

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JOSE EVERTON DA SILVA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Jose Everton da Silva; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-430-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de culto, diálogos institucionais e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

José Everton da Silva

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

**TEORIA CONSTITUCIONAL DA EFETIVIDADE E TEORIA CRÍTICA DA
CONSTITUIÇÃO: DOIS OLHARES SOBRE O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

**CONSTITUTIONAL THEORY OF EFFECTIVENESS AND CRITICAL THEORY
OF THE CONSTITUTION: TWO VIEWS ON THE UNCONSTITUTIONAL STATE
OF AFFAIRS IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

César Augusto Ferreira São José ¹
Daniela Carvalho Almeida Da Costa ²

Resumo

Este artigo tem por objetivo proporcionar dois olhares distintos a respeito do instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, conforme reconhecido pelo STF, via medida cautelar na ADPF 347/DF. Esses olhares partirão de duas teorias constitucionais brasileiras: a teoria constitucional da efetividade e a teoria crítica da constituição. Trata-se de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa que se valerá do método comparativo para apresentar cada uma delas no intuito de mobilizá-las para a compreensão das violações sistemáticas a direitos fundamentais em curso no nosso sistema prisional, assumindo posição pela última e concluindo-se pela insuficiência da primeira.

Palavras-chave: Teoria constitucional da efetividade, Neoconstitucionalismo, Teoria crítica da constituição, Estado de coisas inconstitucional, Sistema prisional brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to provide two different views on the legal institute of the Unconstitutional State of Affairs of the Brazilian prison system, as recognized by STF, via precautionary measure in ADPF 347/DF. These views will come from two Brazilian constitutional theories: constitutional theory of effectiveness and critical theory of the constitution. This is a bibliographic research with qualitative approach that will use comparative method to present each one of them intending to mobilize them to comprehend the systematic violations of fundamental rights underway in our prison system, siding with the latter and concluding by the insufficiency of the first.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional theory of effectiveness, Neoconstitucionalism, Critical theory of the constitution, Unconstitutional state of affairs, Brazilian prison system

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe – PRODIR/UFS. Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário FG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

² Doutora e Mestre em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe – PRODIR/UFS

1 INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho, pretendemos apresentar (e refletir sobre) dois olhares distintos a respeito do instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional – em específico no que diz respeito ao sistema prisional brasileiro – nos termos do seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, via medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF.

Esses dois olhares dirão respeito a duas das distintas tradições interpretativas da Constituição Federal de 1988, conforme apresentadas por Pablo Holmes (2020): a teoria constitucional da efetividade (TCE), analisada sob o prisma do neoconstitucionalismo; e a teoria crítica da constituição (TCC), de caráter mais plural, moldada a partir de diversas perspectivas distintas entre si. Com isso, buscamos contribuir com o desenvolvimento do exercício de teoria constitucional proposto por Holmes, mobilizando-o para a análise do Estado de Coisas Inconstitucional – expediente que, esperamos, poderá servir de incentivo para que demais pesquisadoras e pesquisadores repliquem-no a outros institutos jurídicos.

Para tanto, pretendemos nos apropriar do uso do método comparativo nas Ciências Sociais (SCHNEIDER; SCHIMITT, 1998) para desenvolvermos em paralelo, nos dois tópicos seguintes, uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa sobre o processo de construção dessas teorias e as respectivas percepções que podem produzir a respeito da questão prisional.

Por isso, que fique claro: não se trata aqui de (mais) um estudo de caso sobre a ADPF nº 347, mas de explicitar as diferenças entre as propostas das duas teorias trabalhadas à problemática carcerária brasileira, respondendo à pergunta-problema: quais as diferentes concepções acerca do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro que podem produzir a teoria constitucional da efetividade e a teoria crítica da constituição?

Desse modo, o objetivo geral deste trabalho consiste em apresentar cada uma dessas teorias (TCE e TCC) na intenção de relacioná-las às diferentes perspectivas criminológicas e filosófico-políticas que vêm à tona para a compreensão das violações sistemáticas a direitos fundamentais em curso no nosso sistema prisional – tarefa esta que pretendemos cumprir nos posicionando desde o marco da teoria crítica da constituição.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO, FORÇA NORMATIVA E EFETIVIDADE: UM OLHAR SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Articulada ao redor do neoconstitucionalismo, a doutrina brasileira da efetividade – no termo cunhado por Luís Roberto Barroso (2017), um dos mais relevantes nomes dessa tradição – ou teoria constitucional da efetividade (TCE) – como chamada por Pablo Holmes (2020) – é certamente a leitura hegemônica sobre a Constituição de 1988 dentro do universo simbólico do direito brasileiro.

Por “articulada ao redor”, entenda-se o reconhecimento da normatividade aos dispositivos constitucionais como um dos marcos teóricos fundamentais para a percepção das mudanças de paradigma que deram origem a esse “novo direito constitucional” ou neoconstitucionalismo (BARROSO, 2005).

Buscaremos nos deter a seguir à apresentação desse marco teórico, precedida de uma breve incursão em seu marco histórico e filosófico, para a seguir relacioná-lo a um olhar específico acerca das violações massivas de direitos fundamentais que constituem o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Barroso (2005, 2017) narra que o marco histórico do neoconstitucionalismo, na Europa continental, teria sido o constitucionalismo do pós-guerra, em especial o concebido na Alemanha e na Itália, mas também os de Portugal e Espanha, em momento posterior. No caso brasileiro, esse marco estaria no renascimento do direito constitucional a partir do ambiente de reconstitucionalização do país, com a discussão e promulgação da Constituição de 1988 e com o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

Nessa acepção, “a constituição de 1988 teria um caráter de ruptura histórica e institucional quase total com o passado político brasileiro” (HOLMES, 2020, p. 6). Em discurso que já nos parece datado, seria ela o rito de passagem para a nossa maturidade institucional e “símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado democrático de direito” – sem prejuízo de algumas meras vicissitudes circunstanciais (BARROSO, 2017, p. 3).

O marco filosófico das transformações apontadas por Barroso é o pós-positivismo, que, de certo modo, seria apresentado como uma terceira via entre as tradicionais concepções positivistas e jusnaturalistas (BARROSO, 2017) – dois “opostos, mas, por vezes, singularmente complementares” (BARROSO, 2005, p. 5). Num ambiente de reaproximação entre Direito e Filosofia, o chamado pós-positivismo “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”, de modo que a interpretação e aplicação das normas – sobretudo as constitucionais – devam ser fundamentadas numa teoria de justiça que não admita voluntarismos ou personalismos (BARROSO, 2017, p. 6).

No que diz respeito ao marco teórico do neoconstitucionalismo, para Barroso (2005, p. 6), “três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.

A primeira dessas mudanças de paradigma, a que já nos referimos, consiste no “reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica” (BARROSO, 2017, p. 8). Por conta da posição central que a sua relação inseparável com a teoria constitucional da efetividade ocupa neste trabalho, sua abordagem será aprofundada mais adiante.

A segunda das transformações de que tratamos foi a expansão da jurisdição constitucional. A onda constitucional do pós-guerra não se limitou à promulgação de novas constituições, mas se estendeu à preponderância de um novo modelo de supremacia (ou centralidade) da Constituição, de inspiração estadunidense (BARROSO, 2005), bem como à “criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos” (BARROSO, 2017, p. 8) – para o exercício de um controle concretizado sob a forma de *judicial review* ou controle de constitucionalidade. No Brasil, assim como “em boa parte dos países da América Latina, a expansão da jurisdição constitucional foi uma decorrência da superação dos regimes militares (década de 80)”, no contexto de uma terceira onda¹ desse processo de expansão (MELLO, 2017, p. 260).

Ainda que o controle de constitucionalidade já existisse em nosso país desde a Constituição de 1891 (com modelo de controle incidental e difuso, de inspiração estadunidense), e tivesse sido ampliado pela edição da Emenda Constitucional nº 16/65 (modelo de controle principal e concentrado, de inspiração europeia continental), a jurisdição

¹ Michele de Pereira Melo (2017) apresenta a noção de expansão da jurisdição constitucional em três ondas. O marco histórico da primeira onda de surgimento e expansão se dá em 1803, com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, pela Suprema Corte dos EUA. Foi a primeira ocasião em que um órgão de cúpula do Judiciário declarou a inconstitucionalidade de uma lei federal. A segunda onda de expansão ocorre com o desenvolvimento do modelo de revisão constitucional de Kelsen, originalmente incorporado na Áustria (com a Constituição de 1920). Registre-se que, diferentemente do modelo norte-americano, o modelo europeu se desvincula dos casos concretos; e também de forma diversa dos Estados Unidos, onde o controle é feito por via incidental, na Áustria passou a ser feito por via principal, ou seja, por via de ação direta perante a Corte Constitucional. Já a terceira onda, que vai tomar corpo nas duas últimas décadas do século XX entre os países do leste europeu – vários deles antigas repúblicas soviéticas –; entre países africanos; e, no nosso caso, também entre países latino-americanos. Segundo a autora, nos dias de hoje, 158 dos 191 sistemas constitucionais vigentes no planeta adotam algum instrumento de revisão constitucional.

constitucional somente se expandiu verdadeiramente a partir da Constituição de 1988 (MELLO, 2017).

Essa expansão se materializou por meio: a) da ampliação do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, como os partidos políticos, o que permitiu levar ao “Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo” (BARROSO, 2017, p. 8); e b) “da criação de novos mecanismos de controle concentrado (como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental)” (MELLO, 2017, p. 260).

Nesse sentido, temos como exemplo a ADPF nº 347, de relatoria do Ministro aposentado Marco Aurélio, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2015, com a qual se pretende “ver reconhecido o estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro e, a partir daí, a adoção de uma série de medidas práticas para reduzir a superlotação carcerária e garantir respeito mínimo aos direitos fundamentais dos presos” (FERRAZ e JOFFILY, 2019, p. 93).

Por fim, verificou-se a terceira grande transformação no marco teórico apresentado “com o surgimento de um conjunto de idéias (sic) identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como” (BARROSO, 2017, p. 9, grifo do autor), entre outras, o reconhecimento de normatividade aos princípios – de suma importância à reflexão trazida neste trabalho, já que, nos termos pontuados na ADPF 347, “as precárias condições a que estão submetidos os presos brasileiros violam direitos fundamentais, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação à tortura e a proibição do tratamento desumano ou degradante” (SILVA, 2020).

Desse modo, pensar a interpretação constitucional como uma modalidade de interpretação jurídica é uma consequência direta da força normativa da constituição, ou seja, “do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas” (BARROSO, 2005, p. 10). Dada a sua associação ao neoconstitucionalismo, a teoria constitucional da efetividade materializou-se “em doutrinas interpretativas, com o uso prolífico de teorias da ponderação de princípios para promover a efetivação de direitos pela corte”, influenciando decisivamente “em vários desenvolvimentos importantes da nossa dogmática constitucional, com profundo impacto na atuação do STF” (HOLMES, 2020, p. 8).

Mas nem sempre foi assim. A Constituição de 1988 já chegou a ser vista não “como uma norma jurídica autêntica, mas sim como um repositório de promessas, cuja efetivação

dependia do legislador e dos governantes de boa vontade” (MELLO, 2017, p. 261). É nesse contexto que a doutrina brasileira da efetividade passa a sustentar que a Constituição, enquanto norma jurídica que é, deveria ser aplicada como tal pelos juízes “diretamente à realidade social, independentemente da intermediação legislativa, o que veio a contribuir para a implementação dos direitos nela consagrados, promovendo a justiça, liberdade e igualdade” (MELLO, 2017, p. 261).

Em resumo, “a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa” (BARROSO, 2017, p. 5-6). Para a teoria constitucional da efetividade, “a constituinte de 1988 teria estabelecido, um amplo catálogo de direitos fundamentais e, agora, a ordem democrática precisaria apenas se afirmar de forma definitiva. Ela precisaria ser ‘efetivada’” (HOLMES, 2020, p. 6).

O simples reconhecimento dos direitos fundamentais e sua positivação nos textos constitucionais não seriam suficientes à TCE, fazendo-se necessário que o desenvolvimento de mecanismos que os tornem efetivos, enquanto desafio que fundamenta a própria proposta neoconstitucionalista. Esse desenvolvimento teria por objetivo não mais a limitação do poder do Estado, mas o de redirecioná-lo a promover a efetividade de tais direitos – dada a interpretação de que, apesar de previstos os vários direitos fundamentais em nossa Constituição, estes, por si só, não surtiriam nenhum efeito socialmente. Daí caber à atuação dos Poderes Públicos o esforço de concretizá-los (GOMES; SILVA, 2012, p. 36-39).

Nesse aspecto, como antecipamos, a teoria constitucional da efetividade (TCE) não teve como pretensão somente se limitar à elaboração de categorias dogmáticas da normatividade constitucional: ela também buscou a superação de “algumas das crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento” (BARROSO, 2017, p. 5). A TCE enxerga a Constituição de 88 como um possível ponto de ruptura com essas “crônicas disfunções da formação nacional”, na medida em que:

seria a expressão de uma sociedade civil nascente, que se expressou na Constituinte, e estabeleceu as fundações do que seriam as condições de superação do atraso: um marco modernizante na direção da afirmação do direito e da estabilização democrática. E a diferença estrutural entre a sociedade atrasada e a constituição liberal moderna deveria ser preenchida por uma incansável “promoção de efetividade” (HOLMES, 2020, p.7).

A questão para Holmes (2020, p. 7) é que “no rastro do discurso da efetivação, o mundo social do direito passou a se autocompreender em grande medida como agente da luta por efetividade constitucional”, cujo papel “caberia a alguns atores institucionais e sociais em particular, sobretudo o Ministério Público e o próprio judiciário, identificados como atores privilegiados da modernização nacional” (HOLMES, 2020, p. 7).

O ápice dessa autocompreensão materializou-se na ideia do que Holmes (2020, p. 8) chamou de “iluminismo judicial”, expressa no papel iluminista, reservado ao Supremo Tribunal Federal e simbolizado na figura do – agora Ministro – Luís Roberto Barroso, que emprega o termo no sentido de “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens” (BARROSO, 2018, p. 2208).

Refletindo a partir da “incansável promoção de efetividade” a que se referiu Pablo Holmes, pensamos o trabalho de Marcel Ferreira dos Santos e Gustavo Noronha de Ávila (2017, p. 267-291) como exemplo bem acabado de sua relação com o nosso sistema prisional. Constatam os autores que “utopia é vocábulo cuja significação pode ser facilmente apropriada quando se está diante da análise da efetividade² do conjunto de normas jurídicas (...) que versam – direta ou indiretamente – sobre o cumprimento da pena e o sistema carcerário brasileiro” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 268).

O hiato entre as pretensões de normatividade do legislador constituinte e a circunstâncias da realidade fática não é algo ignorado por Barroso (2005, p. 7) ou pelo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, mas seria questão de uma efetivação que – contudo – nunca se atinge. No sistema carcerário brasileiro, o descompasso entre norma e realidade pode ser facilmente observado ao tomarmos como parâmetro tanto a Lei de Execuções Penais, quanto a própria Constituição Federal e os princípios expressamente nela previstos.

Para Santos e Ávila (2017, p. 268-269) “o distanciamento entre a vontade da lei (*mens legis*) e a realidade do sistema carcerário nacional é acentuado e decorre da falta de vontade política do Estado em tutelar uma minoria impopular”. Com base nisso, argumentam, numa perspectiva reformista, que

² Convém assinalar a diferença que os autores marcam em relação ao emprego do termo, com a qual concordamos e aqui reproduzimos. Trata-se da concepção de “definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação” (SARLET, 2012, p 215-216).

A começar pela Constituição da República, que, ao potencializar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), assegura a um grupo vulnerável (aqueles em privação de liberdade) o respeito à integridade física e moral (art. 5º, LLIV) e outros direitos tendentes a permitir o cumprimento justo e digno da pena privativa de liberdade (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 269)

No entanto, o sistema prisional brasileiro, “longe de servir de instrumento de ressocialização, coloca-se como ambiência destinada à proliferação de doenças infectocontagiosas, à prática de tortura” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 269), naquilo que a criminologia crítica costuma chamar de eficácia invertida do sistema penal (ANDRADE, 2009). Com seu trabalho, Marcel Santos e Gustavo Noronha de Ávila (2017, p. 270) pretendem provocar uma reflexão acerca “relação entre (in) efetividade do sistema carcerário nacional e o dever fundamental de proteção do Estado”.

A partir de uma confiança exacerbada em nosso sistema normativo como algo relativamente moderno e adequado aos padrões de um país periférico, os autores resumem o problema carcerário na “falta de interesse político em fazer valer a vontade da Constituição”, por conta de a questão “envolver uma minoria lamentavelmente invisível aos olhos da sociedade e, especialmente, do Parlamento, políticas públicas relacionadas a detentos não dão votos e, por isso mesmo, dificilmente encontram apoio dos congressistas” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 271).

O quadro de violações massivas a direitos fundamentais, nesses termos, revelaria não apenas a falência do sistema, mas “a necessidade premente de a sociedade civil refletir e participar da construção das soluções para os problemas gravíssimos que cedo ou tarde a atingirão” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 274). Afinal, essa necessidade viria da reflexão sobre se essas frequentes violações decorreriam de uma deficiência não intencional das políticas públicas carcerárias, ou se, na verdade, não seriam “uma opção velada do Estado de apartar a pessoa privada de sua liberdade das garantias fundamentais” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 274).

É nesse contexto que tratamos da proposição da ADPF 347, pelo Partido Socialismo e Liberdade, que obteve liminarmente do Supremo Tribunal Federal a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, ou seja, “o reconhecimento público de que se vive sobre intensa e massiva violação de direitos fundamentais das/os presas/os, por ação ou omissão dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal” (PIRES, 2018b, p. 479). Conseguiu-se, ainda, que fossem determinados o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a realização de audiências de custódia em todo o

território. No mérito da ADPF ainda se pleiteia uma série de medidas para garantir um mínimo digno³ de tratamento às pessoas presas em nosso sistema.

Com efeito, o “Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) é expressão cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia, a fim de designar toda e qualquer situação massiva, generalizada e contínua de violação a direitos fundamentais” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 283). Santos e Ávila (2017, p. 284) apontam não ser da tradição do STF a incorporação de conceitos formatados jurisprudencialmente, o que no caso – contudo – seria justificado por ser “exatamente nessas localidades, e não nos países centrais (de primeiro mundo), que ocorrem com frequência violação massiva de direitos fundamentais e enfrentamento por parte do Estado”. É nesse contexto que, por trabalhar todos os ramos da máquina pública, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tornaria possível a alteração dessa realidade social para a garantir a efetividade dos direitos fundamentais⁴ (BERNARDI; DANTAS, 2020).

Marcel dos Santos e Gustavo Noronha de Ávila (2017, p. 284-289) apontam a ADPF 347 como a primeira ação judicial em nossa jurisdição constitucional em que se pretendeu intervir de maneira estrutural no sistema carcerário. Afirmam com isso que, antes, houve intervenções pontuais e esparsas que se restringiam a pretensões de obrigação de fazer dirigidas à reforma de presídios. Por isso concluem que a decisão do mérito da ADPF, ainda sem prazo para ocorrer, coloca nas mãos do Judiciário – neste caso, do Supremo – a possibilidade de atenuar o encarceramento em massa pelo qual este também é responsável, em especial no que diz respeito ao encarceramento da juventude negra brasileira⁵ (CARVALHO, 2015).

Diante disso, o questionamento que deixam vai no sentido de haver ou não “vontade política também dos atores judiciais para reconhecer tal quadro” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 288). Nesse aspecto, seria preciso que o Judiciário, em conjunto com os demais Poderes, assumisse a sua “parcela de responsabilidade nas exorbitantes taxas de encarceramento” e, no caso de provimento do pedido na ADPF, pudesse “ao menos diminuir os efeitos nefastos do cumprimento de pena nas mais plenas condições de miserabilidade humana” (SANTOS; ÁVILA, 2017, p. 289). Ao fim e ao cabo, o que os autores parecem esperar é que haja por parte dos Poderes Públicos uma “certa sensibilização na efetividade de suas normas”, ou seja, que se

³ A esse respeito, provocamos: é sintomático que o *máximo* que se pretende é que o *mínimo* previsto seja cumprido.

⁴ Bernardi e Dantas (2020, p. 53) esclarecem que “ECI não deve ser utilizado para toda e qualquer situação de vulnerabilidade, mas para situações que demonstram a ineficiência do Estado em contornar a realidade de uma determinada população”.

⁵ Nesse aspecto, acrescentamos à conclusão dos autores aquela a que chega Salo de Carvalho (2015, p. 648), segundo o qual, “O poder judiciário, nas últimas duas décadas, tem abdicado de ser um filtro constitucional à demanda criminalizadora e, em vários momentos, tem aderido ao populismo punitivo. Neste sentido, seria fundamental uma política institucional de afirmação da Constituição contra as tendências de “decisionismo populista”.

materializem os preceitos legais e constitucionais no mundo dos fatos, com a maior aproximação possível do ser da realidade social com o dever-ser da norma (GOMES; SILVA, 2012).

3 TEORIA CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO: OUTRO OLHAR SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nesse ponto, a partir da categorização feita por Pablo Holmes⁶ (2020), pretendemos apresentar um outro olhar sobre o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro – e, para isso, tomamos como base uma outra tradição importante, a que ele nomeia teoria crítica da constituição (TCC). Sob essa matriz teórica agrupam-se diversas correntes, aproximando-se por perspectivas diferentes entre si, a exemplo daquelas “formulações informadas pela luta antirracista, pela sociologia crítica, pelo marxismo ou pela teoria social crítica” (HOLMES, 2020, p. 11).

O pressuposto básico que reúne esse guarda-chuva de diferentes perspectivas parece ser uma compreensão bem mais cética – ou diríamos, desconfiada – em relação ao papel de ruptura histórica que a teoria constitucional da efetividade (TCE), no marco do neoconstitucionalismo, atribui à Constituição de 1988. Ainda que esta tenha estabelecido nominalmente uma nova ordem jurídica, a TCC defende que nossa atual Constituição “precisa ser vista para além de seu texto e à luz das estruturas sociais em que está inserida. Trata-se de entender, para além disso, o processo constitucional ele mesmo como parte do processo social e como estrutura engendrada pelo contexto social em que emerge” (HOLMES, 2020, p. 11).

Sob a influência da *Constitucionalização Simbólica*, de Marcelo Neves, Holmes (2020, p. 11-12) considera que nossa Constituição não funciona “como programa futuro de ação jurídico-institucional e efetivação normativa de uma ordem política democrática, mas em grande medida também como um mecanismo de legitimação e continuidade da mesma estrutura social excludente e assimétrica que lhe originou”.

De fato, Marcelo Neves (1996, p. 324) compreende que

⁶ Cabe destacar que, em seu trabalho, Pablo Holmes (2020, p. 9-11) também apresenta a teoria da constituição dirigente (TCD), influenciada pelo nacional-desenvolvimentismo, que implicava um conteúdo material para a força normativa da constituição. Ainda que tenha sido apontada essa divergência ideológica em relação a TCE quanto ao conteúdo do texto constitucional, sendo atribuída a esta a pecha de “braço jurídico da ideologia neoliberal”, o autor aponta que a TCD converge bastante com a TCE em dois elementos centrais: a compreensão da Constituição de 1988 como ruptura histórica e a visão entusiasmada com o papel do sistema de justiça na efetivação de seu texto. Diante dessas semelhanças, bem como dos limites de recorte e quantidade máxima de páginas do trabalho, justificamos a nossa omissão na análise da teoria da constituição dirigente.

A concretização desconstitucionalizante nos âmbitos das “Constituições nominalistas” dos países periféricos, destacando-se o Brasil, atua no sentido da manutenção do *status quo* social. Serve à permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja efetivação relevante importaria profundas transformações sociais (NEVES, 1996, p. 324).

Para Holmes (2020, p. 11), “a constitucionalização simbólica descreve como o texto constitucional pode ter uma função de fachada legitimatória para estruturas sociais incompatíveis com as proclamadas”. Diferentemente do que prega a perspectiva hegemônica, “a falta de normatividade generalizada do texto não reside em um ‘problema de efetividade’, mas em problemas estruturais de diferenciação do próprio direito e da política, cujas raízes estão nos bloqueios gerados por relações de exclusão social” (HOLMES, 2020, p. 11-12). A tarefa de dar efetividade à Constituição, em verdade, dependeria de “transformações tão amplas e profundas que sua probabilidade no curto prazo é pequena. E, definitivamente, ela implica um processo de transformação social que dificilmente corresponde aos modelos hegemônicos de desenvolvimento importados por elites modernizadoras” (HOLMES, 2020, p. 13).

Pensando a partir de tais modelos, é sintomático que as nossas teorias constitucionais hegemônicas se autocompreendam enquanto parte da tradição da filosofia política moderna europeia, como se tornou perceptível no tópico anterior pela incursão nos marcos histórico, filosófico e teórico do chamado neoconstitucionalismo. Portanto, devem ser observados os limites interpretativos da TCE, formulados desde uma concepção europeizada – e portanto provinciana – da sociedade mundial (HOLMES, 2020, p. 15), e, por isso, produzidos para um contexto que não é o nosso. Não se trata de negar os marcos constitutivos da TCE, mas de retirá-los da condição de absolutos.

Nesse sentido, “é fácil perceber que há uma tradição crítica em nossa teoria política e social que ainda está por ser refletida na teoria constitucional” (HOLMES, 2020, p. 14). Feitas essas considerações, percebemos que Pablo Holmes (2020) argumenta que o papel de uma teoria crítica da constituição é, em primeiro lugar, informar criticamente a sociedade sobre os limites, problemas e possibilidades de sua própria Constituição. Isso significa informar que, menos que uma ruptura com um passado autoritário, “a experiência constitucional de 1988 é um momento de continuidade com descontinuidades” (HOLMES, 2020, p. 25).

Percebemos também que, quanto ao quadro de violações sistemáticas aos direitos fundamentais de pessoas presas, o descolamento do olhar proposto por Holmes pode ser

aprofundado pela ênfase na perspectiva decolonial trazida por Thula Pires (2018a), no bojo do projeto *Cartas do Cárcere*. Segundo ela,

fazer o balanço dos 30 anos da Constituição Cidadã, a partir das vozes violadas pela reduzida dimensão de cidadania com a qual a CRFB/88 se acumpliciou, pode oferecer chaves de compreensão importantes sobre o modelo de sociedade que ela mantém e as estratégias de resistência que – dos processos de morte em vida mais extremos – insistem em se desenvolver (PIRES, 2018, p. 167).

Trata-se de uma “tentativa de produzir uma conversa entre constitucionalismo e decolonialidade, através de uma abordagem *amefricana*” (na concepção do termo, como em Lélia González) para “destacar as cumplicidades do constitucionalismo moderno com hierarquias de humanidade consolidadas pelo projeto colonial de base escravista”, e com isso, “reconfigurar, epistemologicamente, a maneira pela qual os processos de limitação do poder e garantia da liberdade vem sendo colocados no Brasil” (PIRES, 2018b, p. 463, grifos da autora).

Essa tarefa deverá ser enfrentada “a partir do mundo que herdamos, ou seja, das relações institucionais e intersubjetivas forjadas pelo projeto moderno-colonial de base escravista” (PIRES, 2018b, p. 464), compreendendo-se “a necessidade de racializar para recentrar a dimensão política das disputas constitucionais” (PIRES, 2018b, p. 465). Inclusive se explica porque é a face constitutiva do medo branco de uma revolução de escravizados, como a do Haiti, durante o processo de consolidação da Independência do Brasil, que está na gênese da teoria e da prática constitucional nacional (QUEIROZ, 2021, p. 187).

A exclusão da cidadania dos africanos como efeito desse medo em nosso primeiro processo constituinte expressa a “recusa da universalização da liberdade e da igualdade na gênese do constitucionalismo brasileiro” (QUEIROZ, 2021, p. 191). Por isso, não é surpresa que o nosso constitucionalismo hegemônico, de matriz liberal-burguesa, tenha se demonstrado inapto a “pensar instituições e modelos de Estado capazes de impedir as mais variadas formas de desumanização a contingentes expressivos da população mundial” e “de lidar com as dinâmicas de poder e violência que por aqui operavam” (PIRES, 2018b, p. 466-467).

Cabe portanto refletir a respeito do subtexto do nosso constitucionalismo, invisível às teorias constitucionais hegemônicas, que ao operar a negação da cidadania não branca, opta por se constituir

a partir de uma distinção entre sociedade civil e Estado que exclui estruturalmente da sociedade civil aquilo que é visto como uma população inadequada à modernidade. A sua justificativa para a falta de “efetividade” ou “concretização” constitucional é a de que a constituição é como uma tarefa a ser realizada, ou seja, um projeto de construção política, liderado pela sociedade civil e seus prepostos (sobretudo no sistema de

justiça). A população é vista como parte carente a ser “integrada” ao processo de modernização. E o instrumento fundamental para a realização dessa tarefa é, evidentemente, o Estado (HOLMES, 2020, p. 24).

Da pretensão de aproximar constitucionalismo e decolonialidade decorre a necessidade de se sujeitar o sistema de justiça criminal – no recorte deste trabalho, em específico, o carcerário – aos limites impostos pelo texto constitucional como a primeira condição para que a prisão, enquanto decisão política, possa se manter em funcionamento (PIRES, 2018a). Afinal, as pessoas privadas de liberdade nesse sistema possuem a “legítima expectativa de que a ordem jurídica mobilizada para garantir suas condenações fosse válida no momento do cumprimento da pena” (PIRES, 2018a, p. 185). É por isso que, na abordagem que faremos a seguir, pretendemos traçar – seguindo os passos de Thula Pires (2018b) – as continuidades das estruturas de dominação econômicas, políticas e culturais fundadas no período colonial e (re)produzidas na contemporaneidade por nosso sistema penal.

De acordo com Aníbal Quijano (2005), a colonialidade cria um novo padrão de poder cujo eixo central é a *raça*, ou seja, a classificação da população mundial sobre a ideia de raça – forjada na colonização da América, com o advento da qual convergem dois processos: a codificação (e posterior naturalização) da diferença entre dominantes e dominados em termos de raça e a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho em torno do mercado mundial. É com a invasão da América que toma lugar essa nova codificação para a distribuição internacional do trabalho com critério na ideia de raça: “em outras palavras as *raças inferiores* não deveriam ser destinadas ao trabalho assalariado, mas sim ao trabalho escravo” (Penna, 2014, p. 185, grifos da autora).

Tomando por influência o pensador martinicano Frantz Fanon (2008), podemos empregar os conceitos de zona do ser e zona do não ser para explicitar as premissas que subsidiam esse trecho do trabalho. Com efeito, o projeto moderno-colonial mobilizou a categoria raça para instituir uma linha que separa com um abismo as duas zonas: a do humano (zona do ser) e a do não humano (zona do não ser). Nesse contexto, Marcos Queiroz (2021, p. 9) aponta como o racismo “passa pela naturalização e essencialização de locais de subalternidade para negros e negras a partir de signos produzidos pelas experiências da escravidão e do colonialismo, mas que são cotidianamente reatualizados e reconfigurados a partir de novas dinâmicas”.

Pressupomos, como o faz Rita Laura Segato (2007), a existência de uma relação de continuidade entre a servidão e a escravidão do passado e as prisões do presente que torna possível a percepção naturalizada do sofrimento e da morte dos povos não brancos, os que

ocupam a zona do não ser. Trata-se de uma concepção da história como trama contínua, ou seja, a noção de que os episódios de Terror de Estado na América Latina podem ser compreendidos como uma história única, antiga e principalmente contínua. Assim, esses episódios violentos da atualidade são todos parte da sequência iniciada pelo extermínio e pela expropriação que fundaram a colonialidade.

Ana Flauzina e Thula Pires (2019, p. 2129) apontam que a correspondência indissociável entre racismo e encarceramento no Brasil faz com que a sociedade brasileira fomente com os sujeitos aprisionados o mesmo tipo de relação que fomenta com as pessoas negras – uma relação de distanciamento entre brancos e não brancos, entre encarcerados e “livres”.

De fato, as hierarquias de humanidade que endossam essa relação de distanciamento “não eximem a *zona do não ser* de sofrer a violência de Estado, estando dentro ou fora das grades. A violência sobre a *zona do não ser* como norma se produz em relação ao exercício da liberdade e da legalidade pela *zona do ser*, como atributo exclusivo” (FLAUZINA; PIRES, 2019, p. 2129, grifos das autoras). Essa cisão é fundamentalmente sustentada pela violência, de modo que “a gramática do Direito é indispensável na chancela dos processos de brutalização e morte dirigidos aos contingentes subalternizados, que, no Brasil, são demarcados por critérios de raça, com suas correlatas dimensões de gênero, classe e sexualidade” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1218).

O cárcere apresenta de forma extremada/concentrada as violências de Estado que são mobilizadas para desumanizar os mesmos grupos fora dele (FLAUZINA; PIRES, 2019, p. 2130). As prisões da América Latina são majoritariamente ocupadas pelos deserdados do processo de colonização. Conforme Segato (2007, p. 150, grifos da autora), “*es del orden racial de donde emana el orden carcelario, pero éste lo retroalimenta. Y el orden racial es el orden colonial*”.

Para Michelle Alexander (2017), o sistema de justiça criminal sempre esteve empenhado em manter normalizada a sua estruturação em hierarquias raciais. Essa ordem racial é pensada por ela com o emprego da expressão casta racial enquanto significado de um grupo racial estigmatizado e preso em uma posição de inferioridade pelo direito e pelos costumes. Tanto a escravidão quanto as legislações segregacionistas estadunidenses *Jim Crow*, antes, foram sistemas de casta racial; assim como também o é o atual sistema de encarceramento em massa – ou *The New Jim Crow* (ALEXANDER, 2017, p. 50).

Em sua apresentação à edição brasileira de *A Nova Segregação*, Ana Flauzina (2017, p. 12) afirma que o reposicionamento do racismo em sua relação com o sistema de justiça

criminal é o maior mérito do livro de Alexander, cuja perspectiva “foge às análises convencionais, invertendo a retórica que torna o racismo um subproduto das práticas do controle penal. De forma clara e direta, a autora nos mostra que o sistema de justiça criminal é, em verdade, um dos produtos diletos do racismo”. Sobre o caso brasileiro, a análise de Juliana Borges (2021, p. 21-22) não é diferente:

O sistema de justiça criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassados por esta estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquização racial. Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades. Tanto o cárcere quanto o pós-encarceramento significam a morte social destes indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, de cidadania ou possibilidade de alcançá-la. Esta é uma das instituições mais fundamentais no processo de genocídio contra a população negra em curso no país.

Se essa é a realidade do sistema prisional brasileiro, ou melhor, “se o Estado não é capaz de respeitar os limites normativos impostos para o cumprimento da pena, não pode continuar a mobilizar a estratégia do aprisionamento como mecanismo de intervenção social” (PIRES, 2018a, p. 186). De fato, o Supremo Tribunal Federal reconhece explicitamente na medida cautelar da ADPF 347 que “os parâmetros normativos pactuados para permitir o funcionamento do sistema prisional do Brasil estão sendo violados de maneira estrutural por todos os poderes constituídos, de todas as esferas federativas” (PIRES, 2018a, p. 186).

No entanto, esse mesmo órgão de cúpula do Poder Judiciário convenientemente se omite em relação às hierarquias raciais que fundamentam a dimensão estrutural dessas violações e que determinam a atuação das instituições responsáveis por esse cenário – o que inclui o próprio STF. Nas palavras de Thula Pires (2018b, p. 479), “sem enfrentar o racismo institucional, (...) ⁷ o apelo à ‘coordenação’ entre os poderes constituídos não será capaz de produzir outro resultado que não o de propiciar que as violações de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade sejam permanentes e sistemáticas”.

Não deve ser considerada exatamente uma novidade o papel significativo desempenhado pelo Poder Judiciário “na ampliação da chancela social para o aniquilamento de corpos negros, cuja dinâmica é informada por hierarquias de gênero e sexualidade que precisam ser denunciadas” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1213-1214). Afinal, foi num momento de

⁷ Ainda que não tenhamos nos detido detalhadamente a seu respeito neste trabalho, reconhecemos a importância de explicitar o quanto outras hierarquias sociais também fundamentam tal dimensão estrutural de violações e determinam a atuação das instituições, a exemplo das de gênero, classe, sexualidade e identidade de gênero.

suposta estabilidade democrática com a vigência da Constituição de 1988 que este poder se acumpliciou com a manutenção do “modelo de convivência entre institutos formais de liberdade/igualdade e o extermínio massivo e multifatorial de gente negra” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1215). A afirmação da democracia no Brasil, de igual modo, só será viabilizada mediante a “ruptura dos acordos políticos que têm condenado a população negra à indignidade do encarceramento e da morte” (FLAUZINA; PIRES, 2020, p. 1235).

Ana Flauzina e Thula Pires (2020, p. 1224-1225) relembram que a Constituição de 1824 ao mesmo tempo que proibia o açoite, mantinha a escravidão. Em comparação, o Supremo reconheceu em 2015 a existência do açoite nas prisões brasileiras – representado pelo Estado de Coisas Inconstitucional – sem se dedicar às causas das violações sistemáticas aos direitos das pessoas que lá estão. Diante desse cenário, a simples constatação de um Estado de Coisas Inconstitucional não retira do STF a responsabilidade com a sua permanência. Ao contrário, esse reconhecimento formal o implica na sua (re)produção.

O quadro que observamos não se resume ao retrato da inefetividade das normas protetivas para as pessoas presas, como a dignidade da pessoa humana e a vedação à tortura ou ao tratamento desumano. Em verdade, estamos diante de uma realidade que institucionaliza o não acesso (a zona do não ser) aos mecanismos formais de aplicação normativa para um contingente expressivo da população brasileira – sob a promessa de que integram um pacto político que não os reconhece nos seus próprios termos –, em que a legalidade constitucional se torna atributo exclusivo da humanidade que habita a zona do ser (FLAUZINA; PIRES, 2020; PIRES, 2018b).

Esse não acesso e a interdição do reconhecimento (FAUSTINO, 2021) como sujeito político, plenamente humano, expressam um processo de subalternização que precede o aprisionamento, e que também não se encerra em suas grades (PIRES, 2018b). A forma de atuação dos poderes públicos constituídos, com isso, revela mais permanências do modelo colonial-escravista do que propriamente rupturas com o projeto genocida de poder que forjou o Estado brasileiro (PIRES, 2018a).

O mesmo Estado que violenta sistematicamente os direitos mais básicos das pessoas presas não pode se valer da justificativa de que utiliza a prisão para evitar a violência. Por isso, se “o Estado ocupar esse lugar, de produtor de violência sem que tenha sido autorizado para isso, é preciso que sejamos capazes de refazer os pactos políticos que nos trouxeram até aqui, colocando necessariamente esse Estado em xeque” (PIRES, 2018a, p. 199). Afinal de contas, “se o Estado se converte em violador, qual o sentido da prisão?” (PIRES, 2018a, p. 200).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, buscamos o objetivo de apresentar duas tradições interpretativas da nossa Constituição de 1988: a teoria constitucional da efetividade (TCE) e a teoria crítica da constituição (TCC), a partir da distinção oferecida por Pablo Holmes (2020). Realizado esse exercício de teoria constitucional, procuramos estabelecer uma comparação que nos permitiu refletir sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional brasileiro declarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF.

A teoria constitucional da efetividade foi discutida desde uma incursão nos marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, pensados majoritariamente a partir de Luís Roberto Barroso (2005, 2017, 2018). Desse modo, a TCE foi identificada como a tradição que vislumbra no constitucionalismo de 1988 uma transição vitoriosa de um Brasil autoritário e violento rumo ao Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, as normas constitucionais passariam a ser aplicáveis de maneira direta e imediata para a superação dos problemas crônicos da nossa formação nacional.

Mobilizando essa constatação para análise das violações sistemáticas a direitos fundamentais das pessoas presas no sistema carcerário brasileiro, assim, caberia à busca pela efetivação dessas normas o papel de superar a alegada falta de vontade política dos poderes públicos em dar cumprimento ao projeto constitucional de vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante. Em outras palavras, dar efetividade significaria a superação da realidade que se contrapõe à previsão normativa necessária ao cumprimento digno da pena de prisão, segundo uma perspectiva reformista cujo horizonte se limita a projetar a atenuação do encarceramento em massa.

A teoria crítica da constituição, por outro lado, foi discutida sob a premissa de um deslocamento de olhar que permita uma compreensão mais cética a respeito do constitucionalismo de 1988: não como uma ruptura com nosso passado violento e autoritário, mas como um movimento de continuidade com discontinuidades. Trata-se de interpretar a Constituição de 1988 para além da nova ordem jurídica estabelecida em seu texto, pensando-a a partir das estruturas sociais em está inserida, como apontou Holmes (2020), tendo se destacado nelas a cumplicidade com as hierarquias raciais que se consolidaram no projeto colonial-escravista, conforme argumentamos com base em Thula Pires (2018a, 2018b).

Refeito o mesmo exercício de mobilizar a teoria constitucional em questão para a análise do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário, a conclusão que se extrai consiste

na existência de uma relação de continuidade entre a servidão e escravidão dos povos não brancos e o projeto de encarceramento em massa em curso no presente. Ou seja, o hiato entre a realidade do sistema prisional e a previsão normativa não se limita à falta de vontade política de cumprir o texto constitucional, mas à permanência de um projeto genocida de Estado gerido por meio desse sistema. A radicalidade dessa afirmação implica colocar em xeque a própria pena de prisão, prevista constitucionalmente e cumprida em desrespeito aos mais elementares limites normativos impostos por essa mesma Constituição.

Feitas tais considerações, em resposta à pergunta-problema inicialmente formulada quanto às diferentes concepções que a TCE e a TCC poderiam produzir sobre o ECI em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, pudemos observar a existência de um ponto cego em nossa teoria constitucional hegemônica. Reside na doutrina da efetividade a insuficiência para relacionar a violação sistemática de direitos fundamentais das pessoas presas ao caráter estruturalmente assimétrico da nossa ordem constitucional, enquanto herança da ordem colonial escravista e fato real de nossa história⁸. Como nos informa a TCC, nosso atual pacto constitucional não significa, portanto, uma simples ruptura com uma prévia ordem jurídica violenta e autoritária. O presente do nosso sistema prisional é violento, autoritário e racista.

É por isso que os limites do nosso constitucionalismo, ainda que este não deva ser abandonado, constata a fragilidade das condições de possibilidade do pacto democrático de 1988. Não se trata de algo que pode ser “comparado ou reduzido a expressão de um regime de exceção e excepcionalidade (uma questão de inefetividade, seletividade ou hipocrisia moral)” (PIRES, 2018a), mas do perverso funcionamento *normal* de um sistema prisional estruturado em hierarquias raciais que precede esse pacto.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? **Revista Seqüência**, n. 59, p. 161-192, dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, 2005.

⁸ Aqui fazemos menção ao samba *Identidade*, composto por Jorge Aragão e lançado em 1992, que estimulou boa parte das reflexões trazidas neste artigo.

BARROSO, Luís Roberto. **O Constitucionalismo Democrático no Brasil**: Crônica de um sucesso imprevisto. 2017. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf . Acesso em: 25/06/2021.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

BERNADI, Renato; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. Covid-19 e a pessoa com deficiência asilada: a consagração do Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 6, n. 2, p. 41-58, jul-dez. 2020.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**, rel. Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=10300665>]. Acesso em: 15.05.2021.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira- a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Revista Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, jul./dez. 2015.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FAUSTINO, Deivison. A “interdição do reconhecimento” em Frantz Fanon: a negação colonial, a dialética hegeliana e a apropriação calibanizada dos cânones ocidentais. **Revista de Filosofia Aurora**, Curitiba, v. 33, n. 59, p. 455-481, mai./ago. 2021.

FERRAZ, Hamilton XXX; JOFFILY, Tiago. Democracia e Encarceramento em massa: provocações de Teoria Política ao Estado Penal Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 152, p. 383 – 422. Fev., 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Apresentação. *In*: ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: Racismo e encarceramento em massa**. 1 ed. São Paulo, 2017.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Cartas do Cárcere: horizontes de resistência política. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 10, N.03, 2019 p. 2117-2136.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.02, 2020 p. 1211-1237.

GOMES, John Tenório; SILVA, Saulo Medeiros da Costa. Neoconstitucionalismo: características e principais efeitos sobre a tributação. **Orbis Revista Científica**, v. 3, n. 3, p. 34-47, 2012.

HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, *Ahead of print*, Vol. XX, N. XX, 2020, p. 01-34. DOI:10.1590/2179-8966/2020/49456

MELO, Micheli Pereira de. A expansão da jurisdição constitucional em três ondas: marcos teóricos, condições facilitadoras e perspectivas futuras. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 241-272, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> Acesso em: 10 de maio de 2021. DOI: 10.12957/publicum.2017.29203.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. ano 33, n. 132. Brasília, out./dez. 1996.

PENNA, Camila. Paulo Freire no pensamento decolonial: um olhar pedagógico sobre a teoria pós-colonial latino-americana. **Revista de Estudos & Pesquisas sobre as Américas**, v. 8, n. 2, 2014.

PIRES, Thula. Cartas do Cárcere: testemunhos políticos dos limites do Estado Democrático de Direito. In: PIRES, Thula; FREITAS, Felipe (org). **Vozes do Cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu Editora, 2018a.

PIRES, Thula. 130 anos de Lei Áurea e 30 anos da Constituição de 1988: constitucionalismo e decolonialidade em perspectiva diaspórica. In: GÓES, Luciano. **130 anos de (des)ilusão: a farsa abolicionista em perspectiva desde olhares marginalizados**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018b.

QUEIROZ, Marcos. **Constitucionalismo Brasileiro e o Atlântico Negro: a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: CLACSO – Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de Preceito Fundamental 347. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 136. ano 25. p. 267-291. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed, revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHNEIDER, Sergio; SCHIMITT, Cláudia Job. O uso do método comparativo nas Ciências Sociais. **Cadernos de Sociologia**, Porto Alegre, v. 9, p. 49-87, 1998.

SILVA, Érika Costa da. “Extra! Sem destaque no jornal”! A violação estrutural de direitos humanos contra os corpos encarcerados e a seletividade midiática e social. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira (org.). **Rebelião**. Brasília: Brado Negro, Nirema, 2020.