pena em semiaberto, sem que ocorra qualquer novo crime.

E o motivo se extraía claro no relatório elaborado pela direção do estabelecimento: a manifesta impossibilidade estrutural de se prosseguir com essa forma de cumprimento da pena (em regime semiaberto), pois haviam quatro *celas coletivas*, sendo uma maior com aproximadamente 24m² e outras três que medem cerca de 12m². Em 22/12/2014, este espaço abrigava, em cumprimento regular da pena, 59 homens e 1 mulher. Isso mesmo: aproximadamente 60 m² para abrigar 60 pessoas durante 11 horas diárias.

Diante desse quadro, pessoas que se apresentavam por último se acomodam no corredor, agachavam rente a parede com as pernas dobradas e ali permanecem por 11 horas nesta posição (entre 19h e 6h do dia seguinte). Até bem pouco tempo antes da decisão, o local

havia apenas um cômodo medindo cerca de 3m² para satisfazer as necessidades fisiológicas (não se pode chamar de banheiro – pelas fotos que haviam no processo).

Foi-me apresentado um projeto pela direção do estabelecimento prisional em parceria com uma escola pública estadual para que as quatro celas coletivas se tornassem salas de aula, voltadas a ministrar o ensino fundamental e médio. Sob protesto do Ministério Público local à época e de algumas críticas veiculadas na mídia⁸⁶, deferi o pedido para decretar a alteração da forma do cumprimento da pena em regime semiaberto de modo a ocorrer mediante apresentação durante o período noturno (de 19h às 22h), em que se sujeitariam às aulas, com a consequente liberação para o pernoite em liberdade⁸⁷.

⁸⁶ Matéria veiculada no jornal Correio Braziliense de 13/01/2015: “Juiz manda soltar 58 condenados que cumprem semiaberto em Formosa (GO). Homicidas, assaltantes e traficantes, que cumprem pena no regime estão desobrigados de dormir na cadeia goiana desde sexta-feira. Ministério Público vai recorrer da decisão, que propõe três horas de estudo em troca da liberdade. Uma decisão de um juiz de Formosa tem causado polêmica na cidade. Durante o plantão judicial na 1ª Vara Criminal, no fim do ano, o magistrado Fernando Oliveira Samuel fez alterações no sistema prisional do município, localizado a 80 quilômetros de Brasília. Determinou que os 58 presos do regime semiaberto se dediquem à Educação para Jovens e Adultos (EJA). A proposta, no entanto, desobriga os detentos do pernoite na cadeia pública. Com a decisão, eles serão liberados da reclusão diária entre as 20h e as 6h. A medida começou a valer na semana passada, mas ainda não há monitoramento dos presos. Para moradores, a medida aumenta a sensação de insegurança”.

⁸⁷ A decisão proferida nos autos 201403758314 que tramitou na Comarca de Formosa/GO segue em versão resumida: “Trata-se de incidente de execução penal instaurado por este Juízo para eventual modificação da forma do cumprimento de pena em regime semiaberto na Comarca de Formosa após apresentação de projeto “Educação para apenados do regime semiaberto” pelo Colégio Mauro Alves Guimarães. (...) De início, cumpre salientar que não há na Comarca de Formosa o estabelecimento adequado de Colônia Agrícola, Industrial ou similar destinada ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Há muitos anos estabeleceu-se aqui que o cumprimento da pena em regime semiaberto ocorresse na sede onde se cumpre a pena em regime fechado, na mesma edificação, separadas que estão por duas portas de grades. A obrigação consiste em se apresentar à sede da Cadeia Pública local (recentemente passou a chamar-se Penitenciária de Formosa, obviamente sem qualquer obra física) às 20h e sair do estabelecimento às 6h da manhã do dia seguinte, todos os dias da semana. Ocorre que, em tempos recentes, a população carcerária tem aumentado muito e o descumprimento da pena também, de modo que atualmente cerca de 70% das pessoas que cumprem pena em regime fechado ali estão em decorrência de descumprimento da pena em semiaberto, sem que ocorra qualquer novo crime. Deveras, as fotos constantes nos autos demonstram claramente a impossibilidade estrutural de se prosseguir com essa forma de cumprimento da pena: são quatro “celas coletivas”, sendo uma maior com aproximadamente 24m² e outras três que medem cerca de 12m². E abrigam, hoje (22/12/2014), em cumprimento regular da pena, 59 homens e 1 mulher. Isso mesmo: aproximadamente 60 m² para abrigar 60 pessoas durante 10 horas diárias! O resultado disso é testemunhado pelos agentes prisionais e pelo diretor do estabelecimento: pessoas que chegam por último se acomodam no corredor, agacham rente a parede com as pernas dobradas e ali permanecem por 10 horas nesta posição (entre 20h e 6h do dia seguinte). Isso tudo até bem pouco tempo com apenas um local para as necessidades pessoais (não se pode chamar de banheiro – fotos juntadas). (...) No presente feito, desdobra-se a opção do cumprimento de forma diversa: a pessoa chega ao estabelecimento às 19h, terão três salas de aula, em que a pessoa que cumpre pena terá que se submeter às aulas; obviamente caso tenha estudo concluído poderá ser monitor ou exercer qualquer outra função relevante no período. (...) Por isso, nesse expediente temos a primeira oportunidade que tem o Judiciário local de reduzir (ou tentar) esse drama, pois se trata de uma tentativa de obrigar a pessoa a se submeter a aulas durante o cumprimento de pena em escola regular. (...) Ante o exposto, decreto a modificação do cumprimento da pena em regime semiaberto, no qual o apenado deverá se apresentar de segunda a sexta-feira na sede da Cadeia Pública de Formosa às 19h30 e ali permanecer até pelo menos às

Tais quadros de desumanização extrema, permitem colocar em dúvida todo o esforço teórico construído até o momento: como ainda confiar nas promessas constitucionais? Como admitir que essas forças punitivas podem se desvincular da criminalização dos vulneráveis e direcionar a outras classes sociais, tal qual aponta a criminologia crítica?

Claro que até o momento caminhamos por uma estrada há muito conhecida, de modo que nos prendemos a pensadores vocacionados à limitação do poder punitivo, notadamente a partir dos postulados da racionalidade e da busca constante da ontologia. Porém, neste ponto, na perspectiva de analisar as condições que (des)autorizam a imposição de uma pena cruel, apresentamos o propósito de questionar exatamente esses valores, direcionando a atenção para a filosofia da alteridade.

Para tanto, a tentativa de realizar algum parâmetro de compreensão para o crime e o castigo⁸⁸ a partir da alteridade – portanto, uma abordagem que poderia se pensar como *criminologia da alteridade* – demanda reconhecer de nossa parte que essa *abertura* foi idealizada a partir de uma inspiração inicial em CARVALHO (2015, p. 340) quando ele postula a existência de um diálogo entre criminologia e filosofia. O autor busca em Nietzsche as bases para questionar dois fatores cruciais nas ciências criminais: “a noção de bem e mal (crítica aos valores morais) e o ideal de verdade (crítica dos valores epistemológicos)”.

A realidade do cárcere que convivemos no cotidiano e a indiferença com a dor do outro constroem-me, entretanto, a buscar a crítica que Emmanuel Levinas (1980) desenvolveu ao construir a filosofia da alteridade. Interessante que veremos uma confluência

22h30 para participar de aulas a serem ministradas pelos professores do Colégio Mauro Alves Guimarães; aos sábados e domingos bastará o comparecimento no local às 19h30 apenas para assinar a apresentação, tudo de acordo com o cronograma constante no projeto acostado aos autos”.

⁸⁸ A rigor, o questionamento da relação entre crime e castigo demanda uma reflexão mais profunda. Primeiro, porque já se sabe a dificuldade de se definir critério universal o que seja crime, mas antes processo de criminalização. Não há ontologia de uma conduta criminal, mas antes um produto de escolha humana. Quanto ao castigo, igualmente, parece anotar numa imposição de obrigação contrária aos interesses do castigado. Será que a condição do castigo estaria no comportamento interior do agente ou em alguma essencialidade? Há pessoas, por exemplo, que iniciam a prestação de serviços à comunidade e, mesmo depois de encerrada a pena, prosseguem com idêntico auxílio. Outras, parecem reconhecer que não pode haver castigo maior do que se deparar com as consequências de sua conduta tida como crime, como a convivência com os parentes de uma vítima de homicídio. De todo modo, destaco que a percepção sociológica dos sistemas penais autoriza a conclusão de que (RUSCHE, 2004, p. 19) “a pena não é nem uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido”. Ao prefaciá-la obra de DIETER (2013), Nilo Batista diz que “Descartados o talião (que a razão ilustrada desqualifica como mandamento e utiliza como limite do sofrimento punitivo impositivo) e o homomorfismo penal (cujas raízes penitenciais não se coadunavam com o novo estilo de punir) é realmente difícil imaginar proporcionalidade entre fatos tão díspares quanto um delito e um castigo”.

sobre as bases críticas que Carvalho (2015) pretende discutir, mas a viragem levinasiana nos parece apresentar consequências diversas⁸⁹.

Desse modo, pretende-se expor as ideias centrais dessa filosofia da alteridade, anotando-se desde logo que não há qualquer pretensão neste texto em aprofundar o pensamento do mencionado filósofo judeu, mas apenas produzir uma reflexão sobre aspectos centrais que de alguma maneira poderão interferir na análise do modo de pensar as ciências criminais, notadamente sobre as práticas de encarceramento.

Para alcançarmos o ponto culminante de seu pensamento a respeito da alteridade, necessário frisar que o autor irá postular uma compreensão crítica sobre a racionalidade que a modernidade invoca na *busca da verdade*, ou seja, do paradigma da razão como forma de absorver a compreensão do mundo, de totalizá-lo. Em verdade, Levinas percebe a realidade atual como pessoas que se reconhecem em *guerra* e essa questão termina por definir os propósitos da filosofia moderna.

Na visão de nosso autor, desde o pensamento grego e chegando a modernidade, a adoção de uma espécie de *negação do outro* permeou as ideias fundantes de todas as filosofias, o que acarretou os grandes problemas da atualidade; o outro visto como mero objeto (“ponte ou obstáculo”) para alcançar os objetivos individualistas (totalizantes). Assim, fica fácil perceber a dificuldade de convivência numa sociedade que prega a competitividade plenamente calculada, racionalizada, e que, em última análise, justifica a própria guerra.

Assim, fica clara sua primeira proposição de cunho eminentemente humanista, uma vez que defende a necessidade de se romper com a busca da verdade ou da ontologia como filosofia primeira⁹⁰. Levinas, exatamente por isso, muito embora utilize postulados da fenomenologia (enquanto método filosófico⁹¹), afasta-se dos ideais de seu professor Husserl,

⁸⁹ Tanto em Nietzsche como em Foucault há uma busca do fim da metafísica. HABERMAS (1990, p. 245) diz que nessa situação “o homem que se torna presente na autoconsciência deve empreender a tarefa sobre-humana de estabelecer uma ordem das coisas no momento em que toma consciência da sua existência simultaneamente como autônoma e como finita”.

⁹⁰ Com FOUCAULT (1974, *apud* HABERMAS, 1990, p. 234) verifica a questão da verdade de outro modo, mas apontar como a vontade de verdade, resultado do poder: “É como se a vontade da verdade fosse para nós escondida pela própria verdade e na sua evolução necessária... O discurso verdadeiro que a necessidade da forma desliga o desejo e liberta do poder não pode reconhecer a vontade de verdade que o perpassa; e a vontade da verdade que há muito se nos impõe é de tal modo que a verdade que ela quer não pode deixar de a dissimular”.

⁹¹ Esclarece o próprio LEVINAS (1980, p. 15): “A fenomenologia é um método filosófico, mas a fenomenologia – compreensão através da iluminação – não constitui o acontecimento último do próprio ser. A relação entre o Mesmo e o Outro nem sempre se reduz ao conhecimento do Outro pelo Mesmo, nem sequer à revelação do Outro ao Mesmo, já fundamentalmente diferente do desvelamento”.

ao constatar que este não consegue de fato superar o pensamento moderno: a ontologia como principal campo de atuação da filosofia.

O rompimento com a modernidade que Levinas propõe não é perceptível de modo claro e evidente em Husserl, com quem acaba se afastando justamente por perceber uma ética ainda sujeita ao reflexo do mesmo (do *eu*)⁹². Mas percebe a necessidade da relação *ser-ser*, em que posiciona a *ética* como filosofia primeira e, a partir disso, percebe a impossibilidade de alcançar a *totalidade* do outro, menos ainda apontar a razão como *ferramenta* adequada nessa relação. Assim, é a infinitude a característica marcante do indivíduo. Eis o *primeiro paradoxo*: ao mesmo tempo em que reconhece a impossibilidade de totalização de qualquer objeto ou, com mais clareza, das relações humanas, percebe a necessidade da abertura para o infinito em que a *intuição* (em oposição à razão) ganha importância fundamental em seu pensamento.

Nesse sentido, possível perceber em LEVINAS (2010) a adoção de conceitos diversos sobre o significado de *saber* e de *razão*. Reconhece que a fenomenologia permite a percepção de uma filosofia diferente na relação do pensamento com o mundo, entretanto, ainda reducionista na perspectiva do culto de uma razão reduzida aos horizontes do *mesmo*, adotando um estilo ôntico, capaz de ser esgotado (compreensão absoluta da essência). Expõe o equívoco que essa percepção de totalidade defendida pela filosofia (dos antigos e a moderna) termina por contemplar uma drástica redução (uma indesejada inversão, como se o olhar estivesse fechado ao objeto) e concluir que somente pela razão há possibilidade de apreender por completo o dado objetivo. Percebe a impossibilidade do saber que não seja

⁹² Ao abordar a questão envolvendo reconhecimento e assimetria, por exemplo, RICOUER (2006) apresenta dentro da fenomenologia em duas versões opostas: uma de HUSSERL, calcada na fenomenologia da percepção em que busca um enfoque teórico; outra de LEVINAS em que é manifestamente ética e deliberadamente antiontológica. Demonstra que o ponto fundamental que afasta ambas as concepções está na ideia da assimetria original, ou seja, na falta de reciprocidade nessa relação ética, em que o “eu” se compromete inteiramente sem o correspondente retorno de qualquer ação do “outro”. HUSSERL intenta demonstrar esse estatuto da alteridade de modo mais radical e mais audacioso, pois parte da ideia de autorreconhecer como pertencente a um mundo da experiência. Ou seja, embora o foco seja a alteridade, esta ocorre apenas a partir da visão solipsista, não conseguindo enxergar a diferença do outro. Bastaria o reconhecimento do eu no mundo (no meu corpo vivo), sem qualquer referência propriamente no outro. A ideia de apreensão analogizante se aproxima muito mais não de uma relação ‘eu-outro’ mas antes de ‘modelo-cópia’. Seria uma espécie de Alter Ego (coisas que estão em uma pessoa que passe a funcionar como se fosse uma duplicata para a outra) (é diferente do Super Ego, que seria saudável, pois indica valores da sociedade a serem alcançados pelo eu; visa inibir impulso contrário às regras, controlar o ego para conduzi-lo à perfeição). Com Levinas, o ponto de partida é o outro. A ética ganha destaque mais fundamental, afastando a relevância da ontologia. Percebe a ideia de assimilar (e não eliminar) a diferença (RICOUER, 2006, p. 202): “Y de un solo golpe, bajo el aguijón de la escatología de la paz, la mirada se invierte y se abre "al resplandor de la exterioridad o de la trascendencia em el rostro del otro" (Totalité et Infini, p. XIII).El concepto de esta trascendencia rigurosamente desarrollada -se añade- "se expresa con el término de infinito".

influenciado por deslizamentos ou deslocamentos de sentido, de modo que “tudo se passa como se, na sua lucidez, a razão, identificando o ser, caminhasse como sonâmbula ou sonhasse de pé; como se, apesar da lucidez pela ordem objetiva, ela fermentasse, em plena luz, algum vinho misterioso” (LEVINAS, 2010, p. 108).

É dizer: há uma espécie de inversão nessa ingenuidade do saber (exclusivamente racional) em que o objeto fecha a possibilidade de olhar o mundo objetivado. Conclui: “É mister remontar do mundo à vida já traída pelo saber, que se compraz no seu tema, se absorve no objeto a ponto de aí perder sua alma e seu nome, de aí tornar-se mudo e anônimo” (LEVINAS, 2010, p. 109). Não por outro motivo, a respeito da própria ideia da racionalidade vamos perceber em RUIZ (2008, P. 136) que

A racionalidade é uma característica humana, porém isso não significa que todas as pessoas por serem humanas participem da mesma essência racional na qual se identificariam como parte de um todo. Essa visão da racionalidade universal e sistêmica, única e totalizante, é um dos princípios simbólicos que perverteu a alteridade fazendo do outro sempre um efeito colateral do eu racional. Levinas faz uma aguda crítica à visão totalizante do eu que instrumentaliza a alteridade como um elemento funcional a serviço de um sistema lógico.

Por isso, desde quando apresentou sua primeira tese de doutoramento em 1930 – Teoria da Intuição na Fenomenologia de Husserl –, LEVINAS (2012, p. 23) percebe “a intuição permanece a fonte de toda inteligibilidade”, como a aderir à fenomenologia de seu mestre Husserl⁹³ (que em realidade não diferencia pensamento e significação) mas de modo a perceber a necessidade de abertura ao outro, porque concebe a necessidade dessa capacidade de absorção de qualquer dado sem que o outro não influencie esse saber, como se nossa intencionalidade acarretasse necessariamente uma abertura de que não seja possível escapar, que a ontologia não seja capaz de medir (FABRI, 2007, p. 67):

⁹³ Verifica-se a aproximação de ideal entre LEVINAS E HUSSERL como se observa em FABRI (2007, p. 22): “Husserl e Levinas se aproximam muito ao interpretarem criticamente os valores da modernidade, tais como liberdade, universalidade e ciência. Eles o fazem a partir da proposta de um logos inter-humano, relacionante e eticamente orientado. Ambos propõem uma crítica consistente às estruturas impessoais de poder e de linguagem, que reduzem as pessoas a simples participantes de um jogo que termina reduzindo os indivíduos a uma realidade descartável”.

Ora, é esta redução que a ontologia heideggeriana soube prolongar e renovar de modo genial. Se em Heidegger a intencionalidade pode ser vista como um movimento de transcendência, isto é, como possibilidade de conduzir o olhar fixado no ente para o ser que o ilumina, em Levinas a intencionalidade é interpretada como abertura ao outro. Tal passagem ao estrangeiro é a marca de uma relação que preserva o segredo dos seres e, portanto, que não culmina com o poder e o domínio presentes na ontologia.

Percebe-se, assim, que a filosofia de Levinas eleva o *outro* como categoria central de seu pensamento, rompendo com o *Dasein* de Heidegger (*ser-aí*) para um *ser-para-o-outro*. É a busca de rompimento com a estrutura de pensamento até então construída em que o outro, quando muito assumia posição acessória, como simples reflexo do próprio ego. Eis a crítica a Heidegger⁹⁴ – com quem Levinas já partilhou a sala de aula, ambos como alunos de Husserl – pois irá sustentar o equívoco de defender uma percepção da ontologia em que a racionalidade fosse capaz de alcançar o *saber absoluto*, muito embora seja certa que a ideia de mundo interior que Heidegger descortina seria explorado por nosso autor de outra perspectiva, já que Levinas abandona o problema da morte (da finitude do ser) e insere a percepção do infinito. Para ser mais preciso, como indica na introdução da obra mais expressiva, *Totalidade e Infinito*, em que LEVINAS (1980, p. 13) se propõe a “uma defesa da subjetividade, mas não a captará no nível do seu protesto puramente egoísta contra a totalidade, nem na sua angústia perante a morte, mas como fundada na ideia do infinito”.

Forçoso reconhecer como os postulados de filosofia da alteridade de Levinas causam profundo impacto no pensamento moderno, pois, ao estabelecer a ética como filosofia primeira (e não a ontologia), percebe os inúmeros equívocos que foram e são praticados pela humanidade afastada da alteridade⁹⁵. Certamente o fato de ter sido prisioneiro entre 1940 e

⁹⁴ Vamos encontrar em LEVINAS (2012, p. 96) sobre HEIDEGGER: “O processo do ser – ou a essência do ser – é imediatamente manifestação, quer dizer, expansão em lugar, em mundo, em hospitalidade. Mas, assim, a manifestação requer o homem, pois ela se confia ao homem como segredo e como tarefa. (...) O ser requer o homem como uma pátria ou um solo requer seus autóctones. A estranheza do homem ao mundo, condição de apátrida, atestaria os últimos sobressaltos da metafísica e do humanismo que ela sustenta. Por esta denúncia ao ‘mundo interior’, Heidegger radicaliza o antipsicologismo husserliano. O fim da subjetividade teria começado com o século XX. As ciências humanas e Heidegger desembocam, quer no triunfo da inteligibilidade matemática, recalcando na ideologia do sujeito, a pessoa, sua unicidade e sua eleição, quer no enraizamento do homem no ser, do qual seria mensageiro e poeta”.

⁹⁵ RUIZ (2008) destaca que há no pensamento de ARISTÓTELES franca menção o outro exatamente quando se trata da justiça, pois a percebe como a única virtude que demanda a existência do outro para ser concretizada. Ora, ninguém pode ser justo em relação a si mesmo. O outro se torna a essência do pensamento da justiça. Crítica a existência de um pensamento que há uma espécie de autonomia auto-suficiente de si mesmo, em que o

1945 em Oflag (campo de oficiais presos, na Alemanha) e a perda de inúmeros familiares que estavam na Lituânia à época do nazismo (MARTINS, 2014) de alguma forma o levou a refletir mais profundamente sobre a filosofia. Assim, aponta o problema de o outro figurar como mero acessório (categoria teórica secundária) no pensamento moderno, levando a uma espécie de delírio de onipotência⁹⁶.

Vamos perceber que, em Levinas, a alteridade ganha profundidade, pois alcança muito mais do que a ideia de *se colocar no lugar do outro*, exatamente porque nessa percepção não há qualquer exteriorização real, mas antes uma percepção de mundo que parte do mesmo (de um *eu egoico*). É dizer: nessa simples percepção veremos que em realidade se procura formar uma comunidade de *eus*, de pessoas com idêntica experiência pessoal, moral, religiosa, filosófica, situação que, além de impossível, prega uma verdadeira *ditadura do eu*. Nesse sentido, com RUIZ (2008, p. 130) vamos perceber que

Desde as diversas perspectivas modernas, o outro é subsidiário do eu. O alicerce que fundamenta os princípios do conhecimento teórico e da moral na modernidade é o seu eu racional transcendental. O outro é um complemento, às vezes importante e necessário, cujo reconhecimento está co-referido em primeira instância ao eu.

Como se observa, o esforço de Levinas (1980) se afasta dessa percepção para convidar a uma alteridade que prega o respeito do outro, na sua *outridade*, ou seja, em toda sua individualidade, cuja ferramenta para se permitir essa relação não pode ser pela racionalidade. É a redução drástica do outro ao mesmo. Não há como totalizar o outro (ontificá-lo), porque a abertura a alteridade irá nos levar a infinitude por meio do rosto do outro.

Assim, todas as conquistas da humanidade parecem insignificantes exatamente porque desprezam qualquer esboço de vida melhor desconectada da realidade que a alteridade proporciona. A percepção egoica das construções teóricas modernas parecem limitadas à ideia de autopreservação individualista e exclusivista. Com HABERMAS (1990, p. 133),

outro ganha papel secundário. O ponto central desse pensamento reside na importância em realizar o bem e justiça para a felicidade da pessoa e da polis, razão por que é possível entender o porquê de conviver esses pensamentos nobres com uma cidade repleta de escravos.

⁹⁶ Com FABRI (2007, p. 21) vamos encontrar essa expressão: “Vivemos numa época caracterizada pelo fim do humanismo. Nela, o homem corre o risco de se tornar um mero expectador da realidade, deixando de reconhecer a possibilidade de decidir (pensar) e mudar o curso das coisas. Paradoxalmente, jamais o homem se compreendeu tão poderoso. À sua passividade bem somar-se um delírio de onipotência”.

analisando o discurso filosófico da modernidade, vamos perceber “a própria razão destrói a humanidade que ela mesma possibilitou”, exatamente nessa percepção afastada de qualquer respeito ao outro, pois reconhece o problema do “processo do iluminismo se dever, desde os primórdios, ao impulso da autopreservação que mutila a razão porque só a reclama em formas de dominação da natureza e do instinto orientada para fins, justamente como razão instrumental”⁹⁷.

Ao contrário do que a racionalidade procura enfrentar, LEVINAS (2012, p. 105) percebe a subjetividade do sujeito como elemento central a ser explorado, mas uma interioridade fundada no infinito. Aqui sua metafísica ganha contornos mais profundos porque parte do pressuposto que “ninguém pode permanecer em si: a humanidade do homem, a subjetividade, é uma responsabilidade pelos outros, uma vulnerabilidade extrema”. Postula, assim, que a racionalidade (e a conseqüente distância do outro) leva o ser humano a uma escravidão, em que se tornará um estrangeiro em seu próprio território; o culto à razão levaria a esse exílio de *sua própria casa*. Portanto, toda a filosofia deve se direcionar a esse encontro da interioridade, o reconhecimento da identidade na responsabilidade pelo outro, de modo que como aponta FABRI (2007, p. 16) “segundo Levinas, o filosofar pode ser comparado a um despertar, isto é, a uma espécie de insônia pela qual o psiquismo humano reconhece a prioridade do outro sobre o mesmo. Filósofo, portanto, é aquele que desconfia de si. Sem o encontro do outro, não há pensar”.

A conseqüência do abandono da racionalidade implica necessariamente na percepção da impossibilidade da totalidade; longe desse pensamento reducionista que implica no desconhecimento profundo da própria infinitude, percebe o autor a necessidade do subjetivismo (a partir de uma intencionalidade) a revelar-se o próprio desejo do infinito, como condição dessa relação ética. Muito mais do que uma relação em que se busca o espelho do mesmo, esse outro metafísico irá romper com a tirania egoica (LEVINAS, 1980, p. 26):

O Outro metafísico é o outro de uma alteridade que não é formal, de uma alteridade que não é um simples inverso da identidade, nem de uma alteridade feita de resistência ao Mesmo, mas de uma alteridade anterior a toda iniciativa, a todo o imperialismo do Mesmo; outro de uma alteridade que constitui o próprio conteúdo

⁹⁷ O homem se torna escravo do que ele próprio criou, como aponta FABRI (2007, p. 29): “No pensamento contemporâneo, afirma Levinas, o homem como que desaparece nas estruturas inteligíveis da linguagem. O ser humano, enquanto criador dessas estruturas, termina sendo lançado na ordem não-humana daquilo que ele próprio criou”.

do Outro; outro de uma alteridade que não limita o Mesmo, porque nesse caso o Outro não seria rigorosamente o Outro: pela comunidade da fronteira, seria, dentro do sistema, ainda o Mesmo.

A ideia da infinitude (que não tem antes ou depois, pois é permanente) se revela por meio do rosto do outro, muito além do que qualquer percepção aprisionada na racionalidade, porque em realidade “o outro se revela, se manifesta. Ele é uma epifania constante. O conhecimento do outro não se realiza a partir das categorias construídas pelo eu, o conhecimento é acolhida daquilo que o outro manifesta de si mesmo” (RUIZ, 2008, p. 138).

Portanto, Levinas (1980) critica reflexões teóricas encarceradas em questões eminentemente teóricas para buscar alcançar uma visão concreta, vivida, experienciada, como aponta RUIZ (2008, p. 142):

O outro não é um outro abstrato, nem uma categoria de pensamento, o outro sempre tem um rosto. O rosto do outro faz da alteridade uma experiência única porque entre o sujeito e o outro estabelece uma relação singular que faz do outro meu próximo. O rosto humano do outro impede que a alteridade se transforme num conceito teórico, ela só existe como experiência de acolhida e proximidade com o rosto do outro.

A partir desses conceitos basilares da filosofia da alteridade, a repercussão para compreender o encarceramento da realidade brasileira é imediata. Difícil pensar numa forma de questionar, de forma frutífera, o problema carcerário desconectado de uma responsabilização pelo outro. A sociedade atual demanda do poder público a solução de problemas estruturais a partir da penalização, entretanto, “nem sempre fica claro para a sociedade e seus agentes públicos o que separa a violência legítima da ilegítima” (SILVA FILHO, 2012, p. 45).

A objetificação do outro parece permear todas as funções estatais, desde a legislação penal, a administração (notadamente a penitenciária) e as práticas judiciais⁹⁸. Na esfera legislativa, a prisão parece preponderar como medida adequada nas leis com mensagens do tipo *liberdade provisória*, tal como consta no art. 310 do Código de Processo Penal – como se num Estado Democrático de Direito a liberdade fosse algo excepcional, e não uma verdadeira

⁹⁸ Equivale dizer: o problema da filosofia moderna em que apenas reproduz a ontologia como filosofia primeira, com o esquecimento do outro, abrange todos os Poderes da República.

regra. É o desapareço pelo outro expressado numa linguagem. Na administração, percebe-se o descompromisso com os direitos fundamentais da pessoa presa vistos com naturalidade na seara penitenciária, o que é incontestável no caos estrutural dos estabelecimentos prisionais e pela sequência de atos de violência e de morte nesses locais. Seria possível demorar-se em vários exemplos de posturas estatais que se afastam da alteridade nesses dois campos (Legislativo e Executivo), entretanto, pretendemos nos deter nas práticas judiciais.

Neste aspecto, como já destacamos, o cotidiano forense oferece inúmeros exemplos que denotam uma profunda desconexão com a alteridade, o que se pretende demonstrar neste ponto apenas em relação à decretação de prisão preventiva, que em nosso sistema jurídico se dá por meio de uma decisão judicial devidamente fundamentada. Uma quantidade expressiva de decisões judiciais que decretam prisão preventiva contém a fundamentação de que a medida se faz necessária para garantia da ordem pública⁹⁹, por força da previsão legal¹⁰⁰. E aqui se percebem duas situações: primeiro a existência da própria previsão legal, que está presente desde a versão original da citada lei (1941). Se refletirmos sobre o que se entende sobre o significado do que seria *ordem* ficaria clara a fragilidade desse conceito. BAUMAN (1998, p. 14), por exemplo, liga essa questão a uma espécie de *pureza* para dizer que ordem significa que as coisas estão nos seus lugares devidos. Não seria algo intrínseco ao objeto em si, mas a definição de ordem estaria sujeita a um contexto tão complexo quanto frágil:

Sapatos magnificamente lustrados e brilhantes tornam-se sujos quando colocados numa mesa de refeições. Restituídos ao monte de sapatos, eles recuperam a prístina pureza. Uma omelete, uma obra de arte culinária que dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro.

Admite-se a restrição ordinária mais gravosa contra uma pessoa no direito hodierno (a prisão) para garantirmos que essa pureza social seja resguardada. Parece evidente a mensagem estatal de atribuir os problemas sociais que acarretam alguma desordem sob os

⁹⁹ Mais que isso, possível pensar sobre a linguagem de um modo ainda mais específico, notadamente quando se trata do exercício do poder punitivo. Nesse sentido, vamos perceber com ABREU (2016, p. 139) “a criação de uma linguagem à parte da linguagem ordinária é, ao mesmo tempo, um mecanismo sociológico, uma estratégia de poder e a prática de criar, entre um saber técnico – que se pensa científico – e as categorias do vulgo, uma distância talvez necessária”.

¹⁰⁰ Código de Processo Penal. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

ombros de quem é acusado de praticar um crime; daí se justifica o cerceamento da liberdade, porque a ordem pública estaria resguardada. O Estado cumpriu seu papel: prendeu a pessoa causadora da desordem. A ordem foi restabelecida. Os problemas não mais existem, ou melhor, arrematam-se as forças policiais para alcançar a próxima pessoa que causa a desordem para encarcerá-la.

Nesta perspectiva, seria possível concluir que a ordem pública está mais bem resguardada do que em 2005, porque nesta época a população carcerária era de 296.919 pessoas¹⁰¹, ao passo que no ano de 2014 existiam 607.373 pessoas presas¹⁰². Claro que esse é o universo de todas as prisões, mas que se mantém o índice médio de presos provisórios, que estava em 41% em 2014¹⁰³. De todo modo, permitido o raciocínio de que quanto maior o número de presos para resguardar a ordem pública melhor para a sociedade.

Não há espaço para alteridade numa visão de mundo que *instrumentaliza* o ser humano vulnerável socialmente, colocando a responsabilidade estatal dos problemas estruturais mais graves numa questão meramente criminal; de tal sorte que se cria a ilusão de que a solução para a violência estaria voltada à ampliação desse poder punitivo, ante a ausência de alguma iniciativa diversa que possa alcançar a pessoa vulnerável em outra política pública, como a educação ou assistência social.

Lado outro, não parece haver nada de equivocado em buscar conter os indesejáveis socialmente, como forma de garantir que determinados padrões determinados se estabeleçam a partir de uma cultura dominante, notadamente aquelas que parecem afetar diretamente o convívio humano. Eis o problema que envolve a alteridade, porque, ainda com BAUMAN (1998, p. 17), vamos perceber que

Entre as numerosas corporificações da “sujeira” capaz de minar padrões, um caso – sociologicamente falando – é de importância muito especial e, na verdade, única: a saber, aquele em que são *outros seres humanos* que são concebidos como um obstáculo para a apropriada “organização do ambiente”; em que, em outras palavras,

¹⁰¹ Dados constantes no Anuário Brasileiro de Segurança pública 2007, disponível no sítio eletrônico http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2007.pdf, acessado em 09/01/2016, às 12h15.

¹⁰² Dados constantes no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015, disponível no sítio eletrônico http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015.retificado_.pdf, acessado em 09/01/2016, às 12h09.

¹⁰³ Dado disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>, acessado em 26/10/2016, às 10h19.

é uma outra pessoa ou, mais especificamente, uma certa categoria de outra pessoa, que se torna “sujeira” e é tratada como tal (grifos originais).

Neste ponto, ZAFFARONI (2007, p. 110) se mostra mais preciso ao demonstrar que, a rigor, o encarceramento da América Latina se divide em dois: um *cautelar* ou *pré-condenatório* e outro definitivo ou de condenado. Mas que o primeiro teria uma relevância muito maior, mesmo porque estaria calcado na periculosidade do agente, e não na culpabilidade; de modo que uma vez mais a periculosidade será sempre uma percepção de quem nega a alteridade. Um rótulo que despersonaliza; um tipo ideal que discrimina e sempre parte de quem se coloca em patamar superior. Ninguém irá atribuir a si a periculosidade, porque sabe bem que a infinitude da realidade humana nos faz externalizar condutas que ora se mostram compatíveis com verdadeiros propulsores da sabedoria humana, ora nos remete a patamares compatíveis com o pior dos seres.

A rotulação do outro é o retrato da ontologia moderna. Reduz a compreensão que devemos buscar de qualquer pessoa por força de um episódio (um crime, por exemplo) praticado e, mesmo ciente de que nós próprios temos ciência da complexidade de nossa personalidade (individualmente falando), quando voltamos ao outro, num paradoxo de sentimentos, opera-se um desinteresse completo em qualquer tipo de compreensão. Neste momento, na perspectiva de Levinas (1980), essa renúncia para o outro implica, ao fim e ao cabo, a negação de si mesmo, o desconhecimento de sua própria infinitude: eis a crise da modernidade, que irá desaguar na seara criminal com toda sua força (negativa).

Não é por outro motivo que, mesmo os raciocínios mais lógicos em torno do positivismo vocacionado para proteção dos direitos fundamentais, ainda hoje o/a juiz/a criminal parece muito mais reticente em determinar soltura de pessoas do que propriamente prender pessoas¹⁰⁴.

2.3 Violência Urbana e Violência Institucional

O/A leitor/a percebeu que desde o início deste texto pretendi desenvolver uma crítica sobre o poder punitivo estatal, ora organizado sob duas premissas: uma que parte para apontar

¹⁰⁴ Parece que ZAFFARONI (2007, p. 112) pode ter razão ao dizer que estamos confinados na criminologia positivista, adotando ideais de pensadores como “Garofalo, com sua costumeira e torpe sinceridade, afirmava que o desencarceramento só devia ocorrer quando o juiz instrutor acreditasse na inocência do processado”.

uma incoerência do próprio sistema jurídico; outra que estabelece esse questionamento de uma perspectiva da criminologia e da filosofia da alteridade. Neste momento, porém, pretendo analisar algumas consideráveis objeções que esse pensamento suscita, notadamente em sociedades de alta criminalidade (em todas as classes sociais), tal qual se nota no Brasil.

Já vimos que o poder punitivo pode traduzir, em realidade, interesses não revelados, sob as mais diversas perspectivas, o que seria comprovado neste país pela preponderância manifesta de encarcerar os mais pobres. Tal raciocínio autoriza a conclusão de que uma imposição de pena nessas condições revela uma violência, e não o uso legítimo do poder de punir. É uma violência *institucionalizada*¹⁰⁵, porque parte de órgãos previamente organizados, de uma estrutura construída para ensejar esse tipo de postura indesejável. Mais que isso, SANTOS (1984, p. 97) aponta que “a violência enraizada nas instituições jurídicas do poder do Estado, que produzem e reproduzem a ordem social, e a violência dos aparelhos de poder do Estado, que impõem e garantem a ordem social disciplinada pelo Direito”.

Só que, de outro lado, se apresenta um conjunto de forças individuais que desarmonizam o cotidiano de centros urbanos (normalmente), a ponto de nos tornarmos um dos países mais violentos do mundo, utilizando como parâmetro a proporção de homicídios para cada 100 mil habitantes, de tal arte que dentre as 50 cidades com maiores índices do mundo 21 estão no território brasileiro¹⁰⁶.

Claro que estabelecer uma simples relação de causa e efeito entre aumento do poder punitivo e redução de violência (como já apontamos em passagem anterior) não resiste a um exame acurado para compreender como é difícil tratar de conter o exercício dessa força pública (materializada pelo direito penal) em um quadro de desorganização social que culmina muita vez na violência urbana. Parece ser bem mais fácil debater os limites dos

¹⁰⁵ Juarez Cirino dos SANTOS (1984) irá designar um fenômeno mais amplo desta questão para dizer que existe no Brasil uma violência estrutural. Seria uma percepção da postura estatal num sentido mais amplo (quando comparado ao poder punitivo), pois abrangeria uma violência econômica (na produção) e também financeira (na distribuição e apropriação), que estaria ancorado no imperialismo predominante pela dominação da classe proletariada (operários e trabalhadores rurais). Adiante, porém, irá designar que existe igualmente a violência institucional, como se verá no texto, a ser vista no exercício do poder pelas instituições jurídicas, ao dizer (SANTOS, 1984, p. 99): “O Direito ou ordenamento jurídico geral produz e reproduz uma violência institucional de classes (ou bloco de classes) dominantes, no processo de produção material, sobre as classes (ou bloco de classes) dominadas, articuladas em uma relação de dominação/exploração, na estrutura econômica da sociedade: nessa perspectiva, a violência institucional se confunde com a violência estrutural, uma vez que aquela é a forma superestrutural que institui e reproduz esta última, e, conseqüentemente, não podem ser compreendidas isolada ou separadamente, mas como as dimensões institucionais e estruturais de um só fenômeno”.

¹⁰⁶ Informação disponível em <http://exame.abril.com.br/mundo/as-50-cidades-mais-violentas-do-mundo-21-delas-no-brasil/>, acesso em 01/12/2016, às 20h56.

direitos fundamentais em sociedades mais bem estruturadas. Por isso, chama a atenção como a relação entre violência urbana e poder punitivo parece inevitável em qualquer debate sobre o tema, mas que, ao contrário do que se poderia pensar, forçoso reconhecer que este não é assunto que possa ser considerado exatamente *recente* no Brasil e mais que isso como o uso do poder nem sempre se mostra com muita clareza aos contemporâneos, como explica RAUTER (2003, p. 22):

Discussões na Câmara dos Deputados lamentam o salto exagerado entre as Ordenações Filipinas e leis, segundo eles, inadequadas à realidade do país. Defendem o retorno ao fortalecimento da autoridade, ante a ameaça, segundo já diziam naquela época, de uma criminalidade crescente. É assim que a lei de 3 de dezembro de 1841 já impõe restrições ao Código de Processo Penal de 1832, limitando as atribuições dos juízes de paz e conferindo às autoridades policiais funções judiciárias. E, neste momento, a criminalidade é claramente associada à contestação política ao Estado que se implantava.

Fica a transparecer na mente das pessoas que quanto *pior* o tratamento dispensado a uma pessoa sujeita a cumprir a pena *melhor* estaria a sociedade. Ocorre que quando se compara a violência institucionalizada com a violência do *particular*, a diferença entre ambas fica muito clara, porquanto a imposição de uma prisão nos moldes como percebemos em grande parte dos presídios brasileiros configura uma situação perene e até programada, enquanto a violência do particular é muita vez impulsiva, isolada¹⁰⁷. Neste ponto, destaco conhecida passagem de FERRAJOLI (2010, p. 355):

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. (...) Seria impossível fornecer um

¹⁰⁷Parece que violência urbana se relaciona com crimes normalmente atribuídos a determinada classe social e que, diante dessa situação patológica, necessária uma atuação reformadora (RAUTER, 2003, p. 62): “E de onde partiria esta ação reformadora? Do próprio Estado, entendido, como já vimos, enquanto regulador técnico, apolítico, da sociedade. As diferenças sociais, mesmo quando apontadas (fala-se aqui em desigualdade), são esvaziadas de qualquer positividade, de qualquer potencialidade de mudança e transformadas em sinal de anormalidade social a ser corrigida”.

inventário, ainda que sumário, das atrocidades no passado concebidas e praticadas sob o nome de ‘penas’.

A cada momento, no Brasil vamos assistindo como parece não haver limites para a crueldade da pena. Após Carandiru se tornar uma das páginas mais tristes na história do poder punitivo pátrio, assistimos constantes chacinas dentro dos estabelecimentos prisionais, como ocorreram no início de 2017 em Manaus e em Natal, em que corpos foram esquartejados em conflitos internos sem que o Estado seja capaz de reduzir esses graves processos de dor.

Claro que não se pode olvidar, como já mencionamos, a existência de tantos crimes. De tal arte que parece autorizado pensar que vivemos um modelo de convivência social sob constante *estado de guerra*: violência urbana combatida com violência institucionalizada. E aí cabe a pergunta: *como algo tão nocivo a nós próprios pode não apenas prevalecer como ser incentivado?*

Uma resposta difícil, principalmente para aqueles que estão, como eu, a lidar com o poder punitivo no cotidiano. Um tímido esforço antropológico permite uma percepção mais clara dos *processos de dor* que se vivencia numa vara criminal. Num caso que trata de crime de homicídio, por exemplo, enquanto juiz criminal, deparei-me com o sofrido atendimento a familiares (normalmente mães) tanto de familiares da vítima para pedir solução do caso (melhor dizendo, punição ao culpado ou que não o liberte) como os de acusados, a retratar os mais diversos padecimentos do cárcere, pedindo explicações do procedimento a ser adotado ou se há possibilidade de soltura, eis que muita vez estão desassistidos de advogados para patrocinar a defesa como seria desejável. Em dias de audiência ou de sessão de júri, frequentemente assisto um verdadeiro *mar de lágrimas* de todos esses envolvidos.

Se se trata de um roubo, a vítima comparece ao fórum apresentando claros sintomas de *fobias*, as mais diversas, após a experiência do crime, relatando muita vez o abalo emocional que ainda lhe impõe restrições para a vida comum, mesmo se passando 60 a 90 dias (ou mais) desse fato. Quando se escuta a pessoa apontada como autora desse roubo, é comum ouvir uma estranha confissão: estava com amigos, resolveu fazer uso de drogas ilícitas ou de um medicamento *tarja-preta* qualquer, regado a bebida alcoólicas, e decidiu realizar o crime sem explicar ao certo o motivo exato de tê-lo feito. Apresenta-se arrependido, chora, sob o testemunho de familiares presentes ao ato. Aí a figura idealizada pela vítima de que o autor do crime seja o *mal encarnado*, que fica durante todo o tempo pensando como realizar novas *maldades*, não se sustenta na análise do mundo real.

Ainda na esteira desse idealismo, longe daquele bem-sucedido comerciante de drogas, dominador de comunidades inteiras e ostentando bens materiais os mais variados, o réu de um processo criminal de tráfico de drogas revela-se no cotidiano quase sempre surpreendido por policiais em instalações habitacionais as mais precárias possíveis, em situações que se apresentam a verdadeira negação do que se pensa por ser humano, mas que a pessoa escolheu para si. Pela falta de critério legal objetivo para diferenciá-lo de um usuário dessas substâncias, o poder punitivo se apresenta ainda mais dúbio. Em mais um gesto típico de estabelecer os culpados de nossas mazelas morais estejam fora de nós (expressada muita vez pela dependência química em estados avançados) para muitos a figura do traficante de drogas concentra todo o *mal* da sociedade moderna, a origem de todo o problema da violência urbana – bem próximo dos poderes de uma *bruxa* dos tempos sombrios da inquisição. Na realidade cotidiana, contudo, o quadro apresentado desautoriza pensar nos poderes destruidores atribuídos a quem no dia-a-dia são alcançados pela força do Estado em delitos desse jaez.

E por falar em dependência química, imperioso notar ainda que a figura idealizada pela sociedade da pessoa que optou por *não trabalhar* e sim se assenhorar sistematicamente de bens alheios não se confirma na imensa maioria de processos criminais que apuram crimes de furto. Quase sempre, a conduta resumida em poucas linhas da denúncia é o reflexo do desespero por consumir mais drogas e, após esgotar seus bens dentro do próprio lar, parte para a busca desenfreada de produtos alheios como forma de adquirir mais substâncias entorpecentes, normalmente a conhecida como *crack*¹⁰⁸.

¹⁰⁸ O idealismo de uma figura quase diabólica forjada pela sociedade confrontado com o que buscamos retratar nesses singelos exemplos de quem convive com essas pessoas que cometem crimes de homicídio, roubo, tráfico de drogas e de furto (que devem alcançar 90% dos tipos de processos criminais em trâmite na Justiça Brasileira) nos faz recordar a precariedade que os rótulos representam, como aliás já mencionamos, mas ganha maior força justamente quando se voltam aos que sofrem. A princípio pode parecer inadequada a comparação, mas a conhecida passagem de Euclides da CUNHA (2000, p. 100) retrata muito bem o desprezo social para determinado modo de agir da pessoa sem ter ciência de suas próprias dificuldades: “O sertanejo é, antes de tudo, um forte. Não tem o raquitismo exaustivo dos mestiços neurastênicos do litoral. A sua aparência, entretanto, ao primeiro lance de vista, revela o contrário. Falta-lhe a plástica impecável, o desempenho, a estrutura corretíssima das organizações atléticas. É desgracioso, desengonçado, torto. Hércules-Quasímodo, reflete no aspecto a fealdade típica dos fracos. Agrava-o a postura normalmente abatida, num manifestar de displicência de lhe dá um caráter de humildade deprimente. (...) É o homem permanentemente fatigado. Reflete a preguiça invencível, a atonia muscular perene, em tudo: na palavra rememorada, no gesto contrafeito, no andar desaprumado, na cadência langorosa das modinhas, na tendência constante à imobilidade e à quietude. Entretanto, toda esta aparência de cansaço ilude. Nada é mais surpreendedor do que vê-la desaparecer de improviso. Naquela organização combatida operam-se, em segundos, transmutações completas. Basta o aparecimento de qualquer incidente exigindo-lhe o desencadear das energias adormidas. O homem transfigura-se. Empertiga-se, estadeando novos relevos, novas linhas na estatura e no gesto; e a cabeça firma-se-lhe, alta, sobre os ombros possantes, aclarada pelo olhar desassombrado e forte (...); e da figura vulgar do tabaréu canhestro, reponta,

O que pretendo destacar com esses relatos é que essas violências demonstram em verdade o *sofrimento de todos* e que qualquer reflexão a respeito de questões dessa complexidade deve, acima de tudo, se pautar pela renúncia de pretender esgotar o tema, de apresentar soluções ou de assumir o ônus de uma totalidade, como adverte CARVALHO (2014, p. 62) ao dizer que “a reflexão, livre da compulsão patológica pelo absoluto, pode assumir conscientemente a sua precariedade sem que isso implique em uma desqualificação total do próprio pensar”.

Por isso, admitindo a hipótese de que essas violências geram uma espécie de *cultura de guerra*, pelo menos a partir dessas duas formas de violências apresentadas (urbana e institucional) que se percebe no palco do poder punitivo, parece lógico pensar em mecanismos voltados a minimizar algumas dessas violências. Claro que o plano ideal seria pensar em alguma estratégia para eliminar ambas, porém dentro da complexidade que o tema encerra, forçoso reconhecer que somente pode restar ao jurista o esforço teórico de adequar o uso do poder punitivo ao sistema legal para que se afaste de configurar-se uma violência institucionalizada.

Poderia parecer insustentável admitir a existência de algum dilema do tipo *redução do poder punitivo x recrudescimento das leis penais* a partir de critérios jurídicos: a rigor somente pode ser um falso dilema para qualquer jurista. Parece que existe quase um *delírio de onipotência* dos que tratam do sistema jurídico em buscar resolver escolhas morais, problemas políticos, questões médicas, quase tudo pelo direito¹⁰⁹. Há um *fascínio* pela lei.

Espetáculo triste de assistir quando se vê entidades de diversos segmentos se manifestarem pela criminalização ou descriminalização desta ou daquela conduta – como se o direito estivesse impondo determinada moralidade. Quando se pensa em descriminalizar o aborto, por exemplo, fica apenas evidenciada uma mensagem: *para o poder público, este fato não mais será punido criminalmente*. Não quer dizer necessariamente que o Estado esteja a determinar ou estimular o aborto. Ora, não se operou *abolitio criminis* na prática de adultério

inesperadamente, o aspecto dominador de um titã acobreado e potente, num desdobramento surpreendente de força e agilidade extraordinárias”.

¹⁰⁹ Destaco o pensamento de Lenio Streck em um dos artigos publicados na coluna *Senso Incomum* na plataforma do Conjur: “Quero dizer, simplesmente, que na democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, é o Direito que deve filtrar os juízos morais. Simples assim. Correto o médico de *House of Cards*, quando, instado a que deixasse o presidente americano baleado a fazer transplante de fígado, disse que não poderia “furar a fila”: It is the law. Bingo. O princípio é: vale é a vida humana. Não importa de quem seja a vida”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-01/senso-incomum-segredo-dilema-fatima-bernardes-aplicado-direito> (acesso em 02/12/2016, às 10h46).

em tempos recentes no Brasil?¹¹⁰ Em outros momentos, não houve a escolha de deixar de punir a prática da prostituição, que em tempos antigos era considerada conduta muito grave? Difícil sustentar que tais escolhas políticas significaram alguma degradação social, ou que determinaram que a sociedade fosse *condenada* a esse tipo de conduta. Continuam sendo opções que parecem ser indesejadas sob o prisma de determinada moralidade, mas restritas a uma das formas de estabelecer cada um para si próprio a vida boa (uma busca de felicidade), mas que o direito brasileiro escolheu não interferir diretamente. Quero dizer: sem prejuízo de reconhecer a *função estratégica* do direito na vida social¹¹¹, difícil pensar que de fato possa lograr esse gerenciamento completo (esgotamento absoluto) de todos os aspectos da vida social, notadamente em questões ligadas à violência urbana.

Com isso, quero dizer que a tendência de buscar ferramentas teóricas do direito para ampliar o poder punitivo em sociedades como a brasileira – como na já destacada *política criminal atuarial* – a pretexto de reduzir a ocorrência de crimes parece refletir muito mais em uma tática de guerra (uma escolha política ou moral de aniquilar o *adversário*) do que propriamente conduzir para alguma solução. Todos os esforços se voltam muito mais numa postura que acredita na possibilidade de evitar problemas sem compreendê-los¹¹². Em verdade, pode revelar o uso do direito para *agravar* essa crise, eis que ancorada numa ideia de

¹¹⁰ Refiro-me à revogação ocorrida no art. 240 do Código Penal pela Lei 11.106/05.

¹¹¹ Entendemos que o trabalho não comporta reflexões aprofundadas que essa afirmação demandaria, razão por que destaco apenas o pensamento de HABERMAS (2003) ao tratar da facticidade e validade para compreender como o direito se situaria entre esses dois elementos: os regramentos de cunho jurídico e outros de natureza moral, sem prejuízo de reconhecer a legitimidade do direito garantida pela racionalidade no processo de criação do direito (legislação) como no de aplicação. De todo modo, seria possível pensar, a partir desse pensamento, que não são necessariamente as regras jurídicas que oferecem os critérios da vida social. Por exemplo, se no futuro a conduta de subtração de coisa alheia móvel deixar de ser crime de furto aqui no Brasil, isso não quer dizer que todas as pessoas aqui residentes passaram a considerar correta a postura de se apropriar indevidamente de coisas alheias. Mas também HABERMAS (2003, p. 214) convida a refletir sobre a importância do direito e dos respectivos processos jurídicos que autorizam sua efetivação: “Um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. (...) Porque a força legitimadora reside em processos que institucionalizam o caminho para seu resgate argumentativo. (...) E, para descobrir um núcleo racional – racional no sentido prático moral -, nos processos jurídicos, temos que analisar o modo como a ideia de imparcialidade da fundamentação das normas e da aplicação de regulações obrigatórias cria uma relação construtiva entre o direito vigente, os processos de legislação e os processos de aplicação do direito”.

¹¹² Pensamento extraído de YOUNG (2002, p. 106) para quem: “O atuarismo é um motivo principal do controle social na sociedade moderna recente. (...) Já não se trata mais de saber o que é certo ou errado, mas sim de qual é a possibilidade de suas regras serem quebradas; e quando a unidade de risco se torna a sua chance de vitimização, a avaliação de responsabilidades individuais se torna cada vez menos relevante. (...) Assim, a linha entre livre arbítrio e determinismo se torna não só indistinta, mas, num certo sentido, irrelevante. Acima de tudo, você quer evitar problemas em vez de compreendê-los. Você quer minimizar riscos em vez de condenar comportamentos moralmente”.

que a crueldade na aplicação da pena (o sofrimento do autor do crime) traz algo vantajoso para a sociedade porque combate a violência. É a consagração das aparências, do distanciamento, dos rótulos e do medo: um cenário de vingança.

A contaminação deste tipo de moralidade no sistema jurídico é capaz de desconfigurar qualquer categoria teórica do direito, inclusive, não deixando sequer espaço dialético para se refletir sobre a forma de cumprimento de pena e sua compatibilidade com a ordem constitucional, como se vê na questão do descumprimento da vedação da pena cruel.

É uma *sociedade excludente*, para usar a expressão de Young (2002), resultado de um pós-guerra que, para o autor, iniciou com um inclusivismo que anunciava uma unidade cultural e de identidade (que pode ser constatada pelos movimentos globais da década de 1960), mas ocultava a divisão dos sexos, os problemas entre as classes sociais e os grupos étnicos. Esses obstáculos eclodiram a partir dos anos 1970, que o mundo se viu diante da necessidade de absorver essas *diversidades*, mas ainda sem qualquer disposição para suportar as *dificuldades*. Uma intolerância às dificuldades que culmina nessa exclusão social¹¹³.

Então, YOUNG (2002, p. 156) diz que o *essencialismo* (a rotulação) seria o mais evidente reflexo da postura de exclusão, eis que “separa grupos humanos com base na sua cultura ou na sua natureza” e, portanto, autoriza uma percepção que busca justificar a superioridade (que pode ser de classe, racial ou de gênero). Assim, fica claro que a essencialização que recai contra o *outro* pode servir, não raro, para legitimar tanto o privilégio (para um grupo) como o castigo (para outro).

É nesse quadro de exclusões que o poder de coerção pelo direito penal ganha contornos quase dramáticos, exatamente na perspectiva quase que impensável de, a partir do rótulo de *bandido*, fosse autorizado qualquer tipo de tratamento dentro do cárcere e culminasse no ideal de que, para essa espécie de ser humano inferior, o melhor que pode ocorrer é a imposição de pena cruel. E o discurso legitimador para semelhante prática obviamente não estampa desse modo a questão, porque estaria calcado na criminalidade crescente. Quase uma justificativa social para a violência institucional, melhor dizendo, uma

¹¹³ Coerção social que não se manifesta apenas na coerção social, mas que haveria um processo de purificação social, por exemplo, na construção de cidades, em que YOUNG (2002, p. 251) cita o estudo feito por Richard Sennet: “No mundo moderno, argumenta ele (Sennet), há uma divisão marcada entre nosso ser interno e o mundo exterior, entre o eu e a cidade. A cidade é construída para nos isolar uns dos outros, para criar um espaço mental fora de nós. (...) O medo da exposição é muito parecido com o conceito de segurança ontológica e a atitude atuarial que discutimos anteriormente neste livro. O resultado é visto como purificação da cidade e amenidade pública”.

legítima defesa julgada pela sociedade (que sempre absolve a si própria) e que, em última análise, legitima o poder punitivo estatal contra ela própria.

Nessa toada, muito mais do que buscar perceber a atuação das mais diversas práticas judiciais que podem evidenciar o descumprimento crônico das promessas constitucionais, a análise de julgamento produzido pelo Supremo Tribunal Federal que trata da questão específica da eficácia e da validade de direitos fundamentais a partir da função institucional reservada ao Judiciário pode de alguma forma ilustrar de forma satisfatória esse quadro teórico apresentado até o momento.

CAPÍTULO 3 – O JULGAMENTO DO RE 592.581 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Convém inicialmente realizar algumas advertências de cunho epistemológico. A análise do julgado em destaque estará pautada no método de análise de decisão judicial proposto pelos professores Roberto Freitas Filho e Thalita Moraes Lima que está consagrado no texto Metodologia de Análise de Decisões (MAD). Essa ferramenta poderá permitir (FREITAS FILHO e LIMA, 2010, p. 7):

- 1) Organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto; 2) Verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente; e 3) Produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.

Em primeiro lugar, haverá a exposição inicial da ementa do julgado seguida de uma breve explicação sobre o motivo da escolha do julgado e um resumo dos fundamentos expostos no voto (no caso, houve votação unânime em que todos os ministros presentes acompanharam o voto do relator). Na sequência, haverá a busca das premissas e a coerência interna a partir dos fundamentos adotados. Após, uma análise a partir de premissas outras sobre o julgado, notadamente a partir dos referenciais teóricos estabelecidos nos capítulos 1 e 2 desta dissertação.

O julgamento do RE 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sessão do dia 13/08/2015, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, definiu que pode o Judiciário

determinar que o Poder Executivo execute obras em estabelecimentos prisionais com o propósito de garantir a efetividade de direitos fundamentais das pessoas presas.

O feito contou com a ementa nos seguintes termos: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: ‘É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes’. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015”.

Como visto na própria ementa, o ineditismo do julgado parece claro sob o seguinte aspecto: pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal reconhece expressamente a existência de ilegalidades nas práticas carcerárias e trata esse problema sob a perspectiva da efetividade de direitos fundamentais da pessoa presa. Assim, a solução dada pela Corte ao caso igualmente comporta inúmeras reflexões, não apenas do aspecto de coerência interna, mas sobretudo da função institucional do Judiciário e da compreensão sobre direitos fundamentais. Isso porque, após declarar abertamente o abismo entre a realidade e a normatividade (sob os mais diversos parâmetros: constitucional, legal e compromissos internacionais), resume-se o Supremo a indicar a possibilidade de o Judiciário determinar ao Executivo a promoção de melhorias estruturais em estabelecimentos prisionais.

Convém, antes, analisar o julgado reformado junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESIDIO. DESCABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

Preliminar: O pedido não é juridicamente impossível, porquanto não lhe veda expressamente a ordem jurídica.

Mérito: O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais.

É que diversa a carga de eficácia quando se trata de direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental.

Aquí o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva.

Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição auto-executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público.

Para além disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É denominada “reserva do possível”.

Pois a “reserva do possível”, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por conseqüência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada.

Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração.

Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.

(TJRS. Preliminar rejeitada. Apelo provido. Unânime. Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara Cível. Tipo de Processo: Apelação e Reexame Necessário. Comarca de Origem: Comarca de Uruguaiana. Seção: CIVEL. Relator: Genaro José

Baroni Borges. Decisão: Acórdão. Publicado no Diário da Justiça do dia 24/04/2008).

Como se observa da leitura da ementa – que por óbvio retrata os fundamentos principais do voto condutor do julgamento – a eficácia dos direitos fundamentais relacionada à integridade física das pessoas presas foi vista como norma de conteúdo programático, portanto, cuja eficácia ficaria a cargo de fatores estranhos ao campo do direito. E que, diante disso, uma ordem judicial encerraria numa violação ao princípio da separação dos poderes. A leitura do inteiro teor do voto ainda revela uma preocupação com lei orçamentária e as dificuldades financeiras do Estado do Rio Grande do Sul como impeditivos da determinação pretendida nos autos da Ação Civil Pública sob análise.

Daí a reforma da decisão de primeiro grau e, posteriormente, o que ensejou a interposição do Recurso Extraordinário pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, registrado sob o ° 592.581 junto ao Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. Historiado sinteticamente o caso, passo ao resumo do voto condutor pelo Min. Lewandowski.

A decisão está estruturada em vinte e duas partes, sendo que os dois primeiros tópicos estão restritos a historiar a tramitação do feito nas instâncias inferiores.

Os fundamentos da decisão iniciam sua terceira parte e apontam que a pena deve ser vista em sua perspectiva ressocializadora, notadamente ao consignar que “a pena, nos dias atuais, sobretudo no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, tem uma função eminentemente ressocializadora, ou seja, tem o escopo de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, de torná-lo um cidadão prestante, após ter ele saldado seu débito para com a sociedade”. Ressalta que não há espaço para contemplar teorias que pregam o caráter retributivo da pena nas sociedades modernas.

No tópico seguinte, realiza-se um apanhado histórico das prisões no Brasil em que busca demonstrar desde o início da constituição do país existe o problema carcerário, destacando um relatório de 1905 elaborado pelo Ministro da Justiça da época após inspecionar um estabelecimento prisional do Rio de Janeiro.

Após, o esforço do relator se concentra em tratar da realidade atual do sistema carcerário, dizendo do estado de absoluta precariedade estrutural dos estabelecimentos prisionais do país; essa situação é relatada em cinco tópicos da decisão, que trata além da

percepção do Ministério Público até a menção de que os presídios se tornaram fábrica de criminosos (itens 5 a 9).

Na sequência, tratou do problema envolvendo a dignidade da pessoa humana, a ponto de afirmar que os estabelecimentos prisionais encerram “um processo de verdadeira 'coisificação' de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras 'masmorras medievais', que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica”.

E trata na sequência de que a intervenção judicial estaria pautada na própria inafastabilidade do controle judicial de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV da Constituição) e da questão da efetividade dos direitos (itens 11 e 12). E consigna que “No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”.

Ressalta em seguida da ilegalidade com as disposições infraconstitucionais da Lei de Execuções Penais e com os tratados internacionais dos quais o país é signatário, ressaltando tratar-se de normas de natureza supralegal. Revela (item 15) que o Brasil é processado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de situações degradantes a que submete os presos em determinados casos.

Diante dessa situação, inaugura nova parte da decisão para dizer: “Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado”. Aponta a necessidade de intervenção do Judiciário na questão e os possíveis limites dessa atuação, mas pondera de que é falsa a percepção de que exista falta de verbas (item 19).

Na sequência, busca retratar a realidade dos Estados Unidos com a ideia do *Prison reform cases*. Sustenta que foi a partir de 1965 que teria ocorrido a mudança de paradigma a partir de inúmeras decisões e revela que em 2011 o caso *Brown v. Plata*, a partir da compreensão da oitava emenda, em que se decidiu pela possibilidade do Judiciário determinar a implementação de melhorias estruturais nos presídios.

E conclui para decidir que, diante dessas normativas existentes no Brasil, torna-se viável a determinação do Judiciário constando assim na parte dispositiva, após consignar o

provimento do recurso: “A tese de repercussão geral que proponho seja afirmada por esta Suprema Corte é a seguinte: ‘É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes’”.

3.1 As Premissas Adotadas no Julgado

Entendemos que a *primeira premissa* do julgado está centrada na ideia de que a imposição da pena em nosso sistema jurídico é incompatível com a ordem constitucional, como se vê no trecho do voto do relator, que consigna: “o senso comum não nega – ao contrário, reafirma – que o histórico das condições prisionais no Brasil é de insofismável precariedade. (...) Esse terrível panorama vem sendo reiteradamente realçado em documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por ocasião de inspeções realizadas em presídios nos distintos Estados Brasileiros”. Ou seja, em um julgamento unânime, todos os Ministros da mais Alta Corte deste país reconhecem que a Constituição é sistematicamente descumprida nos ambientes carcerários brasileiros.

Apenas para reforçar essa ideia, o relator chega a comparar a realidade carcerária em alguns estabelecimentos prisionais com *O Inferno de Dante*, cuja descrição parcial ficou assim consignada:

No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário. Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço.

O Centro de Detenção de Novo Horizonte, também conhecido como Cadeia Modular ou, ainda, Cadeia dos Contêineres, tampouco estabelece qualquer divisão entre os presos.

(...)

No Presídio Modular de Novo Horizonte há infestação de ratos e grande quantidade de lixo e entulho acumulados no pátio.

Em Novo Horizonte há presos que têm marca de mordidas de roedores e a quantidade de lixo é tanta que há permanente chorume no piso do estabelecimento. A caixa de água tem vazamento que inunda o local para banho de sol e mistura lixo e esgoto a céu aberto.

Em Argolas as embalagens em que são servidas as refeições servem também para depósito de fezes, pois não há vaso sanitário na cela improvisada que fica no corredor que dá acesso a outras duas celas do estabelecimento.

Na DPJ de Vila Velha há sete fileiras de redes amarradas na cela e os presos ficam apenas deitados, pois não têm espaço para ficarem de pé, sendo que alguns estão nessas condições há mais de um ano, e sem espaço apropriado para banho de sol.

(...)

Na DPJ de Jardim América há tanta gente que o agente carcerário é obrigado a solicitar ajuda de outros agentes e dos próprios presos para poder trancar as celas. Literalmente os presos são socados dentro das celas.

(...)

Ainda na mesma DPJ [Vila Velha] havia um preso seriamente ferido que sangrava muito. O sangue escorria no chão por baixo dos demais presos.

(...)

No Presídio Modular, embora afirme o diretor que o direito à visitação era permitido, as visitas só ocorriam no parlatório, um espaço entre grades de segurança destinado a receber visitas para os detentos. A dificuldade, contudo, era que essas grades só permitem o contato visual, sem ao um menos (sic) um cumprimento, aperto de mão, etc.

O relato reflete a realidade atual do sistema carcerário ao menos nos maiores centros urbanos de todas as unidades da federação, quer dizer, uma situação que ocorre sob égide da Constituição Federal de 1988 e, por força do art. 66, inciso VII da Lei de Execuções Penais¹¹⁴, são estabelecimentos prisionais vistoriados mensalmente pelos/as juízes/as que detêm a competência da execução penal. Esta premissa, claro, nos parece absolutamente verdadeira.

Constatamos a *segunda premissa* no voto, na parte que consigna, em várias passagens, que cabe ao Judiciário atuação nas situações de violação de direitos fundamentais e utiliza como fundamento, entre outros, o caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos: *Brown v. Plata*. Após tratar dos dispositivos constitucionais pátrios que atribuem ao Judiciário a defesa contra a violação de direitos, o relator destaca a experiência estadunidense para autorizar a conclusão de que foi reservada ao Judiciário o papel de protagonismo na modificação do sistema de execução penal daquele país a partir da década 1960 e que, a partir deste comportamento dos/as juízes/as, operou-se uma transformação do modo de aplicar a pena em que garantem a dignidade dessas pessoas, notadamente a partir da interpretação da oitava emenda da Constituição dos Estados Unidos que veda a aplicação de penas cruéis ou incomuns. E no ponto conclui: “vali-me acima do direito comparado como um estímulo à ação do Judiciário pátrio, pois, no caso dos EUA, muito embora inexistisse qualquer

¹¹⁴ Art. 66. Compete ao juiz da execução penal: (...) VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

legislação que desse amparo aos encarcerados, lá operou-se toda uma revolução no sistema prisional a partir de decisões pretorianas”.

Por fim, encontramos a *terceira premissa* numa conclusão que, a partir da multiplicidade de decisões judiciais, haverá mudança no sistema carcerário. É dizer que, de acordo com o julgado, a partir de ordens judiciais ao Executivo, ocorrerão alterações nos estabelecimentos prisionais brasileiros, convidando a magistratura brasileira numa postura ativa voltada à melhoria do estrutural, sem tocar no ponto pertinente à efetividade dos direitos fundamentais na esteira da tarefa jurisdicional propriamente dita. Possível pensar na interligação com a premissa anterior, na medida em que pode ter verificado uma utilização seletiva ao enunciar que se valeu do caso *Brown v. Plata*, porém (sem qualquer justificativa declarada no voto) parece afastada da questão central deste julgado estadunidense: já constatada a omissão do Executivo em implementar medidas que alterem o cenário carcerário, coube ao Judiciário estadunidense determinar a soltura de presos, limitando a população carcerária. Questão essa sequer cogitada no julgado do RE 592.581.

A *conclusão do julgado* está resumida na tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Entendemos grave o problema de coerência interna no julgado quando se percebe a transferência de solução do problema carcerário para o Executivo e, de consequência, sequer as premissas de violação de direitos fundamentais e de compreensão da função institucional do Judiciário autorizam resumir a questão a esse patamar, como veremos na sequência.

3.2 O Caso *Brown v. Plata*

No voto condutor do julgamento do RE 592.581 do Supremo Tribunal Federal, consta como razões de decidir pela determinação de que é possível que o Judiciário determine ao Executivo melhorias estruturais em ambientes prisionais o resultado do julgamento realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2011: *Brown v. Plata*. Segundo o

relator, Min. Lewandowski, o julgado em questão ampara a decisão do Supremo, como uma postura ativa do Judiciário, a partir da violação à Oitava Emenda da Constituição daquele país. Confira-se:

Mais recentemente, em 2011, a orientação traçada na jurisprudência formada a partir de tal doutrina também pôde ser percebida no caso *Brown v. Plata*. A Suprema Corte americana, em votação majoritária, tendo igualmente por fundamento a Oitava Emenda, assentou o seguinte entendimento, consubstanciado na opinião do Justice Kennedy:

“A assistência médica e mental fornecidos pelas prisões da Califórnia cai abaixo do padrão de decência que é inerente à Oitava Emenda. Esta extensa e contínua violação constitucional exige um remédio, e um remédio não será alcançado sem uma redução na superlotação. O alívio ordenado pelo tribunal de três juízes é exigido pela Constituição e foi autorizado pelo Congresso no PLRA [Prison Litigation Reform Act]. O Estado deve implementar a ordem, sem mais delongas”

Assim começou a reforma do sistema prisional dos EUA, que continua até os dias de hoje, com base em determinações judiciais, amparadas apenas em princípios de natureza moral e numa vaga proibição constitucional que proíbe sanções atroz.

Ocorre que, quando se analisa o julgado estadunidense, a questão nos parece ter um objeto distinto do que se pretendia fundamentar o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal. Isso porque quando se busca o inteiro teor do caso *Brown v. Plata*¹¹⁵ fica evidenciado que o objeto da controvérsia era a decisão do Tribunal de origem (ou Tribunal de três juízes) que determinou o limite populacional carcerário no Estado da Califórnia como forma de remediar a violação dos direitos constitucionais dos prisioneiros, de acordo com o PLRA (tradução nossa seria algo como: *Ato de Solução de Litígio de Reforma Prisional*).

O julgamento terminou decidido por cinco votos a quatro¹¹⁶ que era permitido estabelecer esse limite e que deve ser cumprido o referido ato, o qual termina por autorizar a soltura de 46.000 pessoas presas da Califórnia, diante da violação à Oitava Emenda da Constituição estadunidense, que proíbe a imposição de penas cruéis e iníquas.

Pois bem. Em análise do voto do magistrado Kennedy – que prevaleceu no julgamento –, inicia apresentando um quadro caótico do ambiente prisional californiano para destacar que esse questionamento do sistema de cumprimento de penas naquele estado iniciou

¹¹⁵ A plataforma da Suprema Corte Estadunidense <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf> disponibiliza o julgado. Acesso em 09/05/2016, às 22h13.

¹¹⁶ Decisão proferida em 23/05/2011 em que prevaleceu o voto do magistrado KENNEDY, acompanhado por J GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, e KAGAN. Vencidos os magistrados SCALIA, THOMAS, ALITO e ROBERTS.

com um processo arquivado em 1990: *Coleman v. Brown*. O foco deste julgado era o tratamento voltado aos presos acometidos de doenças mentais graves em que se constatou no julgamento: “esmagadora evidência da falha sistemática para entregar cuidados necessários para doentes mentais presos”.

Prossegue o voto, ressaltando que o presente julgado, *Plata v. Brown*, iniciou no ano de 2001 e, já no ano de 2005, o Tribunal de origem (tradução literal: Tribunal de três juízes) determinou a supervisão de medidas corretivas já determinadas e, nas palavras dele em nossa tradução, “a Corte concluiu que *o sistema de cuidado médico penitenciário da Califórnia está quebrado e fora de alcance de reparo*, resultando em um grau inconcebível de sofrimento e morte” (destaque no original). Ainda, informa o relator a constatação de que “na média, um preso em uma das prisões da Califórnia morre desnecessariamente a cada seis ou sete dias devido às deficiências constitucionais nos atendimentos do sistema médico das prisões da Califórnia”.

E, sobre as medidas tentadas ao longo da tramitação deste processo pelos órgãos competentes para conferir melhor estrutura ao atendimento dos presos, observou o juiz Kennedy no voto:

Por anos a assistência de saúde médica e mental provida pelas prisões da Califórnia tem fracassado nos requisitos mínimos constitucionais e tem falhado em atender as necessidades básicas para a saúde dos prisioneiros. Sofrimento desnecessário e morte tem sido o resultado bem documentado. Sobre todo o curso dos anos durante os quais este litígio esteve pendente, nenhuma outra solução encontrada foi suficiente.

Portanto, expõe longamente que medidas outras não surtiram qualquer efeito prático no tratamento dos presos na experiência de Califórnia, para reconhecer a necessidade de perceber se as diretrizes do plano de redução da população carcerária poderiam ou não ser mantidas. Isso porque foi levantado que a quantidade de vagas existentes naquele Estado era de 80.000, entretanto, a população carcerária em 2011 alcançava 156.000 presos. De acordo com os estudos definidos pelo tribunal de origem, após esses anos de tentativas frustradas de determinar aos órgãos melhorias estruturais, estabeleceu que o limite da população carcerária deveria alcançar 137,5% das vagas existentes, o que culminava na colocação em liberdade de 38.000 a 46.000 presos, caso não fossem construídos novos estabelecimentos prisionais. No entanto, a possibilidade de novas obras foi afastada, de acordo com o voto, diante de problemas orçamentários que aquela unidade federativa enfrentava. E a delimitação do

recurso (interposto pelo Estado da Califórnia) que é analisado neste caso se vincula exatamente sobre a decisão da obrigação de redução da população carcerária, e não sobre a possibilidade de o Judiciário determinar a edificação de obras.

Para reconhecer a possibilidade de imposição de liberdade aos presos, consigna o magistrado Kennedy sobre os direitos fundamentais:

Como consequência das suas próprias ações, os presos podem ser privados de direitos que são fundamentais para a liberdade. No entanto, a lei e a Constituição demandam reconhecimento de alguns outros direitos. Presos mantêm a essência da dignidade humana inerente a todas as pessoas. Respeito por essa dignidade anima a proibição da Oitava Emenda contra a punição cruel e incomum. O conceito básico subjacente à Oitava Emenda é nada menos que a dignidade do homem. (...) Uma prisão que priva os prisioneiros de sustento básico, incluindo cuidados médicos adequados, é incompatível com o conceito de dignidade humana e não tem lugar na sociedade civilizada.

Adiante, ressalta que prazos razoáveis já tinham sido concedidos para avanços no atendimento aos presos, todos sem êxito. Segundo o magistrado, “Os tribunais de *Coleman* e *Plata* tinham uma base sólida para duvidar de que esforços adicionais para a construção de novas instalações e a contratação de novos funcionários iriam conseguir uma solução”.

Como se observa, os fundamentos consignados no voto condutor do julgado revelam que uma decisão equivalente a que foi proferida no julgamento do RE 592.581 do Supremo Tribunal Federal já havia sido adotada pelas instâncias inferiores e, na experiência estadunidense, não acarretou qualquer resultado significativo.

Exatamente por isso o objeto do julgado em *Brown v. Plata* partiu do pressuposto de que a simples determinação por parte do Judiciário em nada resolve o problema, se não considerar a necessidade de efetiva redução da população carcerária. Para tanto, consta no voto a necessidade de se buscar a compreensão nos direitos fundamentais quando se trata da pessoa presa. Veja outro trecho do voto:

Se o governo não cumprir esta obrigação, os tribunais têm a responsabilidade de resolver a resultante violação da Oitava Emenda. Veja *Hutto v. Finney*, 437 U. S. 678, 687, n. 9 (1978). Tribunais devem ser sensíveis ao interesse do Estado na punição, dissuasão e reabilitação, bem como a necessidade de deferência para com os administradores de prisões experientes e especializados confrontados com a difícil e perigosa tarefa de alojar grande número de criminosos condenados. Veja *Bell v. Wolfish*, 441 U. S. 520, 547–548 (1979). Tribunais, no entanto, não devem recuar diante sua obrigação de fazer valer os direitos constitucionais de todas as pessoas, incluindo prisioneiros.

Verificou-se a impossibilidade de estabelecer qualquer situação de melhoria nos estabelecimentos prisionais – naquele caso, destaque para a precariedade no atendimento médico – sem que ocorra redução da população carcerária. Daí se percebe no julgado a discussão em torno da força normativa da Constituição e do papel institucional reservado ao Judiciário na questão ligada à punição, em que Kennedy foi acompanhado de outros quatro votos.

Por isso, longe de qualquer unanimidade (resultado 5 a 4), o voto vencedor encontrou forte resistência dos demais ministros, a exemplo do trecho do voto vencido do magistrado Alito:

O tribunal de origem (ou tribunal de três juízes) ordenou a libertação prematura de aproximadamente 46.000 criminosos – o equivalente a três divisões do Exército. A abordagem adotada pelo tribunal de origem destoa do PLRA. Contrariamente ao PLRA, o remédio do tribunal não é estritamente sob medida para lutar contra as violações constitucionais comprovadas e em andamento. E o tribunal de origem violou o comando crítico do PLRA de que qualquer tribunal considerando uma ordem de libertação de prisioneiros deve dar “peso substancial para qualquer impacto negativo sobre a segurança pública.” 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A). O tribunal de origem quer nos fazer crer que a libertação antecipada de 46.000 presos não irá pôr em perigo - e vai realmente melhorar – a segurança pública. O senso comum e a experiência aconselha maior cautela.

O espírito de guerra transparece como mensagem subliminar no discurso destacado quando compara o quantitativo dos presos que deverão ser soltos com divisão do Exército. O discurso em torno da segurança pública igualmente fica claro como fundamento de impedimento de fruição dos direitos fundamentais a partir de uma premissa que apresentamos insustentável entre *aumento da violência x encarceramento*. Não há dados em lugar algum que autoriza perceber uma relação de prejudicialidade entre esses dois institutos, mas antes como forma de replicar algo parecido como uma *vingança social* na imposição de sofrimento por meio do cárcere.

Do mesmo modo, destaca-se o voto do magistrado Scalia:

Hoje o tribunal afirma o que é, talvez, a mais radical injunção emitida por uma corte na história da nossa Nação: uma decisão exigindo que Califórnia libere o estupendo número de 46.000 criminosos condenados.

Chega diante de nós, agora e então, um caso cujo resultado efetivo é tão claramente indicado pela tradição e bom senso, que a sua decisão deve moldar a lei, e não vice-versa. Alguém pensaria que, antes de se permitir o decreto de um tribunal distrital federal para a libertação de 46.000 pessoas condenadas, esta Corte submeteria todo seu esforço para acompanhar a lei de tal maneira que se esquivasse deste resultado ultrajante. Hoje, quase ao contrário, o Tribunal ignora disposições rigorosamente

elaboradas do estatuto que o rege, e limitações constitucionais tradicionais sobre o poder de um juiz federal, para que se sustente o absurdo.

Os procedimentos que levaram a este resultado foram uma paródia judicial. Eu diria porque a reforma institucional que o Tribunal Distrital tem empreendido viola os termos do estatuto do governo, ignora limitações alicerçadas no poder que o Artigo III julga, e leva tribunais federais muito além de suas capacidades institucionais.

(...)

Determinações estruturais partem daquela prática histórica, tornando juízes em administradores de longo prazo de instituições sociais complexas tipo escolas, prisões, e departamentos de polícia. Na verdade, elas requerem que os juízes desempenhem um papel essencialmente indistinguível do papel normalmente desempenhado por funcionários executivos. A decisão de hoje não apenas afirma a determinação estrutural, mas expande vastamente seu uso, através de sustentar que um sistema inteiro é inconstitucional porque ele pode produzir violações constitucionais.

(...)

Pelas razões que descrevi, determinações estruturais, principalmente ordens de libertação de prisioneiros, levantam sérias preocupações sobre a separação de poderes e afasta-se significativamente do papel histórico e da capacidade institucional dos tribunais.

Observa-se neste voto uma lucidez na explanação sobre os limites de atuação do Judiciário – que de alguma forma se alinham com as razões expostas no julgado do TJRS – trata Scalia de que o direito não deve ser visto com a *onipotência* de resolver graves problemas voltados às instituições sociais (como se vê na crítica em determinações estruturais). Lado outro, porém, parece reduzir a atuação do Judiciário nas questões pertinentes aos direitos fundamentais, condicionando a ponto de negar a eficácia deles, sob o pretexto de que haveria valores outros a serem observados.

Longe de tratar da atuação judicial restrita à determinação ao órgão executivo para que confira condições mínimas em estabelecimentos prisionais aptas a abrigar um ser humano, é forçoso reconhecer que o objeto do julgamento em questão envolvia claramente se a tarefa institucional do Judiciário chega ao ponto de determinar a soltura de pessoas presas, sob o fundamento de violação à proibição de imposição de penas cruéis ou incomuns constante na Oitava Emenda da Constituição dos Estados Unidos. E no julgado *Brown v. Plata* o resultado do julgamento foi exatamente a possibilidade de determinar a soltura de presos nessas condições, o que poderá alcançar na soltura de 46.000 pessoas presas no Estado da Califórnia.

3.3 A Negação da Efetividade de Direitos Fundamentais no Julgado

Denota-se da primeira leitura do julgado do RE 592.581 a pretensão – exarada expressamente pelo relator – de pretender inaugurar um novo período de atuação jurisdicional acerca do sistema carcerário, de modo a concretizar em favor das pessoas presas o efetivo exercício das garantias fundamentais com a mera determinação judicial de execução de melhorias no sistema prisional ao Executivo. Como se não bastasse o transcurso de aproximadamente 18 meses desde o julgamento e a constatação de que efetivamente o caos carcerário ainda permanece (e com notas de crueldade mais expressivas neste início de 2017), é fato que a transposição das ideias preconizadas no voto analisado para a fruição efetiva das garantias constitucionais não se mostra um raciocínio autorizado.

Muito além do esperado, o julgamento demonstra a existência de mais um *meio retórico* que autoriza permanecer o estado de coisas de perene violação dessas garantias no ambiente carcerário. A apresentação de maiores detalhes do caso *Brown v. Plata* permitiu constatar o que de fato se espera – ao menos sob o aspecto de nível de discussão – de uma Corte Constitucional, notadamente na percepção de que existam pronunciamentos jurisdicionais ocupados com a efetividade de direitos fundamentais. E conseqüentemente perceberão o quanto este tema afeta visceralmente a vida das pessoas presas. Todo o esforço que empreendemos nos dois primeiros capítulos foram voltados a perceber a existência de um repertório teórico apto a possibilitar que esse abismo entre a realidade carcerária e as promessas constitucionais pode ser minimizada pela via judicial, a partir da compreensão da própria função institucional reservada ao Judiciário.

Daí se segue a percepção de que o sistema de garantias fundamentais na seara criminal na forma como dimensionada no julgado do RE 592.581 parece ter se afastado de um compromisso efetivo com a efetividade dos direitos fundamentais, pois a rigor em nada altera a situação prisional. Ao contrário, é possível pensar que os fundamentos lançados no voto condutor do referido julgado possa ser mais uma nova justificativa (um precedente) para inspirar todos os membros do Judiciário a perceber a teoria dos direitos fundamentais reduzida a uma espécie de simbologia¹¹⁷. É a permanência da violência institucionalizada.

¹¹⁷ FERRAJOLI, analisando os mais diversos ordenamentos jurídicos no mundo, comenta o problema da eficácia em ordenamentos vinculados às garantias individuais: “Pode-se dizer, inclusive, que quanto mais altos e ambiciosos são os valores de justiça professados e perseguidos por um ordenamento, e quanto mais complexas e vinculantes são as garantias incorporadas para tal fim em seus níveis normativos superiores, mais ampla é a possível divergência entre modelos normativos e práticas efetivas e, por conseguinte, o índice de ineficácia das primeiras e de falta de validade das segundas” (2010, p. 337).

Os fundamentos do julgamento do Supremo Tribunal sob análise – ao anotar com toda a clareza a precariedade do sistema prisional e apresentar uma *solução* – contemplam a própria instrumentalização do positivismo, que, ao fim e ao cabo, escamoteiam os próprios valores civilizatórios consagrados na modernidade. O propósito mais relevante demonstrado é a manutenção de uma aparente coerência, de modo que a tarefa do Judiciário fica reduzida a uma perspectiva formal. É como se o jurista se valesse do direito para atender supostamente a um reclamo da segurança jurídica e da previsibilidade, da coerência sistêmica e da abstração formal. A eficácia parece ocupar função acessória, descomprometida com essas questões essenciais que esse positivismo irá defender, afastada muita vez da percepção de validade concebida apenas sob uma perspectiva formal.

É por isso que, adotando-se as premissas que destacamos sobre direitos fundamentais desde o pensamento de Ferrajoli (2011) (item 1.1), fica clara a percepção de que a decisão proferida pelo STF no julgamento do RE 592.581 acomoda uma realidade *apenas* sistêmica dos direitos fundamentais, numa legitimidade unicamente formal, numa direção oposta ao modelo garantista. Típico pronunciamento jurisdicional de um sistema de *mera legalidade*, que adota um fundamento de validade apriorístico do direito e, de consequência, se afasta do modelo de validade normativa ocupado com a satisfação de necessidades mínimas da sociedade civil e que deve demonstrar, a cada ato estatal, a legitimidade de suas posturas (sistema de *estrita legalidade*). Decisão que cabe em qualquer regime: democrático ou não.

Se a questão posta fosse submetida a critérios vinculados à efetividade de direitos fundamentais, como busca desses limites mínimos de um controle de constitucionalidade vinculado à efetividade dos direitos fundamentais, certamente teríamos um embate de ideias muito diferentes de um julgamento unânime, seguindo todos os ministros os termos do voto do relator. Claro que discutir validade sistêmica, numa percepção quase asséptica dos direitos fundamentais, é tarefa de certo modo simples, mesmo porque difícil imaginar algum dos membros da Corte negar que no plano formal devemos reconhecer a supremacia dos direitos fundamentais. Veja o quanto se abre um campo de divergências expressivo quando se busca vincular esses preceitos formais a uma realidade, quanto mais no cárcere, tal como foi visto no julgamento do caso *Brown v. Plata*. Percebemos que a discussão foi pautada sobre os limites de lotação de presos exatamente como critério de redução da crueldade da pena, de modo a observar em síntese se a garantia fundamental seria capaz de ter essa força normativa

(quando pensada sobre as consequências para a segurança pública e outros objetivos coletivos) e se a medida realmente se mostrava eficaz para sanar essa inconstitucionalidade.

Também se admite censurar a decisão do STF no citado julgamento a partir do instrumental teórico de Dworkin. Quando se analisam os fundamentos do voto condutor fica evidenciada a preponderância do princípio político (com linguagem tipicamente política, como buscar fundamentos de que o problema estrutural carcerário será resolvido por decisões judiciais) em detrimento a um trunfo político (interesse individual da pessoa presa). Percebe-se que, no mesmo voto, existe o reconhecimento de práticas estatais violadoras do direito fundamental de não se submeter a uma pena cruel e, todavia, prevalece o entendimento de que cabe ao Judiciário buscar meios de contornar o problema a partir de posturas tipicamente políticas.

A rigor, a decisão do STF no julgamento do RE 592.581 termina orientada ao objetivo geral da comunidade de não ver pessoas que cometem crimes soltas, ainda que para isso se negue à própria essência do direito e do Estado. A preocupação maior parece ser muito mais em desonerar o Judiciário da responsabilização pelo problema do que propriamente proteger o direito fundamental da pessoa presa em não se ver submetido a uma pena cruel.

Longe da percepção da tarefa institucional que a Constituição Federal de 1988 reservou ao Judiciário, ao resumir a atuação jurisdicional a uma determinação ao Executivo, o pronunciamento do STF se vincula muito mais à própria negação da essência da democracia para contemplar um retrocesso da percepção da efetividade dos direitos fundamentais. Na medida em que autoriza a permanência da violação de direitos fundamentais elementares à uma convivência harmônica (o trunfo político dworkiano), distancia-se do objetivo da república em construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

E quando partimos para um ponto de vista externo do julgado parece que as incoerências internas apontadas demonstram o esforço no julgado de haver um compromisso quase inquebrantável com a efetividade dos direitos fundamentais. O próprio resultado unânime do julgado revela a superficialidade do alcance da decisão: a interferência na vida das pessoas encarceradas fica reduzida a nada porquanto o compromisso da decisão se enquadra num plano estritamente formal.

Por isso, quando retomamos a ideia da criminologia crítica e o pensamento de Baratta (2002) sobre *regras e metarregras*, fica evidenciado que a incoerência do julgado sob o aspecto institucional e constitucional (no plano das regras) estaria amparada em um

conjunto de *metarregras*, que se direcionam a contemplar uma sociedade que discrimina e que rotula pessoas, mas que, sobretudo, *está em guerra*. Percebe-se o alinhamento muito mais evidente com os votos vencidos do julgado *Brown v. Plata* do que propriamente com o que prevaleceu, notadamente no voto de Alito quando faz comparação do número de presos que foram soltos com as divisões do exército.

Tratar de direitos fundamentais em favor de pessoas presas nos tempos atuais se distanciou do que era pensado no momento histórico em que o Brasil estava sendo gerada a Constituição Federal de 1988, em nítido momento de transição do período da ditadura para a democracia. Quando se analisa o julgado do Supremo e a crítica feita por Baratta (2002), parece existir uma modulação da efetividade dos direitos fundamentais a depender do *público em favor do qual será o destinatário*. Como se reproduzisse, agora, que pessoas vulneráveis social e economicamente podem ter este tipo de tratamento (cruel), o que não seria autorizado em épocas passadas exatamente porque o público atingido com as arbitrariedades era compreendido por, intelectuais e artistas, estudantes e políticos de *esquerda*. Nesse sentido, destaco o pensamento de LOPES (2006, p. 36):

Do ponto de vista das classes envolvidas, há apenas dois períodos. Entre o golpe militar e 1975 os sujeitos passivos das violações de direitos humanos compreendem membros das classes médias (intelectuais, artistas, estudantes) ao lado de lideranças populares. De lá pra cá, as vítimas são apenas membros das classes populares.

...

No período anterior existia a solidariedade de amplos setores da classe média. Quando os riscos iminentes diminuem para esta classe, ocorre seu progressivo afastamento da luta e a retirada do apoio. A distinção de classes é, pois, não por questões acadêmicas, senão por causas reais e concretas, o divisor de águas na história recente dos direitos humanos no Brasil.

Mais que isso, a reprodução de violências institucionais contínuas demonstra a distância do julgado com a realidade prisional. Os constantes massacres dentro dos estabelecimentos prisionais (como se viu no início de 2017 em Manaus e em Natal) e as condições precárias do ambiente prisional revelam uma oportunidade perdida no julgado em delimitar os contornos do que seja legítimo o exercício do poder punitivo, que poderia ser feito na delimitação da população carcerária, a exemplo do julgado *Brown v. Plata*. Porque não se põe dúvida de que uma das grandes ferramentas à disposição do Judiciário para reduzir as violações constitucionais em presídios está relacionada à superlotação em grandes centros urbanos, de modo que pode (deve) haver o estabelecimento de limite de vaga em estabelecimentos prisionais.

Sob o prisma da alteridade, de fato, convém retomar a ideia da modernidade que estamos a construir: como podemos pensar numa convivência harmônica quando seres humanos são dizimados diariamente em estabelecimentos prisionais no Brasil? Pode parecer um apelo simplista, mas a série de acontecimentos infelizes dentro dos presídios brasileiros autoriza o questionamento sobre a própria utilidade do Estado, porque, a manter o estado de barbárie, seria quase o mesmo do que se permitir as ideias elementares da vingança privada. A alteridade permite perceber o ponto que chegamos de absoluta *despersonalização* da pessoa e ao mesmo tempo se proclamar uma sociedade moderna, com valores constitucionais assegurados, numa postura típica que denota a completa falta de sentido da existência sem a responsabilização pelo outro.

De todo modo, o quadro de violência institucional encontrou no julgado RE 592.581 fôlego maior para manutenção (*ia dizendo agravamento*) do sistema prisional exatamente por permitir a exclusão completa de qualquer responsabilidade do Judiciário pelo caos carcerário. Deixou claro o caminho para *autoabsolvição*, pois a garantia efetiva dos direitos fundamentais estaria resguardada com a mera determinação ao Executivo que execute melhorias estruturais. O pronunciamento jurisdicional teria a força quase mágica de alterar todo o quadro de horrores, alterando as condições físicas por meio de uma decisão judicial.

CONCLUSÃO

A efetivação de direitos fundamentais em favor de pessoas presas foi investigada neste texto, na busca compreender que, sob os mais diversos prismas, as condições pelas quais se permitiria a redução do encarceramento a partir da análise da proibição constitucional de impor penas cruéis. Percorremos o caminho de buscar densificar um conceito de direitos fundamentais que esteja vinculado à sua efetividade, o que nos permitiu tratar do pensamento de Ferrajoli que realiza justamente esse esforço teórico de inserir o problema da falta de concretude no plano normativo. Daí o problema de efetividade se torna uma antinomia, portanto, uma incoerência do próprio sistema de direito.

Adiante, fomos em busca da delimitação da tarefa institucional que a Constituição de 1988 reservou ao Judiciário no Brasil para compreensão sua missão de garantidor do exercício dos direitos fundamentais. Mais que isso, essa vinculação repercute diretamente na compreensão dos problemas de interpretação, em que se admite um espaço maior de

deliberação, dando ensejo muita vez ao solipsismo e as consequentes incoerências sistêmicas nessa matéria.

Na perspectiva de evitar posturas extremadas ou mesmo simplistas em torno do tema, percebemos que, longe de se sustentar um quadro de abertura indiscriminada do cárcere, apresentamos uma percepção crítica ao uso indiscriminado da privação de liberdade que estaria manifestamente descompromissada com as promessas constitucionais.

Em realidade, percebemos com FERRAJOLI (2014, p. 14) que “uma democracia pode ser derrubada sem golpes de Estado formais se os princípios dela forem de fato violados ou contestados, sem que suas violações suscitem rebeliões ou ao menos dissensos”. Nesse passo, o *garantismo* se torna um modelo apto a questionar o uso do poder punitivo e permitir uma aproximação de determinadas posturas realmente comprometidas com os direitos fundamentais. É a contemplação de práticas judiciais vocacionadas com um sistema de *estrita legalidade*.

De dentro dessa perspectiva interna (do próprio direito), tentamos ainda demonstrar a partir de Dworkin (2014-A) o equívoco de o Judiciário assumir tarefas relacionadas ao interesse coletivo sensível ao imediatismo, sem que magistrados/as se atentem para os limites que a integridade e a própria linguagem do direito impõem à atuação jurisdicional. Ganha relevo a ideia de que o desprezo ao preceito de que se deve observar a *igual consideração e respeito* (que seria um corolário dos trunfos políticos) desconfigura qualquer sistema democrático.

Abrindo-se essa questão para outros campos do saber, refletimos como a criminologia crítica nos faz entender a existência de processos de criminalização, a partir de ideias como a da *cifra oculta*, para estabelecer um questionamento acerca da predominância de uma classe pobre nos ambientes prisionais. Após tais reflexões, difícil atribuir ao *acaso* como fator principal para esse estado de coisas.

Mais que isso, parece que o convite a uma compreensão melhor sobre as consequências da postura judicial desconectada de suas funções institucionais irá desaguar num o processo de *rotulagem do outro* de modo a se tornar o fator decisivo para adoção deste tipo de postura, acomodando um *direito penal do autor*. Assim, pode parecer autorizada a crueldade da pena para determinado tipo de pessoa, reduzindo o drama envolvendo o poder punitivo a uma *lente única*, como se toda a realidade da pessoa humana pudesse ser resumida num episódio triste de sua vida.

Daí a conexão que buscamos realizar com a alteridade, questionando as bases de uma *racionalidade penal moderna* para discutir o viés punitivo que se estabelece na modernidade e autoriza uma espécie de objetificação das pessoas sujeitas ao poder punitivo. Para questionar o *estado de guerra*, que parece prevalecer nas relações sociais na atualidade, ganhou relevância uma percepção de subjetividade do intérprete que seria concretizada pela *intuição* (em oposição à razão) e pela *responsabilidade pelo outro*, a ponto de se tornarem o aspecto central da atividade humana. A alteridade passa a ser concebida como ferramenta teórica apta a romper com uma percepção individualista que predomina em todos os setores sociais e reconhecer a possibilidade de, a partir dessa visão, a sociedade se torne capaz de enfrentar seus problemas mais graves, inclusive os ligados ao exercício do poder punitivo.

Com isso, abordamos questões ligadas às diferentes formas de violências que aflige nosso país. Isso porque, se o senso-comum parece autorizar uma espécie de *instrumentalização* da dor de vítimas de crimes violentos – sem que se negue tal sofrimento – igualmente apresentamos alguns quadros mais comuns que envolvem a rotulação das pessoas que normalmente estão sujeitas ao poder punitivo para reconhecer um verdadeiro *mar de lágrimas* no cotidiano de qualquer vara criminal neste país. Questionamos se a estratégia estimulada no Brasil de buscar resolver o problema da violência urbana aumentando a violência institucional pode ser correta, para estabelecer uma explicação sobre o agravamento do *abismo social* quando nos distanciamos dos valores civilizatórios consagrados na ideia dos direitos fundamentais ou, com muito mais vigor, da perspectiva alteridade.

Daí se segue a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 592.581, em que buscamos apresentar um quadro de aparente compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais, em que se desdobrou numa seleção de argumentos e de conclusões distanciadas da realidade carcerária e principalmente com a efetividade dos direitos fundamentais. A discussão se revelou para nós em um plano meramente formal e as incoerências apresentadas no voto condutor chega ao ponto máximo de apresentar o julgado do caso estadunidense *Brown v. Plata*, que parece direcionar em sentido oposto ao estabelecido no julgamento da Corte brasileira.

Em vista dessas percepções, parece evidente que a crueldade da pena privativa de liberdade estaria ligada muito mais à superlotação do ambiente carcerário, que desencadeia todos os demais problemas estruturais, de modo a apresentar a responsabilidade do Judiciário nessa questão, quer pelo desenho institucional consagrado na Constituição, quer pelo

compromisso de garantidor da efetividade dos direitos fundamentais a que deve estar vinculado.

Mais que isso, essas questões suscitaram o próprio questionamento de uma *onipotência do direito*, numa tentativa de questionar se o sistema jurídico realmente pode ser capaz de enfrentar problemas sociais graves, como aqueles ligados à segurança pública. E, com isso, o descumprimento da Constituição nos pareceu evidente quando se reconhece a pretensão do Judiciário em assumir a solução deste tipo de problema a partir do recrudescimento do poder punitivo muita vez sem deixar muito claras as consequências deste tipo de postura.

De todo o esforço realizado, longe de buscar resolver problemas sociais graves pelo sistema jurídico, a persistência na utilização de mecanismos cruéis na aplicação da pena no Brasil, notadamente pela superlotação carcerária, mostra-se, em certo sentido, uma espécie de crise de identidade do próprio Judiciário porque se afasta de suas funções institucionais determinadas pela Constituição de garantidor do exercício de direitos fundamentais. Mas também revela preconceitos sociais ligados à *rotulação* de determinadas pessoas, arraigada a uma compreensão do crime como um *ente natural* e, sobretudo, desencadeia um estado de completa ausência de alteridade nesta atuação oficial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Luiz E. **Tradição, Direito e Política**. In Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, n. 1, pp. 139 a 170, 2016.
- ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. São Paulo : Saraiva, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro : Revan, 2012.
- ARENDT, Hannah. **Crises da República**. São Paulo : Editora Perspectiva, 1973.
- _____. **Homens em Tempos Sombrios**. São Paulo : Companhia das Letras, 1987.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2002.
- BARRAL, Weber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 4ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro : Revan, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 3 ed. Leme/SP : CL Edijur, 2015.
- BIZZOTO, Alexandre. **A Inversão Ideológica do Discurso Garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009.
- BUNIM, Irving M. **A Ética do Sinai**. São Paulo : Editora Sêfer, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **O Direito e as Possibilidades Epistemológicas do Paradigma Hermenêutico**. In *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os Juízes Criminais, Visto por Nós, Juízes Criminais**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.
- _____. **Antimanual de Criminologia**. 6 ed. rev. e ampl. - São Paulo : Saraiva, 2015.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2005.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à Saúde** – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo : Saraiva, 2013.

CUNHA, Euclides da. **Os Sertões : Campanha de Canudos**. 39 ed. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves Editora, 2000.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política Criminal Atuarial** : A Criminologia do Fim da História. Rio de Janeiro : Revan, 2013.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-espinho : Justiça e Valor**. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2014-A.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo : Ed. WMF Martins Fontes, 2014-B.

_____. **A Virtude Soberana**. São Paulo : Ed. WMF Martins Fontes, 2011.

FABRI, Marcelo. **Fenomenologia e cultura**. Porto Alegre : Edpucrs, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. In Uni. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle : Crime e Ordem Social as Sociedade Contemporânea**. Rio de Janeiro : Revan, 2008.

GAUER, Gabriel José Chittó. CATALDO NETO, Alfredo. PICKERING, Viviane Leal. **Realidade do Indivíduo na Prisão: Considerações Sobre Violência**. In Criminologia e Sistemas Jurídicos-Penais Contemporâneo. 2 ed. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão : Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Por Uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

_____. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo: Um Debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Poderes Selvagens: A Crise da Democracia Italiana**. São Paulo : Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis : Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo : Editora Perspectiva, 1974.

- GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo dos Juizes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012 – reimpressão.
- _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume II. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Lisboa : Dom Quixote, 1990.
- HARDING, Sandra. **Ciencia y Feminismo**. Madrid : Ediciones Morata, 1993.
- HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 6ª edição. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- KELSEN, Hans. **A Paz pelo Direito**. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª edição. São Paulo : Editora Perspectiva S/A, 1998.
- LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Lisboa: Edições 70, 1980.
- _____. **Entre Nós : Ensaio Sobre a Alteridade**. 5 ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.
- _____. **Humanismo do Outro Homem**. 4 ed. Petrópolis/RJ : Vozes, 2012.
- LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo : Editora Ícone, 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais : teoria e prática**. São Paulo : Método, 2006.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- _____. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis : Empório do Direito, 2015.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro : Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- MADISSON, Hamilton. **O Federalista**, volume 1. Rio de Janeiro : 1889.
- MAIA, Clarissa Nunes. **História das Prisões no Brasil**, volume 1 / organização de Clarissa Nunes Maia... (et al.). Rio de Janeiro : Rocco, 2009.
- _____. **História das Prisões no Brasil**, volume 2 / organização de Clarissa Nunes Maia... (et al.). Rio de Janeiro : Rocco, 2009.

- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid : Universidade Carlos III de Madrid, 1995.
- MARTINS, Rogério Jolin. LEPAGNEUR, Hubert. **Introdução a Lévinas: Pensar e Ética no Século XXI**. São Paulo: Editora Paulus, 2014.
- MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo : Boitempo, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo : Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008.
- MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista : Novos Paradigmas**. São Paulo : Saraiva, 2014.
- NEVES, A. Castanheira. **A Teoria do Direito**. Coimbra : Universidade de Coimbra 1998.
- _____. **O Direito Hoje e Com Que Sentido**. 3ª ed. Porto Alegre : Instituto Piaget, 2012.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- PIRES, Álvaro P. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. In *Novos Estudos – CEBRAP*, vol. 68, pp. 39 a 60, 2004.
- QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial : Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional**. Coimbra : Coimbra Editora, 2000.
- RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro : Revan, 2003.
- RICOUER, Paul. **O Justo 1 : a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2008.
- _____. **Caminos del reconocimiento – Tres Estudios**. México : FCE, 2006.
- RODRIGUES, Tiegüe Vieira. **A Categoria da Alteridade: Uma Análise da Obra Totalidade e Infinito, de Emmanuel Levinas**. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da. **O Hiato Entre a Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial**. In *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENN, Keith S. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

RUIZ, Castor B. **Emmanuel Levinas, Alteridade & Alteridades – Questões da Modernidade e a Modernidade em Questão**. In Alteridade e Ética: Obra Comemorativa dos 100 Anos de Nascimento de Emmanuel Levinas. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2008.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª edição. Rio de Janeiro : Revan, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): Repensando a Dimensão Funcional do Contrato, da Propriedade e da Família**. Rio de Janeiro : GZ Ed., 2011.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Crítica e Psicologia Criminal**. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal** : aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3 ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. **Por Que é Tão Difícil Construir uma Teoria Crítica?** In Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 54, junho de 1999.

SANTOS, Juarez Cirino. **As Raízes do Crime**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1984.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica : Marx, Durkheim e Weber**. 6ª ed. Petrópolis : Vozes, 2014.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo : Companhia das Letras, 2011.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Criminologia**. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Crimes de Estado e Justiça de Transição**. In Criminologia e sistemas jurídico-penais Contemporâneos. 2 ed. Porto Alegre : Edipucrs, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STEIN, Ernildo. **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e método**; organizadores Ernildo Stein, Lenio Streck. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

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

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014-B.

_____. **Compreender Direito II** : como o senso comum pode nos enganar. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014-C.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco** : versão sem cortes. Rio de Janeiro : Revan, 2015.

THOMPSON, Augusto. **Quem São os Criminosos? O crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. In Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 24, nº 286, Setembro de 2016.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 3ª edição. Salvador : JusPODIVM, 2015.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Palavra dos Mortos** : conferências de criminologia cautelares. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro : Revan, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro** : parte geral / Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 2 ed. rev. e atual. - São Paulo : RT, 1999.

ANEXO

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

O CASO BROWN V. PLATA

Resumo:

BROWN, GOVERNADOR DA CALIFORNIA, ET AL. v. PLATA ET AL.

APELAÇÃO DAS CORTES DISTRITAIS DOS ESTADOS UNIDOS PARA OS DISTRITOS DO LESTE E NORTE DA CALIFÓRNIA

No. 09-1233. Argumentado em 30 de novembro, 2010 – Decidido em 23 de maio, 2011.

As prisões da Califórnia são projetadas para abrigar uma população abaixo de 80.000, mas no momento da decisão sobre revisão a população carcerária estava quase ao dobro disso. O resultado dessas condições são objetos de duas ações coletivas federais. Em *Coleman v. Brown*, arquivada em 1990, o Tribunal do Distrito constatou que os prisioneiros com doenças mentais graves não recebem o mínimo cuidado adequado. Um Mestrado especial designado para supervisionar os esforços de reparação relatou 12 anos depois que o estado do cuidado de saúde mental nas prisões da Califórnia estava se deteriorando devido ao aumento da superlotação. Em *Plata v. Brown*, arquivado em 2001, o Estado admitiu que as deficiências nos cuidados médicos da prisão violaram os direitos da Oitava Emenda dos prisioneiros e estipulou uma liminar corretiva. Mas já que o Estado não cumpriu a liminar até 2005, o tribunal nomeou um consignatário para supervisionar os esforços de reparação. Três anos depois, o consignatário descreveu as deficiências contínuas causadas pela superlotação. Acreditando que uma solução inconstitucional para cuidados de saúde médica e mental não poderia ser alcançada sem reduzir a superlotação, os querelantes de *Coleman* e *Plata* mobilizaram suas respectivas cortes distritais para convocar um tribunal de três juízes habilitada pelo Ato de Litígio de Reforma Prisional de 1995 (PLRA) {n.t. esta é a sigla em inglês para “Prision Litigation reform Act” que será utilizada no texto} para ordenar reduções na população prisional. Os juízes em ambas as ações garantiram o pedido, e os casos foram consolidados perante uma única corte de três juízes. Após ouvir o testemunho e fazer extensas verificações de fato, o tribunal ordenou Califórnia a reduzir sua população prisional para

137,5% da capacidade dentro de dois anos. Concluindo que a população prisional teria que ser reduzida se a capacidade não pudesse ser aumentada através de novas construções, o tribunal ordenou ao Estado que reformulasse um plano de conformidade e a submetê-lo à aprovação do tribunal.

BROWN v. PLATA

Sumário

Decidido:

1. A decisão da corte sobre o limite populacional é necessária para remediar a violação dos direitos constitucionais dos prisioneiros e é autorizada pelo PLRA (sigla em inglês para ato de litígio de reforma Prisional). Pp. 12-41.

(a) Se uma prisão priva os prisioneiros de sustento básico, incluindo cuidado médico adequado, as cortes têm a responsabilidade de remediar a resultante violação da Oitava Emenda. Ver *Hutto v. Finney*, 437 U.S. 678, 687, n. 9. Eles devem considerar uma série de opções, incluindo a nomeação de Mestrados Especiais ou Consignatários, a possibilidade de decretos de consentimento, e ordens de limitação da população prisional. Sob o PLRA, só um tribunal de três juízes pode limitar a população carcerária. 18 U.S. C. §3626(a)(3). Antes de convocar tal tribunal, uma corte distrital deve ter entrado com uma ordem para alívio menos intrusivo que não tenha conseguido remediar a violação constitucional e deve ter dado ao réu um prazo razoável para cumprir suas ordens anteriores. §3626(a)(3)(A). Uma vez instalado, o tribunal de três juízes deve concluir através de provas claras e convincentes que “a aglomeração é a principal causa da violação” e “nenhum outro alívio vai remediar [a] violação,” §3626(a) (1) (A). O tribunal deve dar “peso substancial para qualquer impacto negativo sobre a segurança pública ou a operação de um sistema de justiça criminal causada pelo alívio.” *Ibid.* Suas determinações legais são revistas de novo, mas as suas conclusões factuais são revisadas para um erro evidente. Pp. 12-15.

(b) Os tribunais Coleman e Plata agiram razoavelmente na convocação de um tribunal de três juízes. Pp. 15-19.

(1) Os méritos da decisão de convocar são convenientes a este Tribunal, que exerceu a sua 28 U. S. C. §1253 jurisdição para determinar a autoridade de um tribunal inferior, incluindo se

um tribunal de três juízes foi devidamente constituído. *Gonzalez v. Automatic Employees Credit Union*, 419 U. S. 90, 95, n. 12. Pp. 15–16.

(2) O requerimento da ordem anterior da Seção 3626(a)(3)(A)(i) se satisfazia em Coleman pela nomeação do Mestrado Especial de 1995 e em Plata pela aprovação de um decreto de consentimento e liminar estipulado em 2002. Ambas as ordens foram destinadas a remediar as violações constitucionais e foi dado prazo suficiente para ter sucesso – 12 anos em Coleman, e 5 anos em Plata. Contrariamente à alegação do Estado, o requerimento de prazo razoável do §3626(a)(3)(A)(ii) não exige que os Tribunais Distritais deem mais tempo para os esforços de reparação subsequentes para ter sucesso. Tal leitura iria de fato exigir tribunais a impor uma moratória sobre novas encomendas corretivas antes de emitir um limite de população, a qual atrasaria uma eventual remediação, prolongaria o envolvimento dos tribunais, e serviria nem ao Estado nem aos prisioneiros. Os tribunais de Coleman e Plata têm bases sólidas para duvidar que os esforços adicionais para construir novas instalações e contratar nova equipe iriam levar a uma correção, dada às deficiências em andamento que foram recentemente reportadas por ambos os Mestrado Especial e o Consignatário. Pp. 16-19.

(c) O tribunal de três juízes não errou em concluir que “aglomeração [foi] a causa primária da violação,” §3626(a)(3)(E)(i). Pp. 19–29.

(1) O registro do tribunal documenta o impacto severo da crescente demanda na prestação de cuidados. A evidência mostrou que havia altas demandas em aberto para pessoal de saúde médica e mental, ex., 20% para cirurgiões e 54.1% psiquiatras; e que estes números subestimaram a gravidade da crise, porque o Estado não tem um orçamento de pessoal suficiente para atender a demanda; e que, mesmo se as vagas estivessem preenchidas, não haveria espaço suficiente para a equipe adicional. Tal déficit contribui para atrasos significativos no tratamento de prisioneiros doentes mentais, que estão alojados em segregação administrativa por longos períodos enquanto aguardam transferência para leitos de tratamento de saúde mental escassos. Há também atrasos de até 700 prisioneiros à espera de ver um médico para cuidados físicos. Aglomeração cria condições inseguras e insalubres que dificultam a prestação efetiva dos cuidados de saúde médica e mental. Ela também promove a instabilidade e violência, e pode levar prisioneiros com doenças mentais latentes a agravar-se e desenvolver sintomas mais graves. O aumento da violência requer maior dependência de confinamentos para manter a ordem e confinamentos impedem ainda mais a prestação eficaz

de cuidados. Os efeitos da superlotação são particularmente agudos nos centros de acolhimento de prisão, que processam 140.000 prisioneiros novos ou que retornam anualmente, e que abrigam alguns prisioneiros para todo o seu período de encarceramento. Numerosos peritos testemunharam que a aglomeração é a principal causa das violações constitucionais. Pp. 19-24.

(2) Ao contrário das alegações do Estado, a Corte de três Juízes devidamente admitiu, citou e considerou evidências das condições prisionais como relevantes às questões diante deles. Peritos basearam as suas conclusões sobre as recentes observações de condições carcerárias; o tribunal admitiu recentes relatórios sobre as condições das prisões pelo consignatário e Mestrado Especial; e ambas as partes apresentaram testemunhos relacionados com as condições atuais. As ordens do tribunal retirando as descobertas de alguns meses antes do julgamento e excluindo provas não pertinentes à questão sobre saber se um limite de população é apropriado sob o PLRA e estavam dentro do critério sólido do tribunal. O gerenciamento de ordens do tribunal pode exigir os prazos das descobertas e uma clara distinção entre os méritos do litígio e a reparação. O estado não indica evidência significativa que teria sido incapaz de apresentar e que teria mudado o resultado. Pp. 24-26.

(3) Foi permissível ao tribunal de três Juízes que superpopulação foi a “principal”, mas não única causa das violações e que redução da aglomeração não iria curar inteiramente as violações. Este entendimento sobre o requerimento de primeira causa é consistente com o PLRA. Teria o congresso pretendido requerer que aglomeração fosse a única causa, O PLRA teria dito isso. Pp. 26-29.

(d) A evidência apoia a conclusão do tribunal de três juízes que “Nenhum outro alívio [iria] corrigir a violação,” §3626(a)(3)(E)(ii). A alegação do estado de que transferências para fora do estado providenciariam alternativas menos restritivas para um limite populacional deverá falhar, pois exigir transferências é limite populacional sob a PLRA. Mesmo se elas pudessem ser consideradas como uma alternativa menos restritiva, o tribunal de três juízes não encontrou evidências de planos para transferências em números suficientes para aliviar a superlotação. A corte também não encontrou possibilidade realística de que Califórnia poderia se colocar fora da crise, particularmente devido aos problemas fiscais em curso no Estado. Mais adiante, ele rejeitou contratações adicionais como uma alternativa realística, desde que o sistema prisional sofre escassez crônica de pessoal e teria espaço insuficiente para manter o

pessoal adequado. A corte também não errou quando concluiu que, na ausência de uma redução da população, os esforços contínuos do Consignatário e do Mestrado Especial não alcançariam uma remediação. Seus relatórios são evidências persuasivas de que, sem redução, qualquer correção poderá se provar irrealizável e poderia no mínimo requerer vastos gastos pelo estado. O estado argumenta que estas medidas teriam sucesso se combinadas, mas um longo histórico de pedidos de correção falhos, juntos à substancial evidência de efeitos deletérios da superlotação na prestação de cuidados, compele a diferentes conclusões aqui. Pp. 29-33.

(e) O alívio proposto ordenado foi minuciosamente desenhado, estendeu-se não mais longe do que o necessário para corrigir a violação, e foi o meio menos intrusivo o necessário para corrigir a violação. Pp. 33-41.

(1) O limite de população não falha à adaptação ao corte simplesmente porque os prisioneiros, através da classe querelante, terão que receber liberdade condicional ou reforma das penas, a fim de atender a redução necessária. Enquanto a adaptação do corte requer um ““encaixe” entre os fins [corretivos] e as maneiras escolhidas para atingir estes fins,”” Board of Trustees of State Univ. of N. Y. v. Fox, 492 U. S. 469, 480, uma estreita e de outra forma apropriada correção para uma violação constitucional não está inválida simplesmente porque ela vai ter efeitos colaterais. Nem mesmo o PLRA exige esse resultado. O pedido dá ao Estado flexibilidade para determinar quem deverá ser solto, e o estado poderia mobilizar o tribunal de três Juízes para modificar seus termos. O pedido também não é tão demasiadamente amplo, pois abrange todo o sistema prisional, ao invés de avaliar separadamente as necessidades de limite populacional de cada instituição. O tribunal de Coleman encontrou uma grande violação do sistema, e o Estado estipulou o grande alívio para o sistema Plata. Assumindo que não há resultados na violação constitucional, algumas instalações podem manter as populações acima do limite de 137,5% previstos e outros ficariam abaixo disso para que o sistema como um todo permaneça em conformidade com a decisão. Isto irá permitir a flexibilidade do Estado para acomodar as diferenças entre as instituições. A ordem pode moldar ou controlar a autoridade do Estado no domínio da administração prisional, mas deixa muito a critério do Estado. O alcance limitado da ordem é necessário para sanar a violação constitucional. O Estado pode mobilizar o tribunal de três juízes para modificar a sua ordem, mas não propôs qualquer solução alternativa realista neste momento. Pp. 33-36.

(2) O tribunal de três juízes deu “peso substancial” para qualquer impacto potencial adverso na segurança pública a partir do sua ordem. O “peso substancial” do requerimento do PLRA não requer que o tribunal certifique que sua ordem não tenha impacto adverso possível sobre o público. Aqui, evidências estatísticas mostraram que as populações prisionais têm sido reduzidas sem adversamente afetar a segurança pública em alguns condados na Califórnia, Vários Estados, e Canadá. A corte considerou que vários métodos disponíveis de redução da superlotação – créditos de bom comportamento e direcionamento de criminosos de baixo risco para os programas comunitários – teriam pouco ou nenhum impacto sobre a segurança pública, e sua ordem tomou nota de tais referências ao dar ao estado flexibilidade substancial para selecionar entre os meios de redução da superlotação. O estado alega que o tribunal aprovou o plano de redução populacional do Estado sem considerar se suas medidas específicas iriam ameaçar substancialmente a segurança pública. Mas o Tribunal deixou aos oficiais do Estado a escolha de como melhor obedecer e não pediu para julgar seus exercícios de critério. Desenvolvimentos durante a pendência do presente recurso, quando o Estado começou a reduzir a população prisional, corroboram a conclusão de que a redução pode ser realizada sem um efeito negativo indevido para a segurança pública. Pp. 37-41.

2. A ordem do tribunal de três juízes, que está sujeita ao direito do Estado em procurar a sua alteração em circunstâncias adequadas, deve ser afirmada. Pp. 41-48.

(a) Para concordar com a PLRA, um tribunal deve definir um limite populacional ao nível mais alto consistente com a eficácia da correção, e ela deve ordenar que a redução populacional seja atingida no menor prazo de maneira razoável consistente com a segurança pública. Pp. 41-42.

(b) A conclusão do tribunal de três juízes que a população prisional deveria ser limitada a 137,5% da capacidade do projeto não foi claramente errônea. O tribunal concluiu que a evidência apoia um limite entre os limites de 130% amparado pelo depoimento do perito e o Bureau federal de prisões e o limite de 145% recomendado pelo Painel de Revisões Independente de Correções Estadual. O requerimento de ajuste preciso do PLRA se satisfaz enquanto tão equitativo, pois julgamentos corretivos são feitos com o objetivo de liberar o mínimo possível de prisioneiros como uma correção eficaz. Pp. 42-44.

(c) O tribunal de três juízes não se equivocou ao providenciar um prazo de 2 anos para o alívio, especialmente sob a luz da falha do Estado em contestar a questão no julgamento. O

Estado não pediu à corte para estender este prazo, mas o tribunal de três juízes tem a autoridade, e a responsabilidade, de alterar sua ordem se garantido pelo exercício de um critério sólido. O respeito apropriado para o Estado e para os seus processos governamentais exige que o tribunal exerça a sua competência ao atribuir ao Estado latitude considerável para encontrar mecanismos e fazer planos que irão pronta e eficazmente corrigir as violações compatíveis com a segurança pública. O tribunal poderá, ex., garantir uma moção para estender o prazo se o Estado encontrar condições apropriadas designadas a garantir que o plano será implementado sem atraso. Tais observações refletem o fato de que o pedido existente, como todo alívio equitativo em curso, deve permanecer aberto à modificação apropriada, e não é pretendido levantar dúvidas sobre a validade da premissa básica da ordem. Pp 44-48.

Afirmado.

KENNEDY, J., entregou a opinião do tribunal, na qual GINSBURG, BREYER, SOTOMAYOR, e KAGAN, JJ., juntou-se. SCALIA, J., preencheu uma opinião contrária, na qual THOMAS, J., juntou-se. ALITO, J., preencheu uma opinião contrária, na qual ROBERTS, C.J., juntou-se.

Cite como: 563 U. S. _____ (2011)

Opinião do tribunal

NOTA: esta opinião está sujeita à revisão formal antes da publicação na impressão preliminar dos relatórios dos Estados Unidos. Aos leitores é pedido que notifiquem o Relatório de Decisões, Suprema Corte dos Estados Unidos, Washington, D.C. 20543, de qualquer erro de digitação ou outros erros formais, para que as correções possam ser feitas antes da impressão preliminar ir para a gráfica.

Suprema Corte dos Estados Unidos

Nº 09-1233

EDMUND G, BROWN, Jr., GOVERNADOR DA CALIFÓRNIA, ET AL., RECORRENTES
v. MARCIANO PLATA ET AL. EM SEDE DE RECURSO DOS TRIBUNAIS DISTRITAL

DOS ESTADOS UNIDOS PARA O DISTRITO LESTE E DO DISTRITO NORTE DA CALIFÓRNIA [23 de maio, 2011].

MAGISTRADO KENNEDY entregou a opinião do tribunal.

Este caso surge de sérias violações constitucionais no sistema prisional da Califórnia. As violações têm persistido por anos. Elas permanecem sem correções. A petição vem para este tribunal de uma ordem da corte distrital de três juízes direcionada à Califórnia para corrigir duas violações da cláusula de punição incomum e cruel, uma garantia obrigatória dos estados pela cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda. As violações são o objeto de duas ações de classe {n.t. também a tradução “ação coletiva”} em duas cortes distritais federais. A primeira envolve a classe de prisioneiros com sérias desordens mentais. Este caso é *Coleman v. Brown*. A segunda envolve prisioneiros com sérias condições médicas, este caso é *Plata v. Brown*. A decisão do tribunal de três juízes é aplicável em ambos os casos.

Após anos de litígio, se tornou aparente que correções para as violações constitucionais não seriam efetivas sem uma redução na população do sistema prisional. A autoridade para ordenar a liberação de prisioneiros como uma remediação à sistêmica violação da Oitava Emenda é um poder reservado ao um tribunal distrital de três juízes, não a um tribunal distrital de um único juiz. 18 U.S. C. §3626(a). De acordo com aquela regra, os juízes distritais de *Coleman v. Plata* requisitaram independentemente que um tribunal de três juízes fosse convocado. O juiz chefe da corte de apelações do Nono Circuito convocou um tribunal de três juízes composto dos juízes distritais de *Coleman v. Plata* e um terceiro, Juiz do Nono Circuito. Devido ao fato destes dois casos estarem correlatados, suas consolidações limitadas para este propósito têm certa utilidade em evitar decretos conflitantes e auxiliando a consideração judicial e execução. O Estado nesta corte não se opôs à consolidação, apesar de o Estado argumentar que o tribunal de três juízes tenha sido convocado prematuramente. O Estado também contesta a substância da decisão do tribunal de três juízes, a qual exige que o estado reduza a superlotação em suas prisões.

A petição apresenta a questão se a ordem de correção emitida pelo tribunal de três juízes e consistente com os requerimentos e procedimentos definidos em um estatuto congressional, o Ato de Reforma Processual Prisional de 1995 (PLRA){n.t. sigla em inglês para Prison Litigation Reform Act}. 18 U. S. C. §3626; ver Apêndice A, infra. A Decisão deixa a escolha

dos meios para reduzir a superlotação a critério dos oficiais do estado. Mas ausenta a conformidade por meio de nova construção, transferências para outros estados, ou outras medidas – ou alteração da decisão sobre uma alternativa ainda a ser mostrada pelo Estado – O Estado irá requerer a soltura de algum número de prisioneiros antes que suas sentenças completas sejam cumpridas. Altas taxas de reincidência devem servir de alerta que, equivocadas ou prematuras liberações de mesmo que um prisioneiro pode causar danos ou ameaça. A liberação de prisioneiros em larga escala – considerando que o Estado não encontre outro caminho para cumprir a decisão – é, sem dúvida, uma medida de grande risco. Ao momento do julgamento, as instalações corretivas da Califórnia, mantêm cerca de 156.000 pessoas.

Este é praticamente o dobro da capacidade que as prisões da Califórnia são projetadas a manter, e o estado da Califórnia foi intimado a reduzir sua população prisional para 137,5% da capacidade projetada. Pela própria estimativa do tribunal de três juízes, a redução populacional requerida seria de no máximo 46.000 pessoas. Apesar de o Estado ter reduzido a população por pelo menos 9.000 pessoas durante a pendência deste recurso, isso significa que ainda uma redução de 37.000 pessoas poderá ser exigida. Como será notada, a redução não pode se realizar de maneira indiscriminada ou nestes números substanciais se satisfatório, correções alternativas ou medidas por conformidade são concebidas. O Estado pode empregar medidas, incluindo créditos de boa conduta e direcionamentos de delinquentes de baixo risco e violadores de liberdade condicional para programas comunitários, que mitigaria o impacto da decisão. A redução populacional exigida potencialmente é nada mais do que um varrer e estender sem precedentes.

No entanto, assim também será a lesão e dano continuados resultantes de tais violações constitucionais graves. Por anos a assistência de saúde médica e mental provida pelas prisões da Califórnia tem fracassado nos requisitos mínimos constitucionais e tem falhado em atender as necessidades básicas para a saúde dos prisioneiros. Sofrimento desnecessário e morte tem sido o resultado bem documentado. Sobre todo o curso dos anos durante os quais este litígio esteve pendente, nenhuma outra solução encontrada foi suficiente. Esforços para remediar a violação têm sido frustrados por superlotação severa no sistema prisional da Califórnia. Ganhos de curto prazo na provisão de cuidados têm sido erodidos pelos efeitos de longo prazo da superlotação severa e penetrante.

Superlotação tem levado à escassez dos recursos limitados dos funcionários da prisão; demandas impostas bem além da capacidade das instalações de saúde média e mental; e condições insalubres e inseguras que fazem o progresso no cuidado das provisões difícil ou impossível de ser alcançado. A superpopulação é a “causa primária da violação de um direito federal,” 18 U. S. C. §3626(a)(3)(E)(i), especificamente o manuseio severo e ilegal dos prisioneiros através das grosseiramente inadequadas provisões de cuidados de saúde médica e mental. Este tribunal agora sustenta que o PLRA autoriza o alívio apoiado neste caso de que o limite populacional estabelecido pelo tribunal é necessário para remediar as violações dos direitos constitucionais dos prisioneiros. A decisão do tribunal de três juízes, sem prejuízo do direito do Estado de procurar a sua modificação em circunstâncias adequadas, deve ser afirmada.

O grau de superlotação nas prisões da Califórnia é excepcional. As prisões da Califórnia são projetadas para abrigar uma população inferior a 80.000, mas no período da decisão da corte de três juízes a população prisional era de quase o dobro disso. As prisões do estado têm operado a cerca de 200% da capacidade projetada nos últimos 11 anos. Prisioneiros são aglomerados em espaços que não foram projetados nem pretendidos para abrigar tantos reclusos. Cerca de 200 prisioneiros devem viver em um ginásio, monitorados por talvez dois ou três agentes penitenciários. Ap. 1337–1338, 1350; ver Apêndice B, infra. Cerca de 54 prisioneiros devem compartilhar um único lavabo. Ap. 1337.

O Painel de Revisão Independente Correcional, uma corporação nomeada pelo Governador e composta por consultores correcionais e representantes de agências estaduais, concluiu que as prisões da Califórnia estão “severamente superlotadas, arriscando a segurança de ambos os funcionários correcionais e reclusos.”¹ Juris. Declaração Ap., O.T. 2009, No. 09-416, p. 56a (doravante Juris. Ap.). Em 2006, Então Governador Schwarzenegger declarou um estado de emergência nas prisões, como “ação imediata é necessária para prevenir mortes e prejuízos causados pela severa superlotação das prisões da Califórnia.” Id., em 61a. As consequências da superlotação identificadas pelo governador incluem “aumentado risco substancial de transmissão de doenças infecciosas” e uma taxa de suicídio “aproximando-se a uma média de um por semana.” Ibid.

Prisioneiros na Califórnia com sérias doenças mentais não recebem o mínimo cuidado adequado. Por causa do reduzido número de leitos de tratamento, reclusos suicidas devem ser mantidos por períodos prolongados em celas com tamanhos reduzidos.

Uma conclusão similar foi alcançada pela comissão Little Hoover, um órgão estadual independente e bipartidário, que constatou que “condições de superlotação dentro das paredes da prisão são inseguras para os reclusos e equipe de funcionários,” Resolvendo a Crise Correcional da Califórnia: O tempo está acabando 17 (janeiro, 2007), e que o “sistema correcional da Califórnia está em queda livre,” id., em i.

No julgamento, atuais e antigos agentes penitenciários da Califórnia também testemunharam para a graduação da superlotação. Jeanne woodford, que recentemente administrou o sistema prisional da Califórnia, declarou que “Superlotação no *Departamento Californiano de Correções e Reabilitação (CDCR){n.t. sigla em inglês para California Department of Corrections and Rehabilitation}] é extrema, seus efeitos são penetrantes e previne o departamento de providenciar cuidado para saúde médica e mental adequado aos prisioneiros.” Juris. Ap. 84 a. Matthew Cate, O diretor do sistema prisional da Califórnia, declarou que “superpopulação faz tudo que nós fazemos mais difícil.” Ibid. E Robin Dezember, secretário representante do Serviço de cuidados de saúde correcional, declarou que “nós estamos terrivelmente superlotados em nosso sistema prisional” e “superlotação tem efeitos negativos em todos no sistema prisional.” Tr. 853, 856.

Especialistas de fora do Estado da Califórnia ofereceram declarações similares. Doyle Wayne Scott, a ex diretora de correções no Texas, descreveu as condições nas prisões da Califórnia como “apavorante,” “desumana,” e “inaceitável” e declarou que “em mais que 35 anos de experiência com trabalhos em prisões, eu nunca tinha visto algo como isso.” Ap. 1337. Joseph Lehman, o ex diretor de sistemas correcionais em Washington, Maine, e Pensilvânia, concluiu que “Não há questões que as prisões da Califórnia estão superlotadas” e que “isto é uma situação de emergência; ela pede por uma ação drástica e imediata.” Id., em 1312. Cabines telefônicas sem lavabos. Ver apêndice C, infra. Um especialista em psiquiatria relatou observar um recluso que tem sido mantido em tal cela por aproximadamente 24 horas, ficando sobre uma piscina de sua própria urina, insensível e quase catatônico. Os agentes penitenciários explicaram que eles tinham “nenhum lugar para coloca-lo.” Ap. 593. Outros reclusos aguardando cuidado podem ser mantidos por meses em segregação administrativa, onde eles suportam condições adversas e isoladas e recebem apenas limitados serviços de cuidados de saúde mental. Os tempos de espera para cuidados de saúde mental chegam a atingir um prazo de até 12 meses. Id., Em 704. Em 2006, a taxa de suicídio nas prisões da Califórnia foi quase 80% maior que a média nacional para as populações prisionais; e o

Mestrado Especial nomeado pelo tribunal constatou que 72,1% dos suicídios envolveram “alguma medida de avaliação inadequada, tratamento, ou intervenção, e, portanto, muito provavelmente previsível e/ou evitável.”² Id., em 1781.

Prisioneiros sofrendo de doenças físicas também recebem tratamentos severamente deficientes. As Prisões da Califórnia são designadas para atender as necessidades médicas de 100% da capacidade projetada e logo possui apenas metade do espaço clínico necessário para tratar a atual população. Id., em 1024. Um agente penitenciário testemunhou que, em uma prisão, mais de 50 reclusos doentes foram mantidos juntos em uma cela de 12 por 20 pés {n.t. não fiz a conversão pelo fato de ficar um número quebrado, além de que perderia o contexto} por mais de cinco horas aguardando o tratamento. Tr. 597-599. O número de funcionários é inadequado, e prisioneiros enfrentam atrasos significantes no acesso aos cuidados. Um prisioneiro com dor abdominal severa morreu após um atraso de cinco semanas no atendimento.

No período da decisão da corte de três juízes, 2006 foi o ano mais recente ao qual o Mestrado Especial tinha conduzido um estudo detalhado de suicídio nas prisões da Califórnia. O Mestrado Especial mais tarde emitiu uma análise para o ano de 2007. Este relatório concluiu que a taxa de suicídio de 2007 foi “uma continuação do padrão do CDCR de exceder a taxa nacional de suicídios em prisões.” Registro em N°. 2:90-CV-00520-LKK-JFM (Ed/ND Cal.), Doc. 3677, p.1. O relatório conclui que a taxa de suicídio envolvendo avaliação inadequada, tratamento, ou intervenção havia subido para 82% e concluiu que “estes números claramente indicam que não há melhora nesta área durante os vários últimos anos, e possivelmente sinalizam uma tendência de deterioração em curso.” Id., em 12. Nenhum estudo detalhado tem sido feito desde então, mas em setembro de 2010 o mestrado especial preencheu um relatório indicando que “os dados para 2010 até então não mostram melhoras na prevenção de suicídios.” Ap. 868. Encaminhamento a um especialista; um prisioneiro com “constante e extrema” dor no peito morreu após um atraso de oito horas na avaliação pelo médico; e um prisioneiro faleceu de câncer testicular após uma “falha médica no tratamento de câncer em um homem jovem com 17 meses de dor testicular.”³ Análise das Revisões de Falecimentos do CDCR por K. Imai, Corporação Liquidatária dos cuidados em saúde das prisões da Califórnia., { n.t alguns nomes de corporação não apresentam possibilidade de tradução direta, fica aqui o termo original: California Prison Health Care Receirvership} 2006, pp. 6-7 (agosto, 2007). Doutor Ronald Shansky, ex diretor médico do sistema penitenciário estadual

de Illinois, avaliou as revisões sobre mortes dos prisioneiros da Califórnia. Ele concluiu que desvios extremos dos padrões de atendimento foram “generalizados,” Tr. 430, e que a proporção de mortes “possivelmente evitáveis ou evitáveis” eram “extremamente altas.” Id., em 429.4. Devido aos demandantes não basearem suas causas nas deficiências de cuidados providenciados em nenhuma ocasião, esta corte não tem motivo para considerar se estes incidentes de atraso – ou qualquer outra deficiência particular em atendimentos médicos levantados pelos demandantes – violaria a Constituição sob *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 104-105 (1976), se considerado em isolamento. Os demandantes se apoiam em deficiências de todo o sistema na provisão de tratamentos médicos e de saúde mental que, ao todo, sujeitam prisioneiros doentes e mentalmente enfermos na Califórnia a “risco substancial de séria gravidade” e causam a demanda por cuidados nas prisões a cair abaixo das expectativas de decência que marcam o progresso de uma sociedade madura. *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. 825, 834 (1994).

4 Em 2007, o último ano em que o tribunal de três juízes teve estatísticas disponíveis, uma análise das mortes nas prisões da Califórnia encontrou 68 mortes evitáveis ou possivelmente evitáveis. Análise das Revisões de Mortes do Ano 2007, K. Imai, Corporação Liquidatária dos cuidados em saúde das prisões da Califórnia 18 (Nov. 2008). Esta foi essencialmente inalterada desde 2006, quando uma análise encontrou 66 mortes evitáveis ou possivelmente evitáveis. *Ibid.* Estas estatísticas significam que, durante 2006 e 2007, uma morte evitável ou possivelmente evitável ocorreu uma vez a cada cinco a seis dias.

Ambas mortes evitáveis e possivelmente evitáveis envolvem grandes falhas nos cuidados médicos e são um sério motivo de preocupação. Em um caso típico classificado como uma morte possivelmente evitável, uma análise revelou os seguintes lapsos: "16 meses de atraso em avaliar a massa anormal do fígado; atraso de oito meses em receber a quimioterapia regular. . . ; múltiplos fornecedores não respondem aos testes de icterícia e função hepática anormal, causando 17 meses de atraso no diagnóstico. " Análise das Revisões de Mortes de reclusos do Ano 2009, K. Imai, Corporação Liquidatária dos cuidados em saúde das prisões da Califórnia – Sistema de Atendimento de Saúde Penitenciária Da Califórnia 12 (Setembro, 20017) (doravante Revisões de morte de 2009).

A Corte de três juízes não teve acesso às estatísticas de 2008, mas naquele ano o número de mortes evitáveis ou possivelmente evitáveis manteve-se firme em 66. Análise das Revisões de Mortes do Ano 2008, K. Imai, Corporação Liquidatária dos cuidados em saúde das prisões da

California 9 (dezembro 2009). Em 2009 o número de mortes evitáveis ou possivelmente evitáveis caiu para 46. Revisão de Mortes de 2009 11, 13. A Corte de três juízes não poderia ter previsto este desenvolvimento, e seria inapropriado para esta corte avaliar esta significância pela primeira vez no inquérito. A corte de três juízes deveria, é claro, considerar esta e qualquer outra evidencia de melhoria de condições quando considerar pedidos futuros pelo Estado para modificação de sua decisão. Ver infra, em 45-48. Sofrendo condições severas, mas que não correm risco de vida, vivenciaram enfermidades prolongadas e dor desnecessária.

Estas condições são objeto de dois casos federais. O primeiro a começar, *Coleman v. Brown*, foi arquivado em 1990. *Coleman* envolve a classe de pessoas gravemente doentes mentais nas prisões da Califórnia. Mais de 15 anos atrás, em 1995, após um julgamento de 39 dias, o Tribunal Distrital de *Coleman* concluiu “esmagadora evidência da falha sistemática para entregar cuidados necessários para doentes mentais presos” nas prisões da Califórnia. *Coleman v. Wilson*, 912 F. Supp. 1282, 1316 (ED Cal.). As prisões sofriam “gravemente e cronicamente de escassez de pessoal,” id., em 1306, e possuíam “nenhum método para efetivar... a competência do seu pessoal,” id., em 1308. As Prisões falharam em implementar procedimentos necessários para prevenção de suicídios, “devido em grande medida à severa escassez de pessoal.” Id., em 1316. “Eles sofriam severas alucinações, [e] elas descompensavam em estados catatônicos.” Ibid. a corte nomeou um mestrado especial para supervisionar o desenvolvimento e implementação de um plano de ação corretivo.

Em 2007, 12 anos antes desta nomeação, o Mestrado Especial em *Coleman* preencheu um relatório dizendo que, após anos de lenta melhoria, o estado dos cuidados de saúde mental nas prisões da Califórnia estava deteriorando. Ap. 489. O Mestrado Especial atribuiu esta mudança à aumentada superlotação. O aumento da população levou a uma maior procura de cuidados, e os níveis dos espaços de programados existentes e de pessoal foram insuficientes para manter o ritmo. Prisões tinham retido mais pessoal de saúde mental, mas o “crescimento do recurso não [tinha] correspondido ao aumento da procura.” Id., em 482. No momento em que a necessidade de espaço foi aumentando, a necessidade de abrigar a crescente população também tinha causado uma “redução do espaço de programado agora ocupado por beliches de presos.” Id., at 479. O estado estava “enfrentando um intervalo de quatro a cinco anos na liberação de vagas suficientes para atender as necessidades de tratamento de muitos presos/pacientes.” Id., em 481. “números crescentes de presos/pacientes verdadeiramente

psicóticos são mantidos em [níveis mais baixos de tratamento] que não cumprem as suas necessidades.” Ibid. O Mestrado Especial concluiu que muito antes “conquistas têm sucumbido à subida inexorável da maré populacional, deixando para trás uma frustração crescente e desespero.” Id., em 489.

A segunda ação, *Plata v. Brown*, envolve a classe de prisioneiros estaduais com condições médicas graves. Após essa ação começar em 2001, o Estado aceitou que as deficiências no atendimento médico prisional violavam os direitos da oitava emenda dos prisioneiros. O Estado estipulou uma medida corretiva. O Estado falhou em cumprir com aquela medida, e em 2005 a corte nomeou um Consignatário para supervisionar os esforços corretivos. A corte concluiu que “o sistema de cuidado médico penitenciário da Califórnia está quebrado e fora de alcance de reparo,” resultando em um “grau inconcebível de sofrimento e morte.” Ap. 917.

A corte concluiu: “é um fato incontestado que, na média, um preso em uma das prisões da Califórnia morre desnecessariamente a cada seis ou sete dias devido às deficiências constitucionais nos atendimentos do sistema médico das [prisões da Califórnia].” Ibid. e a corte tomou conclusões em relação às instâncias específicas de negligência, inclusive a seguinte: “Um prisioneiro de San Quentin com hipertensão, diabetes e insuficiência renal recebeu prescrição para dois medicamentos diferentes que, na verdade, serviram para exacerbar sua insuficiência renal. Um optometrista percebeu o sangramento na retina do paciente devido à altíssima pressão sanguínea e o encaminhou à avaliação imediata, mas esta avaliação nunca aconteceu. Somente um ano depois a insuficiência renal do paciente foi constatada, a tal ponto que foi encaminhado ao nefrologista em situação de emergência; ele deveria ter sido examinado por um especialista com 14 dias, mas a consulta nunca aconteceu o paciente morreu três meses depois.” Id., em 928 (citações omitidas).

As prisões foram incapazes de reter um número suficiente de pessoal médico competente, id., em 937, e iriam “contratar qualquer médico que tinha „uma licença, um estetoscópio e um par de sapatos,“” id., em 926. Instalações médicas careciam de “equipamento médico necessário” e “não cumprem as normas de saneamento básico.” Id., em 944. “mesas de exame e bancadas, onde os prisioneiros com. . . doenças transmissíveis são tratados, não [eram] rotineiramente desinfetados.” Ibid.

Em 2008, três anos após a decisão do Tribunal Distrital, o consignatário descreveu contínuas deficiências na assistência à saúde prestada por prisões da Califórnia:

“O acesso em tempo útil não é garantido. O número de pessoal médico têm sido insuficiente, e a competência não tem sido assegurada. . . . acomodação adequada para as pessoas com deficiência e idosos não existe. As instalações médicas, quando existem, estão em um estado péssimo de manutenção. equipamentos médicos básicos costumam muitas vezes não estar disponíveis ou em uso. Medicamentos e outras opções de tratamento estão muito frequentemente indisponíveis quando necessitados. . . . Na verdade, é um equívoco chamar o caos existente de „sistema de entrega de médicos“ – é mais um ato de desespero do que um sistema.” Registro em No. 3:01–CV–01351–TEH (NDCal.), Doc. 1136, p. 5.

Um relatório do Consignatário detalhou o impacto da superlotação nos esforços para remediar a violação. O Consignatário explicou que “a superlotação, combinada com pessoal imaturo, criou uma cultura de cinismo, medo e desespero que torna a contratação e retenção de médicos competentes extremamente difícil.” Ap. 1031. “superlotação, e o resultado dia a dia do caos operacional do [sistema prisional], criaram situações regulares „críticas“ às quais . . . esgotam tempo [e] energia . . . de programas corretivos importantes.” Id., em 1035. Superlotação têm aumentado a incidência de doenças infecciosas, id., em 1037-1038, e tem levado à elevação da violência na prisão e maior dependência por uma equipe de custódia em reclusões, que “inibe a prestação de cuidados médicos e aumentam o pessoal necessário para tal cuidado.” Id., em 1037. “Todos os dias,” o Consignatário relatou, “guardas prisionais da Califórnia e gestores de saúde tomam a difícil decisão sobre qual das ações coletivas, Coleman. . . ou Plata eles vão deixar de cumprir por causa da falta de pessoal e quantidade de pacientes.” Id., em 1038.

Os demandantes de Coleman e Plata, acreditando que um remédio para cuidado de saúde médica e mental inconstitucional não poderia ser alcançado sem reduzir a superlotação, mobilizou seus respectivos Tribunais Distritais a convocar um tribunal de três juízes habilitado pelo PLRA para pedir as reduções na população carcerária. Os juízes em ambas as ações deferiram o pedido, e os casos foram consolidados diante de um único tribunal de três juízes. O Estado não contestou a validade da consolidação no processo perante o Tribunal, por isso seu decoro não é apresentado por este recurso.

O tribunal de três juízes ouviu 14 dias de testemunho e emitiu um parecer de 184 páginas, fazendo extensas verificações de fato. O tribunal ordenou Califórnia a reduzir sua população prisional para 137,5% da capacidade projetada das prisões dentro de dois anos. Partindo do princípio de o Estado não aumentar a capacidade através de nova construção, a decisão exige uma redução da população de 38.000 a 46.000 pessoas. Devido ao fato quase certo de que o Estado não pode completar a construção suficiente para cumprir totalmente com a ordem, a população prisional terá que ser reduzida pelo menos em certa medida. O tribunal não ordenou ao Estado a atingir esta redução de qualquer maneira particular. Em vez disso, o tribunal ordenou ao Estado a formular um plano para a implementação e apresentar o seu plano para aprovação pelo tribunal.

O Estado recorreu ao Tribunal de Justiça, nos termos do 28 U. S. C. §1253, e o Tribunal adiou a análise da questão de jurisdição para a audiência sobre o mérito. *Schwarzenegger v. Plata*, 560 U. S. ____ (2010).

II - Como consequência das suas próprias ações, os presos podem ser privados de direitos que são fundamentais para a liberdade. No entanto, a lei e a Constituição demandam reconhecimento de alguns outros direitos. Presos mantêm a essência da dignidade humana inerente a todas as pessoas. Respeito por essa dignidade anima a proibição da Oitava Emenda contra a punição cruel e inhumana. ““O conceito básico subjacente à Oitava Emenda é nada menos que a dignidade do homem.”” *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304, 311 (2002) (citando *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 100 (1958) (parecer de pluralidade)).

Ao encarcerar, a sociedade leva dos prisioneiros os meios para prover suas próprias necessidades. Os prisioneiros são dependentes do Estado de comida, roupas e cuidados médicos necessários. A falha de uma prisão ao prover o sustento para os presos “poderá, na verdade, produzir „tortura física ou uma morte lenta.”” *Estelle v. Gamble*, 429 U. S. 97, 103 (1976) (citado *Em re Kemmler*, 136 U. S. 436, 447 (1890)); veja geral A. Elsnor, *Gates of Injustice: a crise nas prisões da América* (2004). Assim como um prisioneiro pode morrer de fome se não for alimentado, ele ou ela pode sofrer ou morrer se não for fornecida assistência médica adequada. Uma prisão que priva os prisioneiros de sustento básico, incluindo cuidados médicos adequados, é incompatível com o conceito de dignidade humana e não tem lugar na sociedade civilizada.

Se o governo não cumprir esta obrigação, os tribunais têm a responsabilidade de resolver a resultante violação da Oitava Emenda. Veja *Hutto v. Finney*, 437 U. S. 678, 687, n. 9 (1978). Tribunais devem ser sensíveis ao interesse do Estado na punição, dissuasão e reabilitação, bem como a necessidade de deferência para com os administradores de prisões experientes e especializados confrontados com a difícil e perigosa tarefa de alojar grande número de criminosos condenados. Veja *Bell v. Wolfish*, 441 U. S. 520, 547–548 (1979). Tribunais, no entanto, não devem recuar diante sua obrigação de “fazer valer os direitos constitucionais de todas as „pessoas“, incluindo prisioneiros.” *Cruz v. Beto*, 405 U. S. 319, 321 (1972) (percuriam). Tribunais não podem permitir que violações continuem constitucionais simplesmente porque uma solução envolveria intrusão na esfera da administração penitenciária.

Tribunais confrontados com a tarefa delicada de remediar as condições inconstitucionais das prisões devem considerar uma gama de opções disponíveis, incluindo a nomeação de mestres especiais ou consignatários e a possibilidade de decretos de consentimento. Quando necessário para garantir o cumprimento de um mandato constitucional, os tribunais podem entrar com pedidos de colocação de limites em uma população carcerária. Nos seus termos, o PLRA restringe as circunstâncias em que um tribunal pode entrar com uma ordem “que tenha o propósito ou o efeito de reduzir ou limitar a população prisional.” 18 U. S. C. §3626(g)(4). A ordem, neste caso, não exige necessariamente que o Estado liberte nenhum prisioneiro. O Estado pode cumprir, elevando a capacidade de concepção de suas prisões ou através da transferência de prisioneiros para instalações do condado ou instalações em outros Estados. Dado que a decisão limita a população carcerária como um percentual da capacidade de projeto, que, no entanto, tem o “efeito de reduzir ou limitar a população prisional.” *Ibid.*

Sob o PLRA, só um tribunal de três juízes pode inserir uma ordem que limita a população carcerária. §3626(a)(3)(B). Antes de um tribunal de três juízes poder ser convocado, um tribunal distrital primeiro deve ter entrado com uma ordem para alívio menos intrusivo que não conseguiu remediar a violação constitucional e deve ter dado ao réu um prazo razoável para cumprir suas decisões anteriores. §3626(a)(3)(A). A parte que solicita um tribunal de três juízes deve então enviar “material suficiente para demonstrar que [estes requisitos] foram cumpridos.” §3626(a)(3)(C). Se o tribunal distrital conclui que os materiais são, de fato, suficientes, um tribunal de três juízes pode ser convocado. *Ibid.*; Veja Também 28 U. S. C.

§2284(b)(1) (Afirmando que um tribunal de três juízes não pode ser convocado se o tribunal distrital “determinar que três juízes não são necessários”);17A C. Wright, A. Miller, E. Cooper, & V. Amar, *Procedimentos e Práticas Federais* §4235 (3d ed. 2007).

O tribunal de três juízes deve então concluir por provas claras e convincentes de que “superlotação é a principal causa da violação de um direito Federal” e que “nenhum outro alívio irá remediar a violação do direito federal.” 18 U. S. C. §3626(a)(3)(E). Como acontece com qualquer atribuição de alívio prospectivo sob o PLRA, o alívio “deve estender-se não mais do que o necessário para corrigir a violação do direito Federal de um querelante particular ou querelantes.” §3626(a)(1)(A). O tribunal de três juízes deve, portanto, descobrir que o alívio é “rigorosamente traçado, estende-se não mais do que o necessário. . . é o meio necessário menos intrusivo para corrigir a violação do direito Federal.” *Ibid.* Ao fazer essa determinação, o tribunal de três juízes deve dar “peso substancial para qualquer impacto negativo sobre a segurança pública ou a operação de um sistema de justiça criminal causada pelo alívio.” *Ibid.* Aplicando estas normas, o Tribunal de três juízes considera um limite populacional apropriado, necessário, e autorizado neste caso.

Esta revisão da Corte das determinações legais do tribunal de três juízes é de novo, mas decisões factuais serão revisadas. Veja *Anderson v. Bessemer City*, 470 U. S. 564, 573–574 (1985). Deferência à constatação de julgamento do fato pelo tribunal reflete um entendimento de que “[o] papel principal do juiz é a determinação da verdade, e com experiência em cumprir este papel vem a perícia.” *Id.*, at 574. O tribunal de três juízes supervisionou duas semanas de julgamento e ouviu por um tempo considerável funcionários da prisão da Califórnia, bem como especialistas na área de administração prisional. Os juízes tiveram a oportunidade de fazer perguntas pertinentes a estas testemunhas. Dois dos juízes tinham supervisionado os esforços de correção em curso do Consignatário e Mestrado Especial. O tribunal de três juízes foi muito bem situado para fazer os julgamentos factuais difíceis necessárias para formar uma solução para esta violação constitucional complexa e intratável. As constatações do Tribunal de três juízes de fato podem ser revertidas apenas se este Tribunal fica com uma “condenação definitiva e firme de que um erro foi cometido.” *Id.*, em 573 (citando *United States v. United States Gypsum Co.*, 333 US 364, 395 (1948)).

O Estado alega que foi um erro convocar um tribunal de três juízes, sem conferindo-lhe mais tempo para cumprir as ordens anteriores em Coleman e Plata.

1

As partes contestam a competência deste Tribunal ao rever as determinações dos Tribunais Distritais Coleman e Plata de que um tribunal de três juízes deve ser convocado. Demandantes afirmam que o Estado foi obrigado a levantar esta questão pela primeira vez no Tribunal de Apelações, apelando às ordens dos Tribunais Distritais. Ao exercer a sua jurisdição sob 28 U. S. C. §1253, no entanto, este Tribunal “não hesitou em exercer jurisdição „para determinar a autoridade do tribunal inferior, “” incluindo se o tribunal de três juízes foi devidamente constituído. *Gonzalez v. Funcionários automáticos Credit Union*, 419 U. S. 90, 95, n. 12 (1974) (citando *Bailey v Patterson*, 369 U. S. 31, 34 (1962) (per curiam).); ver também *Gully v. Interstate Natural Gas Co.*, 292 U. S. 16, 18 (1934) (per Curiam) (“O caso é análogo a aqueles em que o Tribunal de Justiça, considerando que o tribunal inferior agiu sem competência, exerce a sua competência de recurso para corrigir a ação imprópria”). O mérito da decisão de convocar o tribunal de três juízes, portanto, são adequadamente desta Corte.

2

Antes de um tribunal de três juízes poder ser convocado para considerar a possibilidade de introduzir um limite de população, o PLRA requer que o tribunal tenha “introduzido anteriormente um pedido para alívio menos intrusivo que não conseguiu remediar a privação do direito Federal que busca ser remediado.” 18 U. S. C. §3626(a)(3)(A)(i). Esta disposição refere-se a “uma decisão”. É satisfatória se o tribunal tiver entrado com uma ordem, e este único pedido tiver “falhado em remediar” a violação constitucional. O réu também deve ter tido “uma quantidade razoável de tempo para cumprir as ordens judiciais anteriores.” §3626(a)(3)(A)(ii). Esta disposição refere-se a “ordens” do tribunal. Ela exige que tenha sido concedido ao réu um prazo razoável para cumprir todas as ordens do tribunal. Juntos, estes requisitos de asseguram que o “„remédio de último recurso“” de um limite da população não é imposta, „,como um primeiro passo“”. *Inmates of Occoquan v. Barry*, 844 F. 2d 828, 843 (CADC 1988).

A primeira destas condições, o requisito anterior da ordem §3626(a)(3)(A)(i), estava satisfeito em Coleman pela nomeação de um Mestrado Especial em 1995, foi satisfatória em Plata pela aprovação de um decreto de consentimento e estipulou liminar em 2002. Ambas as ordens foram destinadas a remediar as violações constitucionais. A ambos foi dado tempo suficiente

para ter sucesso. Quando o tribunal de três juízes foi convocado, 12 anos havia passado desde a nomeação do Mestrado Especial Coleman e 5 anos havia passado desde a aprovação do decreto de consentimento Plata. O Estado não afirma que tampouco a decisão alcançou uma solução. Embora o PLRA confere a o Estado para terminar as ordens de correção, tais como estes, após dois anos ao menos que o tribunal distrital considere que o alívio “continua a ser necessário para corrigir uma violação atual e em andamento do direito Federal,” §3626(b)(3), Califórnia não tem tentado obter alívio nesta base. O Estado alega ao invés que a segunda condição, a requisição de tempo razoável de §3626 (a) (3) (A) (ii), não foi cumprida porque outros esforços posteriores de correção deveriam ter recebido mais tempo para ter sucesso. Em 2006, o juiz distrital Coleman aprovou um plano de ação revisto que pedia a construção de novas instalações, a contratação de novos funcionários, e a implementação de novos procedimentos. Nesse mesmo ano, o juiz de distrital Plata selecionou e nomeou um consignatário para supervisionar os esforços de correção em curso do Estado. Quando o tribunal de três juízes foi convocado, o consignatário apresentou um plano preliminar de ação em que solicitava uma nova construção, a contratação de pessoal adicional, e outras reformas processuais.

Embora tanto o plano de ação revisto em Coleman quanto a nomeação do Consignatário em Plata eram novos desenvolvimentos nos esforços de correção dos tribunais, o plano básico para resolver a crise através da construção, contratação e reformas processuais permaneceu inalterada. Esses esforços estavam em curso há anos; o decreto de autorização fracassado em Plata tinha levado à implementação de novos procedimentos e contratação de pessoal adicional; e o Mestrado Especial de Coleman havia emitido mais de 70 ordens dirigidas a alcançar uma solução através da construção, contratação e reformas processuais. O Mestrado Especial em Coleman e o Consignatário de Plata foram incapazes de garantir a certeza de que, futuramente, esforços substancialmente similares atingiriam sucesso sem uma redução populacional. Ao invés, o Mestrado Especial de Coleman explicou que “muitos dos avanços clínicos . . . dolorosamente conquistados na década passada estão indo embora” como um resultado da superlotação. Ap. 481-482. E o consignatário de Plata indicou que, sem a redução da superlotação, um esforço de correção bem sucedido poderia “levar à falência” do Estado da Califórnia. Ap. 1053.

Tendo se engajado em esforços de recuperação por 5 anos em Plata e 12 em Coleman, os Tribunais Distritais não eram obrigados a esperar para ver se os seus esforços mais recentes produziram igual decepção. Quando um tribunal tenta remediar uma violação constitucional entrenchada através da reforma de uma instituição complexa, como este sistema penitenciário estadual, pode ser necessário no curso normal emitir ordens múltiplas direcionadas a ajustar os esforços de correção em curso. A cada nova ordem deve ser concedido um prazo razoável para se ter sucesso, mas razoabilidade deve ser apreciada à luz de toda a história dos esforços de correção do tribunal. Uma leitura contrária de um prazo razoável poderia de fato exigir que tribunais distritais impusessem uma moratória sobre novas decisões de correção antes de emitir um limite populacional. Este período desnecessário de inércia iria atrasar uma eventual reparação e iria prolongar o envolvimento dos tribunais, servindo nem ao Estado nem aos prisioneiros.

O Congresso não exigiu este resultado despropositado quando usou o termo "razoável". Os tribunais de Coleman e Plata tinham uma base sólida para duvidar de que esforços adicionais para a construção de novas instalações e a contratação de novos funcionários iriam conseguir uma solução. Apesar disso, embora 5 anos se passaram desde a nomeação do Consignatário de Plata e aprovação do plano de ação revisto em Coleman, não há nenhuma indicação de que as violações constitucionais tenham sido sanadas. Um relatório arquivado pelo Mestrado Especial de Coleman em julho de 2009 descreve as violações em curso, incluindo a "falta de acessos pontuais a níveis de cuidados apropriados em todos os cantos do sistema." Ap. 807. Um Relatório arquivado pelo Consignatário de Plata em outubro de 2010 da mesma forma descreve deficiências em curso nas provisões de cuidados médicos e conclui que há simplesmente "muitos prisioneiros para a estrutura de cuidado de saúde." Id., em 1655. Os tribunais de Coleman e Plata agiram razoavelmente quando eles convocaram um tribunal de três juízes sem mais atrasos.

B

Uma vez que um tribunal de três juízes foi convocado, o tribunal deve encontrar requisitos adicionais satisfatórios antes que possam impor um limite de população. O primeiro destes requisitos é que "Superlotação é a principal causa da violação de um direito Federal." 18 U. S. C. §3626(a)(3)(E)(i).

1

O tribunal de três juízes concluiu que a causa principal da exigência foi atendida pela prova no julgamento. O tribunal considerou que a superlotação faz com que instalações médicas e de saúde mental tornem-se inadequados; sobrecarrega o pessoal clínico e de custódia, já limitado; e cria condições violentas, insalubres, e caóticas que contribuem para as violações constitucionais e frustrando os esforços para formar uma solução. O tribunal de três juízes também constatou que “até que o problema da superlotação seja superado, será impossível prestar cuidados constitucionalmente compatíveis com a população prisional da Califórnia.” *Juris. Ap.* 141^a.

As partes disputam o padrão de revisão aplicável a esta determinação. Com relação às constatações factuais do tribunal de três juízes, a análise deste Tribunal é necessariamente condescendente. Não há lugar para este Tribunal “duplicar o papel” do tribunal de julgamento. *Anderson*, 470 U.S., em 573. A questão final da causa primária apresenta uma questão mista de direito e de fato; mas há, também, “o misto de pesos sobre o lado do „fato“.” *Lilly v. Virginia*, 527 U. S. 116, 148 (1999) (Rehnquist, C. J., concorrendo no julgamento). Devido ao “tribunal do distrito estar” melhor posicionado “. . . para decidir a questão,” a nossa revisão da determinação da causa primária do tribunal de três juízes é condescendente. *Salve Regina College v. Russell*, 499 U. S. 225, 233 (1991).

O registro documenta o impacto severo da crescente demanda na prestação de cuidados. No momento da avaliação, as taxas de vacância para o pessoal de saúde médico e mental variou tão alto quanto 20% para os cirurgiões, 25% para os médicos, 39% para os profissionais de enfermagem e 54,1% para psiquiatras. *Juris. Ap.* 105a, 108a. Estas percentagens são baseadas no número de situações afetadas pelo Estado. Dr. Ronald Shansky, ex-diretor médico do sistema prisional de Illinois, concluiu que estes números subestimam a gravidade da crise porque o Estado não tem um orçamento de pessoal suficiente para atender a demanda.⁵ De acordo com Dr. Shansky, “mesmo que as prisões fossem capazes de preencher todas as suas posições de cuidados de saúde vagas, as quais eles não têm sido capazes de fazer até a data,. . . as prisões ainda seriam incapazes de lidar com o nível de necessidade, dada a atual superlotação.” Registrado em No. 2:90–CV–00520–LKK–JFM (ED Cal.), Doc. 3231–13, p. 16 (doravante Doc. 3231–13). Dr. Craig Haney, um professor de Psicologia, relatou que equipes médicas de saúde mental estão “gerenciando um número de casos muito maior do que é adequado e eficaz.” *Ap.* 596. Um psiquiatra da prisão disse ao Dr. Haney que ““estamos fazendo cerca de 50% do que deveríamos estar fazendo.”” *Ibid.* No contexto do cuidado físico

Dr. Shansky concordou que “a procura de cuidados, particularmente para os casos de alta prioridade, continua a sobrecarregar os recursos disponíveis.” Id., Em 1408.

Dr. Craig Haney testemunhou igualmente que o Estado tinha “subestimado significativamente o pessoal necessário para a implementação das porções críticas do Guia de Requisitos do Programa Coleman,” que “as principais tarefas foram omitidas quando foram determinadas as cargas de trabalho de pessoal”, e que as estimativas foram baseadas em “suposições-chave” que levou o Estado a subestimar a procura de cuidados de saúde mental. Ap. 596-597.

Mesmo na hipótese de que as vagas podem ser preenchidas, a evidência sugeriu que haveria espaço insuficiente para o pessoal adicional necessário para executar seus trabalhos. O Consignatário de Plata, no seu relatório sobre a superlotação, concluiu que até mesmo as “mais novas e mais modernas prisões” tinham sido “concebidas com espaço clínico que é apenas metade do necessário para a capacidade da vida real das prisões.” Ap. 1023 (ênfase deletada). Dr. Haney informou que “cada uma das instalações que eu visitei estava com poucas, de outra forma críticas, quantidades significativas de espaços necessários para execução de tarefas e responsabilidades.” Id., em 597–598. Em outra instalação, a equipe cuidava de 7,525 prisioneiros em um espaço projetado para um terço desta quantidade. Juris. Ap. 93a. Os funcionários trabalham sem quartos de armazenamento, armários, banheiros, chuveiros, e centros de visitantes.. Estas instalações improvisadas impedem a entrega eficaz de cuidado e colocam a segurança dos profissionais médicos em perigo, agravando a dificuldade de contratação de pessoal adicional.

Este déficit de recursos em relação à demanda contribui para atrasos significativos no tratamento. Prisioneiros mentalmente doentes são alojados em segregação administrativa, enquanto aguardam transferência para escassos leitos de tratamento de saúde mental para os cuidados adequados. Um oficial correcional indicou que ele tinha mantido prisioneiros doentes mentais em segregação por ““6 meses ou mais.”” Ap. 594. Outros presos à espera de atendimento são mantidos em celas minúsculas do tamanho de cabines telefônicas. O registro documenta casos de presos que cometem suicídio enquanto aguardam tratamento.

Por exemplo, o Dr. Pablo Stewart relatou que um preso foi encaminhado para um leito de crise, mas, “Depois de saber que a sala de restrição não estava disponível e que não havia

leitos de crise disponíveis, a equipe moveu [o prisioneiro] de volta à cela de segregação administrativa, sem qualquer

Atrasos não são menos graves no contexto de cuidados físicos. Prisões têm atrasos de até 700 prisioneiros à espera de ver um médico. Doc. 3231-13, em 18. Uma revisão de encaminhamentos para cuidados especiais de urgência em uma prisão, revelou que apenas 105 de 316 encaminhamentos pendentes estavam agendados, e apenas 2 estavam agendados para ocorrer no prazo de 14 dias. Id., em 22–23. Encaminhamentos especiais urgentes em uma prisão tem pendências de seis meses a um ano. Id., em 27.

Superlotação também cria condições de vida inseguras e insalubres que dificultam a prestação efetiva dos cuidados de saúde médica e mental. Um perito médico descreveu alojamentos convertidos em ginásios ou salas de recreação, onde um grande número de prisioneiros podem compartilhar apenas alguns banheiros e chuveiros, como ““terreno fértil para a doença.””⁷ Juris, Ap. 102a. condições precárias promovem distúrbios e violência, tornando-se difícil para os funcionários da prisão monitorar e controlar a população prisional. Em um dia qualquer, os prisioneiros em geral da população prisional podem ficar doentes, entrando deste modo na classe requerente; e superlotação pode impedir a imediata atenção médica necessária para evitar o sofrimento, a morte ou disseminação de doenças.

Depois de um preso ter sido agredido em um ginásio lotado, o pessoal da prisão nem sequer saberá da lesão até o prisioneiro estar morto há várias horas. Tr. 382. Vivendo em condições de superlotação, inseguras e insalubres pode levar prisioneiros com doenças mentais latentes a agravarem-se e desenvolverem sintomas evidentes. Aglomeração pode também impedir os esforços para melhorar a prestação de cuidados. Dois prisioneiros cometeram suicídio por enforcamento depois de serem colocados em células que haviam observação prescrita.” Ap. 736. O prisioneiro “enforcou-se naquela noite em sua cela.” Ibid., veja também Juris. Ap. 99a.

⁷ Funcionários correcionais no julgamento descreveram vários focos de doença. Um policial testemunhou que infecções por estafilococos resistentes a antibióticos difundem-se amplamente entre a população prisional e descreveu prisioneiros com “sangramento, com escorrimento de pus que estão sendo absorvidos através de suas roupas quando eles vêm para ter as feridas cobertas e tratadas.” Tr. 601, 604–605. Outra testemunha afirmou que os presos

com influenza foram enviados de volta da enfermaria, devido à falta de camas e que a doença se espalhou rapidamente para "mais de metade" dos 340 presos na unidade de alojamento, com o resultado de que a unidade foi colocada em confinamento por uma semana. Id., 720-721.

Identificadas como necessitadas de uma correção simples para remover pontos de fixação que poderiam apoiar um laço. O reparo não foi feito porque isso poderia envolver a remoção de prisioneiros das celas, e não havia lugar para colocá-los. Id., em 769–777. De maneira mais geral, Jeanne Woodford, a ex-secretária de atuação das prisões da Califórnia, declarou que existem ““simplesmente demasiados problemas que surgem a partir de um número tão grande de prisioneiros””, e que, como resultado, ““a gestão gasta praticamente todo o seu tempo combatendo incêndios, em vez de se engajar em tomadas de decisão e planejamento pensadas”” do tipo necessário para formar uma solução eficaz para estas violações constitucionais. Juris. Ap. 82a.

O aumento da violência exige também uma maior dependência de confinamentos para manter a ordem, e confinamentos impedem ainda mais a prestação eficaz de cuidados. Em 2006, os funcionários da prisão instituíram 449 confinamentos. Id., em 116a. O confinamento médio durou 12 dias, e 20 confinamentos duraram 60 dias ou mais. Ibid. Durante os confinamentos, a equipe deve escoltar os prisioneiros para instalações médicas ou trazer o pessoal médico aos prisioneiros. Ambos os procedimentos colocam pressão adicional sobre o pessoal médico e de custódia, já sobrecarregadas. Algumas programações para os doentes mentais ainda podem ser cancelados durante os confinamentos e os funcionários podem ser incapazes de supervisionar a entrega de medicamentos psicotrópicos.

Os efeitos da superlotação são particularmente agudos nos centros de acolhimento das prisões, áreas de entrada que processam 140.000 prisioneiros novos ou que retornam a cada ano. Id., em 85a. Aglomeração nestas áreas corre tão alto quanto 300% da capacidade do projeto. Id., em 86a. As condições de vida são "tóxicas", e uma falta de espaço de tratamento impede os esforços para identificar as necessidades de saúde física ou mental dos presos e fornecem mesmo um cuidado rudimentar. Id., em 92a. O ex-diretor de San Quentin informou que os médicos no centro de recepção desta prisão “foram incapazes de manter exames médicos ou providenciar qualquer tipo de cuidados crônicos de acompanhamento.” Id., em 90a. Os presos passam longos períodos de tempo nestas áreas que aguardam transferência para a instalação

geral. Alguns prisioneiros são mantidos em centros de acolhimento por todo o período de encarceramento.

Numerosos peritos testemunharam que aglomeração é a principal causa das violações constitucionais. O ex-diretor de San Quentin e ex-secretário de ações das prisões da Califórnia concluiu que aglomeração “torna” virtualmente impossível que as organizações desenvolvam, muito menos implementem, um plano para fornecer aos presos cuidados adequados. “Id., em 83a. O ex-diretor executivo do Departamento de Justiça Criminal do Texas testemunhou que “tudo gira em torno de superlotação” e que “a superlotação é a principal causa das violações de cuidados de saúde médicos e mentais.” Id., em 127a. O ex-chefe de correções na Pensilvânia, Washington e Maine testemunhou que a superlotação está “sobrecarregando o sistema, tanto em termos de números absolutos, em termos de espaço disponível, em termos de prestação de cuidados de saúde.” Ibid. E o atual secretário do Departamento de Correções Pensilvânia testemunhou que “o maior fator de inibição agora na Califórnia ao fornecimento de saúde mental e cuidados médicos adequados é a grave superlotação.” Id., em 82a.

O Estado tenta minar as evidências substanciais apresentadas no julgamento, e as conclusões do Tribunal de três juízes do fato, queixando-se que o tribunal de três juízes não permite que ele apresente provas das condições prisionais atuais. Esta sugestão não tem base factual. O tribunal de três juízes admitiu adequadamente prova de condições atuais, relevantes para as questões colocadas. O tribunal de três juízes permitiu descobertas de até poucos meses antes do julgamento; peritos basearam as suas conclusões sobre as recentes observações das condições carcerárias; o tribunal admitiu relatórios recentes sobre as condições das prisões pelo Consignatário de Plata e o Mestrado Especial de Coleman; e ambas as partes apresentaram o testemunho relacionados com as condições atuais, incluindo falta de pessoal, instalações inadequadas e condições de vida insalubres e inseguras. Veja supra, a 4-8, 19-24. Dr. Craig Haney, por exemplo, baseou seu relatório pericial sobre excursões nas oito prisões da Califórnia. Ap. 539. Estas excursões ocorreram no máximo em agosto de 2008, duas semanas antes Dr.Haney apresentou o seu relatório e menos de quatro meses antes do primeiro dia do julgamento. Id, em 585.; ver também id., em 563, 565, 580 (excursões de julho). Outros peritos apresentaram relatórios com base em observações semelhantes. Veja, por exemplo, Doc. 3231-13, em 6 (Dr. Shansky); Ap. 646 (Stewart); id, em 1245 (Austin).; id., em 1312 (Lehman). A opinião do tribunal de três juízes citou e contou com esta evidência

das condições correntes. O tribunal baseou-se extensivamente sobre os relatos de peritos. Veja geralmente *Juris*. Ap. 85a-143a. O tribunal citou os dados mais atuais disponíveis sobre suicídios e mortes evitáveis nas prisões da Califórnia. *Id.*, em 123a, 125a. O tribunal se baseou em estatísticas relativas às ofertas de vagas de equipe que datavam de três meses antes do julgamento, *id.*, em 105a, 108a e estatísticas sobre a escassez de leitos de tratamento para o mesmo período, *id.*, Em 97a. Estes são apenas alguns exemplos da vasta evidência de condições atuais que informaram todos os aspectos do julgamento do tribunal de três juízes. O tribunal de três juízes não abusou da sua discricão quando também citou descobertas feitas em decisões anteriores dos Tribunais Distritais de Plata e Coleman. Esses achados não são relevantes para estabelecer a natureza destas violações constitucionais contínuas de longa data. É verdade que o tribunal de três juízes estabeleceu uma data limite para descoberta de alguns meses antes do julgamento. A ordem afirma que inspeções no local das prisões seriam permitidas até essa data e que as provas de “condições prisionais alteradas”, após essa data não seriam admitidas. Ap. 1190. O tribunal também excluiu evidências não pertinentes à questão de saber se um limite de população é apropriada sob o PLRA, incluindo elementos de prova pertinentes apenas à existência de uma violação constitucional em curso. O tribunal argumentou que sua decisão foi limitada à questão da correção e que os méritos da violação constitucional já foram determinados. O tribunal de três juízes deixou claro que toda essa evidência seria considerada “na medida em que ela ilumina questões que estão adequadamente diante do tribunal.” Ap. 2339.

Ambas as decisões estavam dentro do critério de solidez do tribunal de três juízes. O gerenciamento de métodos do processo pode exigir prazos das descobertas e uma distinção clara entre demanda dos méritos e a correção. O Estado de fato representava para o tribunal de três juízes que seria “apropriado” cortar descobertas antes do julgamento porque “como demandantes, nós, também, estamos realmente nos preparando e vamos entrar em um modo de pré-julgamento.” *Id.*, Em 1683 . E se o Estado realmente acreditava que não havia mais uma violação, ele poderia ter argumentado aos Tribunais Distritais de Plata e Coleman que um tribunal de três juízes não deveria ser convocado porque as ordens anteriores dos Tribunais Distritais não tinham “falhado em remediar a privação” dos direitos constitucionais dos prisioneiros. 18 U. S. C. §3626(a)(3)(A)(i); veja também *supra*, em 16–17. Uma vez que o

tribunal de três juízes foi convocado, aquela corte não pediu para reconsiderar os méritos. Seu papel foi somente considerar a propriedade e necessidade de um limite populacional.

O Estado não aponta nenhuma evidência significativa que foi incapaz de apresentar e que teria mudado o resultado dos processos. Ao contrário, o registro e opinião deixam claros que a decisão do tribunal de três juízes foi baseada em evidências atuais pertinentes às violações constitucionais em curso.

O Tribunal de três Juízes tomou ciência que as violações foram causadas por fatores relacionados à superlotação e que reduzir a lotação nas prisões não iria inteiramente sanar as violações. Isto é consistente com os Relatórios do Mestrado especial de Coleman e do Consignatário em Plata, ambos os casos concluíram que mesmo uma redução significativa na população prisional não iria remediar as violações sem esforços contínuos para treinar pessoal, melhorar instalações, e reformar procedimentos. Ap. 487, 1054.8 O tribunal de três juízes, no entanto, descobriu que a superlotação foi a principal causa, no sentido de ser a principal origem da violação.

Este entendimento da exigência da causa principal é consistente com o texto da PLRA. O Estado, de fato, admite que propôs esta própria definição de causa primária para o tribunal de três juízes. “Primária” é definida como “primeira ou mais alta na hierarquia, qualidade ou importância; principal.” American Heritage Dictionary 1393 (4^a ed. 2000); veja também Webster’s Third New International Dictionary 1800 (2002) (definindo “primária” como “primeira em ranking de importância”); 12 Oxford English Dictionary 472 (2^d ed. 1989) (definindo “primária” como “como primeira ou mais alta posição de importância; Que recebe a primeira consideração; principal, chefe”). Superlotação precisa apenas ser o mais relevante, chefe, ou causa principal da violação. Se o congresso teve intenção em requerer que superlotação foi a única causa, teria dito isso, assumindo em seu julgamento que a definição seria consistente com as limitações constitucionais.

Da maneira que este caso ilustra, violações constitucionais em condições de confinamento são raramente suscetíveis a soluções simples ou unilaterais. Junto à superlotação a falha das prisões da Califórnia em providenciar atendimento adequado de saúde médica e mental pode ser atribuída a déficits orçamentários crônicos e uma falta de vontade política em favor da reforma, instalações inadequadas e falhas de administração sistêmicas. O juiz distrital de Plata, no seu despacho de nomeação do consignatário, comparou o problema a ““uma teia de

aranha, em que a tensão das várias vertentes é determinada pela relação entre todas as partes da teia, de modo que se uma é puxada em uma

8 O consignatário em Plata concluiu que aqueles que consideravam que uma redução populacional seria uma panaceia estavam “simplesmente errados.” Ap. 1054 – 1055. O consignatário, no entanto, deixou claro que “o tempo que este processo vai levar, e os custos a campo de intrusão pelo Tribunal Federal não pode deixar de aumentar, e aumentar de forma muito significativa, e a abrangência da superlotação nas [prisões da Califórnia] continue.” Id., em 1053. O Mestrado Especial em Coleman da mesma forma concluiu que uma soltura em larga escala de prisioneiros, sem outro tipo de alívio, deixaria a violação “sem ampla amenização” mesmo que as deficiências em cuidados “são inquestionavelmente exacerbados pela superlotação” e “a habilidade dos réus em providenciar serviços de saúde mental requisitados seriam consideravelmente melhorados pela redução geral do censo” das prisões. Ap. 486-487. Única vertente, a tensão de toda a teia é redistribuída em um padrão novo e complexo.,” Ap. 966-967 (citando Fletcher, *A Constituição Discricionária: Recursos Institucionais e legitimidade jurídica*, 91 Yale L. J. 635, 645 (1982)); ver também Hutto, 437 U. S., em 688 (observando que “a interdependência das condições produzindo a violação”, incluindo superlotação). Apenas uma abordagem multifacetada destinada a muitas causas, incluindo a superlotação, irá produzir uma solução.

O PLRA não deve ser interpretado para colocar restrições indevidas sobre a autoridade dos tribunais federais para moldar soluções práticas quando confrontado com violações constitucionais complexas e difíceis. O Congresso limitou a disponibilidade de limites sobre as populações prisionais, mas não proibiu estas medidas completamente. Veja 18 U. S. C. §3626. O Relatório da Casa que acompanha o PLRA explicou:

“Enquanto o limite da prisão deve ser a solução de último recurso, um tribunal ainda mantém o poder de ordenar este recurso de correção apesar de sua natureza intrusiva e consequências prejudiciais ao público, se, mas só se, for verdadeiramente necessária para evitar uma violação real dos direitos federais de um prisioneiro.” HR Dep. No. 104-21, p. 25 (1995).

Tribunais deverão presumir que o congresso foi sensível aos problemas do mundo real enfrentados por aqueles que remediariam violações constitucionais nas prisões e que o Congresso não deixou os prisioneiros sem uma solução para as violações de seus direitos constitucionais. Uma leitura do PLRA que tornaria limites populacionais indisponíveis na

prática levantaria sérias preocupações constitucionais. Veja, ex., *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*, 476 U. S. 667, 681, n. 12 (1986). Uma conclusão que superlotação é a “causa primária” de uma violação e, portanto, permissível, apesar do fato que etapas adicionais seriam solicitadas para remediar a violação.

O tribunal de três juízes também foi solicitado para concluir por evidências claras e convincentes que “nenhum outro alívio remediará a violação do direito Federal.” §3626(a)(3)(E)(ii).

O Estado sustenta que a violação tem sido remediada através de uma combinação de novas construções, transferências de prisioneiros para outros estados, contratações de pessoal médico, e esforços contínuos pelo Consignatário de Plata e do Mestrado Especial de Coleman. A decisão de fato permite que o Estado cumpra com o limite populacional através da transferência de prisioneiros para instalações do condado ou instalações em outros Estados, ou pela construção de novas instalações que aumente a capacidade prisional. E a decisão da corte de três juízes não impede o Estado de submeter nenhum outro tipo de esforço corretivo. Se o Estado encontrar um remédio adequado além do limite populacional, ele deverá procurar modificações ou terminações na ordem do tribunal de três juízes nesta base. A evidência em julgamento, entretanto, apoia a conclusão do tribunal de três juízes que uma decisão limitada a outras soluções não providenciaria alívio efetivo.

O argumento do Estado de que transferências para fora do Estado iriam providenciar uma alternativa menos restritiva ao limite populacional deverá falhar devido a requisição de transferências para fora do Estado por si mesmo qualifica o limite populacional sob a PLRA. 9 Tal ordem “tem o propósito ou efeito de reduzir ou limitar a população prisional, ou . . . direcionar a soltura ou a não admissão de prisioneiros na prisão.” §3626(g)(4). O mesmo é verdade sobre transferências para instalações do condado. Transferências providenciam um meio de reduzir a população prisional em cumprimento com a decisão do tribunal de três juízes. Elas não são uma alternativa menos restritiva para aquela decisão.

Mesmo se transferências para outro Estado pudessem ser consideradas como alternativas menos restritivas, o tribunal de três juízes não encontra evidências de planos para transferências em números suficientes para aliviar a superlotação. O Estado reclama que a Corte Distrital Coleman diminuiu a taxa de transferências através de requisições de inspeções

para assegurar que as instituições receptoras estavam em conformidade com a Oitava Emenda, mas o Estado não tem feito esforço em mostrar que tem recursos e a capacidade de transferir grandes números de prisioneiros sem esta condição.

Um programa de transferências voluntárias pelo Estado iria, é claro, ser menos restritiva do que uma decisão obrigando a redução na população prisional. Sob a luz da falha de longa data do Estado em remediar estas sérias violações constitucionais, o tribunal de três juízes não estava sob qualquer obrigação de considerar as medidas de redução populacional voluntária pelo Estado como alternativa viável de medida cautelar.

A construção de novas instalações, em teoria, poderia aliviar a superlotação, mas o tribunal de três juízes não encontrou possibilidade realística que a Califórnia poderia por si mesma se retirar dessa crise. No período da decisão da corte o Estado tinha planos para construir novas instalações médias e de alojamento, mas financiamento para alguns planos não foram garantidos e financiamentos para outros planos estiveram atrasados pela legislatura por anos. Particularmente em luz da crise fiscal em curso na Califórnia, o tribunal de três juízes considerou “quimérico” qualquer “solução que exija gastos adicionais pelo Estado.” Juris. Ap. 151a. Eventos subsequentes à decisão da corte de três juízes têm confirmado essa conclusão. Em outubro de 2010, o Estado notificou a Corte Distrital de Coleman que um componente substancial de seus planos de construção tinha sido protelado indefinitivamente pela legislatura. E mesmo se construções planejadas fossem completadas, o Consignatário de Plata concluiu muitos então chamados planos de “expansões” responsáveis por alojar mais prisioneiros em prisões existentes sem expandir instalações administrativas e de apoio. Juris. Ap. 151a-152a. O ex secretário interino de Prisões da Califórnia explicou que estes planos iriam “agravar os encargos impostos aos administradores prisionais e pessoal de linha” por adicionar mais carga à já esmagadora população prisional, criando novas barreiras para chegar a uma solução. Id., em 152a.

O tribunal de três Juízes também rejeitou a contratação adicional com uma medida realística para se chegar a uma solução. O Estado por anos tem sido incapaz de preencher as posições necessárias para a provisão adequada de cuidados médicos e de saúde mental, e o tribunal de três Juízes não encontrou razão para esperar uma mudança. Mesmo que o Estado aponte ganhos limitados em pessoal entre 2007 e 2008, o registro mostra que o sistema prisional

permanece com falta crônica de pessoal através do julgamento em 2008. Veja supra, em 20. O tribunal de três juízes concluiu que violência e outras condições negativas causadas por superlotação tornam difícil contratar e reter a equipe necessária. A Corte também concluiu que haveria espaço insuficiente para o pessoal adicional trabalhar mesmo se o pessoal adequado pudesse de alguma forma ser retido. Equipe adicional não pode ajudar a remediar a violação se eles não tiverem espaço onde veriam e tratariam os pacientes.

O tribunal de três Juízes também não errou, muito menos cometeu um erro claro, quando concluiu que, sem uma redução populacional, esforços contínuos pelo Consignatário e do Mestrado Especial não alcançariam uma solução. Ambos o Consignatário e o Mestrado Especial arquivaram relatórios afirmando que superlotação impunha uma barreira significativa aos seus esforços. O Consignatário de Plata afirmou que estava determinado a encontrar uma solução mesmo sem redução populacional, mas ele alertou que tal esforço poderia “praticamente falir” o Estado. Ap. 1053. O Mestrado Especial de Coleman tomou nota de outras ainda mais sérias preocupações, afirmando que esforços de remediação anteriores tinham “sucumbido à inexorável elevação do nível populacional” Ap. 489. Ambos os relatórios são evidências persuasivas que, sem redução da superlotação, qualquer remediação pode se tornar intangível e iria no mínimo requerer um vasto gasto de recursos estaduais. Nada na longa história das ações de Coleman e Plata demonstra qualquer possibilidade real que os recursos necessários estariam disponíveis.

O Estado alega que, mesmo que cada uma dessas medidas fosse incapaz de remediar a violação, elas seriam bem sucedidas se fossem combinadas. Além de assentir esta proposta, o estado não oferece razão para acreditar nela. Tentativas para remediar as violações em Plata estão em curso por 9 anos. Em Coleman esforços para remediar estão em curso por 16 anos. De uma vez, pode ter sido possível esperar que essas violações seriam curadas sem uma redução na superlotação. Uma longa história de decisões de remediação, juntas com evidências substanciais de efeitos delitivos da superlotação na provisão de cuidado compele uma diferente conclusão hoje.

Uma relação comum conectando os esforços de remediação propostos do Estado é que eles iriam requisitar que o Estado investisse uma grande quantidade de dinheiro sem a redução da superlotação. A corte não pode ignorar a realidade política e fiscal por trás deste caso. A

legislatura da Califórnia não tem sido capaz ou tem tido a intenção de alocar os recursos necessários para atender a essa crise sem a redução na superlotação. Não há razão para acreditar que isso começará a ser feito agora, quando o Estado da Califórnia está enfrentando um déficit orçamental sem precedentes. Como notado acima, a legislatura recentemente falhou em alocar fundos para novas construções planejadas. *Supra*, em 30–31. Sem a redução na superlotação não haverá remediação eficaz para o cuidado institucional para os doentes e mentalmente enfermos nas prisões da Califórnia.

O PLRA afirma que nenhum auxílio prospectivo deverá levantar questão a respeito das condições prisionais a não ser que esteja especificamente apontado, indica não mais que necessário, estende-se não mais do que o necessário para corrigir a violação de um direito federal, e é o método menos intrusivo necessário para corrigir a violação. 18 U. S. C. §3626(a). Quando determinado se essas requisições são atendidas, tribunais devem “dar peso substancial a qualquer impacto adverso na segurança pública ou na operação de um sistema judiciário criminal.” *Ibid*.

O tribunal de três juízes reconhece que sua decisão “está suscetível a afetar prisioneiros sem condições médicas ou doenças mentais sérias.” *Juris. Ap.* 172a. Isso é porque a redução populacional das prisões da Califórnia irá requerer reduzir o número de prisioneiros fora da categoria através de passos como reforma da liberdade condicional, reforma nas sentenças, uso de créditos de boa conduta, ou outras medidas a serem determinadas pelo Estado. A redução da superlotação irá também ter efeitos positivos através de facilitar acessos adequados e oportunos a cuidados médicos, incluindo a redução na incidência de violência prisional e redução nas condições inseguras de vida. De acordo com o Estado essas consequências colaterais são evidências de que a decisão se expande além do necessário.

Limite populacional imposto pelo tribunal de três juízes não se torna brevemente estreita porque ela terá efeitos positivos no colegiado querelante. Este ajuste estreito requer um “ajuste” entre o fim da [solução] e os métodos escolhidos para chegar a estes fins.” *Board of Trustees of State Univ. of N. Y. v. Fox*, 492 U. S. 469, 480 (1989). A abrangência da solução deve ser proporcional à abrangência da violação, e a decisão não pode se estender além do necessário para resolver a violação. Este tribunal tem rejeitado decisões de

remediação que desnecessariamente chegam a melhorar as condições prisionais que sejam além daquelas que violam a constituição. *Lewis v. Casey*, 518 U. S. 343, 357 (1996). Mas os precedentes não sugerem que uma estreita e de outra forma própria solução para uma violação constitucional é inválida simplesmente porque ela terá efeitos colaterais.

Nem mesmo nada no texto do PLRA requer este resultado. O PLRA afirma que uma solução deve se estender não mais que o necessário para remediar a violação dos direitos de um “querelante particular ou querelantes.” 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A). Isto significa apenas que a abrangência da decisão deve ser determinada com referência às violações constitucionais estabelecidas pelos querelantes específicos diante do tribunal.

Este caso difere de casos onde os tribunais têm, de modo indevido, perdido o controle do tratamento de pessoas ou instruções além do alcance da violação. Veja *Dayton Bd. of Ed. v. Brinkman*, 433 U. S. 406, 420 (1977). Mesmo prisioneiros sem enfermidades mentais ou físicas presentes podem se tornar aflitos, e todos os prisioneiros na Califórnia estão em risco enquanto o Estado continua a providenciar cuidados inadequados. Prisioneiros na população geral tornar-se-ão doentes, e tornar-se-ão membros do colegiado querelante, sem frequência de rotina; e superlotação poderá prevenir o diagnóstico oportuno e cuidado necessário para providenciar tratamento efetivo e para prevenir futuras proliferações de doenças. O socorro foi direcionado apenas para membros presentes das classes demandantes e pode, portanto, deixar de proteger adequadamente os membros das classes futuras que irão desenvolver doenças físicas ou mentais graves. Prisioneiros que não são doentes ou mentalmente enfermos ainda não tem uma reivindicação de que eles têm sido sujeitados a cuidados que violam a Oitava Emenda, mas de forma nenhuma eles são expectadores remotos no sistema de cuidados médicos da Califórnia. Eles são as próximas vítimas potenciais do sistema.

Uma ordem de libertação limitada aos prisioneiros da classe autora iria, se qualquer coisa, limitar indevidamente a habilidade dos oficiais estaduais em determinar quais prisioneiros deveriam ser liberados. Como o Estado reconhece em seu prólogo, “a liberação de presidiários com doenças mentais sérias provavelmente criaria perigos especiais por causa de suas taxas de reincidência.” Depoimento de Resposta Consolidado para Apelantes 34. A decisão do tribunal de três juízes deu ao estado flexibilidade substancial para determinar quem deve ser solto. Se o Estado realmente acreditar que uma ordem de soltura limitada aos

prisioneiros doentes ou mentalmente enfermos seria preferível sobre a ordem dada pelo tribunal de três juízes, o Estado pode mobilizar o tribunal de três juízes para uma modificação da decisão nestas bases. O Estado não havia requisitado esta substituição desta corte.

A ordem também não é demasiado ampla, pois abrange todo o sistema prisional, ao invés de avaliar separadamente a necessidade de um limite de população em cada instituição. O tribunal de Coleman encontrou uma violação em todo o sistema quando primeiro buscou o recurso, e em Plata o Estado estipulou o alívio para todo o sistema quando concedeu a existência de uma violação. Ambos o Mestrado Especial em Coleman e o Consignatário de Plata têm preenchido numerosos relatórios detalhando as deficiências em todo o sistema de cuidados médicos e de saúde mental. O programa de cuidados médicos da Califórnia opera em um nível completo no sistema. E os recursos são compartilhados entre as instalações correcionais.

Apesar da decisão do tribunal de três juízes ser endereçada ao sistema prisional da Califórnia inteiro, ela proporciona ao estado flexibilidade para acomodar as diferenças entre as instituições. Não há exigência de que todas as instalações cumpram com o limite de 137,5%. Assumindo que não haja violações constitucionais nos resultados, algumas instalações podem reter populações superiores ao limite imposto a outras instalações que estejam suficientemente abaixo delas, então o sistema, como um todo permanece de acordo com a ordem. Isto permitirá que agentes prisionais levem prisioneiros para outras instalações que estão mais bem preparadas para lidar com superlotação, ou para fora de instalações onde a retenção de equipe médica tem sido difícil. A alternativa – uma série de limites populacionais em instituições específicas – exigiria que juízes federais fizessem estas escolhas. Deixando este critério aos agentes do estado para não fazerem cumprir a decisão além do esperado.

Nem é a decisão demasiada, pois limita a autoridade do estado ao operar suas prisões, tanto que o Estado pede urgência em seu resumo. Enquanto a decisão molda, de alguma maneira, a forma ou o controle da autoridade do Estado no tocante à administração das prisões, ela o faz de maneira que deixa muito ao critério do Estado. O Estado pode escolher como alocar os prisioneiros entre as instituições; se aumenta a capacidade das prisões através de novas construções ou se reduz a população; e, se reduzir a população, ele poderá decidir quais passos tomar para chegar à redução necessária. A abrangência limitada da decisão é necessária para remediar uma violação constitucional.

Do modo que o Estado implementar a decisão do tribunal de três juízes, tempo e experiência revelarão alvos e soluções efetivas que acabarão com as violações constitucionais mesmo sem uma queda significativa na população prisional. O Estado estará livre para mobilizar o tribunal de três juízes para uma modificação de sua ordem nestas bases, e estas moções teriam serias considerações. Veja infra, em 45-48. Neste momento, o Estado não tem proposto nenhuma alternativa realística à decisão. O desejo do Estado de evitar um limite populacional, justificado de acordo com o respeito à autoridade do Estado, cria-se um certo e inaceitável risco de violações contínuas dos direitos de prisioneiros enfermos e doentes mentais, com o resultado que muitos mais morrerão ou sofrerão desnecessariamente. A constituição não permite este erro.

Ao atingir esta decisão, o tribunal de três juízes deu “peso substancial” a qualquer impacto adverso sobre a segurança pública em sua decisão. O tribunal devotou cerca de 10 dias de julgamento à questão da segurança pública, e ele deu à questão atenção extensiva em sua opinião. Por fim, a corte concluiu que seria impossível reduzir a população prisional “de maneira que preservasse a segurança pública e a operação do sistema judicial criminal.” *Juris. Ap.* 247a-248a.

O requerimento do PLRA sobre fato de um tribunal dar “peso substancial” à segurança pública não exige que o tribunal se certifique que sua decisão não tenha impacto adverso sobre o público. Uma leitura contrária partiria do texto do estatuto ao substituir a palavra “substancial” por “conclusiva.” Sempre que um tribunal emitir uma ordem exigindo que o Estado ajuste a política de justiça criminal e reclusão, haverá um risco de que a decisão tenha alguns impactos adversos na segurança pública em alguns setores. Isto é particularmente verdadeiro quando a decisão exige a soltura de prisioneiros antes de suas sentenças serem cumpridas. Pessoas encarceradas mesmo que seja por um só crime, pode ter cometido muitos outros antes de serem presos e condenados, e algum número destes podem vir a cometer futuros crimes em liberdade. Ainda o PLRA contempla que os tribunais reterão a autoridade para emitir ordens necessárias para solucionar violações constitucionais, incluindo autoridade para emitir limites populacionais quando necessário. Veja supra, em 28-29. A um Tribunal é exigido que considere as consequências de suas decisões na segurança pública e que se estruture, e monitore, seus regulamentos de maneira que atenuem aquelas consequências enquanto ainda busca uma solução efetiva da violação constitucional.

Esta investigação envolve necessariamente sentenças previsíveis difíceis em relação aos efeitos prováveis das ordens judiciais. Apesar de estas sentenças serem normalmente feitas por agentes estaduais, elas necessariamente devem ser feitas por tribunais quando aqueles tribunais formarem medidas cautelares para remediar sérias violações constitucionais nas prisões. Estas questões são sensíveis e difíceis, mas elas são questões pontuais e deveriam ser tratadas como tal. Tribunais podem, e devem, refletir sobre informações relevantes de peritos quando fizerem conclusões pontuais. É direito do tribunal de três juízes fiar-se ao testemunho de agentes penitenciários da Califórnia e de outros Estados. Estes especialistas testemunharam nas bases de evidências empíricas e experiência extensiva no campo da administração prisional.

O tribunal de três juízes creditou evidências substanciais que populações prisionais poderiam ser conduzidas numa maneira que não aumentariam o crime a um grau significativo. Algumas evidências indicaram que reduzindo a superlotação nas prisões da Califórnia poderiam até melhorar a segurança pública. O então governador Schwarzenegger, em sua proclamação de emergência sobre a superlotação, reconheceu que ““superlotação causa estragos às pessoas e às propriedades, levando à agitação e má-conduta dos prisioneiros, . . . e aumenta a reincidência como visto neste estado e em outros.”” Juris. Ap. 191^a-192^a. A ex diretora de San Quentin e atual secretária do sistema penitenciário da Califórnia testemunhou que ela ““acredita absolutamente que nós tornamos as pessoas piores, e que nós não estamos atendendo a segurança pública pela maneira que nós tratamos as pessoas.””¹⁰ Id., em 192a. e o chefe do sistema correcional da Pensilvânia testemunhou que medidas para reduzir a população carcerária pode “na verdade melhorar a segurança pública porque eles endereçam os problemas que levaram pessoas para a cadeia.” Tr. 1552-1553.

O ex-chefe de sistemas prisionais em Washington, Maine, e Pensilvânia, igualmente se refere às prisões da Califórnia como ““criminógenas.”” Juris. Ap. 191a. O oficial chefe de liberdade vigiada do condado de Yolo testemunhou que ““parece que *as prisões+ produzem conduta criminal adicional”” Id., em 190a. Um ex professor de sociologia na Universidade George Washington, relatou que a taxa de reincidência presente na Califórnia está entre as maiores na nação. Ap. 1246. E o tribunal de três juízes tomou nota do relatório da comissão Little Hoover da Califórnia, a qual afirmou que ““cada ano, as comunidades da Califórnia são sobrecarregados com a absorção de 123.000 criminosos que retornam da prisão, muitas vezes mais perigosos do que quando saíram.”” Juris. Ap.191a.

Testemunhos de peritos produziram evidência estatística que populações prisionais têm sido reduzidas sem adversamente afetar a segurança pública em várias jurisdições, incluindo certos condados na Califórnia, tão bem quanto em Wisconsin, Illinois, Texas, Colorado, Montana, Michigan, Florida, e Canada. Juris. Ap. 245a.11 O ex secretário de correções da Califórnia testemunhou que seu Estado tinha implementado métodos de redução populacional, incluindo a reforma na liberdade condicional e expansão de créditos de boa conduta, sem qualquer “efeito deletério sobre o crime.” Tr. 2008–2009. Na luz dessas evidências, o tribunal de três juízes concluiu que nenhum impacto na segurança pública seria “substancialmente descartado, e talvez inteiramente eliminado, pelos benefícios da segurança pública” na redução da superlotação. Juris. Ap. 248a.

O tribunal concluiu que vários métodos disponíveis para reduzir a superlotação teriam pouco ou nenhum impacto na segurança pública. As expansões de créditos de boa conduta permitiriam o Estado a dar liberação adiantada apenas para aqueles prisioneiros que oferecem o menor risco de reincidência. Dirigindo infratores de baixo risco para programas comunitários tipo tratamentos contra drogas, centros de registros diários, e monitoramento eletrônico iriam igualmente reduzir a população

A experiência da Filadélfia nos primeiros anos da década de 90 com uma decisão do tribunal federal ordenando reduções na população carcerária foi menos positiva, e a história ilustra a indubitável necessidade por cuidado nesta área. Uma testemunha do congresso testemunhou que prisioneiros libertados cometeram 79 assassinatos e outras ofensas múltiplas. Veja Audiência em S. 3 et al. Antes do comitê do senado no judiciário, 104º cong., 1ª sessão., 45 (1995) (declaração de Lynne Abraham, Procuradora Pública do Distrito da Filadélfia). O líder do conselho da classe dos querelantes neste caso respondeu que “esta afirmação inflamatória nunca foi documentada.” Id., em 212 (declaração de David Richman). O decreto da Filadélfia também foi diferente da decisão deste caso. Entre outras coisas, foi “proibida à cidade de admitir às suas prisões qualquer prisioneiros adicionais, exceto pessoas acusadas com, ou condenadas por, assassinato, estupro, ou crime envolvendo o uso de uma arma ou faca no ato de um assalto ou roubo.” Harris v. Reeves, 761 F. Supp. 382, 384–385 (ED Pa. 1991); ver também J. Goldkamp & M. White, Instituto de Pesquisa de Crime e Justiça, restaurando a contabilidade em liberação Pré-Julgamento: A Supervisão de Experimentos de Liberação Pré-Julgamento 6–8 (1998). A dificuldade de determinar a relevância precisa na experiência da Filadélfia ilustra porque cortes apelativas diferem do juízo do fato. O tribunal de três juízes

teve a oportunidade de ouvir o testemunho sobre os métodos de redução da população em outras jurisdições e fazer questões relevantes dos testemunhos informados por peritos.

O Estado agora envia um grande número de pessoas para a prisão por violar um termo técnico ou condição de suas liberdades condicionais, e isto poderia reduzir a população prisional através da punição de violações técnicas de liberdade condicional através de programas baseados na comunidade. Essa última medida iria ser particularmente benéfica já que iria reduzir a lotação nos centros receptores, os quais são especialmente difíceis de atingir pela superlotação. Veja supra, em 23-24. A decisão do tribunal levou em conta preocupações sobre a segurança pública ao trazer para o Estado a flexibilidade substancial para selecionar entre estes e outros métodos de redução da superlotação.

O Estado submeteu um plano para a redução da população penitenciária de acordo com a decisão do tribunal de três juízes, e ele reclama que o tribunal de três juízes aprovou aquele plano sem considerar se os métodos específicos contidos na decisão ameaçariam substancialmente a segurança pública. O tribunal de três juízes, entretanto deixou a escolha de como melhor cumprir com seu limite populacional aos oficiais prisionais do Estado. O tribunal não foi obrigado a dar um segundo parecer sobre o critério. Tribunais devem presumir que oficiais do estado estão em melhor posição para aferir como melhor preservar a segurança pública e equilibrar preocupações competentes às correções e aplicação das leis. A decisão de deixar os detalhes de implementação ao critério do Estado protegeu a segurança pública ao deixar decisões políticas sensíveis aos oficiais do estado competentes e responsáveis.

Durante a pendência deste apelo, o Estado iniciou de fato a implementação de medidas para reduzir a população prisional. Veja Supp. Declaração para Apelantes 1. Estas medidas irão mudar “milhares” de prisioneiros das prisões estaduais para as cadeias dos condados ao “fazer certos crimes puníveis com pena de prisão na cadeia do condado” e “exigindo que os indivíduos

A expansão das medidas baseadas na comunidade pode exigir um gasto de recursos pelo Estado para fundar novos programas ou expandir os existentes. O Estado reclama que a decisão exige desde então o “direcionamento” de economias que será alcançado pela redução na população prisional e que definindo prioridades orçamentárias dessa maneira é uma “intrusão ilegal e severa sobre a autoridade do Estado.” Declaração dos apelantes 55. Este

argumento não é convincente. A ordem não exige que o Estado use qualquer meio particular para reduzir sua população prisional ou alocação de seus recursos.

devolvidos à custódia por violar as condições da liberdade condicional „sirvam algum termo de custódia na cadeia do condado.”” Ibid. Estas evoluções apoiam as conclusões do tribunal de três juízes de que a população prisional pode ser reduzida em uma maneira calculada para evitar um indevido efeito negativo sobre a segurança pública.

Estabelecer a população à qual o Estado poderia começar a providenciar constitucionalmente cuidados de saúde médica e mental, e o espaço de tempo necessário para atingir a redução necessária, exige um alto grau de julgamento. O inquérito envolve previsões incertas sobre preocupações dos efeitos das reduções populacionais, tão bem como as determinações difíceis em relação à capacidade dos agentes penitenciários de providenciar cuidado adequado em vários níveis populacionais. Tribunais dispõem de flexibilidade substancial quando fazem tais julgamentos. ““um vez invocado, “o âmbito dos poderes equitativos de um tribunal distrital . . . é amplo, por amplitude e flexibilidade são inerentes em soluções equitativas.”” Hutto, 437 U. S., em 687, n. 9 (citando Milliken v. Bradley, 433 U. S. 267, 281 (1977), por sua vez citando Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. De Ed., 402 U. S. 1, 15 (1971)).

No entanto, o PLRA requer um tribunal para adotar uma solução que seja “estritamente sob medida” para a violação constitucional e que dê “peso substancial” para a segurança pública. U. S. C. §3626 (a). Quando um tribunal está impondo um limite populacional, isto significa que o tribunal deve definir o limite na maior população consistente com uma solução eficiente. O tribunal deve também ordenar que a redução populacional deverá ser alcançada no menor período de tempo razoavelmente consistente com a segurança pública.

O tribunal de três juízes concluiu que a população das prisões da Califórnia deve ser tolhida a 137,5% da capacidade de projeto. Esta conclusão é apoiada pelo registro. De fato, algumas evidências suportam um limite tão baixo quanto 100% da capacidade de projeto. O vice-secretário-chefe dos Serviços de Saúde Correcional para as prisões da Califórnia declarou que as prisões da Califórnia ““não foram projetadas e não fez nenhuma previsão para qualquer expansão do espaço assistência médica para além do inicial de 100% da capacidade.”” Juris Ap. 176a. Outra evidência suporta um limite de 130%. O chefe da equipe de combate às rebeliões em instalações estaduais recomendou a redução da população para 130% da

capacidade de projeto como uma meta de longo prazo. Id., Em 179a-180a. Um ex-chefe dos sistemas penitenciários no estado de Washington, Maine, e Pensilvânia testemunhou que um limite de 130% seria ““dar aos funcionários prisionais e pessoal a capacidade de fornecer os programas e serviços necessários para os prisioneiros da Califórnia. ”” Id., Na 180a. Um ex-diretor executivo das prisões do Texas testemunhou que um limite de 130% foi ““realista e apropriado,,” e que ““garantiria que as prisões da Califórnia fossem seguras e ofereceriam serviços legalmente exigidos.,” Ibid. E um ex-secretário do desempenho das prisões da Califórnia concordou com um limite de 130%, com a ressalva de que um limite de 130% pode revelar-se insuficiente em algumas instalações mais antigas. Ibid.

De acordo com o Estado, este testemunho expressou as preferências políticas das testemunhas, ao invés de suas visões sobre o que iria sanar a violação constitucional. É claro, tribunais não confundem qualificações profissionais com exigências constitucionais. *Rhodes v. Chapman*, 452 U. S. 337, 348, n. 13 (1981). Mas opiniões de especialistas podem ser relevantes quando determinam o que pode ser obtido e o que é aceitável na filosofia corretiva. Veja supra, em 37-38. Nada nestes registros indica que os especialistas neste caso impuseram sua própria visão política ou perderam de vista as violações subjacentes. Ao contrário, as testemunhas afirmaram que um limite populacional de 130% iria permitir ao Estado solucionar as constitucionalmente inadequadas provisões de cuidados médicos e de saúde mental. Quando a opinião especialista é direcionada à questão de como remediar as violações constitucionais relevantes, como estava aqui, juízes federais podem dar a ela peso considerável.

O Bureau Federal de Prisões (BOP) tem definido 130% como um objetivo de longo prazo para os limites populacionais no sistema federal prisional. Declaração para Apelantes 43-44. O Estado sugere que os peritos adotem inadmissivelmente esse padrão profissional em seu testemunho. Mas os tribunais não são obrigados a ignorar a opinião de especialistas apenas porque adotam ou concordam com padrões profissionais. Padrões profissionais podem ser “úteis e relevantes no que diz respeito a algumas perguntas.” *Chapman*, supra, 348, n. 13. As testemunhas disseram que um limite de 130% foi indispensável para sanar as violações constitucionais, não que isso deve ser adotada porque é um padrão do BOP. Se qualquer coisa, o fato de que o BOP ver 130% como uma densidade populacional administrável reforça

a conclusão do tribunal de três juízes que um limite de população de 130% iria aliviar as pressões associadas com a superlotação e permitiria que o Estado começasse a prestar cuidados constitucionalmente adequados.

Apesar de o tribunal de três juízes concluir que a “evidência em apoio a um limite de 130% é forte”, ele constatou que algum ajuste para cima se justificava à luz da “cautela e contenção exigido pelo PLRA.” Juris. Ap.183a, 184a. O tribunal de três juízes observou evidências que suportam um limite maior. Em particular, o Painel de Revisão de correções independente do Estado descobriu que 145% foi a “capacidade operacional” máxima das prisões da Califórnia, id., Em 181a-182a, embora a relevância dessa determinação foi prejudicada pelo fato de que o painel não tinha considerado a necessidade de prestar cuidados de saúde médica e mental constitucionalmente adequados, como o próprio Estado concede. Declarações para Apelantes de Coleman 45. Depois de considerar, mas descontando, esta evidência, o tribunal de três juízes concluiu que as evidências apoiaram um limite inferior a 145%, mas superior a 130%. Ele, portanto, impôs um limite de 137,5%.

Esta valorização da prova não foi claramente errônea. O sistema adversário proporcionou ao tribunal uma oportunidade para pesar e avaliar as provas apresentadas pelas partes. A exibição de evidências dos querelantes tinha a intenção de justificar um limite de 130%, e o Estado não fez qualquer tentativa de mostrar que outro número permitiria uma solução. Também não há ferramentas científicas disponíveis para determinar a redução populacional precisa necessária para remediar a violação constitucional desta maneira. O tribunal de três juízes fez a mais precisa determinação que podia sob a luz do registro que tinha diante de si. O requerimento de ajuste preciso do PLRA está satisfeito até então desde que estes julgamentos equitativos e reparadores são feitos com o objetivo de libertar o mínimo possível de prisioneiros em consistência com uma solução eficaz. Em luz de evidências substanciais apoiando uma solução ainda mais drástica, o tribunal de três juízes cumpriu o requisito do PLRA neste caso.

O tribunal de três juízes ordenou o Estado a atingir esta redução em dois anos. Em julgamento e fechando o argumento diante do tribunal de três juízes, o Estado não mais sustentou que as reduções devessem ocorrer em um mais longo período de tempo. O Estado mais tarde submeteu um plano para aprovação da corte de que iria atingir a redução exigida em cinco anos, e que iria reduzir a população prisional a 151% da capacidade projetada em dois anos. O

Estado representou que este plano iria “atingir seguramente o nível populacional de 137,5% a tempo”. Ap. Ao Juris. Declaração 32a. O tribunal de três Juízes rejeitou este plano porque não cumpria com o prazo definido em sua decisão.

O Estado Primeiro noticiou que seria exigido que reduzisse sua população prisional em fevereiro de 2009, quando o tribunal de três juízes percebeu sua tentativa de descartar o Julgamento. O prazo de 2 anos, entretanto, não começará a correr até que este Tribunal emita seu julgamento. Quando isso acontecer, o Estado já terá mais de dois anos para começar a cumprir com a ordem do tribunal de três juízes. O Estado tem usado este tempo produtivamente. Em argumentação oral, o Estado indicou que tinha reduzido sua população prisional em aproximadamente 9.000 pessoas desde a decisão do tribunal de três juízes. Depois da argumentação oral, o estado arquivou uma declaração suplementar indicando que tinha iniciado a implementação de medidas para mudar “milhares” de prisioneiros adicionais para instalações dos condados. Supp. Declaração para Apelantes em 1. Particularmente sob a luz da falha do estado ao cumprir a decisão em julgamento, o tribunal de três juízes não errou quando estabeleceu um prazo de 2 anos para o alívio. Os querelantes propuseram um prazo de 2 anos, e a evidência no julgamento tinha a intenção de demonstrar a viabilidade de um prazo de 2 anos. Veja Tr. 2979. Notavelmente, o Estado não pediu a esta Corte para estender o prazo de 2 anos desta vez.

O tribunal de três juízes, entretanto, mantém a autoridade, e a responsabilidade, de fazer futuras emendas à decisão existente ou qualquer decreto modificado que ele possa entrar como garantido pelo exercício de seu critério sólido. “o poder de um tribunal de equidade para modificar um decreto de alívio injuntivo e há muito estabelecido, amplo, e flexível.” *New York State Assn. for Retarded Children, Inc. v. Carey*, 706 F. 2d 956, 967 (CA2 1983) (Friendly, J.). um tribunal que invoca poder de equidade para remediar uma violação constitucional por uma injunção mandando mudanças sistemáticas a uma instituição tem a obrigação contínua e a responsabilidade de avaliar a eficácia e as consequências de sua ordem. *Id.*, em 969-971. A experiência deve ensinar a necessidade de modificações ou emendas de um decreto anterior. A este fim, o tribunal de três juízes deve permanecer aberto para uma exibição ou demonstração por ambas as partes de que a injunção deverá ser alterada para garantir que aos direitos e interesses das partes sejam dadas todas as obrigações e proteções necessárias.

O devido respeito para o Estado e por seu processos governamentais exigem que o tribunal de três juízes exercite sua jurisdição para concordar com o Estado em latitude considerável para encontrar mecanismos e fazer planos para corrigir as violações em uma maneira adequada e efetiva consistente com a segurança pública. De maneira a “dar peso substancial a qualquer impacto adverso na segurança pública,” 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A), O tribunal de três juízes deve dar legítima deferência às opiniões informadas como às quais a segurança pública exige, incluindo as determinações consideradas por oficiais do estado em relação ao tempo o qual uma redução na população prisional pode ser atingida consistentemente de acordo com a segurança pública. Uma extensão de tempo pode permitir ao Estado considerar mudanças políticas, econômicas, e outras circunstâncias e a levar vantagem de oportunidades para mais medidas efetivas que elevariam, como o Mestrado Especial, O consignatário, o sistema prisional, e a própria avaliação do tribunal de três juízes, o progresso sendo feito para corrigir condições inconstitucionais. Ao mesmo tempo, ambos os oficiais do estado e o tribunal de três juízes devem manter em mente a necessidade por uma oportuna e eficaz solução para as violações dos direitos constitucionais dos prisioneiros em curso.

O Estado deve desejar mobilizar-se para modificação da decisão do tribunal de três juízes a fim de estender o prazo para a redução exigida para cinco anos da entrada do julgamento desta Corte, o prazo proposto no primeiro plano de redução populacional do Estado. O tribunal de três juízes deve garantir tal requisição proposta de que o Estado satisfaça as condições necessárias e apropriadas propostas para garantir que medidas sejam tomadas para a implementação do plano sem atrasos indevidos. Condições apropriadas podem incluir um requisito de que o Estado demonstre ter a autoridade e os recursos necessários para atingir a redução requisitada no período de 5 anos e adequar-se às diretivas interinas razoáveis para a redução populacional. O tribunal de três juízes pode também condicionar uma extensão do prazo diante da habilidade o Estado em cumprir com períodos de referências para melhoria na provisão de cuidados médicos e de saúde mental.

O tribunal de três juízes, em seu critério, pode também se é apropriado ordenar ao Estado que inicie sem atraso a desenvolver um sistema que identifique os prisioneiros que são improváveis à reincidência ou que podem de outra maneira ser candidatos a uma liberação antecipada. Mesmo com uma extensão de tempo para construir novas instalações ou implementar outras reformas, pode ser necessário libertar prisioneiros para cumprir com a

decisão do tribunal. Para fazer isso com segurança, o Estado deve desenvolver sistemas para selecionar aqueles prisioneiros menos capazes de prejudicar a segurança pública. Uma extensão de tempo pode providenciar ao Estado uma melhor oportunidade para refinar e elaborar estes sistemas.

O Estado já tem feito progressos significantes em direção a reduzir sua população prisional, incluindo reformas que irão resultar em transferências de “milhares” de prisioneiros para prisões dos condados. Veja Supp. Declaração para apelantes em 1. À medida que o Estado estiver fazendo progressos futuros, o tribunal de três juízes deverá avaliar se suas decisões permanecem apropriadas. Se progresso significativo for feito em direção à solução das violações constitucionais subjacentes, este progresso poderá demonstrar que futuras reduções populacionais não serão necessárias ou serão menos urgentes do que previamente acreditou-se. Uma vez que o Estado demonstre isso, o tribunal de três Juízes em exercício de seu critério pode considerar se é apropriado exercer ou modificar este cronograma.

A experiência com a decisão do tribunal de três juízes pode também levar o Estado a sugerir outras modificações. O tribunal de três juízes pode dar a qualquer pedido muita consideração. O tribunal de três juízes pode também formular suas decisões para permitir ao estado e seus oficiais a autoridade necessária para endereçar contingências que podem surgir durante o processo de remediação.

Estas observações refletem que a decisão do tribunal de três juízes, como todos os decretos contínuos equivalentes, deverá permanecer aberta para modificações apropriadas. Elas não terão a intenção de levantar dúvida sobre a validade das premissas básicas da ordem existente. O cuidado médico e de saúde mental provido pelas prisões da Califórnia estão abaixo do padrão de decência que é inerente à Oitava Emenda. Esta violação constitucional contínua e extensiva exige uma solução, e uma solução não será alcançada sem uma redução na superlotação. A ordem de alívio pelo tribunal de três juízes é reclamada pela constituição e foi autorizada pelo congresso no PLRA. O estado deverá implementar a decisão sem mais atrasos.

O julgamento do tribunal de três juízes está afirmado.

Ele é então ordenado.

Apêndices

“(a) REQUERIMENTOS PARA O ALÍVIO.

“(1) ALÍVIO ESPERADO.-(A) O alívio esperado em qualquer ação civil com respeito às condições prisionais não devem se estender mais do que o necessário para corrigir as violações dos direitos federais de um querelante particular ou dos querelantes. O tribunal não deve garantir ou aprovar nenhum alívio esperado a não ser que o tribunal conclua que tal alívio seja feito sob medida, que se estenda não mais que o necessário para corrigir a violação dos direitos federais, e seja o meio menos intrusivo necessário para corrigir a violação dos direitos federais. A corte deve dar peso substancial a qualquer impacto adverso na segurança pública ou na operação de um sistema judiciário criminal causado pelo alívio.

.....

“(3) ORDEM DE SOLTURA DE PRISIONEIROS.-(A) Em qualquer ação civil com respeito às condições prisionais, nenhum tribunal deve entrar com uma ordem de soltura de prisioneiros a não ser que-

“(i) um tribunal tenha previamente entrado com uma ordem para alívio menos intrusivo que tenha falhado ao remediar a privação do direito federal solicitado para ser remediado através de uma ordem de soltura de prisioneiros; e

“(ii) tenha dado ao réu um prazo razoável para cumprir suas ordens anteriores.

“(B) Em qualquer ação civil no tribunal Federal com respeito às condições prisionais, uma ordem de soltura deve ser dada apenas por um tribunal de três juízes de acordo com a seção 2284 de título 28, se os requerimentos do subparágrafo (E) estiverem atendidos.

“(C) A parte que requerer uma ordem de libertação de prisioneiros em tribunal Federal deverá depositar qualquer pedido de alívio, um pedido de um tribunal de três juízes e materiais suficientes para demonstrar que os requisitos do parágrafo (A) tenham sido cumpridos.

“(D) Se os requisitos do parágrafo (A) tiverem sido cumpridos, Um juiz federal diante do qual uma ação civil no que diz respeito às condições prisionais estiver pendente que acredita que uma ordem de libertação da prisão deve ser considerada poderá sua sponte requerer a convocação de um tribunal de três juízes para determinar se uma ordem de libertação de prisioneiros deve ser inserida.

“(E) O tribunal de três juízes deverá entrar com uma ordem de libertação de prisioneiros apenas se a corte concluir por evidências claras e convincentes que-

“(i) aglomeração é a causa primária da violação de um Direito Federal; e

“(ii) nenhum outro alívio irá corrigir a violação de um Direito Federal.

“(F) Qualquer oficial local ou do Estado incluindo um legislador ou agente do governo cuja jurisdição ou função inclua a apropriação de fundos para construção, operação, ou manutenção de instalações prisionais, ou a acusação ou custódia de pessoas que devem ser libertas de, ou não admitidas em, uma prisão como resultado de uma ordem de soltura de prisioneiros deve ter legitimidade para se opor à imposição ou continuação do efeito em tal alívio e procurar o extermínio de tal alívio, e deve ter o direito de intervir em qualquer procedimento relativo a tal alívio.

.....

(g) DEFINIÇÕES.-Como usado nesta seção

.....

“(4) o termo “Ordem de soltura de prisioneiro” inclui qualquer ordem, incluindo uma ordem de restrição temporária ou de medida cautelar preliminar, que tem o propósito ou efeito na redução ou limitação da população prisional, ou que direciona a libertação da ou não admissão de prisioneiros para uma prisão. . . .”

B

Penitenciária Estadual Mule Creek

01 de agosto de 2008

Instituição para homens da Califórnia

07 de agosto de 2006

C

Penitenciária Estadual Salinas Valley

29 de julho de 2008

Centro de Tratamento Correcional (gaiolas secas/celas de contenção para pessoas aguardando por leitos de crises de saúde mental)

Cite como: 563 U. S. ____ (2011)

SCALIA, J., divergência de SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

No. 09-1233

EDMUND G. BROWN, JR., GOVERNADOR DA CALIFORNIA, ET AL., APELANTES v. MARCIANO PLATA ET AL. EM APELAÇÃO DOS TRIBUNAIS DISTRITAIS DOS ESTADOS UNIDOS PARA OS DISTRITOS DO LESTE E DO OESTE DA CALIFÓRNIA [23 DE MAIO DE 2011]

O MAGISTRADO SCALIA, com o qual se junta o MAGISTRADO THOMAS, diverge.

Hoje o tribunal afirma o que é, talvez, a mais radical injunção emitida por uma corte na história da nossa Nação: uma decisão exigindo que Califórnia libere o estupendo número de 46.000 criminosos condenados.

Chega diante de nós, agora e então, um caso cujo resultado efetivo é tão claramente indicado pela tradição e bom senso, que a sua decisão deve moldar a lei, e não vice-versa. Alguém pensaria que, antes de se permitir o decreto de um tribunal distrital federal para a libertação de 46.000 pessoas condenadas, esta Corte submeteria todo seu esforço para acompanhar a lei de tal maneira que se esquivasse deste resultado ultrajante. Hoje, quase ao contrário, o Tribunal ignora disposições rigorosamente elaboradas do estatuto que o rege, e limitações constitucionais tradicionais sobre o poder de um juiz federal, para que se sustente o absurdo.

Os procedimentos que levaram a este resultado foram uma paródia judicial. Eu divirjo porque a reforma institucional que o Tribunal Distrital tem empreendido viola os termos do estatuto do governo, ignora limitações alicerçadas no poder que o Artigo III julga, e leva tribunais federais muito além de suas capacidades institucionais.

O Ato de Litígio de Reforma Prisional (PLRA) define que “O alívio esperado em qualquer ação civil com respeito às condições prisionais não devem se estender mais do que o necessário para corrigir as violações dos direitos federais de um querelante particular ou dos querelantes”; este dito alívio deve ser “exatamente previsto, [e] que se estenda não mais que o necessário para corrigir a violação do direito federal”; e que ele deve ser “o meio menos intrusivo necessário para corrigir a violação dos direitos federais.” 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A). Ao decidir se estas limitações múltiplas têm sido cumpridas, é necessário identificar com precisão o que é a “violação dos direitos federais de um querelante particular ou dos querelantes” que tem sido alegada. O que tem sido alegado até aqui, e o que a determinação emitida, feita sob medida (ou não) pelo tribunal, foi para remediar a operação de um sistema prisional com instalações médicas inadequadas. Isto pode resultar em negação

de tratamentos médicos necessários para “um prisioneiro em particular ou para prisioneiros,” desta maneira violando (de acordo com nossos casos) seu ou seus direitos garantidos pela Oitava Ementa. Mas a mera existência do sistema inadequado não resulta em punições cruéis ou incomuns da população prisional inteira que precisa de cuidados médicos, incluindo aqueles que o recebem.

O Tribunal reconhece que os querelantes “não baseiam seus casos em deficiências no atendimento provido em nenhuma ocasião”; ou mesmo, “Os demandantes se apoiam em deficiências de todo o sistema na provisão de tratamentos médicos e de saúde mental que, ao todo, sujeitam prisioneiros doentes e mentalmente enfermos na Califórnia a „risco substancial de séria gravidade” e causam a demanda por cuidados nas prisões a cair abaixo das expectativas de decência que marcam o progresso de uma sociedade madura.” Ante, at 7, n. 3. Mas nossa jurisprudência „com evoluídos padrões de decência” de apoderamento jurídico (com o qual, a propósito, eu discordo de coração, veja, ex, *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551, 615–616 (2005) (SCALIA, J., divergindo) não prescreve (ou ao menos até hoje não prescreveu) regras para a “decente” operação das escolas, prisões, e outras instituições governamentais. Ela proíbe tratamentos “indecentes” de indivíduos – no contexto deste caso, a recusa de cuidado médico a aqueles que precisam dele. E as pessoas que têm uma reivindicação constitucional para a negação de cuidados médicos são aqueles a que são negados o cuidado médico – nem todos que enfrentam um “risco substancial” (seja lá o que isso for) de ter negado o cuidado médico.

O processo de *Coleman* envolve “a classe de pessoas seriamente mentalmente enfermas nas prisões da Califórnia,” ante, em 8, e o processo de *Plata* envolve “a classe de prisioneiros do estado com condições médicas sérias,” ante, em 9. Os querelantes não aparentam reivindicar – E seria absurdo sugerir – que cada um dos prisioneiros tem pessoalmente experimentados “tortura ou morte lenta,” ante, em 13 (aspas internas omitidas), como uma consequência daquele péssimo sistema médico. De fato, é inconcebível que nada mais do que uma pequena proporção na classe autora tem pessoalmente recebido suficientemente abominável tratamento e que seu direito da Oitava Emenda foi violado. – a qual, como o tribunal reconhece, é o porquê dos querelantes não observarem suas reivindicações sobre “deficiências em cuidado provido em qualquer ocasião.” Ante, em 7, n.3. Nem mesmo, as reivindicações dos querelantes são de que eles são todos parte de um sistema médico tão defeituoso que algum

número de prisioneiros irão inevitavelmente ser feridos por cuidados médicos incompetentes, e que este número é suficientemente alto para tornar o sistema, como um todo, inconstitucional.

Mas qual princípio processual justifica certificar uma classe de querelantes de maneira que eles possam assentir uma reivindicação de inconstitucionalidade sistemática? Eu posso pensar em duas possibilidades, ambas as quais são insustentáveis. A primeira é que apesar de alguns ou a maioria dos querelantes em classe não tenham individualmente reivindicações viáveis sobre a Oitava Emenda, a classe como um todo tem coletivamente sofrido uma violação da Oitava Emenda. Essa teoria é contrária à regra alicerçada que o único propósito de adjudicação de toda a classe é para garantir as reivindicações que são individualmente viáveis. “uma ação de classe{n.t. coletiva}, não menos do que uma junção tradicional (da qual ela é uma espécie), meramente permite um tribunal federal a adjudicar reivindicações de múltiplas partes de uma vez, ao invés de em ocasiões separadas. E como uma junção tradicional, deixa os direitos legais das partes e deveres intactos e as regras da decisão inalteradas.” *Shady Grove Orthopedic Associates, P. A. v. Allstate Ins. Co.*, 559 U. S. ___, ___ (2010) (opinião de pluralidade) (slip op., at 14).

A segunda possibilidade é que cada membro da classe autora tenha sofrido uma violação da Oitava Emenda meramente pela virtude de ser um paciente em um pobremente dirigido sistema prisional, e o propósito da classe é meramente agregar todas aquelas reivindicações viáveis individualmente. Esta teoria tem a virtude de ser consistente com os princípios processuais, mas ao custo de um desvio substancial bruto da nossa jurisprudência. Sob esta teoria, todo e cada prisioneiro que suceder de ser um paciente em um sistema que tem fraqueza sistemática – tal qual “contratar qualquer médico que tinha uma licença, um estetoscópio e um par de sapatos,” ante, em 10 (aspas internas omitidas) – tenha sofrido punição cruel ou incomum, mesmo se esta pessoa não possa fazer uma demonstração individual de mau tratamento. Tal teoria sobre a Oitava Emenda é absurda. E nós temos dito muito no passado: “se . . . um preso saudável que não tenha sofrido privação de tratamento médico necessário fosse capaz de alegar a violação do seu direito constitucional de assistência médica . . . simplesmente no caso de que as instalações médicas da prisão são inadequadas, a distinção essencial entre julgar e executar teria desaparecido: teria se tornado a função dos

tribunais garantir assistência médica adequada nas prisões.” *Lewis v. Casey*, 518 U. S. 343, 350 (1996).

Se errado processualmente ou errado substantivamente, a noção de que a classe autora pode eleger uma violação da Oitava Emenda baseada em “deficiências de todo o sistema” é certamente errada. Isto sugere que a solução decretada aqui é também contrária à lei, desde que a teoria de inconstitucionalidade sistêmica é o centro do caso dos queixosos. O PLRA exige que os querelantes estabeleçam que a liminar para todo o sistema que foi dada entrada pelo Tribunal Distrital seja “sob medida” e “não se estenda além do necessário” para corrigir “a violação de um direito Federal de um querelante particular ou de querelantes.” Se (como é o caso) a única reivindicação constitucional viável consiste de instâncias individuais de mau tratamento, então uma solução para reformar o sistema como um todo vai muito além do que o estatuto permite.

Também vale a pena notar a peculiaridade que a vasta maioria dos presidiários, muitos generosamente recompensados pela ordem de soltura – os 46.000 cujas reclusões serão terminadas – não fazem parte de nenhuma classe ofendida mesmo sob a expansiva noção de violação constitucional do Tribunal. A maioria deles não serão prisioneiros com condições médicas ou enfermidades mentais severas; e muitos serão indubitavelmente boas espécies físicas que têm desenvolvido músculos intimidantes levantando ferro na academia da prisão.

Mesmo se eu aceitar a premissa implausível de que os querelantes tenham estabelecido uma violação sistemática da Oitava Emenda, eu dissentiria do endossamento do tribunal de uma decisão negligente. Esta decisão é um exemplo do que tem se tornado conhecido como uma “determinação estrutural.” Como eu expliquei anteriormente, determinações estruturais são radicalmente diferentes das determinações tradicionais emitidas por tribunais de equidade, e presumidamente parte do “poder judicial” conferida a tribunais federais pelo artigo III: “As determinações imperativas estabelecidas após a rescisão de litígios normalmente requerem „um único ato simples.” H. McClintock, *Principles of Equity* §15, pp. 32–33 (2d ed. 1948).

Na verdade, houve um prejuízo histórico do Tribunal de Chancery contra a prestação de decretos que pediram mais do que um único ato afirmativo.” *Id.*, §61, em 160. E onde o desempenho específico dos contratos foi procurado, estivesse a regra categórica de que

nenhum decreto emitiria aquela supervisão contínua exigida O cumprimento destes mandatos de „ato único“ poderia, além de ser simples, ser rápido; e uma vez que foi alcançado o relacionamento do desprezado com o tribunal, este chegou ao fim, pelo menos na medida em que o assunto da ordem estava em causa. Uma vez que o documento foi entregue ou a terra transmitida, a obrigação do litigante com o tribunal, e o poder coercivo do tribunal com o litigante, cessou-se. . . . O tribunal não se empenha em qualquer supervisão em curso da conduta do litigante, nem faz sua decisão continuar a regular seu comportamento.” *Mine Work-ers v. Bagwell*, 512 U. S. 821, 841–842 (1994) (SCALIA, J., concordante).

Determinações estruturais partem daquela prática histórica, tornando juízes em administradores de longo prazo de instituições sociais complexas tipo escolas, prisões, e departamentos de polícia. Na verdade, elas requerem que os juízes desempenhem um papel essencialmente indistinguível do papel normalmente desempenhado por funcionários executivos. A decisão de hoje não apenas afirma a determinação estrutural, mas expande vastamente seu uso, através de sustentar que um sistema inteiro é inconstitucional porque ele pode produzir violações constitucionais.

As determinações estruturais inconvenientes têm sido descritas com mais detalhes em outros lugares. Veja, ex., *Lewis*, supra, em 385–393 (1996) (THOMAS, J., concordante); *Missouri v. Jenkins*, 515 U. S. 70, 124–133 (1995) (THOMAS, J., concordante); Horowitz, *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions*, 1983 *Duke L. J.* 1265. {n.t. referência bibliográfica. Mas se traduzida ficaria assim: “Horowitz, *Decretando Mudança Organizacional: Supervisão Judicial de Instituições Públicas*, 1983 *Duke L.J.* 1265.”} Este caso ilustra um de seus mais preciosos aspectos: que eles forcem juízes a se comprometerem em forma de averiguação-como-elaboração-de-políticas {n.t. basicamente refiz o termo original “factfinding-as-policymaking”} que está fora do papel jurídico tradicional. Os juízes averiguadores tradicionalmente se engajam em envolver a determinação de fatos passados ou presentes baseados (exceto por um conjunto limitado de materiais dos quais os tribunais podem tomar “ciência judicial”) exclusivamente sobre um registro de sentença encerrado. Esta é uma razão pela qual conclusões de um juiz distrital estão intituladas para revisão de limpeza de erros: pois tendo visto a sentença em primeira mão, ele está em uma melhor posição para avaliar as evidências do que um juiz que está revisando um registro frio. Em uma categoria de casos muito limitados, juízes também têm sido convocados

a fim de fazer algumas sentenças previsíveis: qual custódia vai servir melhor aos interesses de uma criança, por exemplo, ou se uma determinação particular remediará o agravo do querelante. Quando um juiz gerencia uma determinação estrutural, entretanto, ele será inevitavelmente requerido a fazer previsões amplamente empíricas necessariamente baseadas em grande parte sobre visões políticas – o tipo de previsões regularmente feitas por legisladores e oficiais executivos, mas inapropriadas para o Terceiro Poder.

Esta característica de determinações estruturais é soberbamente ilustrada pelo procedimento do Tribunal Distrital relativa ao efeito descuidado da decisão sobre a segurança pública. O PLRA exige que antes de garantir “O alívio esperado em [uma] ação civil com respeito às condições prisionais,” o tribunal deve “dar peso substancial a qualquer impacto adverso na segurança pública ou na operação de um sistema judiciário criminal causado pelo alívio.” 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A). Aqui, o Tribunal Distrital exonerou aquele requerimento ao fazer a “conclusão factual” de que “O estado tem métodos disponíveis aos quais ele pode prontamente reduzir a população prisional para 137,5% da capacidade de projeto ou ao menos sem um impacto adverso na segurança pública ou na operação do sistema de justiça criminal.” Juris. Declaração Ap., O. T. 2009, No. 09-416, p. 253a. Ele concluiu a evidência como “clara” sobre que a superlotação na prisão iria “perpetuar um sistema prisional criminógeno que em si mesmo ameaçaria a segurança pública,” id., em 186a, e voluntariou sua opinião de que “a população poderia ser reduzida mesmo se futuramente houver a reforma das políticas sentenciais antiquadas da Califórnia e outras mudanças relacionadas às leis.” Id., em 253a. Ela “rejeit[ou] o testemunho de que os prisioneiros liberados mais cedo das prisões cometeriam novos crimes adicionais,” id., em 200a, concluindo que “reduzindo a duração dos créditos ganhos pela estadia daria incentivos aos prisioneiros para participarem de programas desenvolvidos para reduzir a reincidência,” id., em 204a, e que “diminuindo o fluxo de violações de condicionais técnicas para a prisão, deste modo reduzindo a agitação dos beneficiários da liberdade condicional, iria por si mesmo melhorar ambos os sistemas de liberdade condicional e das prisões, e a segurança pública.” Id., em 209. Ela concluiu que “o direcionamento de criminosos para programas correcionais comunitários tem efeitos benéficos substanciais na segurança pública,” id., em 214a, e que “programas reabilitativos adicionais resultariam em uma redução populacional significativa enquanto se melhoraria a segurança pública,” id., em 216a.

O Tribunal Distrital classifica estas previsões (e o tribunal hoje as aceita) como “conclusões factuais,” feitas com confiança nos processos de peritos que testemunharam no julgamento. Devido ao fato destas “conclusões” terem suporte no registro, é difícil revertê-las sob um padrão de revisão de erros simples. Ante, em 38. E dado que o Tribunal Distrital devotou cerca de 10 anos de julgamento e 70 páginas de sua opinião a esta questão, é difícil discutir que o Tribunal Distrital tenha descarregado sua obrigação estatutária para dar “peso substancial a qualquer impacto adverso sobre a segurança pública.”

Mas a ideia de que os três Juízes distritais neste caso basearam-se apenas na credibilidade do testemunho de peritos é fantástica. É claro que eles estavam se baseando amplamente em suas próprias crenças sobre a penologia e a reincidência. E é claro juízes distritais diferentes, de visões políticas diferentes, teriam “concluído” que reabilitação não funcionaria e que a soltura de prisioneiros aumentaria a taxa de crimes. Eu não estou dizendo que os Juízes distritais renderam suas conclusões factuais em má fé. Eu estou dizendo que é impossível para juízes fazer “conclusões factuais” sem inserir seus próprios julgamentos políticos, quando conclusões factuais são Julgamentos políticos. O que aconteceu aqui não é mais conclusão factual judicial no sentido comum do que seriam as conclusões factuais de que os gastos deficitários não vão abaixar a taxa de desemprego, ou que a ocupação contínua do Iraque vai diminuir o risco de terrorismo. Ainda, devido ao fato de que eles têm marcado as “conclusões factuais” intituladas para uma revisão diferencial, as preferências políticas dos três Juízes Distritais agora governam a operação do sistema penal da Califórnia.

É importante reconhecer que a fantasia de julgamentos políticos como conclusões factuais não é um erro peculiar deste caso. É uma questão de reforma institucional concomitante inevitável. Quando um tribunal distrital emite uma determinação, ele deve fazer uma avaliação factual das consequências antecipadas da determinação. E quando a injunção compromete-se a reestruturar uma instituição social, a avaliação das consequências factuais da injunção é necessariamente o tipo de julgamento profético que nosso sistema de governo aloca para os outros oficiais do governo.

Mas determinações estruturais simplesmente não convidam juízes para saciar preferências políticas. Elas convidam juízes para saciarem preferências políticas incompetentes. Três anos de faculdade de direito e familiaridade com os procedimentos pertinentes da Suprema Corte

não dão compreensão de tudo que há no gerenciamento de instituições sociais. Portanto, no procedimento abaixo o Tribunal Distrital determinou que serviços médicos constitucionalmente adequados poderiam ser oferecidos se a população prisional fosse de 137,5% da capacidade projetada. Esta foi uma conclusão empírica que era totalmente desqualificada para fazer. Reconhecidamente, o tribunal não gerou este número totalmente por conta própria; ele escutou os números 130% e 145% surgindo de vários testemunhos e decidiu dividir a diferença. Mas a habilidade dos juízes de cuspir de volta ou mesmo tirar média de números que os foi dado como alimento aos poucos pelos peritos não garantem a eles o título de tomadores de decisão competentes em áreas as quais eles são de outra forma desqualificados.

O Tribunal Distrital também se baseou pesadamente nas visões do Consignatário e do Mestrado Especial, e aqueles relatórios estrelam um papel na opinião do Tribunal hoje. O Tribunal nota que “o Consignatário e o Mestrado especial preencheram relatórios afirmando que a superlotação impunha uma barreira significativa aos seus esforços” e julgaram que aqueles relatórios eram “evidencias persuasivas que, sem uma redução na superlotação, qualquer solução poderá se provar irrealizável e iria no mínimo requerer um grande gasto de recursos do Estado.” Ante, 31-32. O uso destes relatórios é ainda menos consoante com o papel judicial tradicional do que a dependência do Tribunal Distrital no depoimento de um perito no julgamento. Este último, mesmo quando, como aqui, é em grande parte a expressão dos julgamentos políticos, está ao menos sujeito a exame cruzado. Baseando-se nas conclusões sem exames cruzados de um investigador, enviado ao campo para preparar um relatório factual e dar sugestões de como melhorar o sistema prisional, não tem qualquer semelhança com a tomada de decisão judicial ordinária. É verdade que o PLRA contempla a nomeação do Mestrado Especial (embora não dos Consignatários), Mas o Mestrado Especial não está apenas autorizado a “interrogar testemunhas e preparar conclusões proposta do fato” e “contribuir no desenvolvimento dos planos de reparação,” 18 U. S. C. §3626(f)(6). Isto não os autoriza a fazer conclusões factuais (desconectadas aos interrogatórios) a que são dados aparentemente diferenças indiscriminadas. Nem o Consignatário nem o Mestrado Especial foram selecionados pela Califórnia para executar suas prisões, e o fato de que eles podem ser especialistas no domínio da reforma do sistema prisional não justifica a imposição judicial de suas perspectivas sobre o estado.

As minhas preocupações gerais associadas à direção de instituições sociais pelos juízes são ampliadas quando eles dirigem os sistemas prisionais, e duplamente ampliadas quando eles forçam os funcionários da prisão a libertar criminosos condenados. Como já foi reconhecido anteriormente: “Tribunais são mal equipados para lidar com os crescentes problemas urgentes da administração e reforma prisional. . . . Os problemas das prisões na América são complexos e intratáveis, e mais ao ponto, elas não estão prontamente suscetíveis a resoluções de decretos. . . . Dirigir uma prisão é uma empreitada extraordinariamente difícil, que requer experiência, planejamento e comprometimento de recursos, todos os quais que são particularmente da providência dos poderes do governo legislativo e executivo. Prisão é, além disso, uma tarefa que tem sido comprometida com a responsabilidade desses ramos, e a separação dos poderes se preocupa ao aconselhar uma política de restrição judicial. Sempre que um sistema penal do Estado está envolvido, os tribunais federais têm. . . razão adicional para conceder deferência às autoridades prisionais apropriadas.” *Turner v. Safley*, 482 U. S. 78, 84–85 (1987) (aspas internas omitidas).

Estes princípios aplicam-se duplamente à decisão de soltura de prisioneiros. Como o autor da opinião de hoje explicou antes deste termo, garantir uma escritura de habeas corpus ““perturba o interesse significativo do Estado em repouso por determinação concluída, nega à sociedade o direito de punir alguns criminosos admitidos, e se intromete na soberania do Estado em um grau equiparado a poucos exercícios da autoridade judicial federal.”” *Harrington v. Richter*, 562 U. S. ___, ___ (2011) (slip op., em 13) (citando *Harris v. Reed*, 489 U. S. 255, 282 (1989) (KENNEDY, J., discordando)). Reconhecendo que aquele alívio de habeas corpus deve ser garantido moderadamente, nós temos revertido à concessão errônea do Nono Circuito no alívio do habeas corpus para prisioneiros da Califórnia individuais quatro vezes apenas neste Termo. *Cullen v. Pinholster*, 563 U. S. ___ (2011); *Felkner v. Jackson*, 562 U. S. ___ (2011) (per curiam); *Swarthout v. Cooke*, 562 U.S. ___ (2011) (per curiam); *Harrington*, supra. E ainda aqui, o tribunal afirma uma decisão garantindo o equivalente funcional de 46.000 escrituras de habeas corpus, baseados em seu mantra para a “flexibilidade substancial dos tribunais quando fazem estes julgamentos.” Ante, em 41. Parece que o respeito do Tribunal pela soberania do estado tem desaparecido do caso quando mais importa.

II

A opinião do Tribunal inclui uma coisa bizarra observando que “[O] Estado pode querer mobilizar-se para a modificação da ordem do tribunal de três juízes para estender o prazo para a redução necessária para cinco anos.” Ante, em 46-47. O Tribunal Distrital, diz, “pode conceder tal pedido desde que o Estado satisfaça condições necessárias e adequadas para assegurar que sejam tomadas as medidas para implementar o plano sem indevida demora”; e dá vagas sugestões de que estas condições prévias “podem incluir”, tais como “referências provisórias.” Ante, em 47. Ele também convida o Tribunal Distrital a “considerar se é apropriado que se ordene ao Estado para iniciar, sem demora, a desenvolver um sistema para identificar prisioneiros que não são susceptíveis de reincidência”, e informa ao Estado que “deve conceber sistemas para selecionar os prisioneiros menos susceptíveis de comprometer a segurança pública.” Ibid.

O efeito legal desta passagem não é claro – eu suspeito intencionalmente disso. Se isso não é nada, mas um lembrete educado para o Estado e para o Tribunal Distrital de que a liminar está sujeita a modificação, então é inteiramente desnecessária. Como tanto o Estado quanto o Tribunal Distrital são, sem dúvida cientes, uma parte tem sempre o direito de se mobilizar para modificar um decreto equivalente, e o PLRA contém uma cláusula expressa que habilita Tribunais Distritais de modificar ou encerrar liminares de das prisões. Veja 18 U. S. C. §3626(b). Eu suspeito, entretanto, que esta passagem é um tiro de alerta, dizendo ao Tribunal Distrital que ele teria modificado melhor a liminar se o Estado pedir o que nos o convidamos a pedir. Tal alerta, se bem sucedido, alcançaria o benefício de uma redução marginal nos assassinatos inevitáveis, assaltos, e estupros a serem cometidos pelos prisioneiros libertados. Mas conseguiria isso à custa da falência intelectual, como o “alerta” do Tribunal é totalmente alheio a princípios comuns de apelação de liminares. Quando uma parte se move para a modificação de uma liminar, o tribunal de distrito tem o direito de decidir sobre esse movimento em primeiro lugar, sujeitos à revisão por abuso de critério quando recusa de modificar a ordem. *Horne v. Flores*, 557 U. S. ___, ___, ___ (2009) (slip op., em 10, 20). Além disso, quando um tribunal distrital entra com um novo decreto com os novos valores de referência, a seleção desses valores de referência também é revista em conformidade com um uma deferência, do padrão de abuso-de-critério da revisão – um ponto que o Tribunal parece reconhecer. Ante, em 45.

Tribunais de recurso não devem “afirmar” injunções, enquanto observando preventivamente que o Estado “pode” pedir, e que o Tribunal Distrital “possa” conceder, um pedido para estender prazo do Estado para libertar os presos por três anos com base em algumas sugestões sobre que pré-condições apropriadas para tal modificação “podem” incluir.

É claro que o que realmente está acontecendo aqui é que a Corte, dominada pelo senso comum, não aprova os resultados alcançados pelo Tribunal Distrital, mas não pode corrigi-los (ele pensa) através da aplicação de normas comuns de apelação. Ele tem, portanto, optado por uma solução desconhecida em nosso ordenamento jurídico: Um conjunto deliberadamente ambíguo de sugestões sobre como modificar a liminar, apenas respeitoso o suficiente para que ele possa dizer com uma cara séria que está “afirmando,” assim severo o suficiente para colocar o Tribunal distrital sobre a observação de que ele provavelmente vai se inverter se não segui-los. Ao fazer isso, o Tribunal de Justiça tem engrandecido em si, a ávida autoridade que os tribunais de apelação não são supostos a ter, e usá-lo para promulgar uma solução de compromisso sem base jurídica diferente da então dita do Tribunal. Isto de sermos levados a nos envolver nessas atividades extralegais deve ser um sinal de que todo o projeto de permitir tribunais distritais a dirigir sistemas prisionais é ilegítimo.

Mas talvez eu esteja sendo muito indelicado. O Tribunal, ou pelo menos uma maioria da maioria do Tribunal, deve estar ciente de que os juízes do Tribunal Distrital são susceptíveis de chamar seu blefe, uma vez que eles sabem muito bem que não pode, eventualmente, ser um abuso de critério se recusar a aceitar a propostas de modificações do Estado em uma liminar que acaba de ser aprovado (afirmado) na sua forma atual. Uma liminar, afinal, não tem de ser perfeita; só ser boa o suficiente para o trabalho do governo, que hoje o Tribunal diz que isso é. Então, talvez a coda é nada mais do que uma lavagem cerimonial das mãos – tornando claro para que todos vejam, que, se as coisas terríveis certas para acontecer, como consequência dessa decisão ultrajante acontecerem, elas não serão de nenhuma responsabilidade deste Tribunal. Afinal de contas, nós não quisemos, e na verdade até mesmo sugerimos, algo melhor?

Tendo em vista a incoerência da reivindicação da Oitava Emenda no centro deste caso, os recursos não judiciais de demandas da reforma institucional que este caso exemplifica, e as

preocupações únicas associadas com liberações de prisioneiros em massa, eu não acredito que este Tribunal pode afirmar essa liminar. Vou atestar minha abordagem brevemente: A meu ver, o juiz não pode pedir libertação de um prisioneiro a não ser que determine que o prisioneiro esteja sofrendo uma violação dos seus direitos constitucionais, e que a sua libertação, e nenhum outro alívio, vai corrigir essa violação. Assim, se o tribunal determina que o tratamento médico exigido constitucionalmente de um prisioneiro particular está sendo negado, e a libertação desse prisioneiro (e nenhum outro remédio) lhe permitiria obter tratamento médico, em seguida, o tribunal pode ordenar a sua libertação; mas um tribunal não pode ordenar a libertação de prisioneiros que sofreram nenhuma violação de seus direitos constitucionais, apenas para torná-lo menos provável que aconteça com eles no futuro.

Este ponto de vista decorre do texto do PLRA que eu discuti no início, 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A). “[S]ob medida” significa que o alívio só se aplica ao “[prisioneiro] em particular ou dos [prisioneiros]”, cujos direitos constitucionais são violados; “Estende-se não mais do que o necessário” significa que os prisioneiros cujos direitos não são violados não vão obter alívio; e “meios menos intrusivos necessários para corrigir a violação do direito Federal” significa que nenhum outro alívio está disponível.

Eu reconheço que esta leitura do PLRA iria limitar severamente as circunstâncias em que um tribunal pode emitir injunções estruturais para remediar as condições das prisões alegadamente inconstitucionais, embora não eliminá-las totalmente. Se, por exemplo, uma classe que representa todos os prisioneiros em uma determinada instituição alegar que a temperatura em suas celas era tão fria a ponto de violar a Oitava Emenda, ou que eles foram privados de todo o tempo para exercício, um tribunal podia entrar com uma ordem liminar para que a temperatura de toda a prisão seja aumentada ou o tempo de exercício fosse fornecida. Ainda assim, a minha abordagem pode provocar a objeção de que o PLRA parece contemplar determinações estruturais em ordens gerais e de libertação de prisioneiros em massa em particular. O estatuto exige que os tribunais “[deem] peso substancial para qualquer impacto negativo sobre a segurança pública ou a operação de um sistema de justiça criminal causada pelo alívio” e autoriza-os a nomear Mestrados Especiais, §3626 (a)(1)(A), (f), disposições que parecem pressupor a possibilidade de uma solução estrutural. Ele também estabelece critérios segundo os quais os tribunais podem emitir ordens que têm “o propósito ou o efeito de reduzir ou limitar a população prisional,” §3626 (g) (4).

Eu não acredito que a objeção carregue o dia. Além de impor uma série de limitações na capacidade dos tribunais distritais para pedir medida cautelar em relação às condições da prisão, o PLRA afirma que “nada nesta seção deverá ser interpretado como. . . revogação ou depreciação ou de outra forma aplicáveis limitações sobre os poderes de reparação dos tribunais.” §3626(a)(1)(C). O PLRA é, portanto, melhor entendido como uma tentativa de restringir o poder discricionário dos tribunais de emitir determinações estruturais – não como um mandato para a sua utilização. Pelas razões que descrevi, determinações estruturais, principalmente ordens de libertação de prisioneiros, levantam sérias preocupações sobre a separação de poderes e afasta-se significativamente do papel histórico e da capacidade institucional dos tribunais. É adequado interpretar o PLRA, de modo a restringir tribunais de entrar com medida cautelar que excederia esse papel e capacidade.

* Qualquer dúvida sobre esse último resultado, pelo menos as que se referem às ordens de libertação de prisioneiros, é eliminada pelo §3626(a)(3)(E) do estatuto, o qual proporciona que para entrar com uma ordem de libertação de prisioneiros o tribunal deve concluir “por evidências claras e convincentes que -

- (i) aglomeração é a causa primária da violação de um Direito Federal; e
- (ii) nenhum outro alívio irá corrigir a violação de um Direito Federal.”

* * *

A ordem do Tribunal Distrital de que a Califórnia libere 46.000 prisioneiros estende “além do necessário para corrigir a violação do direito Federal de um querelante em particular ou querelantes” a quem foi negada assistência médica necessária. 18

U. S. C. §3626(a)(1)(A). Ela é conformemente proibida pelo PLRA – além de desafiar toda a sólida concepção do papel adequado dos juízes.

Cite como: 563 U. S. ____ (2011)

ALITO, J., divergência de SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS

No. 09-1233

EDMUND G. BROWN, JR., GOVERNADOR DA CALIFORNIA, ET AL., APELANTES v.
MARCIANO PLATA ET AL.

EM APELAÇÃO DOS TRIBUNAIS DISTRITAIS DOS ESTADOS UNIDOS PARA OS DISTRITOS DO LESTE E DO OESTE DA CALIFÓRNIA [23 DE MAIO DE 2011].

MAGISTRADO ALITO, com o qual se junta O CHEFE DE JUSTIÇA, divergindo.

O decreto neste caso é um exemplo perfeito do que o Ato de Litígio de Reforma Prisional de 1995 (PLRA), 110 Depoim. 1321-66, foi incapaz de prevenir.

A constituição não dá aos juízes federais a autoridade de operar sistemas penais. Decisões relativas às prisões estaduais tem implicações financeiras e de segurança pública profundas, e os Estados estão geralmente livres para tomar estas decisões como bem escolherem. Veja *Turner v. Safley*, 482U. S. 78, 85 (1987).

A Oitava Emenda impõe uma importante – mas limitada – contenção na autoridade do Estado neste campo. A Oitava Emenda proíbe os funcionários da prisão de privar presos “[d]a medida civilizada mínima das necessidades da vida.” *Rhodes v. Chapman*, 452 U. S. 337, 347 (1981). Os tribunais federais têm a responsabilidade de garantir que esta norma constitucional seja cumprida, mas as condições das prisões indesejáveis que não violam a Constituição estão fora do alcance dos tribunais federais.

Neste caso, um tribunal de três juízes excedeu sua autoridade nos termos da Constituição e do PLRA. O tribunal ordenou uma redução radical da população prisional da Califórnia, sem concluir que o nível de população atual viola a Constituição.

Dois casos foram postos perante o tribunal de três juízes, e também não visaram o problema geral de superlotação. De fato, os autores em um desses casos prontamente reconhecem que o nível da população atual em si é não inconstitucional. Depoimentos para Apelantes de *Coleman* 56. Ambos os casos não foram levados em nome de todos os reclusos submetidos à superlotação, mas sim no interesse das classes muito mais limitadas de prisioneiros, ou seja, aqueles que necessitam de tratamento de saúde mental e aqueles com outras necessidades médicas graves. Mas esses casos foram usados como um trampolim para implementar um programa de justiça criminal muito diferente do escolhido pelo legislador estadual. Em vez de elaborar uma solução para atacar as violações constitucionais específicas que foram encontradas – que apenas se referem aos prisioneiros nas duas classes de acusação – o tribunal inferior emitiu um decreto que irá, no melhor caso fornecer ajuda modesta apenas aos presos,

mas que é muito provável que tenha um efeito importante e pernicioso sobre a segurança pública.

O tribunal de três juízes ordenou a libertação prematura de aproximadamente 46.000 criminosos – o equivalente a três divisões do Exército.

A abordagem adotada pelo tribunal de três juízes destoa do PLRA. Contrariamente ao PLRA, o remédio do tribunal não é estritamente sob medida para lutar contra as violações constitucionais comprovadas e em andamento. E o tribunal de três juízes violou o comando crítico do PLRA de que qualquer tribunal considerando uma ordem de libertação de prisioneiros deve dar “peso substancial para qualquer impacto negativo sobre a segurança pública.” 18 U. S. C. §3626(a)(1)(A). O tribunal de três juízes quer nos fazer crer que a libertação antecipada de 46.000 presos não irá pôr em perigo - e vai realmente melhorar - a segurança pública. *Juris. Declaração Ap., O. T. 2009, No. 09–416, pp. 248a–249a (doravante *Juris. Ap.*)*. O senso comum e a experiência aconselha maior cautela.

Gostaria de reverter a decisão abaixo por três razões inter-relacionadas. Em primeiro lugar, o tribunal de três juízes indevidamente se recusou a considerar a evidência relativa às condições presentes no sistema prisional da Califórnia. Em segundo lugar, o Tribunal cometeu um erro ao considerar que nenhuma medida de remediação de uma libertação de prisioneiros em massa poderia trazer o sistema da Califórnia em conformidade com a Oitava Emenda. Em terceiro lugar, o tribunal deu peso insuficiente para o impacto do seu decreto sobre segurança pública.

I

Tanto o PLRA quanto os princípios gerais relativos à medida cautelar ditam que uma ordem de libertação de prisioneiros não pode adequadamente ser emitida sem que o alívio seja necessário para corrigir uma violação em curso. Sob o PLRA, a libertação de prisioneiros poderá ser decretada somente se aglomeração “for a causa primária” de uma violação da Oitava Emenda e somente se nenhum outro alívio “vai remediar” a violação. §3626(a)(3)(E) (ênfases acrescentadas). Essa passagem deixa claro que a prova de violações passadas por si só é insuficiente para justificar a libertação judicial de prisioneiros.

Da mesma forma, nos casos não regulados pelo PLRA, temos decidido que um preso buscando uma liminar para impedir uma violação da Oitava Emenda deve mostrar que os

oficiais da prisão estão “conscientemente e injustificadamente desconsiderando um risco objetivamente intolerável de dano, e que eles vão continuar ao fazê-lo. . . no futuro.” Farmer v. Brennan, 511 U. S. 825, 846 (1994). A “indiferença deliberada” necessária para estabelecer uma Oitava Emenda violação deve ser examinada “à luz das atitudes e condutas atuais das autoridades prisionais,” Helling v. McKinney, 509 U. S. 25, 36 (1993), o que significa que “as suas atitudes e comportamentos no tempo do fato é trazido e persiste depois,” Farmer, supra, em 845.

Por estas razões, a propriedade do alívio pedido aqui não pode ser avaliada sem verificar a natureza e o alcance de eventuais violações constitucionais em curso. A prova de violações do passado não vai indicar; nem é simplesmente suficiente para estabelecer que algumas violações continuam. O alcance do alívio admissível depende do âmbito de quaisquer violações contínuas e, portanto, era essencial que o tribunal de três juízes fizesse uma resolução fiável da extensão de quaisquer violações como parte da ocasião em que a sua ordem de soltura foi emitida. Particularmente tendo em conta a natureza radical de sua solução escolhida, nada menos do que uma avaliação em tempo era tolerável.

O tribunal de três juízes, no entanto, baseava-se fortemente em informações e resultados desatualizados e recusou-se a permitir a Califórnia para apresentar novas provas. Apesar das evidências de melhoras¹, o tribunal de três juízes se apoiava em antigas conclusões tomadas pelos tribunais de um juiz, veja Juris. Ap. 76a-77a, incluindo uma descoberta feita 14 anos antes, veja id., em 170a citando Coleman v. Wilson, 912 F. Supp. 1282, 1316, 1319 (ED Cal. 1995)). O tribunal de três juízes destacou as estatísticas de morte de 2005, veja Juris. Ap. 9a, enquanto ignorava o “declínio contínuo e significativo desde 2006,” Análise das Revisões de Mortes 31 (dezembro 2009) (doravante Revisões de Mortes de 2008) , K. Imai, Corporação Liquidatária dos cuidados em saúde das prisões da Califórnia. E o tribunal se apoiou nas condições de uma instalação que havia sido substituída. Veja Juris. Ap. 19a-20a, 24a, 89a-90a, 94a, 107a, 111a.

Ao proibir o Estado de introduzir evidências sobre condições a partir da data em que a ordem libertação de prisioneiros estava sob consideração, id., em 76a – 78a, e nº 42, o tribunal de três juízes afirmou explicitamente que não iria “avaliar as contínuas violações constitucionais do estado.” Id., em 77a. Ao invés disso, ele baseou sua solução em deficiências constitucionais que, em suas próprias palavras, foram encontradas “anos atrás.” Ibid.2

O tribunal de três juízes justificou sua recusa em receber evidências atualizadas sob a alegação de que o Estado não teria peticionado uma moção para terminar com o alívio futuro resultante de uma disposição do PLRA, §3626(b). Veja *Juris. Ap.* 77a. A opinião para esta Corte hoje endossa este raciocínio, ante, em 26. Mas a oportunidade do Estado para apresentar tal moção não eliminou a obrigação do tribunal de três juízes de garantir que o seu alívio era necessário para remediar as violações em curso.³ Além disso, o raciocínio do tribunal de primeira instância não levou em conta devidamente a importância potencial da evidência de que o Estado procurou introduzir. Mesmo que as evidências não mostrem que todas as violações tinham cessado – a exibição necessária para obter a rescisão do alívio sob §3626 (b) – essa evidência era altamente relevante no que diz respeito à natureza e âmbito do alívio permissível.

4 A maioria aprova a recusa do tribunal de três juízes de receber novas provas com base em grande parte sobre a necessidade de “Gestão ordenada do julgamento.” Ante, em 26. A maioria pensa que o tribunal de três juízes tinha fechado o livro

2 Por esta razão, não é simplesmente o caso de que “evidência de condições atuais. . . informaram todos os aspectos da sentença do tribunal de três juízes,” como a maioria insiste, ante, em 25.

3 Divido ao fato de o Nono Circuito colocar o ônus sobre o Estado para provar a ausência de uma violação em curso quando ele se mobiliza para concluir o alívio possível, veja *Gilmore v. California*, 220 F. 3d 987, 1007 (CA92000), mesmo que o Estado tenha, sem sucesso, se posicionado para concluir o alívio previsto sob o 18 U. S. C. §3626(b), teria havido ainda nenhuma determinação de que os queixosos teriam levado sua carga sob o PLRA para estabelecer por provas claras e convincentes que uma ordem de libertação de prisioneiros seria necessária para corrigir uma violação de direitos em curso.

4 Também há uma resposta a dizer, como o Tribunal faz agora, ante, em 26, que o Estado teve a oportunidade de resistir à convocação do tribunal de três juízes com o fundamento de que não houve violações constitucionais impunes a partir daquela data. Veja §3626(a)(3)(A)(i). Os Tribunais Distritais concederam moções dos queixosos para convocar um tribunal de três juízes, em 2007, três anos antes do decreto de reparação que foi emitido aqui. Assim, as condições no sistema prisional a partir da data em que o decreto foi emitido não eram necessariamente as mesmas que existiam antes dos procedimentos do tribunal de três juízes começarem. Além disso, como mencionado acima, mesmo que todas as violações no sistema

não tivessem sido curadas no momento do decreto de reparação, uma avaliação precisa das condições, como se a data foi essencial a fim de assegurar que o alívio, não foi varrida de forma mais ampla do que o necessário.

sobre a questão das violações constitucionais e tinha se voltado para a questão do remédio. Ibid. Como se observa, no entanto, a extensão de quaisquer violações constitucionais contínuas era altamente relevante para a questão da solução.

A maioria também sanciona a dependência do tribunal de três juízes em conclusões datadas. A maioria percebe que o tribunal inferior considerou relatórios recentes do Mestrado Especial e do Consignatário, ante, em 18-19, mas a maioria não proveu justificativa persuasiva sobre a recusa do tribunal inferior em receber evidências atualizadas sobre quaisquer violações contínuas. Com a segurança da população da Califórnia na balança, o registro desta questão não deveria ter sido fechado.

A maioria repete o erro do tribunal de primeira instância de recitar estatísticas que estão claramente desatualizadas. O Tribunal registra a conclusão do Tribunal inferior que a partir de 2005 “um preso em uma das prisões da Califórnia morre desnecessariamente a cada seis a sete dias.” Veja ante, em 9. Ainda pelo período do julgamento antes do tribunal de três juízes, a taxa de mortes tem sido trazida para baixo por 10 quartos, Ap. 2257, e o número de mortes provavelmente evitáveis caíram de 18 em 2006 para 3 em 2007, um declínio de 83 por cento.⁵ Entre 2001 e 2007, o sistema penitenciário da Califórnia tem a 13ª menor média de mortalidade de todos os 50 sistemas estaduais.⁶

A maioria destaca instâncias passadas nas quais prisioneiros em particular receberam cuidados médicos chocantemente deficientes. Veja ante, em 5, 6-7, 10 (recontando cinco incidentes). Mas a tal evidência anedótica não pode ser dado um peso indevido na avaliação do estado atual do sistema da

5 Revisões de Mortes de 2008 22. A maioria elide a melhora ao combinar mortes provavelmente evitáveis com aquelas que estavam “possivelmente evitáveis,” ante, em 7, n.4, que é, casos nos quais “no julgamento do crítico,” Revisões de Mortes de 2008 3, “é meio a meio de que um melhor cuidado teria possivelmente prevenido a morte,” Ap. 2277; id., em 2256. Como a maioria reconhece, mesmo esta classe de casos está agora dramaticamente diminuída, e o tribunal de três juízes deve levar as condições atuais em conta quando revisar sua solução indo em frente. Ante, em 7, n. 4.

6 Bureau of Justice Statistics, State Prison Deaths, 2001–2007, disponível em <http://bjs.ojp.usdoj.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=2093> (Table13) (todos materiais da internet como visitados em 20 de maio de 2011, e disponíveis no Cartório de arquivos de casos do Tribunal); veja também Ap. 2257 – 2258. Califórnia tinha a 14ª menor “taxa de mortalidade por enfermidade anual média por 100,000 prisioneiros do estado de 2001 a 2004.” Juris. Ap. 125a. De acordo com um relatório de 2007, prisioneiros do estado tinham uma taxa de mortes 19 por cento menor que a população adulta geral dos E.U.A. em 2004. Bureau of Justice Statistics, Medical Causes of Death in State Prisons, 2001–2004, p. 1, disponível em <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/mcdsp04.pdf>.

Califórnia. A população do sistema prisional da Califórnia (156.000 presos no momento do julgamento) é maior do que a de muitas cidades de médio porte⁷, e um exame da assistência médica prestada aos residentes de muitas dessas cidades provavelmente revelam casos em que tratamentos grosseiramente deficientes foram fornecidos. Ocorrências de maus tratos passados no sistema da Califórnia são relevantes, mas o alívio potencial deve ser adaptado para presente e futuro, não para condições passadas.

II

Sob a PLRA, um tribunal não pode garantir nenhum alívio possível a não ser que o tribunal conclua que o alívio seja devidamente projetado, que não se estenda além do necessário para corrigir a “violação d[e um] direito Federal, e que seja o meio menos intrusivo necessário para corrigir a violação do direito Federal.” §3626(a)(1)(A). Além disso, o PLRA proíbe a emissão de uma ordem de libertação de prisioneiros a menos que o tribunal considere “por provas claras e convincentes de que. . . lotação é a principal causa da violação de um direito Federal” e que “nenhum outro alívio irá remediar a violação do direito Federal.” §3626(a)(3)(E).

Estas restrições legais refletem amplamente as normas gerais para a medida cautelar destinada a sanar as violações constitucionais por parte dos governos estaduais e locais. “O poder dos tribunais federais para reestruturar o funcionamento de entidades governamentais locais e estaduais não é pleno. . . Uma vez que uma violação constitucional for encontrada, um tribunal federal será necessário para adaptar o alcance da solução para atender a natureza e a extensão da violação constitucional.” *Dayton Bd. of Ed. v. Brinkman*, 433 U. S. 406, 419–420 (1977) (aspas internas omitidas).

Aqui, a maioria e o tribunal sustentam que nenhum tipo de solução rápida como uma liberação maciça de prisioneiros da população em geral das prisões pode remediar a falha do Estado de prestar cuidados de saúde constitucionalmente adequados. Este argumento é plausível em sua apresentação e não é suportado pelo requisito de evidência clara e convincente.

7 Por exemplo, a população do sistema prisional da Califórnia excede a de Syracuse, Nova Iorque; Bridgeport, Connecticut; Springfield, Massachusetts; Eugene, Oregon; e Savannah, Georgia.

É instrutivo considerar a lista de deficiências no sistema de saúde prisional da Califórnia que estão em destaque na opinião de hoje para este Tribunal e, na opinião do tribunal abaixo. As deficiências notadas aqui pela maioria incluem o seguinte: “mesas de exame e bancadas, onde os prisioneiros com ... doenças transmissíveis são tratados, não são desinfetados rotineiramente,” ante, em 10; instalações médicas “estão em um estado de ruína abismal,” ibid.; medicamentos “estão frequentemente indisponíveis quando são necessários,” ante, em 10-11; “equipamento médico básico está frequentemente indisponível ou sendo usado,” ante, em 10; as prisões “iriam „contratar qualquer médico que tivesse “uma licença, um estetoscópio e um par de sapatos,”” ibid.; e vagas de pessoal de saúde mental e médica tem grandes taxas de desocupação, ante, em 20. O tribunal de três juízes apontou problemas similares. Veja Juris. Ap. 93a-121a (citando, entre outras coisas, vagas desocupadas para pessoal, muito poucos leitos para prisioneiros com doenças mentais, e um sistema de gerenciamento de registros antiquado).

Será plausível que nenhuma destas deficiências possam ser remediadas sem a libertação de 46,000 prisioneiros? Sem tomar este passo radical e perigoso, mesas de exame e bancadas não podem ser adequadamente desinfetadas? Nenhuma das instalações dilapidadas do sistema pode ser reparada? Medicamentos e equipamentos necessários não podem ser comprados e usados? Vagas de pessoal não podem ser preenchidas? A qualificação de médicos prisionais não pode ser melhorada? Um melhor sistema de gerenciamento de registros não pode ser desenvolvido e implementado?

Eu não discordo de que a superlotação geral contribui para muitos dos problemas de cuidado de saúde do sistema da Califórnia. Mas isso de nenhuma maneira sugere que reduzir a

superlotação é o único, melhor ou até mesmo um meio particularmente bom de aliviar aqueles problemas. De fato, é aparente que a soltura de prisioneiros ordenada pelo tribunal abaixo é pobremente adequada para este propósito. A ordem de soltura não se limita aos presos que necessitam de assistência médica substancial, mas em vez disso apela a uma redução na população total do sistema. Sob a ordem emitida pelo tribunal a seguir, não é necessário que um único prisioneiro nas classes de acusação seja libertado. Embora alguns membros da classe estarão presumivelmente entre aqueles que estão a ser libertados, a diminuição do número de presos que necessitam de tratamento de saúde mental ou outras formas de extensa assistência médica será muito menor do que o número total de presos libertados, e, assim, o lançamento vai produzir, no melhor caso, apenas uma melhoria modesta na carga sobre o sistema de assistência médica.

O registro confirma isto. O Mestrado Especial determinou dramaticamente que mesmo liberando 100,000 prisioneiros (dois terços da população carcerária inteira do sistema da Califórnia) deixaria o problema de fornecimento de tratamento de saúde mental “amplamente perfeito.” Ap. 487. Semelhantemente, o Consignatário proclamou que “aqueles . . . que pensam que controles populacionais resolverão o problemas de assistência médica nas prisões da Califórnia . . . estão simplesmente errados.” Juris. Ap. 282a.

O Estado propôs várias soluções além da soltura massiva de prisioneiros, mas o tribunal de três juízes, aparentemente teve intenção de atacar o problema mais amplo de superlotação geral, rejeitando todas as propostas do Estado. Ao fazer isso, o tribunal cometeu três erros críticos.

Em primeiro lugar, o tribunal não avaliou as propostas e outras soluções à luz de condições comprovadas de existir no momento em que a ordem de libertação foi enquadrada. Tivesse evidência mais recente sido levada em conta, uma solução menos extrema poderia ter sido mostrada ser suficiente.

Em segundo lugar, o tribunal não conseguiu distinguir entre as condições que ficam abaixo do nível que pode ser desejável como uma questão de políticas públicas e condições que não atendem o nível mínimo estipulado pela Constituição. Para dar um exemplo, o tribunal criticou o sistema da Califórnia porque os médicos prisionais devem realizar exames de admissão em zonas

separadas por biombos, e não em salas separadas, criando condições que “não permitem a confidencialidade apropriada.” *Id.*, at 88a. Mas as expectativas de privacidade legítimas dos prisioneiros são amplamente reduzidas, veja *Hudson v. Palmer*, 468 U. S. 517, 525–526 (1984), e este tribunal nunca sugeriu que a falha no fornecimento de quartos de consulta privados em prisões soma-se à punição cruel e incomum.

Terceiro, o tribunal rejeitou alternativas que não teriam fornecido alívio “imediato.” *Juris. Ap.* 148a. Mas nada no PLRA sugere que a segurança pública deve ser sacrificada para que se implemente uma solução imediata ao invés de uma menos perigosa que exija um período de tempo estendido mas razoável.

Se o tribunal de três Juízes não tivesse cometido estes erros, seria inteiramente possível que um plano de correção adequado, mas menos drástico, pudesse ser criado. Sem informação atualizada, não é possível especificar qual plano poderia estabelecer, e em qualquer evento, que não é uma tarefa que não deve ser submetida na primeira instância por este tribunal. Mas complementos possíveis de tal plano não são difíceis de identificar.

Muitos dos problemas notados acima poderiam ser plenamente encaminhados sem a soltura de prisioneiros e sem incorrer os custos associados com um programa de construção de prisões em larga-escala. Procedimentos sanitários poderiam ser melhorados; suprimentos suficientes de medicamentos e equipamentos médicos poderiam ser comprados; um sistema adequado de gerenciamento de registros poderia ser implementado; e o número de vagas para pessoal médico e outros poderia aumentar. Semelhantemente, é difícil de acreditar que vagas de pessoal não poderiam ser reduzidas ou eliminadas e que as qualificações do pessoal médico não poderiam ser melhoradas por quaisquer medidas na falta de uma soltura de prisioneiros massiva. Sem conclusões específicas reforçadas por evidências fortes, este Tribunal não deveria aceitar a proposta contra intuitiva de que estes problemas não podem ser sanados por aumentos de salários, melhoria nas condições de trabalho, e fornecimento de melhor treinamento e monitoração de desempenho.

Enquanto o custo de um programa de construção em larga escala pode exceder as capacidades financeiras atuais da Califórnia, um programa mais focado, envolvendo o reparo e talvez a expansão das atuais instalações médicas (como o contrário das instalações prisionais em geral), pode ser gerenciado. Depois de tudo, qualquer solução neste caso, incluindo os novos

programas associados com a ordem de soltura de prisioneiros e outros alívios propostos agora diante do tribunal de três juízes, necessariamente envolverá alguns gastos do estado.

Medidas como essas podem ser combinadas com reduções almejadas em componentes críticos da população prisional do Estado. Um certo número de prisioneiros nas classes em cujos nomes foram trazidos nos dois processos poderiam ser transferidos para instalações fora do estado. O tribunal de três juízes rejeitou a proposta do Estado para transferir prisioneiros para instalações fora do estado, em parte, porque o número de transferências propostas era muito pequeno. Veja *id.*, em 160a. Veja também *ante*, em 30. Mas este raciocínio repousou sobre a insistência do tribunal em reduzir a população prisional da Califórnia mais do que nas duas classes querelantes.

Quando o Estado propôs fazer uma transferência almejada em uma das classes querelantes (ex. prisioneiros que precisam de tratamento de saúde mental), um dos Juízes Distritais bloqueou as transferências por medo de que as instalações de outro estado não providenciassem um nível suficientemente alto de cuidado. Veja *Ap.* 434-440. O Juiz Distrital até mesmo se recusou em permitir transferências para fora do estado a prisioneiros que se voluntariaram à relocação. Veja *id.*, em 437. E fato do tribunal fazer isso apesar de não haver uma alegação, deixando de lado uma evidência clara, de que os Estados aos quais estes prisioneiros seriam enviados estaria violando a Oitava Emenda.

O Juiz Distrital presumiu que os Estados receptores poderiam Falhar em providenciar cuidado adequado constitucionalmente, mas “na falta de evidência clara do contrário, tribunais presumem que [oficiais públicos] têm se licenciado adequadamente de suas funções oficiais.” *United States v. Armstrong*, 517 U. S. 456, 464 (1996) (citando *United States v. Chemical Foundation, Inc.*, 272 U. S. 1, 14–15 (1926)); *Postal Service v. Gregory*, 534 U. S. 1, 10 (2001) (“[Uma] presunção de regularidade atribui-se às ações dos órgãos governamentais”); ver também *McKune v. Lile*, 536 U. S. 24, 51 (2002) (O’Connor, J., concordando no julgamento) (“Pode[mos] assumir que a prisão é capaz de controlar seus detentos para que a segurança pessoal dos respondentes não seja prejudicada..., Pelo menos na ausência de prova em contrário”).⁸ (O tribunal rejeita o argumento do Estado de que transferências para fora do estado oferecem uma alternativa menos restritiva para uma ordem de soltura de prisioneiros porque “exigindo transferências para fora do estado por si mesmo qualifica-se como limite populacional sob o PLRA.” *Ante*, em 29-30. Mas o PLRA não se

aplica quando o Estado voluntariamente conduz tais transferências, como ele tem procurado fazer).

Finalmente, como um último recurso, uma soltura de prisioneiros muito menor nas duas classes querelantes poderia ser considerada. Os querelantes propuseram não apenas um limite populacional em todo o sistema, mas também um limite populacional menor em programas especializados. Tr. 2915:12–15 (3 de fevereiro de 2009). O tribunal de três juízes rejeitou esta proposta, e sua resposta exemplificou o que deu errado neste caso. Um juiz se queixou de que este remédio seria deficiente porque iria proteger apenas os membros das classes de acusação. O juiz afirmou:

“A única coisa é que estaríamos protegendo os membros da classe. E talvez esta é a coisa apropriada a fazer. Quer dizer, este caso é sobre isso, mas que seria. . . difícil para mim dizer que sim, e que vá pro inferno com todo mundo.” Id., em 2915:23–2916:2.

Ultrapassando a sua autoridade, o juiz não estava disposto a proporcionar alívio para as classes de queixosos em cujo nome o terno diante dele foi trazido. Nem estava contente em remediar as violações constitucionais que foram provadas – as quais se referiam aos tratamentos dos membros daquelas classes. De fato, o juiz viu isso como sua responsabilidade de atacar o problema geral de superlotação.

III

Antes de ordenar qualquer libertação de prisioneiros, o PLRA sugere a um tribunal para “dar um peso substancial para qualquer impacto negativo sobre a segurança pública ou a operação de um sistema de justiça criminal causada pelo alívio.” §3626(a)(1)(A). Esta disposição reflete inequivocamente a vista do Congresso de que as ordens de libertação de prisioneiros são inerentemente arriscadas.

Ao tomar este ponto de vista, o Congresso estava bem ciente do impacto das ordens de libertação de prisioneiros anteriores. O programa de libertação de prisioneiros realizado alguns anos antes, na Filadélfia é ilustrativo. No início da década de 1990, um tribunal federal impôs um limite para o número de internos no sistema prisional Filadélfia, e milhares de presos foram libertados. Embora os esforços foram feitos para liberar apenas os presos que estavam menos propensos a cometer crimes violentos, aquela tentativa foi espetacularmente malsucedida. Durante um período de 18 meses, a polícia de Filadélfia recapturou milhares

destes presos por cometer 9.732 novos crimes. Esses réus foram acusados de 79 assassinatos, 90 estupros, 1.113 assaltos, 959 roubos, 701 roubos e 2.748 furtos, para não mencionar milhares de delitos envolvendo drogas.⁹ Membros do Congresso estavam bem conscientes desta experiência.¹⁰

Apesar do registro de ordens de soltura de prisioneiros no passado, o tribunal de três Juízes neste caso concluiu que soltar 46.000 criminosos não produziria um registro como esse da Filadélfia, e na verdade melhoraria a segurança pública. *Juris. Ap.* 248a–249a. Para chegar a esta conclusão discutível, o tribunal de três juízes baseou-se no testemunho de peritos selecionados, *id.*, em 248a, e a maioria agora difere sobre o que se caracteriza como

9 Audiência sobre Reforma Prisional diante do Comitê do Senado no Judiciário, 104º Cong., 1ª Sess., 49 (1995)(declaração de Lynne Abraham, Procuradora Distrital da Filadélfia); audiências diante do Subcomitê sobre Crime do Comitê da Casa no Judiciário, 104º cong., 1ª Sess., 259 (1995)(mesmo); veja também audiência diante do Subcomitê sobre Crime, Terrorismo, e segurança da pátria do Comitê da Casa no Judiciário, 110º Cong., 2ª Sess., 31 (2008) (declaração de Sarah V. Hart, Procuradora Distrital Assistente, Escritório da Procuradoria Distrital da Filadélfia).

10 Condenando a imposição inapropriada dos limites populacionais nas prisões, Senador Sarbanes citou “O caso da Filadélfia, onde o tribunal ordenou um limite populacional na prisão e colocou milhares de criminosos violentos de volta nas ruas da cidade, geralmente com consequências desastrosas.” 141 Cong. Reg. 26549 (1995). Senador Abraham queixou-se de que “cidadãos Americanos são colocados em risco todos os dias pelos decretos do tribunal . . . que curam a lotação na prisão através da declaração de que nós devemos libertar criminosos perigosos antes deles terem servido suas penas.” *Id.*, em 26448. “O exemplo mais egrégio,” ele adicionou, “é a cidade da Filadélfia.” *Ibid.*

as conclusões do Tribunal inferior sobre o fato desta controversa questão de política pública, ante, aos 15, 19-20, 24.

Este é um erro fundamental e perigoso. Quando um tribunal de julgamento seleciona entre os pontos de vista conflitantes de especialistas em amplas questões empíricas, tais como a eficácia da prevenção da criminalidade através da incapacitação de criminosos condenados, a escolha do tribunal é muito diferente da constatação de um fato clássico e não tem o direito do mesmo grau de deferência em recurso.

O tribunal de três juízes em particular convocado neste caso estava “confiante” de que a liberação de 46.000 prisioneiros em conformidade com o seu plano “beneficiaria de fato a segurança pública.” *Juris. Ap.* 248a–249a. Segundo este tribunal, a “evidência esmagadora” suporta esta conclusão pretendida. *Id.*, em 232a. Mas um tribunal mais cauteloso, menos inclinado a implementar a sua própria agenda de justiça criminal, teria pelo menos reconhecido que as consequências desta libertação de prisioneiros em massa não pode ser determinado com antecedência com qualquer grau de certeza e que é perfeitamente possível que esta soltura irá produzir resultados semelhantes às ordens judiciais prévias sob limites de população. Afinal, o forte aumento da população prisional da Califórnia que o tribunal de três juízes lamentou, veja *id.*, Em 254a, tem sido acompanhado por uma diminuição igualmente acentuada de crimes violentos.¹¹ Estas tendências da Califórnia espelham desenvolvimentos semelhantes a nível nacional,¹² e “há um consenso geral de que o declínio da criminalidade é, pelo menos em parte, devido a mais e mais longas penas de prisão.”¹³ Se o aumento do encarceramento na Califórnia levou à diminuição da criminalidade, é inteiramente

11 De 1992 a 2009, a taxa de crimes violentos na Califórnia por 100.000 habitantes caiu de 1,119,7 para 472,0 - um decréscimo de 57,8 por cento. Semelhantemente, nos Estados Unidos, de 1992 até 2009, a taxa de crimes violentos por 100,000 residentes caiu de 757,7 para 429,4 - um decréscimo de 43,3 por cento. Dept. de Justiça, Federal Bureau of Investigation, Uniform Crime Reporting Statistics, <http://www.ucrdatatool.gov>.

12 De acordo com o tribunal de três juízes, a população prisional da Califórnia aumentou 750 por cento desde meados da década de 1970. *Juris. Ap.* 254a. De 1970 a 2005, a população carcerária do País aumentou em 700 por cento. Segurança Pública, a despesa pública: Previsão da População Prisional da América 2007-2011, 19 Reg. Fed. Env. 234, 234 (2007).

13 Paternoster, How Much Do We Really Know About Criminal Deterrence? {n.t. título de livro “Quanto Nós Realmente Sabemos Sobre Dissuasão Criminal”} 100 *J. Crim. L. & Criminology* 765, 801 (2010) (citando pesquisa sobre este assunto).

possível que uma diminuição no aprisionamento vai ter o efeito oposto.

Comentando sobre o testemunho de um perito que afirmou que ele não podia ter certeza sobre o efeito da enorme descarga de prisioneiros sobre a segurança pública, o tribunal de três juízes se queixou de que “tal testemunho equívoco não é útil.” *Id.*, em 247a. Mas o testemunho apontando a dificuldade de avaliar as consequências dessa solução drástica teria sido

valorizada por um tribunal cuidadoso devidamente consciente da necessidade imperiosa de proteger a segurança pública.

O tribunal de três juízes reconheceu que “não avaliou o impacto da segurança pública de cada elemento individual” do plano de redução da população que ordenou o Estado a implementar. Ap. para Juris. Declaração 3a. A maioria argumenta que o tribunal de três juízes, no entanto, deu peso substancial para a segurança pública, porque a sua ordem deixou “pormenores da aplicação ao critério do Estado.” Ante, em 41. No entanto, o Estado tinha dito ao tribunal de três juízes que, depois de estudar as possíveis medidas de redução de população, concluiu que “a redução da população prisional para 137.5% dentro de um período de dois anos não pode ser realizado sem comprometer inaceitavelmente segurança pública.” Juris. Ap. 317a. O Estado constatou que a segurança pública exigia um período de 5 anos para atingir a redução ordenada. Ibid.

Assim, o tribunal de três juízes aprovou um plano de redução da população que nem ele nem o Estado concluíram que poderia ser implementado sem danos inaceitáveis para a segurança pública. E este Tribunal agora sustenta que o tribunal de três juízes descarregou a sua obrigação de “dar um peso substancial para qualquer impacto adverso sobre a segurança pública,” §3626(a)(1)(A), ao deferir a funcionários que não acreditam que a redução poderia ser realizada de forma segura. Eu não acredito que o requisito de segurança pública do PLRA é tão trivial.

Os membros do tribunal de três juízes e os peritos em quem eles confiaram podem discordar com os elementos-chave do programa de redução da criminalidade que o Estado da Califórnia tem promovido durante as últimas décadas, incluindo “a mudança para a condenação determinada inflexível e a passagem de penas mínimas obrigatórias e leis de incidências triplas.” Id., em 254a. E especialistas, tais como o Consignatário têm direito de considerar que o Estado deve “repensar o local de encarceramento em seu sistema de justiça criminal,” Ap. 489. Mas essas opiniões controversas sobre questões de política de justiça criminal não devem ser consentidas para substituir a visão política razoável que está implícita no PLRA – as ordens de libertação de prisioneiros apresentam um risco inerente à segurança do público.

* * *

A libertação de prisioneiros ordenada neste caso é sem precedentes, imprevidente, e contrária ao PLRA. Ao sustentar em grande parte com a decisão a seguir, a maioria está jogando com a

segurança do povo da Califórnia. Antes de colocar a segurança pública em risco, todas as precauções razoáveis devem ser tomadas. A decisão abaixo deve ser revertida, e o caso deve ser reenviado para que isso seja feito.

Temo que a decisão de hoje, como ordens de libertação de prisioneiros anteriores, levará a uma lista sombria de vítimas. Espero que eu esteja errado.

Em poucos anos, nós veremos.