



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GUILHERME GRACILIANO ARAÚJO LIMA

**DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS:
uma proposta frente ao Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro**

Recife

2022

GUILHERME GRACILIANO ARAÚJO LIMA

**DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS:
uma proposta frente ao Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e Justiça. Linha de Pesquisa: Justiça de Transição e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior

Recife

2022

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

L732d Lima, Guilherme Graciliano Araújo.
Dos Diálogos Institucionais aos Processos Estruturais: uma proposta frente
ao Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro / Guilherme Graciliano Araújo
Lima. -- Recife, 2022.
333 f.

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2022.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Estado de Coisas Inconstitucional.
3. Sistema Carcerário - Brasil. 4. Arguição de Descumprimento de Preceito
Fundamental. 5. Políticas Públicas. I. Lima Júnior, Jayme Benvenuto
(Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2022-30)

GUILHERME GRACILIANO ARAÚJO LIMA

**DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS:
uma proposta frente ao Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Teoria do Direito e Justiça. Linha de Pesquisa: Justiça de Transição e Direitos Humanos.

Aprovada em: 19/05/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Junior (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Francisco Antonio de Barros e Silva Neto (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^a. Dra. Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^a. Dra. Carina Rodrigues de Araújo Calábria (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Salomão Abdo Aziz Ismail Filho (Examinador Externo)

Faculdade Católica Imaculada Conceição do Recife - FICR

Prof^a. Dra. Mônia Clarissa Henning Leal (Examinadora Externa)

Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC

*A Carol, Renan, Daniel e Tomás,
com todo o amor que houver nessa (e noutras) vida(s).*

AGRADECIMENTOS

“O que eu sou, eu sou em par, não cheguei sozinho”. Já assim diria o cantor e compositor Lenine, na música “Castanho”, do seu álbum “Carbono”. Seria impossível começar esses agradecimentos de maneira diferente.

Então, sempre correndo o risco de parecer injusto por esquecer nomes e pessoas, situações e referências, não posso deixar de iniciar agradecendo primeiramente à minha família, de quem foi necessário subtrair horas preciosas de convívio para escrever o presente trabalho acadêmico e para concluir mais uma etapa nos degraus da vida.

À Carol, pela paciência e compreensão durante anos de convívio, acrescidas do tão inestimável apoio e afeto. Aos meus filhos, Renan e Daniel, pela inesgotável fonte de inspiração. À minha mãe, Alda, pelo carinho e amor. A meu irmão Raul, de quem sempre absorvi referências acadêmicas e por quem nutro admiração profunda. A meu pai, pela dedicação na minha formação.

A tarefa da escrita é árdua, mas não menos fascinante. Solitária, mas igualmente agregadora.

Assim, em nome de toda a agregação construída durante os últimos anos, agradeço ao professor Jayme Benvenuto, pelas orientações prestadas durante todo o trabalho e pelo estímulo na pesquisa. Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE Francisco Barros e Carina Gouvêa, pela riqueza nos aprendizados durante as aulas e pelas preciosas considerações no exame de qualificação, razão pela qual aqui, deixo claro que a manutenção dos erros, inconsistências e impropriedades do texto são atribuíveis exclusivamente a mim.

Um agradecimento especial igualmente é válido à professora tão estimada Flávia Santiago Lima por tanta consideração e apreço, além das inesgotáveis e sempre valiosas sugestões de leitura e de escrita acadêmica, sem as quais esse trabalho não teria chegado ao fim. Agradeço também às professoras Flavianne Nóbrega e Carina Calábria pelas considerações tão relevantes sobre minha pesquisa no seminário de tese, que ajudaram de veras o desenrolar da pesquisa.

À equipe da secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito e aos diletos amigos e colegas que por lá eu fiz, encontrei e reencontrei nesses anos todos de estudo e de pesquisa.

Ao professor Luciano Oliveira, mestre desde os tempos da graduação na Faculdade de Direito do Recife, a quem tive a imensa honra de reencontrar nas aulas do PPGD, cujas lições foram igualmente valiosas para esse trabalho.

Ao amigo e colega, Dr. Marco Aurélio Farias, pelas imensas contribuições repassadas através de sua relevante experiência como membro do Ministério Público de Pernambuco com muita vivência na matéria do sistema prisional.

São tantos amigos e pessoas a quem devo agradecimentos, de tantos lugares em que vivi e por tantos lugares em que trabalhei e pelos quais passei, que é humanamente impossível relacionar todos por aqui, mas é imprescindível destacar que todos eles, de forma mais direta ou indireta, e mais ou menos intensa, contribuíram para a minha escrita e para a minha evolução como pessoa e também como pesquisador e curioso do direito.

A todos, meu muito obrigado!

I've never been
The ordinary man
The world begin
Like every story does, my friend

I won't come down
To where I was back then
And nice mirage of love
Has matter single in my heart, my friend

But when the white fog descends
Over the meadows of light
And when the milking way descends
And shatters the meadows of light
It's time to stand up, stand up and walk
Walk all alone, down the same road

I could feel again
'Cause I long for the answers lost
And I'd change everything
If I could have a lapse in time

And I could feel again
Before going insane for good
I would change all mistakes of mine
With just a lapse in time

(MATOS, 2009)

RESUMO

O presente trabalho é resultado de pesquisa acerca da importância da utilização do mecanismo dos diálogos institucionais e do ferramental da teoria dos processos judiciais estruturantes como alicerces construtivos para o desenvolvimento de uma proposta de superação do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, identificado pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à situação precária e degradante encontrada no sistema prisional do país. Tem-se como objetivo específico da tese perquirir os principais argumentos e autores, nacionais e internacionais, acerca dos debates em torno de uma atuação dialógica entre as instituições, mediante um procedimento adequado e muitas vezes flexibilizado diante dos ditames dogmáticos legais, trazendo à discussão experiências alienígenas que versem não apenas acerca das noções de diálogos constitucionais, mas que também tratem das perspectivas e vivências estrangeiras nos processos estruturais, inclusive, mas não exclusivamente, aquelas que versam sobre a temática dos direitos humanos e dos regimes prisionais de outros estados na ordem internacional. Ao fim, busca-se apresentar ao leitor um panorama amplo das abordagens constitucionais sobre a atuação das instituições e dos representantes dos poderes constituídos no desenvolvimento de arranjos institucionais eficientes, sem olvidar o histórico desastroso da condução das políticas públicas do sistema prisional brasileiro dos últimos anos, para se alcançar mecanismos que possam desenvolver melhorias e, quiçá, algum grau de superação da situação difusa de inconstitucionalidade vivida no mundo carcerário brasileiro.

Palavras-chave: estados de coisas inconstitucional; sistema carcerário; ADPF; políticas públicas; processos estruturantes; diálogos institucionais.

ABSTRACT

This work is the result of research on the importance of using the mechanism of institutional dialogues and the tooling of the theory of structural injunctions as constructive foundations for the development of a proposal to overcome the Unconstitutional State of Things in Brazil, identified by the Federal Supreme Court in the concerning the precarious and degrading situation found in the country's prison system. The specific objective of the thesis is to investigate the main arguments and authors, national and international, about the debates around a dialogic action between institutions, through an adequate and often flexible procedure in the face of legal dogmatic dictates, bringing to the discussion others experiences that deal not only with the notions of constitutional dialogues, but also deal with foreign perspectives and experiences in structural injunctions theory, including, but not exclusively, those that deal with the theme of human rights and prison regimes of other states in the international order. Finally, it seeks to present the reader with a broad overview of constitutional approaches to the performance of institutions and representatives of the constituted powers in the development of efficient institutional arrangements, without forgetting the disastrous history of the conduct of public policies in the brazilian prison system in recent years, to reach mechanisms that can develop improvements and, perhaps, some degree of overcoming the diffuse situation of unconstitutionality experienced in the brazilian prisons.

Keywords: unconstitutional states of things; prison system; ADPF; public policy; structural injunctions; institutional dialogues.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIS	Áreas Integradas de Segurança
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CPC	Código de Processo Penal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
ELN	Exército de Libertação Nacional
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
MC	Medida cautelar
PLRA	<i>Prison Litigation Reform Act</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso extraordinário

SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPE	Tribunal de Justiça de Pernambuco
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	16
2	PRIMEIRA PARTE – DA CONTEXTUALIZAÇÃO PRÉVIA ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL ATÉ O RECONHECIMENTO DO ECI.....	22
2.1	Estado de Coisas Inconstitucional: conceito, origens e característica.....	22
2.1.1	<i>Origens do ECI na Colômbia.....</i>	<i>31</i>
2.1.2	<i>Sentença SU-559/97.....</i>	<i>37</i>
2.1.3	<i>Sentença T-153/98.....</i>	<i>40</i>
2.1.4	<i>Outros julgados da corte constitucional colombiana reconhecendo o ECI.....</i>	<i>45</i>
2.2	Condições do sistema carcerário brasileiro anteriores ao julgamento da ADPF 347.....	47
2.2.1	<i>Prisões nacionais em números até 2015.....</i>	<i>53</i>
2.2.2	<i>Ponderações breves sobre causas e consequências da falência do regime prisional dos primeiros anos do século XXI no Brasil.....</i>	<i>57</i>
2.2.3	<i>Precedentes relevantes julgados pelo STF sobre sistema prisional.....</i>	<i>63</i>
2.2.4	<i>Deliberações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o sistema carcerário brasileiro.....</i>	<i>68</i>
2.2.4.1	Cárcere brasileiro em providências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	69
2.2.4.2	Cárcere brasileiro em providências da Corte Internacional de Direitos Humanos.....	73
2.3	ADPF 347 e o reconhecimento do ECI brasileiro.....	79
2.3.1	<i>Fundamentos e pedidos da petição inicial.....</i>	<i>82</i>
2.3.2	<i>Julgamento da medida cautelar na ADPF 347.....</i>	<i>84</i>
2.3.3	<i>Audiência de custódia: observância obrigatória e os seus impactos no regime prisional brasileiro.....</i>	<i>88</i>
2.3.3.1	Controle de convencionalidade por omissão como técnica de implementação das audiências de custódia.....	91
2.3.3.2	Audiência de apresentação e seus fundamentos e desdobramentos.....	93
2.3.3.3	Discussão antecipada sobre os fatos e o início da persecução penal.....	95

2.3.3.4	O direito do preso à alimentação adequada e ao transporte (caso do provimento n. 03/2016 do Conselho da Magistratura do TJPE).....	96
2.3.4	Panorama institucional e números do encarceramento após a concessão da medida cautelar na ADPF 347.....	99
2.3.5	<i>O ECI brasileiro no meio da pandemia da Covid-19.....</i>	<i>103</i>
2.3.5.1	Crise sanitária e de saúde pública no sistema prisional brasileiro e a recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.....	106
2.3.5.2	A questão da prisão domiciliar e a liberdade provisória como elemento de mitigação dos efeitos do ECI no cenário de propagação da Covid-19.....	110
3	SEGUNDA PARTE – DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SUAS PERSPECTIVAS.....	116
3.1	Diálogos além de uma mesma ordem jurídica interna.....	118
3.1.1	<i>Diálogos e a ideia de integração jurídica discursiva de Virgílio Afonso da Silva.....</i>	<i>118</i>
3.1.2	<i>Diálogos entre cortes locais e cortes regionais.....</i>	<i>121</i>
3.1.2.1	Controle de convencionalidade e a noção de diálogos de jurisdição.....	122
3.1.2.2	Gongora-Mera e o Modelo Coevolutivo.....	126
3.1.2.3	A margem nacional de apreciação.....	129
3.1.2.4	Transconstitucionalismo.....	138
3.2	Diálogos dentro de uma mesma ordem jurídica interna.....	142
3.2.1	<i>Supremacia parlamentar.....</i>	<i>143</i>
3.2.2	<i>Supremacia judicial e ativismo judicial: conceitos e discussões.....</i>	<i>149</i>
3.2.3	<i>Interação dialógica entre os poderes constituídos.....</i>	<i>159</i>
4	TERCEIRA PARTE – DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DISCUSSÕES CONCEITUAIS E EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS.....	169
4.1	Litígios coletivos X estruturais, processos coletivos X estruturais.....	170
4.2	Raízes dos processos estruturais.....	173
4.3	Decisões estruturantes no direito brasileiro.....	179
4.4	Revisitação necessária de conceitos processuais no âmbito das demandas	184

	estruturantes.....	
4.4.1	<i>Competência adequada e capacidade institucional.....</i>	186
4.4.2	<i>Possibilidade de sentenças genéricas e a mitigação do princípio da adstrição do juiz.....</i>	194
4.4.3	<i>Execução negociada de sentença e o negócio jurídico estruturante.....</i>	200
4.4.4	<i>Policentrismo e comparticipação processuais em um contexto de contraditório ampliado.....</i>	206
4.4.5	<i>Flexibilização procedimental.....</i>	210
4.5	Processos estruturantes no direito comparado.....	218
4.5.1	<i>Colômbia: comentários acerca da sentença T-025/2004.....</i>	219
4.5.1.1	Origens, fundamentos e dispositivo da sentença.....	224
4.5.1.2	Execução da sentença T-025/04 e os autos de seguimento.....	227
4.5.2	<i>Estados Unidos e o processo estruturante no sistema prisional.....</i>	231
4.5.2.1	Sistema prisional no estado da Califórnia.....	235
4.5.2.2	Sistema prisional no estado do Arkansas.....	238
5	QUARTA PARTE – UMA PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO DO ECI BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E DA UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS ESTRUTURANTES.....	243
5.1	Interação dialógica como ferramenta de superação do ECI no Brasil.....	243
5.1.1	<i>Os diálogos institucionais e transconstitucionais como mecanismos de suporte a uma teoria da superação.....</i>	246
5.1.2	<i>Exequibilidade das deliberações da CtIDH como parte integrante da estratégia de superação do ECI.....</i>	253
5.1.3	<i>A instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça através da Resolução n. 364/2021.....</i>	263
5.1.4	<i>A figura dos profissionais especialistas (masters) da experiência norte-americana na formatação de um espaço policêntrico de interação dialógica.....</i>	265
5.1.5	<i>Interação dialógica no debate brasileiro entre os poderes constituídos perante o ECI prisional.....</i>	269

5.2	A execução de política pública a partir de deliberações do STF com o subsídio do processo estrutural.....	280
5.2.1	<i>Flexibilização do procedimento e a concretização do controle abstrato de constitucionalidade: além da reclamação constitucional.....</i>	281
5.2.2	<i>A capacidade institucional do STF na instauração da instância de acompanhamento de cumprimento da decisão-núcleo da ADPF mediante integração discursiva aos autos de seguimento da experiência colombiana.....</i>	287
5.2.3	<i>A atuação de juiz designado para delegação de atos de cumprimento do julgado a partir do conceito de competência adequada e de cooperação nacional processual.....</i>	296
5.2.4	<i>A ADPF 347 e a temeridade de sua infinitude no tempo: riscos reduzidos a partir da utilização permanente dos negócios jurídicos estruturantes.....</i>	300
6	CONCLUSÕES.....	303
	REFERÊNCIAS.....	312

1 INTRODUÇÃO

A realidade prisional brasileira apresenta-se como objeto de muitos estudos na atualidade acadêmica e de pesquisa em ciências humanas e sociais, não apenas em discussões de natureza jurídica, mas alcança debates de natureza política, sociológica, criminológica, econômica, comportamental, cultural entre vários outros ramos, e em setembro de 2015 essa discussão ganhou novos contornos com o julgamento da medida cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do processo constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental — ADPF n. 347 —, quando então aquela corte constitucional reconheceu a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema prisional brasileiro.

Esse é o objeto principal do estudo ora apresentado, alicerçado no método hipotético-dedutivo, mediante a realização de pesquisa bibliográfica-documental, com análise de julgados de órgãos jurisdicionais e de artigos e livros especializados no tema, amparado em marcos teóricos alinhavados com uma perspectiva de diálogos institucionais como ferramenta necessária para a consecução de políticas públicas prisionais no âmbito do cenário atual brasileiro.

É conveniente aqui destacar que o método ora adotado, o hipotético-dedutivo, repousa como o mais conveniente para desenvolver os problemas de pesquisa e as nuances referentes à compreensão do tema, permitindo lidar com casos situados em contextos específicos, mas levando também em consideração a coleta de informações diferenciadas dos dados e das teorias apostas sobre o debate para permitir a compreensão do contexto que se pretende analisar e autorize conclusões mais delimitadas sobre os pontos discutidos no texto.

Nesse sentido, ao mesmo tempo que pretendo aprofundar conceitos e pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, busco fomentar o uso de uma metodologia que permita compreender o ECI como elemento de diálogo institucional entre os julgamentos em matéria de direitos humanos no ambiente latino-americano, em especial quando se fala das cortes constitucionais dos países do continente, em um contexto de processos estruturantes.

O levantamento bibliográfico se caracteriza por localizar e selecionar em acervos especializados e base de dados disponíveis o material que possa contribuir na investigação do tema proposto. Referido levantamento se realiza, em um primeiro momento, a partir de leituras exploratórias e seletivas, que se apresentam como leituras dinâmicas dos textos, e, no segundo momento, mediante leitura reflexiva e crítica pela qual se busca uma compreensão mais profunda dos textos selecionados.

E aqui vale deixar bem clara a hipótese principal sob análise, qual seja, aquela que induz ao pensamento de que os problemas sociais e jurídicos de violações de direitos fundamentais caracterizadores do Estado de Coisas Inconstitucional não se esvaíram com o julgamento da medida cautelar da ADPF n. 347 e, para se alcançar a almejada superação ao citado estado de coisas, é necessária, entre outros elementos, a imbricação precisa da atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente representado pelo STF, em consonância com uma perspectiva de diálogos entre as instituições brasileiras e os atores sociais relacionados com a temática prisional, utilizando-se das ferramentas técnicas dos processos estruturais da realidade processual mais moderna e atual.

Aqui, como aduzem Quivy e Campenhoudt, no seu conhecido “Manual de investigação em ciências sociais”, tive o cuidado de evitar ao máximo as falhas mais comuns na pesquisa em ciência social, destacadas pelos autores como “fuga para a frente”, muitas vezes manifestada através da “gula livresca” ou até mesmo a passagem apressada à hipótese.¹

O problema da pesquisa, mais precisamente, é buscar a compreensão das dimensões do Estado de Coisas Inconstitucional — ECI — brasileiro e os parâmetros de funcionamento e os limites da atuação dos atores institucionais envolvidos em um processo permanente de busca de superação da situação massiva de violação de direitos humanos e fundamentais das pessoas privadas de liberdade que se encontram em algum dos estabelecimentos prisionais do país.

Objetivo ao final da pesquisa apresentar alguma proposta de compreensão mais precisa e de identificação de possíveis alternativas e caminhos para superar os efeitos do ECI prisional do país, ou ao menos de alcançar algum grau de mitigação desses efeitos, a partir de uma interação dialógica entre atores, especialmente os institucionais, envolvidos com a temática prisional e das políticas públicas no país, valendo-me para tanto das doutrinas que apregoam perspectivas dialógicas de atuação.

Além desse viés doutrinário, busco no direito comparado experiências interessantes e relevantes no tema dos provimentos jurisdicionais de reformas de realidades e de estruturas sociais, não apenas que estejam atreladas às discussões acerca de políticas prisionais, mas também me valho de experiências complexas e que tenham obtido algum grau de satisfatividade em seus objetivos primordiais.

Destaca-se também que a realidade prisional brasileira vem sendo discutida em diversos âmbitos em discussões que se desenvolveram décadas atrás, mas também em debates

¹ QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais**. Trad. João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2005, p. 21.

mais recentes, e que mesmo após os trabalhos formalizados por três comissões parlamentares de inquérito, realizadas em 1976, 1993 e 2008; mesmo após a aceitação de tratados e de convenções internacionais de dignidade da pessoa privada da liberdade; mesmo algumas reformas processuais penais que tentaram reduzir as hipóteses de prisão processual; mesmo após a citada declaração do ECI prisional brasileiro pelo STF; mesmo depois de diversas decisões e resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matérias de direitos humanos do preso; o regime prisional do Brasil continua sendo motivo de preocupação perante os estudiosos das ciências sociais.

Com base nessa preocupação, o trabalho foi dividido em quatro partes.

Na primeira parte, busca-se enquadrar o tema do Estado de Coisas Inconstitucional, com ênfase na análise de suas origens, de suas características e de seu conceito e essência, onde se torna necessário levar o leitor ao direito constitucional colombiano, berço mais conhecido da figura do ECI, citando casos de certa relevância para o estudo como foi a sentença SU-559/97, que inaugurou o tema do ECI como reflexo da ausência de cumprimento de direitos sociais de servidores públicos, bem com a sentença T-153/98, que tratou especificamente do sistema prisional daquele país, além de tratar de outros julgados igualmente relevantes proferidos pela corte constitucional colombiana reconhecendo o ECI em algum campo da realidade social daquele país.

Após, com o fito de permitir uma análise comparativa entre a realidade prisional antes e depois do julgamento do STF acima referido, trato das condições do sistema carcerário brasileiro anteriores ao julgamento da ADPF 347, versando sobre os números relativos às prisões nacionais até o ano de 2015, apresentando ponderações mínimas sobre causas e consequências da falência do regime prisional dos primeiros anos daquele período.

Também busco apresentar precedentes relevantes julgados pelo STF sobre sistema prisional, tais como os casos dos precedentes que permitiram a determinação pelo Poder Judiciário para realização de políticas públicas pelas autoridades estatais, para depois aplicar uma roupagem mais ampla na discussão do sistema prisional, tendo em vista que o mesmo não só foi objeto de discussão e deliberação no STF e outros tribunais brasileiros, mas também apresentou reflexos e instou o julgamento e deliberações pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos em um conjunto de deliberações sobre o sistema carcerário brasileiro em providências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e também em providências da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Depois dessa parte mais conceitual e preliminar, busco tratar mais precisamente do caso da ADPF n. 347, onde se realizou o reconhecimento do ECI brasileiro, e busco

apresentar os fundamentos e pedidos da petição inicial, o teor julgamento da medida cautelar proferida em setembro de 2015, com destaque para a necessidade fixada pelo STF de que os juízes e tribunais brasileiros passassem a realizar as audiências de custódia, como hipótese de providência apta a reduzir os efeitos da situação massiva de vulneração de direitos fundamentais no sistema prisional do país.

Finalizando a primeira parte do trabalho, busco trazer alguma atualização quanto ao panorama institucional e números do encarceramento após a concessão da medida cautelar na ADPF 347, bem como trato da situação desse encarceramento perante a crise sanitária e de saúde pública no contexto da pandemia de Covid-19, discutindo a recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e a questão da prisão domiciliar e a liberdade provisória como supostos elementos de mitigação dos efeitos do ECI no cenário de propagação daquela doença.

Na segunda parte da tese, busco amparar a pesquisa com os referenciais teóricos utilizados como ferramentas técnicas para a construção das propostas aqui estabelecidas e apresentadas. Nesse sentido, trago a discussão dos diálogos institucionais, nas suas mais variadas conformidades e categorias, tais como os diálogos jurisdicionais, transnacionais e transconstitucionais, revelando algum grau de preferência nas teorias desenvolvida pelo professor Virgílio Afonso da Silva, ao tratar do fenômeno da integração jurídica discursiva, com suas espécies “empréstimos constitucionais” e, especialmente, a “migração de ideias constitucionais”, bem como apresento, devido à relevante importância, a abordagem feita por Marcelo Neves e a teoria do transconstitucionalismo no que diz respeito ao tema.

Para fins meramente didáticos, separei a concepção e os estudos dos diálogos entre as ordens normativas dialogantes, estudando primeiramente a lógica de atuação entre atores e instituições inseridas em ordens normativas nacionais distintas, com abordagem no controle de convencionalidade e na noção de diálogos de jurisdição, além de discutir as sugestões do autor colombiano Gongora Mera e o seu modelo coevolutivo de conversação entre as jurisdições das cortes constitucionais locais e os organismos regionais de direitos humanos, além de contextualizar nessa discussão apontamentos sobre a margem nacional de apreciação e suas aplicações.

Para finalizar essa segunda parte, remonta-se o leitor à discussão intrínseca a boa parte da discussão travada no âmbito do processo de controle de constitucionalidade estabelecido para encontrar alternativas para melhorar a situação do sistema prisional brasileiro através dos debates entre supremacias, de um lado destacando a supremacia judicial, seus consectários, alguns de seus conceitos e de seus estudiosos, e de outro lado referindo as hipóteses de

supremacia parlamentar, com suas características e críticas principais, para, ao final, situar o trabalho dentro da adoção de uma compreensão intermediária entre as possíveis supremacias, acolhendo uma perspectiva de interação dialógica entre os poderes constituídos.

Na terceira parte da tese, trago à pesquisa as discussões da técnica processual que poderá ser configurada como ferramenta para guiar o processo da ADPF n. 347, situando a discussão em torno do conceito de processos estruturais, trazendo à baila experiências do direito comparado. Nela, trato dos processos estruturais, seus conceitos e sua influência no julgamento de causas de políticas públicas, trazendo ao debate a indicação das suas raízes históricas, especialmente o caso famoso das *structural injunctions* do direito norte-americano conhecido como *Brown vs Board of Education*, no estado do Kansas, bem como busco apresentar algum grau da experiência estrutural no direito brasileiro da atualidade.

Além da apresentação mais conceitual e originária do estudo, tento apresentar os argumentos que prezam pela revisitação necessária de conceitos processuais no âmbito das demandas estruturantes, como as definições de competência adequada e capacidade institucional, além de tratar da possibilidade de proferimento de sentenças genéricas e a mitigação do princípio da adstrição do juiz, nesses casos de demandas estruturais, além de discutir o mecanismo da execução negociada de sentença e o negócio jurídico estruturante e do policentrismo e comparticipação processuais em um contexto de contraditório ampliado.

Todas essas revisitações e novas reflexões sobre institutos jurídicos processuais mais clássicos estão envolvidas em um contexto maior de um fenômeno atuante denominado de flexibilização procedimental, marcado principalmente pela possibilidade de adaptação de conceitos processuais e aplicação de institutos de maneiras distintas daquelas nas quais são aplicados comumente.

Finalmente, no âmbito da experiência de processos estruturantes no direito comparado, trago à luz a discussão sobre o caso da Colômbia, com comentários acerca da sentença T-025/2004, um dos marcos paradigmáticos mais relevantes para trabalhar a lógica de processos estruturantes no âmbito da consecução de direitos constitucionais fundamentais, tratando das origens, fundamentos e dispositivo da sentença, bem como sua fase de execução/cumprimento, com especial destaque para a figura dos *autos de seguimiento*. Além da experiência colombiana, trago ao debate igualmente, algumas das experiências dos Estados Unidos e o processo estruturante no sistema prisional, tais como os casos dos sistemas prisionais dos estados da Califórnia, com o caso *Brown vs. Plata*, e do Arkansas, com destaque para o caso *Holt vs. Sarver*.

Na quarta e última parte deste trabalho, busco apresentar o cerne da tese, consistente em uma proposta para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro a partir do referencial da teoria dos diálogos institucionais e do ferramental processual contido no seio dos processos estruturais. Na primeira divisão, são apresentadas novas discussões acerca do ativismo dialógico e da interação dialógica entre os poderes, onde procuro justificar as razões pelas quais aqui vai se dar preferência a esta terminologia em vez daquela outra. Finco as bases da discussão no estudo dos diálogos institucionais e transconstitucionais como mecanismos de suporte a uma teoria da superação, bem como trato da exequibilidade das deliberações da CtIDH como parte integrante da estratégia de superação do ECI, embora seja uma estratégia a ser adotada preferencialmente em outras esferas de atividade, e trato também da adoção da figura dos profissionais especialistas (*specialist masters*) da experiência norte-americana na formatação de um espaço policêntrico de interação dialógica entre os poderes constituídos perante o ECI prisional.

Na segunda e última divisão da quarta parte, o enfoque para a superação do ECI brasileiro é dado no âmbito da execução de política pública, a partir da atuação do STF com o subsídio do processo estrutural. Nela, cuido de abordar a estratégia processual da flexibilização procedimental no âmbito da concretização do controle abstrato de constitucionalidade, para que o mecanismo de efetivação dos parâmetros mais básicos fixados pelo STF no julgamento da ADPF n. 347 vá além da reclamação constitucional, para, com alicerce na ideia de capacidade institucional, fomentar a instauração de instância de acompanhamento de cumprimento da decisão nuclear da ADPF mediante integração discursiva com o instituto dos *autos de seguimiento* extraídos da experiência colombiana.

Por fim, tento asseverar como a atuação de juiz designado para delegação de atos de cumprimento do julgado nuclear da decisão do STF, utilizando-se o conceito de competência adequada e de cooperação nacional processual, é ferramenta de técnica processual relevante para a construção de um cumprimento efetivo da decisão de mérito e do alcance dos resultados úteis esperados de tal julgamento, sem, contudo, olvidar dos riscos e a temeridade de uma possível infinitude da etapa de cumprimento de sentença da ADPF n. 347 e suas decisões suplementares, destacando a redução desses riscos reduzidos a partir da utilização permanente dos negócios jurídicos estruturantes.

2 PRIMEIRA PARTE – DA CONTEXTUALIZAÇÃO PRÉVIA ACERCA DO SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL ATÉ O RECONHECIMENTO DO ECI

2.1 Estado de Coisas Inconstitucional: conceito, origens e características

O presente trabalho tem como mote analisar o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), notadamente reconhecido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como uma forma de expressão de diálogo constitucional, estabelecido entre o direito brasileiro e as decisões dos tribunais latino-americanos, especialmente da Corte Constitucional da Colômbia, como ferramenta apta para auxiliar na contribuição para a integração das principais fontes jurídicas e dos operadores do direito na América do Sul, apontando, ainda, como a tentativa de estancar, quiçá minorar, a agressão a direitos humanos no Brasil através do citado instituto não foi, e não vem sendo, de todo, exitosa.

Como se verá, identificar quais as reais características desse estado de coisas em sua origem primitiva, suas críticas e falhas principais, especialmente no que concerne à sua resolatividade e, principalmente, ao seu equacionamento efetivo após o seu reconhecimento no Brasil e ao reconhecimento no ordenamento jurídico nos países que lhe identificaram como presente na respectiva realidade social, especialmente na Colômbia, até o momento da declaração da sua semelhança com a situação prisional brasileira, se apresentam como os pontos norteadores do presente tópico.

A figura do Estado de Coisas Inconstitucional, como fruto da elaboração jurisprudencial de cortes constitucionais, pode ser encarada como aparecida no Peru, antes mesmo da experiência brasileira com o tema em setembro de 2015.

É necessário aqui, antes de ingressar em discussões maiores acerca dos elementos que integram a noção do ECI, apontar qual o conceito que adoto para tal figura técnica e jurídica.

Entendo que o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional denota a situação fática de uma realidade determinada, reconhecida e marcada por uma violação massiva de direitos fundamentais, cuja resolução ou o alcance de algum grau de superação exige um complexo conjunto de providências por parte do Poder Público, especialmente, mas não exclusivamente, da Administração Pública. Tal conceituação, portanto, aborda necessariamente um viés qualitativo, naquilo que se refere à violação de direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira geração, e um viés quantitativo, no que diz respeito ao reconhecimento de várias violações, constantes e persistentes, àqueles direitos resguardados pela Constituição Federal.

O caso da Corte Constitucional peruana, em situação envolvendo o direito fundamental de acesso à informação pública, consignou a necessidade de providências urgentes e amplas, em abril de 2004, em ação de *habeas data* contra o Conselho Nacional de Magistratura, quando então aquele órgão jurisdicional reconheceu a existência de verdadeiro ECI no país, com o principal objetivo de evitar a saturação e o colapso do acesso à informação como parecia haver até então.²

Para Armas, em uma primeira análise, a versão peruana inicial do ECI afastou a ideia de uma violação “massiva” dos direitos fundamentais, para se referir a uma espécie de violação dos direitos fundamentais de distintas pessoas ou, simplesmente, de “outras pessoas” que são não parte na relação processual.³

Mais tarde a mesma corte reafirmou seu entendimento sobre a existência de uma situação sistêmica e generalizada de inconstitucionalidade, desta feita em caso envolvendo a violação reiterada de direitos fundamentais de contribuintes em matéria afeta ao direito tributário, onde havia profundo e reiterado desrespeito ao princípio da reserva legal na matéria fiscal por parte de autoridades públicas.⁴

Além da realidade peruana, com efeito, percebe-se que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelas cortes constitucionais na América Latina apresenta-se como uma realidade pulsante, sendo o Brasil, através do STF, mais um recente reconhecedor da dita situação e da necessidade de providências necessárias e urgentes diante de um cenário de sistêmica e permanente violação a direitos humanos. Ainda, a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional, enquadrando-o especificamente ao caso brasileiro, vale trazer a noção que diz respeito aos múltiplos efeitos decorrentes do reconhecimento de existência do ECI em determinado contexto judicial.

Nesse sentido, Gianfranco Faggin Mastro Andréa vai afirmar, em obra intitulada “Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil”, que aquele tipo de declaração jurisdicional acarreta efeitos de várias ordens, entre eles podendo ser destacados o efeito criador; o efeito

2 PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. EXP. N.º 2579-2003-HD/TC. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

3 ARMAS, Renato Vásquez. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. **IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS**, n. 41, p. 128-147, 2010, p. 142. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680> Acesso em: 31 mar. 2021.

4 PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. EXP. N.º 06089-2006-AA/TC. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

de desbloqueio institucional e político; efeito coordenador; efeito deliberativo; efeito de políticas públicas; e efeito social.⁵

Esses efeitos, de fato, são capazes de influenciar os mais diversos sistemas sociais correlacionados, direta ou indiretamente, com a situação concreta que deu ensejo ao reconhecimento da existência de ECI em determinado contexto social, podendo-se, a título meramente exemplificativo, citar o efeito direto nas políticas públicas de desenvolvimento do sistema carcerário nacional no Brasil, gerado no momento do julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 pelo STF.

Assim, fica evidenciado que o objeto de pesquisa aqui proposto é o chamado Estado de Coisas Inconstitucional, figurando também como ponto de partida epistemológico do presente trabalho, atentando às consequências do seu reconhecimento no direito brasileiro, às dimensões da sua magnitude e ao grau de (in)eficiência das medidas adotadas para a sua resolução pelos órgãos públicos envolvidos com a temática do sistema de justiça criminal.

Segundo Vanice Valle, a discussão acerca do Estado de Coisas Inconstitucional pode ser debatida sob o viés da noção de bloqueio institucional, entendido este, no aspecto da efetivação de direitos fundamentais, como circunstância que geralmente está associada à omissão ou inadequação do agir legislativo ou administrativo no âmbito da esfera pública.⁶

Aqui, persigo o intuito de inferir a maneira pela qual os agentes políticos e jurídicos envolvidos com o sistema de justiça criminal do país conseguem refletir na realidade prática desse sistema a decisão na medida cautelar da ADPF 347 para reduzir ou amenizar o estado constante e latente de violação de direitos da pessoa presa, constância essa devidamente reconhecida pela corte constitucional brasileira quando daquele julgamento.

Antes de prosseguir com as argumentações, porém, é válido aduzir que o modelo adotado pelo STF do ECI, de matiz colombiano, representou uma perda de oportunidade para aquela corte brasileira, pois a mesma deixou efetivamente de influenciar, de fato, na agenda sensível de políticas públicas que promovam a dignidade da pessoa humana, em um nível de alto grau de efetividade.⁷

Evidentemente, desde o reconhecimento da situação inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro muitos anos se passaram sem que a corte nem os órgãos públicos

5 ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 76-83.

6 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de Coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Org.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

7 MOREIRA, Bianca Medran; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Judicialização e a Efetividade dos Direitos Sociais: o “Estado de Coisas Inconstitucional”, no encarceramento brasileiro. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro. Vol. 23, nº 31, p. 366-382, 2020, p. 377.

envolvidos na manutenção e aperfeiçoamento do referido sistema adotassem mais e outras posturas pertinentes a fim de que, de maneira significativa, fossem reduzidas as condições precárias em que se vive nas unidades prisionais brasileiras.

Nesse aspecto, é importante entender como as demonstrações práticas das consequências resultantes do reconhecimento jurisdicional da ocorrência do ECI no Brasil ocorreram, especialmente para verificar se a adoção de tal entendimento jurisprudencial importado da experiência colombiana concretizou melhoras efetivas nas condições de permanência dos presos nas unidades penitenciárias brasileiras ou se houve, de fato, aumento da população carcerária e crescimento de situação de violação à dignidade do indivíduo.

Quanto às origens fáticas, consideradas além das características próprias e inerentes à existência de um estado inconstitucional de determinada situação, vale frisar o pensamento de Zambrano, ao afirmar que a violência, a corrupção, a extorsão e a falta de oportunidades estão relacionadas à situação inconstitucional das coisas, como patente expressão de violação de direitos fundamentais como dignidade, vida, integridade pessoal, direitos familiares, saúde, trabalho etc., que, por sua vez, configuram objeto de tutela do Estado Democrático de Direito.⁸

Em verdade, a discussão acerca da figura do ECI no Brasil perpassa aquilo que Vila-Nova chamou de duas das dimensões constitutivas do constitucionalismo moderno ocidental, quais sejam, de um lado o dever de proteção e exercício da função contramajoritária de direitos fundamentais no âmbito da corte constitucional, e de outro lado a noção basilar da ideia de legitimidade, normativa e institucional, para implementação de políticas públicas no sistema carcerário nacional e sua eventual condução por parte do STF.⁹

Nesse sentido, é de se esperar que o STF, como guardião da Constituição Federal, adote medidas mais efetivas quanto ao asseguramento dos direitos humanos dos presos, ainda que tal postura vá de encontro ao pensamento de parte da população, afeiçoada muitas vezes a ideias e ritos de que pessoas encarceradas não são sujeitos de direitos.¹⁰

⁸ ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder discrecional de la corte constitucional en el estado de cosas inconstitucional. *Via Inveniendi et Iudicandi*, v. 7, n. 2, p. 57-78, 2012, p. 68.

⁹ VILA-NOVA, Daniel Augusto Diniz. ADPF nº 347/DF: “Estado de coisas inconstitucional” e sistema penitenciário: critérios (normativos e institucionais) e a proteção judicial efetiva em sede de ADPF. In: FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional II: cidadania e direitos fundamentais**. Coordenação Valter Shuenquener de Araujo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 111-117, p. 112.

¹⁰ “Essa construção histórica apenas referendou o poder de dizer o direito, e se infiltrou no senso comum através da comunicação de massa, que agora reclama a continuidade do procedimento enquanto padrão de justiça. Prisão é, pois, para o direito moderno e para a sociedade, sinônimo de justiça. É evidente que as *teorias da justiça* são inacessíveis à mídia sensacionalista e aos seus espectadores, de modo que o desfazimento desse mito se torna deveras acadêmico, portanto, restritíssimo.” SOUZA, André Peixoto de. op. cit., p. 201-202.

Antes de adentrar na lógica contextual que deu surgimento à teoria ora discutida, vale frisar que a figura do ECI no Brasil vem recebendo contornos de pensadores que vão além da questão do sistema carcerário, pois, considerando as características próprias da figura da situação inconstitucional de coisas, há em doutrina quem considere que o salário mínimo pago no Brasil da atualidade representa um autêntico sistema de ECI, posto que incapaz, no seu valor, de suprir as necessidades mais básicas de uma família.¹¹

Vale notar, outrossim, que há pensamento na doutrina nacional que identifica a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional na maneira como vem sendo gerida a política pública ambiental no Brasil, que, para alguns, nasce a partir da desobediência por parte do Poder Executivo quanto aos graves riscos ambientais vividos no país, sendo muitos deles de consequências danosas à natureza e à sociedade.¹²

Apesar das notas de distinção entre a natureza de tais direitos, é possível identificar que as concepções diferenciadas sobre ECI acima apontadas perpassam direitos distintos dos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou geração, como também se chama, podendo, em ambos os casos acima serem identificados direitos de segunda geração, como no caso do direito ao salário mínimo digno, como um direito de terceira geração, como é o caso do direito difuso ao meio ambiente equilibrado.

De outra ponta, Meda e Bernadi também encaram a situação relativa ao direito à moradia digna, enquanto autêntico direito da pessoa humana, alimentado e buscado por diversas pessoas no Brasil em condições mais precárias de sobrevivência, como ferramenta que pode ser categorizada e estudada como mais um caso típico de ECI, pois, para os autores, o direito à moradia adequada é típico direito humano que acaba por ser violentado por mais diversas vezes no país, desde o simples caso de um despejo forçado, mesmo que amparado em decisão judicial para um imóvel que não cumpre a função social da propriedade, até mesmo nos casos de usurpação de estrutura que fazem das moradias ambientes precários para se viver.¹³

Ainda nessa vasta gama de identificações do ECI em diversos subsistemas sociais, Mariano e Maia apontam a existência de uma situação inconstitucional na condução das

¹¹ Nesse sentido, cf. LIMA, Lucas Correia de. A violação ao mínimo existencial e um salário indigno: um estado de coisas inconstitucional. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 05, n. 03, p. 55-75, jul./set., 2020, p. 55. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3549> Acesso em: 30 mar. 2021.

¹² CAÚLA, Bleine Queiroz. RODRIGUES, Francisco Lisboa. O estado de coisas inconstitucional ambiental. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, ano 2, vol. 1, p. 136-151, jul./dez., 2018, p. 146. Disponível em: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/42> Acesso em: 03 abr. 2021.

¹³ MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Direito Fundamental à Moradia e a Sentença T-025/2004 da Corte Constitucional da Colômbia: Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 280-299, 2016, p. 298.

políticas públicas de medicamentos no Brasil, especialmente aqueles que são considerados como sendo de alto custo.¹⁴

As categorias doutrinárias acima elencadas demonstram uma parcela de adequação da figura da declaração de violação massiva de direitos fundamentais e humanos, na forma de Estado de Coisas Inconstitucional pelo Brasil, de modo que o leque de estudos e correlações possíveis da figura jurídica ora estudada e os mais diversos direitos fundamentais parece ainda bem aberto e fluido.

Inobstante essa aproximação de alguns doutrinadores em elevar a categoria do ECI para outros campos da sociedade e dos direitos fundamentais, tais como saúde, moradia, salário mínimo entre outros, Breno Magalhães identifica uma tendência dos ministros do Supremo Tribunal Federal em restringir a conceituação e utilização da teoria desenvolvida pela jurisprudência e doutrina colombianas no Brasil.

Segundo o referido autor, em início, a maioria dos trabalhos sobre o tema escritos no Brasil a) se limitam em reproduzir a decisão do STF; ou b) se detém em favorecer a discussão do tema na esfera do ativismo judicial; ou c) propõem o desenvolvimento da técnica para alcançar outros direitos fundamentais presentes no catálogo constitucional ou outras situações de crise institucionais; ou d) se restringem a reforçar e reafirmar a importância do ECI no cenário social contemporâneo, sendo que, para Magalhães, a característica mais comum entre a maioria desses escritos sobre o tema no país é a ausência de problematização quanto aos critérios utilizados pelo STF para o reconhecimento do ECI, “seja no âmbito de sua consistência interna (individualmente considerados) ou de sua coerência quando analisados em conjunto”.¹⁵

Com efeito, a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional traz ínsita uma “atmosfera de vivacidade”, segundo Trovão e Mollica, no que diz respeito à chance para o indivíduo ver reconhecido o seu direito à reparação por danos gerados pela omissão generalizada e persistente por parte do poder público.¹⁶ Ademais, a referida tese carrega consigo uma carga

¹⁴ MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.1, p. 391-416, jan./jun. 2018, p. 413.

¹⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 03-04. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

¹⁶ TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa; MOLLICA, Rogerio. Ativismo judicial dialógico e os desafios da aplicação do estado de coisas inconstitucional no Brasil. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 96-118, jul./dez. 2019, p. 112. Disponível em: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v5i2.9566> Acesso em: 01 abr. 2021.

dogmática, genérica e abrangente, capaz de provocar manifestações conflitantes, contrárias ou favoráveis aos seus postulados.

Nesse sentido, é válido afirmar que as sentenças judiciais que reconhecem o ECI comumente decorrem do ativismo judicial dialógico, ainda que indiretamente, momento em que são convocados ao diálogo os demais poderes constituídos, oportunizando-se a possibilidade de se manifestarem, propondo alternativas ou justificando agendas, cujas implementações ainda não estejam em prática.¹⁷

Frise-se, com ênfase, que aqui não se está a afirmar em momento algum eventual somenos importância à atuação dos poderes Legislativo e Executivo na condução da política pública em face de determinada situação patente de violação massiva de direitos, mas, pelo contrário, é necessário ao leitor compreender que tais esferas do poder constituído detêm elevada relevância na consecução de políticas direcionadas ao cidadão, ainda que o reconhecimento desse direito tenha que ser afirmado e estabelecido pela via judicial.

Essa discussão, entretanto, acarreta, mesmo nos pensadores que reconhecem a importância da figura do reconhecimento do estado inconstitucional das coisas, um sentimento de cautela, especialmente por se tratar de decisão judicial que é caracterizada muitas vezes como sendo de cunho ativista, razão pela qual pugnam esses autores por uma cautela ao Judiciário na aplicação do citado instituto.

É o caso, por exemplo, de Meneguetti, ao aduzir que, em função de o ECI implicar em uma intervenção relevante do Poder Judiciário nas esferas de atribuição de outros poderes, mormente no que diz respeito aos procedimentos de elaboração e implementação de políticas públicas, a utilização daquele instituto deve ocorrer com boa dose de cautela, e somente em casos excepcionais, sob pena de implicar em ofensa ao postulado constitucional que fixa a separação de poderes.¹⁸

Aqui apresento divergências quanto ao autor, posto que, embora a cautela seja característica bem-vinda na aplicação do direito, expondo de maneira equilibrada e democrática teses conflitantes, não é conveniente afirmar que o ECI seja propenso a desequilibrar o sistema de freios e contrapesos, ao ponto de caracterizar ofensa ao postulado da separação dos poderes. Por essa razão, a nota de excepcionalidade que o autor quis emprestar à figura não me parece adequada e a maior prova de tal intento é o número elevado

¹⁷ TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa; MOLLICA, Rogerio. op. cit., p. 112.

¹⁸ PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017, p. 180. Disponível em: www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206. Acesso em: 02 abr. 2021.

de pensadores doutrinários que busca aplicar a sistemática do ECI em outros tipos de direitos fundamentais.

O STF, adotando uma postura mais próxima da autocontenção, não tem demonstrado simpatia por adotar a tese do ECI para outras esferas de direito ou de situações práticas, porém, isso não quer dizer que, primeiramente no campo teórico, não seja possível identificar situações de vulnerabilidade massiva de outros tipos de direitos, e, em segundo lugar, na esfera prática, órgãos de primeiro grau de jurisdição não adequem ou nem desenvolvam decisões judiciais onde seja reconhecida a descrição de uma realidade inconstitucional de fatos e de coisas.

Analisando a situação a partir dos ciclos das políticas públicas, Lemos e Cruz, que trazem a ideia de que, de forma geral, o Poder Judiciário atua no citado ciclo na fase de implementação das políticas públicas, vão aduzir que a decisão proferida na ADPF 347 se insere no ciclo das políticas públicas tanto na fase da avaliação bem como fase da formulação de alternativas, sendo possível afirmar, ainda segundo os autores, que a ação constitucional busca a deflagração do insucesso e o reconhecimento da inconstitucionalidade não somente do sistema prisional, mas também da própria política criminal e penitenciária, a fim de estimular o monitoramento do sistema prisional e conduzir as autoridades públicas competentes na adoção de medidas na própria implementação da política.¹⁹

A visão acerca do tema do ECI também pode ser enquadrada em um espectro maior, especialmente quando analisamos a figura do novo constitucionalismo latino-americano, marcado pela superação, ou tentativa de, dos marcos decoloniais oriundos da epistemologia tradicional europeia-ocidental, fenômeno este também conhecido como giro decolonial, bem como pela valorização da interculturalidade como instrumento de vida em sociedade.

A nova concepção da epistemologia jurídica, e não somente jurídica, mas de outras esferas do saber humano igualmente, dando ênfase à realidade local, especialmente a do continente americano, implica em uma reanálise e uma releitura da adoção acrítica de princípios, postulados e teorias fixadas por pensadores de outros continentes, mormente o europeu, inseridos em realidades bem distintas da realidade latino americana, por exemplo. Nesse contexto, é possível afirmar que se estar a tratar de um instrumento que materializa o novo constitucionalismo latino-americano, na medida em que busca concretizar uma descolonização epistemológica, caracterizada pela valorização dos saberes e conhecimentos

19 LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da Cruz. Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. *Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, p. 18-40, jul./dez., 2017, p. 34.

dos povos nativos de determinada região, colocados muitas vezes em segundo plano pela concepção atual de conhecimento arraigada nos pensadores europeus.²⁰

Vale frisar igualmente que o desenvolvimento da perspectiva do novo constitucionalismo também se alicerça sobre os pilares do próprio texto constitucional, e não apenas por técnicas de julgamentos utilizadas pelas cortes locais. Nesse sentido, é precioso ressaltar as constituições mais recentes do Equador e da Bolívia, por exemplo, que são caracterizadas por adotarem um Estado Plurinacional, marcado pela atuação simultânea da realidade do homem e do indígena, havendo o reconhecimento expresso e a institucionalização adequada para manutenção de direitos das duas categorias.

Com efeito, no estágio mais desenvolvido desse novo constitucionalismo, os direitos de comunidades nativas e locais não passa apenas pelo primado da proteção dos indivíduos, nem apenas pela necessidade de reconhecimento da autonomia desses povos, mas vai além criando e legitimando uma jurisdição própria de tais povos, com mecanismos e instituições mais adequadas à realidade daquela comunidade.

Segundo Kozicki e Broocke, é possível identificar as bases desse novo constitucionalismo latino-americano quando se percebe a necessidade de haver uma interação e uma cooperação entre as instituições, jurídicas e políticas, com a finalidade de superar a situação inconstitucional das coisas, sendo, segundo aquelas autoras, possível verificar a inserção da ordem constitucional da Colômbia nesse contexto neoconstitucional.²¹

Por sua vez, reforçando o raciocínio que liga a teoria do ECI ao novo constitucionalismo da América Latina, Uprimny destaca como característica dessa nova roupagem do constitucionalismo, os julgados da Corte Constitucional da Colômbia, na qual, segundo o autor, tem-se um instrumento de reconhecimento de direitos multiétnicos e multiculturais, enquanto outros países do mesmo continente adotam outras maneiras de expressar essa teoria do direito constitucional, como as recentes constituições do Equador e da Bolívia, que estabelecem verdadeiros estados multinacionais e interculturais.²²

Essa concepção de um novo modelo de constitucionalismo também é destacado por Roberto Gargarella, ao identificar na imagem dos processos estruturais conduzidos pelos

20 MELO, Celso Eduardo Santos de; LIMA, Walenberg Rodrigues. O estado de coisas inconstitucional: um mecanismo do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 18, n. 03. p. 37-56, jul./set., 2019, p. 51.

21 KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 53, p. 147-181, jul/dez, 2018, p. 148. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf> Acesso em: 03 abr. 2021.

22 UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, vol. 89, n. 7, p. 1587-1610, 2011, p. 1602.

tribunais superiores, especialmente os da América Latina, uma das novidades das facetas dialógicas do constitucionalismo contemporâneo²³.

Vale aqui, por ora, frisar que não entendo como um retrocesso à concepção do marco teórico do novo constitucionalismo da América Latina a análise de casos, doutrina e julgamentos oriundos de países como os Estados Unidos, por exemplo, como um evento incapaz de propiciar uma liberdade epistemológica própria do sistema jurídico latino-americano. Isto porque compreendo nos alicerces do novo constitucionalismo a análise crítica e a importação construtiva, modificativa, adaptativa e dinâmica, de institutos, doutrinas e jurisprudência, não apenas das experiências europeias e norte-americanas, mas também das próprias experiências de outros países do continente latino.

De fato, o movimento de se analisar de maneira mais dinâmica e consentânea com os primados da realidade própria dos países latinos os princípios, doutrinas e julgados de direito não quer dizer que este mesmo movimento não possa ter como base os primados jurídicos europeus e norte-americanos, a ponto de desconfigurar o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, posto que uma das características elementares deste não é, ao meu sentir, exclusivamente se afastar das experiências anglo-saxônicas do *common law*, mas sim adotar as experiências de outros países, em especial os da América Latina, também como fonte de aprimoramento institucional.

Desse modo, a compreensão da declaração de inconstitucionalidade de determinada situação de fato pela corte constitucional do país e a análise sobre as características e a forma de implementação das medidas consequentes necessárias para superar essa situação fática é ferramenta indispensável para a contextualização desse modal de constitucionalismo moderno, principalmente quando se fala de tribunais da América Latina.

Passarei agora a dedicar as próximas passagens a entender melhor os julgamentos e contextos sociais que deram origem ao ECI.

2.1.1 Origens do ECI na Colômbia

O Estado de Coisas Inconstitucional compõe, juntamente com as suas consequências jurídicas e as providências do Poder Público almejadas para seu arranjo a partir do seu reconhecimento, especialmente para frear a violação de direitos da pessoa presa, o principal

²³ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10615> Acesso em: 31 mar. 2021.

objeto da pesquisa a ser desenvolvida doravante, especialmente na sua origem reconhecida, o que ocorreu na Colômbia ainda durante a década de noventa, apenas aportando perante a jurisprudência nacional brasileira em 2015.

Para compreender o contexto no qual se insere a Colômbia e suas instituições à época do desenvolvimento da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, é válida a transcrição a seguir:

A Corte Constitucional da Colômbia é responsável por profundos impactos e transformações na sociedade colombiana. A Corte protagonizou decisões relativas ao aborto, eutanásia, descriminalização de drogas, casamento de pessoas do mesmo sexo, autonomia e influência de índios sobre seus territórios, direitos dos trabalhadores de rua e das profissionais do sexo, educação inclusiva para crianças com necessidades especiais, direito à água, entre outros. A Corte não se contenta com mudanças pontuais. Sua maior contribuição está relacionada com a postura firme em promover mudanças estruturais. Alguns casos que exemplificam isso são: a reforma do sistema de saúde, a reforma do sistema carcerário, o caso dos devedores hipotecários e o caso das vítimas de deslocamento forçado. Contudo, o protagonismo judicial é recente na Colômbia: a Corte Constitucional e a atual Constituição Política da Colômbia existem desde 1991. Sob a égide da Constituição de 1886, o Estado colombiano viveu longo período de estabilidade institucional, contando com um sistema de *judicial review* que incluía a Suprema Corte, a ação pública de inconstitucionalidade e relativa independência judicial. No mesmo período, porém, a sociedade colombiana se submetia a elevados níveis de violência. Na década de 50, o país foi imerso em grave conflito civil, denominado “La Violencia”, decorrente da competição entre os partidos “Liberais” e “Conservadores”. Nos anos 80, durante o regime político da “Frente Nacional”, as guerrilhas e o tráfico de drogas geraram o aumento dos níveis de violência e desordem pública, até o ponto em que a Suprema Corte e o Conselho de Estado foram invadidos.²⁴

Bebendo das lições de Uprimny, é possível entender quais as características da Colômbia, como estado nacional, contribuíram para o desenvolvimento e pioneirismo da tese do estado inconstitucional de coisas naquele país: a) baixa atração à representação democrática; b) baixa influência da tradição contemporânea de movimentos sociais, especialmente quando são comparados a outros países latino-americanos; e c) a redução da influência política por parte dos defensores de direitos fundamentais e direitos humanos na elaboração da Constituição do país.²⁵

²⁴ CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p. 217-230, 2019, p. 217.

²⁵ UPRIMNY, Rodrigo. Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks. **Sur - International Journal on Human Rights**, Vol. 6, p. 48-65, 2007, p. 57-59. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/en_a04v4n6.pdf Acesso em: 01 abr. 2021.

Segundo César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco²⁶, no caso colombiano de reconhecimento do ECI, a origem das ações judiciais que deram ensejo à decisão da corte constitucional foi o fracasso do Estado em cumprir com seu dever de proteger a população deslocada e de fornecer respostas eficazes aos seus requerimentos de melhores condições de vida, tal qual quando as vítimas do deslocamento solicitaram a ajuda ao Poder Público, à luz da Lei nº 387 de 1997 daquele país, mas sem que as referidas autoridades adotassem as providências necessárias para solucionar a situação.

Na SU-559, de 6 de novembro de 1997, a corte constitucional da Colômbia se restringiu a reconhecer a violação da Constituição na situação que lhe era apresentada e a advertir as autoridades competentes que tal situação deveria ser corrigida, de acordo com suas funções institucionais, em um prazo estipulado como razoável. Por sua vez, na decisão T-153, de abril de 1998, aquela corte foi mais além e determinou às autoridades públicas responsáveis a necessidade de reformar as unidades prisionais e de construir novos centros de detenção. Finalmente, na sentença T-025/04 a corte não apenas não se limitou à declaração da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, nem apenas a determinar a realização de políticas públicas para resolver a situação, mas também prorrogou a sua jurisdição para acompanhar a própria fase de execução e o cumprimento do julgado pelos órgãos responsáveis, mediante a implementação das determinações judiciais proferidas naquela decisão.

Destaca-se que esse mecanismo de prolongar a sua própria jurisdição, mesmo após o julgamento final de mérito das demandas que lhes foram apresentadas, foi muito utilizado pela corte colombiana em outras oportunidades, sendo a sentença T-025/04 uma das mais conhecidas e cujo alcance teve desdobramentos e efeitos prolongados.

Nesse aspecto, ainda vale citar a sentença T – 760, proferida no ano de 2008, referente à falência generalizada do sistema de saúde pública da Colômbia, na qual a corte constitucional do país não reconheceu expressamente a existência do ECI, mas prorrogou sua jurisdição a fim de monitorar o desenvolvimento da situação e a execução de políticas públicas pelos órgãos públicos competentes em cumprimento da decisão judicial proferida nos autos do processo.²⁷

²⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 81

²⁷ COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-760/2008**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

O que Juliana da Paixão vai asseverar sobre esse ponto citado, especificamente, é que naquela decisão T – 760 foi adotada pelo órgão jurisdicional, de maneira mais explícita, firme e direta, a postura jurídica de cunho mais procedimental, estipulando prazos rigorosos e ordens de resultados para proteção de direitos mais básicos da saúde pública.²⁸

Vale esclarecer também que o ECI foi reconhecido em vários outros casos pela Corte Constitucional da Colômbia, bem além daqueles aqui representados, e em situações que, embora a princípio não tenha nenhuma semelhança com os casos comuns de reconhecimento de ECI, podem ser caracterizadas pela fórmula: violações massivas, generalizadas e permanentes a direitos fundamentais decorrentes, sobretudo, das omissões do Poder Público estatal, requerendo do órgão jurisdicional decisões amplas e direcionadas à solução da situação em sua consideração social.

Magalhães, todavia, analisando os casos do ECI no Brasil, e criticando os elementos de sua configuração básica, afirma que essa figura do estado inconstitucional das coisas não se apresenta apenas com três requisitos, mas sim cinco, que seria eles:

1) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; 2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada, 3) superação das transgressões exige a atuação de todas as autoridades políticas; 4) Sub-representação parlamentar da população atingida pela violação generalizada e a 5) a impopularidade social dos atingidos pelas violações. Os dois últimos requisitos podem ser substituídos, como alternativa, pela fórmula “existência de bloqueio político”²⁹

Aqui cabe uma crítica, salientando a minha discordância com o pensamento acima: a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional pode estar associada à sub-representação parlamentar dos afetados bem como à impopularidade social dessa mesma população, como, de fato, parece ser a situação das pessoas reclusas no sistema prisional brasileiro. Contudo esses elementos não são indispensáveis para identificação do ECI em relação a outros tipos de direitos fundamentais, tais como o de saúde e de moradia, que foram bases para declarações de ECI na Colômbia, por exemplo.

Quero dizer: o bloqueio político, embora presente em algumas situações, não pode ser encarado como requisito indispensável para a configuração do ECI na defesa de direitos humanos e fundamentais, posto que em algumas situações é viável que haja algum grau de

²⁸ PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de coisas inconstitucional**: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 65-66.

²⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 26. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

representatividade e de interesse por parte da classe política do país, mas que por razões além e variadas, ainda assim, seja patente a configuração de uma violação massiva de direitos por parte de determinada população afetada.

De todo modo, essa forma de atuação da Corte Constitucional da Colômbia pode demonstrar especialmente duas coisas: 1) a evolução paradigmática na forma como proferir e como gerir uma decisão judicial atinente ao Estado de Coisas Inconstitucional; 2) o grau de ativismo judicial exercido pelo tribunal, sendo possível à doutrina, quando da análise de tais casos, afirmar que a corte colombiana é paradigma na América Latina quando o assunto é ativismo, sendo, inclusive, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos, considerada como uma das mais ativistas do mundo.³⁰

Após discorrer sobre a divisão elaborada por Gomez Pinto acerca do estudo do ECI em três etapas distintas conforme a análise da atuação da corte colombiana, Campos destaca que prefere a divisão binária, que, embora menos analítica, permite o melhor entendimento do fenômeno, separando a evolução do ECI em duas fases: a primeira (marcada especialmente pela falha na efetividade no cumprimento das decisões, como no caso da sentença T – 153, relativa à situação caótica do sistema penitenciário colombiano) que vai de 1997 até 2003, último ano antes da decisão T – 025/2004; e segunda fase, inaugurada a partir deste último julgado proferido por aquela corte constitucional latino-americana.³¹

A evolução desses ciclos do Estado de Coisas Inconstitucional é relevante para auxiliar na sistematização do tema, de modo descritivo-analítico, servindo como ponto de partida para a pesquisa aqui desenvolvida.

Nessa toada, Marmelstein vai avaliar a utilização da técnica em apreço de modo resumido, que, embora permita questionamentos e não se perfaz em toda e qualquer situação de reconhecimento de ECI, traz um resumo interessante da lógica e do roteiro daquilo que se espera, bem como daquilo que a prática da jurisprudência colombiana demonstrou.

Segundo o autor, para quem o Poder Judiciário não deve estabelecer, em caráter impositivo, os mecanismos exatos para a superação da situação inconstitucional, pois quem tem melhores condições de fazê-lo são os órgãos administrativos, sobretudo os responsáveis pela execução do plano de superação da situação de violação massiva de direitos, é possível identificar uma linha de atuação em toda a sistemática do ECI, que se traduz nas seguintes fases: (a) identificação e comprovação do quadro de violações sistemática de direitos; (b)

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 99.

³¹ Idem., p. 165-167.

reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional; (c) comunicação da situação aos órgãos públicos cujas atuações dizem respeito ao sistema no qual o ECI está envolvido, para adoção de medidas administrativas e legislativas cabíveis para a solução; (d) estabelecimento de prazo para apresentação de um plano de solução; (e) apresentação do citado plano de solução, mediante especificação de prazos e metas; (f) execução do plano referido; (g) fiscalização do cumprimento do plano por meio de órgãos públicos e entes privados indicados pelo Poder Judiciário; (h) análise dos resultados obtidos e do cumprimento das medidas adotadas; (i) em caso de não-superação do ECI, novo diagnóstico, com aplicação da responsabilização pela omissão e erros; e, por fim, (j) novo reconhecimento de situação de ECI e mediante atuação judicial mais intensa.³²

De maneira geral, considerando principalmente a ideia de ciclos de políticas públicas, brevemente comentada nesse trabalho, a atuação e a condução dos órgãos e atores, principalmente os públicos, no ensejo da discussão de um caso de ECI envolve o ciclo acima epigrafado, ora com menos, ora com mais etapas.

Vale, por oportuno, também afirmar que as características tomadas como base para a configuração do ECI ensejam questionamentos em sua essência, e, nessa toada, Magalhães assevera que, longe de ser uma questão de somenos importância, a falta de um delineamento preciso acerca da identificação daquilo que seria uma autêntica violação generalizada de direitos fundamentais acarretou pesadas críticas à jurisprudência da Corte Colombiana sobre o assunto.³³

Ao analisar o caso do julgamento da cautelar na ADPF 347 no Brasil, Magalhães vai afirmar que para assegurar a caracterização do ECI, considerando a inexistência de uma noção bem delimitada para o conceito de falha estatal estrutural, também característica da citada figura, se o operador do direito se encontrar diante de uma violação generalizada de direitos fundamentais não será difícil de atribuir a mesma a uma ausência de coordenação entre os poderes estatais constituídos, contudo ela precisará ter sido ocasionada por um bloqueio político para permitir ser caracterizada como elemento do ECI.³⁴

32 MARMELSTEIN, George. O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 02 out. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net>. Acesso em: 10 abr. 2021.

33 MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 14. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

34 MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 17. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

Outra crítica pertinente de Magalhães é que, segundo o autor, o voto do ministro relator Marco Aurélio não foi claro em identificar quais os indicadores que apontam para a existência de omissões estruturais e como seria possível caracterizar a ausência de providências pelo Poder Público com o intuito de superar do quadro de violações massiva de direitos.³⁵

Com respeito à posição abalizada do autor acima, identifico que esses problemas, ou constatações, não afetam a praticidade nem a utilidade da ferramenta modal do ECI como mecanismo não somente de reconhecimento de uma situação juridicamente inadequada e faticamente perversa, mas também como elemento propulsor para a mudança na realidade social, porque a composição de indicadores preestabelecidos, embora louváveis e interessantes, não impede que o juiz, inclusive o de um tribunal superior, identifique os elementos que possam ser enquadrados na figura da situação inconstitucional dos fatos.

2.1.2 Sentença SU-559/97

A sistemática pensada por trás da figura do ECI cuida, na verdade, de técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997³⁶, em caso que dizia respeito à proteção ao direito à saúde de determinado grupo de professores públicos que tiveram negado o acesso ao serviço a que faziam *jus*, buscando combater as situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas eram de natureza estrutural, ou seja, de ausência de efetivação de políticas públicas, especialmente no âmbito do Poder Executivo, consoante assevera Mariana Guimarães em artigo sobre o tema.³⁷

Ainda na obra mencionada, a autora pugna que o Estado de Coisas Inconstitucional consiste em uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia para fazer frente à sistemática violação de direitos fundamentais em determinado contexto social.

Em resumo, no caso citado, um grupo de professores da rede pública das províncias de *María La Baja* e *Zambrano* não tiveram seus direitos previdenciários reconhecidos pelo Poder Público mesmo após anos de contribuição ao fundo previdenciário aos quais deveriam

³⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 21. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

³⁶ COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença SU-559**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

³⁷ GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 49, p. 79-111, jan./jun. 2017, p. 80.

estar vinculados, razão pela qual não receberam a devida cobertura de saúde e de seguridade social.

Segundo Campos, no caso da sentença SU-559/97, a Corte Colombiana verificou haver um descumprimento generalizado da obrigação estatal de contrapartida previdenciária, não sendo possível atribuir a falha a um único órgão público, pois se tratava de uma falha estrutural de todo o sistema.³⁸

No caso em análise, o julgamento do órgão colombiano foi além de apenas reconhecer uma situação caótica e generalizada de violação aos direitos previdenciários daqueles profissionais da educação pública, assegurando aos mesmos a filiação devida aos fundos previdenciários correspondentes, e passou a materializar uma proteção efetiva dos direitos fundamentais postos em questão.

Oliveira, Santos e Gonçalves, afirmam que, com essa decisão, aquela corte reconhecia a existência de um cenário que violaria a constituição colombiana, gerando desigualdade e retirando direitos mais básicos de determinado grupo de pessoas, pois alguns professores estavam, como aquele entendimento prévio mantido pela Administração Pública, recebendo um tratamento aviltante diante da negativa constante de acesso aos benefícios previdenciários a que tinham direito. Desse modo, segundo os autores, a sentença foi proferida, julgando procedente a demanda e determinando o prazo de um ano para a efetiva afiliação dos docentes, ocasião em que aquela corte destacou a importância do aspecto coletivo do processo, tendo em que vista que seu objeto alcançava elevado número de professores em situação idêntica, mas que não eram integrantes da ação, mas mereciam o mesmo amparo do Poder Público.³⁹

Em resumo, pode-se afirmar que a Corte Constitucional da Colômbia, no caso da sentença SU-559/97: I) reconheceu a existência do ECI no âmbito do regime previdenciário dos professores da rede pública de ensino; II) determinou aos municípios do país que se encontravam em situação semelhante adotassem as providências necessárias para sanar as irregularidades; e III) enviou cópias da decisão aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, além de enviar ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento e outras autoridades públicas para conhecimento e providências.⁴⁰

38 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit., p. 121.

39 OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron S.; GONÇALVES, Vinícius Araújo. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 265-306, jan./jun., 2018, p. 270.

40 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit., p. 124.

Nascia, assim, no âmbito daquela jurisprudência as primeiras ideias de uma diretriz interpretativa e argumentativa para situações de violações massivas a direitos fundamentais cujas causas remetiam a omissões e falhas do Poder Público, cuja resolução demandava uma postura ativa e resolutiva por parte dos órgãos do Poder Judiciário do país.

Sobre a decisão T-559/97, Neri vai afirmar que, inobstante o relevo do caso e da decisão em si, notadamente marco inaugural da tese de grande importância, a grande preocupação do órgão julgador colombiano era, em verdade, encontrar uma ferramenta apta para abranger um número indeterminado de pessoas em situações semelhantes, de modo a evitar um grande número de demandas processuais individuais sobre a mesma questão.⁴¹

Esse tipo de situação configura uma autêntica “falha estrutural” no sistema jurídico de um país, causada sobretudo por uma série de omissões na adoção de medidas legislativas e administrativas eficazes, com ampla possibilidade de superar a situação de inconstitucionalidade, fato que caracteriza uma situação excepcional que demanda uma tutela jurisdicional diferenciada.⁴²

Para Magalhães, uma vez tirado de empréstimo vindo da Corte Constitucional Colombiana, o ECI não representou a panaceia de salvação para todos os problemas estruturais colombianos, nas mais diversas esferas de direitos fundamentais sobre os quais foi reconhecido, além de ter relevantes opositores no campo doutrinário e apresentar falhas na sua implementação, com aquilo que o autor chamou de “tímidos resultados observados”, embora Magalhães reconheça significativos avanços no caso dos deslocados internos. Quando se refere ao exemplo da aplicação do ECI pela Corte Constitucional Colombiana no campo da superlotação carcerária, Magalhães afirma que o instrumento fracassou espetacularmente.⁴³

A crítica desempenhada pelo autor, embora relevante, não merece tanto reconhecimento pelo estudioso do tema, posto que, embora o resultado esperado da aplicação da tese do estado inconstitucional de coisas no sistema carcerário daquele país não tenha sido alcançado na sua inteireza, não se pode dizer que houve um fracasso espetacular na sua aplicação haja vista que a decisão judicial contribuiu bastante não só para a reflexão sobre o

41 NERI, Bianca Garcia. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural: a concretização dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dialógica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XXIII, v. 27, n. 1, p. 92-114, jan/abr. 2018, p. 99. Disponível em: <<https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/856>> Acesso em: 04 abr. 2021.

42 LAGOS, Leonardo Bas Galupe, Estado de Coisas Inconstitucional: a solução para o problema penitenciário no Brasil? **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 03. p. 129-144, jul./set., 2020, p. 139.

43 MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 04. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

tema, mas também para o aumento do número de vagas no sistema prisional, consoante adiante comentarei.

2.1.3 Sentença T-153/98

Ainda sobre a citada técnica decisória empregada pela corte colombiana, é precioso destacar o entendimento de Clara Vargas Hernández, juíza daquela corte constitucional, desta vez referindo-se especificamente aos centros de detenção de pessoas naquele país, no julgamento da T-153, de 28 de abril de 1998, ao aduzir que aquele tribunal destacou a notoriedade da situação de ausência de políticas públicas efetivas e coerentes no sistema penitenciário local, especialmente nas cidades de Bogotá e Medellín.⁴⁴

Cabe aqui, entretanto, fazer um pequeno paralelo de algumas das decisões da corte colombiana nos julgados que reconheceram a existência do ECI em determinada área e campo social.

Saliento, inicialmente, que nem todas as decisões da Corte Constitucional da Colômbia que inauguraram ou que desenvolveram a tese do ECI tiveram efeitos práticos satisfatórios, contudo, isso não impede que as mesmas, principalmente quando tomadas em conjunto, com observação acurada sobre o seu desenvolvimento com o decorrer do tempo e com a prolação de novas decisões, muitas vezes atentas aos erros dos julgados anteriores, sejam utilizadas como ponto de observação para a construção de uma ideia de sustentação para superação do ECI brasileiro.

Sobre o tema destaca-se a posição de Posada Segura e Jaranillo, analisando anos depois o estado crítico em que se encontrava o sistema penitenciário de Medellín, mesmo após o reconhecimento do ECI pela corte constitucional e as providências adotadas pelas autoridades públicas após a decisão judicial na sentença T – 153, fazendo-se concluir que não obstante a postura decisional da corte constitucional e da adoção de algumas providências práticas na seara política para solucionar a situação, ainda assim permanece latente um estado massivo de violação de direitos fundamentais naquele sistema.⁴⁵

⁴⁴ VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". **Estudios Constitucionales**, Santiago, Chile, vol. 1, núm. 1, p. 203-228, 2003, p. 217.

⁴⁵ POSADA SEGURA, Juan David; ACEVEDO JARAMILLO, Luz Marina. PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE MEDELLÍN. **EL ÁGORA USB**, vol. 12, núm. 1, enero-abril, 2012, p. 103-125, Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, Medellín, Colombia, pg. 119. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=407736375007>. Acesso em: 02 ago. 2018.

Um problema grave que as decisões que se propõem a reformar unidades prisionais ou, de maneira mais generalizada, melhorar as condições de vida de um recluso no sistema prisional, sofrem é a ausência de grande apoio por parte da opinião pública, posto que muitas vezes a situação de um preso está associada à figura de alguém que não merece amparo pelo Estado em razão do crime cometido, sendo que essa ausência de apoio leva muitas vezes as autoridades políticas a adotarem providências mais tímidas quanto à efetivação de um sistema prisional mais humano.

Há pensadores que sustentam uma avaliação negativa dessa experiência após a sentença T – 153, apontando como seus principais defeitos a pouca flexibilidade das ordens judiciais proferidas pelo órgão constitucional, a baixa fiscalização de seu cumprimento e a pouca preocupação da corte colombiana com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem efetivamente as ordens proferidas naquele processo.⁴⁶

Nesse aspecto, qual seja, da efetivação das medidas judiciais e, principalmente, das medidas administrativas tomadas para equacionar a situação inconstitucional mencionada, inclusive possibilitando a sua superação eficaz, Garavito, de seu turno, destaca que o ECI deve ser tratado como uma ferramenta que configura uma proteção excepcional, exigente e eficaz de direitos constitucionais, chegando a propor um teste de ordem objetiva para superar o Estado de Coisas Inconstitucional, combinando indicadores de resultado e delineando um processo de avaliação transparente e coerente dos avanços e retrocessos da política pública de determinada questão estrutural de direitos humanos, como no caso deslocamento forçado, por exemplo.⁴⁷

No caso da sentença T-153, típica decisão estrutural, um ponto veemente destacado em doutrina, refere-se à ausência de monitoramento efetivo bem como na omissão da fixação e regulagem constante de indicadores para avaliar o grau de implementação das medidas ordenadas na sentença, razão pela qual Kosak e Barboza apontam como justificativas para o relativo insucesso real da decisão judicial que reconheceu o ECI no sistema prisional colombiano.⁴⁸

46 VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 01 jan. 2016, p. 17.

47 GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo Cesa el estado de Cosas Inconstitucional del desplazamiento? *In*: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009, p. 475.

48 KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p.175-194, 2020, p. 179.

Ainda segundo as autoras referidas, apenas o Poder Judiciário seria o legítimo ator apto a agir em prol da redução do quadro de inconstitucionalidade, uma vez que pouco se fala e se defende acerca dos direitos dos presos no debate político, bem como pelo fato de que a dignidade da pessoa presa não costuma ser bandeira defendida no cenário político-partidário com veemência, em virtude, especialmente, do seu alto custo de capital eleitoral.⁴⁹

Aqui, em razão da proximidade com os levantamentos acima destacados, vale fazer referência à análise de Magalhães quanto aos bloqueios institucionais existentes na questão das melhorias no sistema prisional, a saber: sub-representação parlamentar e a impopularidade dos indivíduos encarcerados, possivelmente beneficiados pela decisão, já que não se vê prioridade política dos gastos públicos com apenados e conviventes do sistema prisional nacional.⁵⁰

São exatamente esses elementos que levam o autor a concluir que o caso de ECI no Brasil é a aplicação da doutrina de um caso só, posto que, para ele, seu cabimento dependerá da sub-representação parlamentar do grupo interessado na resolução da questão bem como vai depender também do grau de popularidade da demanda perante a opinião pública, pois, segundo Magalhães, esses requisitos, tal como dispostos pelo próprio STF, são observados apenas no caso das prisões.⁵¹

Inobstante as informações acerca da pouca resolutividade da situação e também a necessidade ou não de impor métodos objetivos de aferição da eficácia do instituto, consoante dito acima, é possível concluir como Díaz, Carli e Soares, que esse desenvolvimento jurisprudencial do tribunal constitucional colombiano é uma grande contribuição para a teoria jurídica latino-americana, e que funciona como autêntica ferramenta útil para a realização da dignidade da pessoa humana.⁵²

Nesse ponto é relevante destacar que o relativo insucesso da política pública prisional colombiana para assegurar condições adequadas para os presos de seu país, mesmo com o reconhecimento do ECI pela Corte Constitucional, não retira da figura ora analisada a importância suficiente para permitir a adoção pelo Estado brasileiro de práticas condizentes e

49 KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., p. 184.

50 MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 08. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

51 MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 25. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

52 DÍAZ, Omar Huertas; CARLI, Ana Alice de; SOARES, Bruno de Paula. El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación en Brasil por la Corte Suprema, **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS, v.3, n.1, p. 33-51, jan./jul. 2017, p. 50. Disponível em: <http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/4096>. Acesso em: 02 out. 2018.

mais eficazes de proteção dos direitos da pessoa presa, utilizando-se para tanto, inclusive, técnicas jurídicas de reconhecimento e delimitação do problema, como o fez o STF ao reconhecer o ECI no Brasil.

As críticas às falhas da aplicação da teoria do ECI pelo STF são várias e tentarei expor com mais detalhes na última parte desta obra, contudo, vale adiantar um pequeno trecho, em caráter complementar ao acima citado, relativo ao insucesso da fórmula aplicada pela corte colombiana no caso do sistema prisional daquele país. A crítica repousa na ausência de legitimidade democrática ao Poder Judiciário para implementar políticas públicas, associado a uma espécie de “agigantamento” do Poder Judiciário, que atuaria através de uma postura excessivamente subjetiva, que por sua vez acarretaria em externalidades negativas, causada por uma insegurança jurídica, que, inclusive afastaria investimentos estrangeiros no país.⁵³

Com essas críticas não concordo e tentarei expor com mais detalhes na parte final do trabalho, mas, por ora, convém salientar que as mesmas não impedem a efetivação de direitos fundamentais em casos de omissão sistêmica do Estado em dar condições de gozo de tais direitos.

Nessa toada, a corte colombiana destacou inexistir naquele país uma política pública coordenada e voltada ao sistema prisional, se não para resolver, ao menos minimizar, a caótica situação então vivida no cárcere.

Para Campos, os juízes daquela corte concluíram que o tema do sistema prisional estava totalmente fora da agenda política, resultando em um estado patente de inércia legislativa, administrativa e orçamentária, sendo que, aliada a essa inércia, corria a falta de representação política dos presos, apontando para a grande probabilidade de que o problema não fosse resolvido sem a intervenção do Poder Judiciário.⁵⁴

Entretanto, vários fatores contribuíram para que, com o decorrer do tempo, a citada decisão se tornasse um tanto quanto vazia, pois, inobstante o reconhecimento da situação massiva de violação a direitos fundamentais e uma série de ordens judiciais emanadas da Corte Constitucional, em desfavor das mais diversas autoridades públicas daquele país por ocasião do citado julgamento, a efetividade da decisão deixou a desejar. E muito.

Com efeito, Sombra vai afirmar que no ano de 2001, uma missão humanitária do Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) inspecionou unidades

⁵³ ROSA, André Luís Cateli; CARMO, Valter Moura do; A declaração do estado de coisas inconstitucional frente às conseqüentes externalidades negativas. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza**, ano 17, n. 25, p.177-202, maio/ago. 2019, p. 196-197. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v17i25.p177-202.2019> Acesso em: 31 mar. 2021.

⁵⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit., p. 130-131.

prisionais da Colômbia e concluiu que no país a situação dos prisioneiros estava pior do que antes do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.⁵⁵

Assim, em 2013, na decisão T-388, e em 2015, na decisão T-762, aquela corte enfrentou mais uma vez o problema persistente do sistema penitenciário colombiano, admitindo a patente superlotação das unidades, de modo a proferir decisões judiciais que orientassem políticas públicas mais específicas e direcionadas aos problemas do sistema prisional.

Logo, no caso do sistema prisional daquele país latino americano, a Corte Constitucional Colombiana reconheceu não apenas uma, mas sim três vezes, a ocorrência de um autêntico ECI, mas, por diversas razões, especialmente de ordem prática, não conseguiu monitorar, de maneira eficaz, suas decisões, motivo pelo qual o instituto não gerou o resultado prático que dele se esperava.

Para Campos, um dos principais equívocos da decisão da T-153/98 foi a Corte Constitucional da Colômbia proferir ordens judiciais estruturantes sem fixar os mecanismos procedimentais adequados para o cumprimento efetivo das decisões, através de um monitoramento da fase de cumprimento da sentença, pois as ordens foram flexíveis, carecendo de uma jurisdição supervisora da corte constitucional sobre os mais diversos âmbitos de aplicação e implementação: “A Corte pecou em acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente as medidas ordenadas.”⁵⁶

Já Garavito, de seu turno, destaca que não existe na T-153/98 o melhor resultado esperado comparativo das decisões da Corte Colombiana no critério instalação de jurisdição supervisora, posto que preponderava, ainda àquela época, um caráter de imposição das determinações judiciais dirigidas aos representantes do Poder Executivo, carecendo, inclusive, de uma participação social mais efetiva sobre essa esfera de supervisão do cumprimento da sentença.⁵⁷

Contudo, apesar das críticas acima apontadas, pondera-se também por avanços alcançados na proteção dos direitos sociais dos apenados e presos provisórios no sistema

⁵⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. ADFP 347 and the “unconstitutional state of affairs” of brazil’s prison system, *Joçaba*, v. 17, n. 2, p. 649-656, maio/ago., 2016, p. 652. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejl.v17i2.9764> Acesso em: 30 mar. 2021.

⁵⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. cit., p. 134.

⁵⁷ GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, Vol. 89, p. 1669-1698, 2010, p. 1669. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf> Acesso em: 30 mar. 2021.

carcerário colombiano a partir da decisão da T-153/98, posto que a decisão gerou mais de 20 (vinte) mil vagas no sistema prisional daquele país.

Esse remédio, construção de novas unidades prisionais e aumento do número de vagas para os presos, embora se apresente como insuficiente, posto que a alteração quantitativa não acarreta necessariamente uma melhora qualitativa no que se refere ao quesito de dignidade de vida no cárcere, não pode ser totalmente ignorado. Nesse viés, é possível afirmar que ao colocar a pauta da crise prisional em voga, o Tribunal Constitucional da Colômbia oferece uma nova perspectiva de enfrentamento da questão com propostas de avanços peculiares.⁵⁸

2.1.4 Outros julgados da corte constitucional colombiana reconhecendo o ECI

Encontra-se na literatura especializada sobre o tema casos outros de julgamentos pela Corte Constitucional da Colômbia onde foi fixada a tese da existência e reconhecimento do ECI, valendo a descrição de alguns desses casos a fim de situar melhor a contextualização da problemática aqui desenvolvida.

Inicialmente convém destacar a situação da ausência de convocação de candidatos de concurso público para o cargo de notários naquele país, situação reconhecida através da sentença SU-250/98, posto que o Estado simplesmente se omitia em realizar certame para preencher os cargos de titulares de serventias cartorárias daquele país.

Por ocasião do julgamento, a Corte Constitucional não apenas reconheceu a omissão das autoridades públicas em realizar concurso público para o provimento das titularidades cartorárias, mas também determinou ao Conselho Superior da Carreira Notarial que, no prazo máximo de três meses, promovesse concurso em todo o território colombiano.⁵⁹

Ainda na década de noventa, desta feita através da sentença T-590/98, a Corte também reconheceu a existência do ECI em relação aos casos de defensores de direitos humanos, incitados pelo caso de Esteban Cancelado Gómez, defensor de direitos humanos, preso e ameaçado por adversários e pessoas por ele denunciadas.

Na decisão sobre o caso, o órgão jurisdicional constatou a ausência de políticas públicas de proteção de pessoas defensoras de direitos humanos na Colômbia, a partir de uma

⁵⁸ SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das Chagas. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. *Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, p. 2596-2612, p. 2602.

⁵⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit., p. 137.

conduta omissiva do Estado, que não adotava as medidas necessárias para fazer cessar esse tipo de violação.

Finalmente, vale citar a sentença T-525/99, que cuidou do caso da mora no pagamento de valores de aposentadorias e pensões pelo Departamento de Bolívar, em razão de dificuldades financeiras e orçamentárias pelas quais passava aquela unidade, ante a ocorrência de vultosos débitos e a busca do governo local de entidades financeiras para fins de realizar empréstimos, com o fulcro de solucionar o problema dos proventos.

No citado caso, a Corte fez prevalecer o direito de o cidadão gozar de condições mínimas para sobrevivência adequada e digna, devendo o Estado diligenciar para superar as dificuldades financeiras e efetuar os pagamentos devidos de pensões e aposentadorias, sendo, por essa razão, possível identificar a ocorrência de ECI naquele sistema.⁶⁰

Além desses, é válido igualmente referir a sentença T-025/04, que diz respeito à existência de uma verdadeira população de deslocados, pessoas expulsas de suas residências em razão do ambiente violento e degradante onde viviam, ocasião em que a Corte Constitucional não apenas não se limitou ao reconhecimento da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, nem apenas a determinar a realização de políticas públicas para resolver a situação, mas também prorrogou a sua jurisdição para fixar uma esfera de acompanhamento da execução a fim de sanar as irregularidades constatadas.

Diante da importância da citada decisão para o presente trabalho, que analisa a questão dos processos estruturantes, reservo-me a discutir tal decisão mais à frente no transcorrer da presente tese.

Entretanto, é válido ressaltar que há pensadores que propugnam a ideia de que a técnica do reconhecimento do ECI por órgãos do Poder Judiciário, no Brasil ou em outros países, não necessariamente contribui para uma melhor e maior integração entre os poderes constituídos, e, o que parece mais grave, não apresenta invariavelmente um conjunto de soluções mais sensíveis à realidade da sociedade.⁶¹

Analisando especificamente a questão da sentença T-025/04, Holl vai afirmar que não poderia a decisão da corte constitucional resolver de fato o problema dos deslocados na Colômbia, mesmo se utilizado da técnica do ECI e mesmo estabelecendo diversos graus de

⁶⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit., p. 141.

⁶¹ HOLL, Jessica. O Estado de Coisas Inconstitucional do deslocamento forçado na Colômbia a partir da perspectiva de um constitucionalismo feminista. In: MEYER, Emilio Peluso Neder. **Direito Constitucional Comparado**: perspectivas contemporâneas. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 229.

execução da decisão, pois o que estava sob o plano de fundo da questão era o conflito entre o governo colombiano e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).⁶²

Ocorre que, embora a opinião acima epigrafada esteja envolta em um conjunto complexo de fatores que assim o possa fazer crer, a mim me parece que o ECI, uma vez bem utilizado, indo além do mero reconhecimento para atingir níveis concretos e práticos de execução bem implementada, pode sim contribuir como solução para problemas sociais arraigados e perenes, sendo que a integração dos poderes constituídos é ferramenta que compõe essa forma de execução adequada.

Nesse aspecto, Sombra vai afirmar em artigo especializado sobre o tema que além do objetivo de debater as condições degradantes do sistema penitenciário brasileiro, a técnica de reconhecimento do ECI no Brasil reflete a dinâmica de um processo de controle de constitucionalidade praticado pelo Supremo Tribunal Federal e de sua tentativa de introduzir transplantes jurídicos imprecisos, quando, de fato, não se deve focar em questionar a experiência de sucesso da Colômbia, em si, mas, no caso brasileiro, o foco deverá recair sobre o problema visto pelo âmbito da eficácia das medidas adotadas pela corte judicial durante o processo de implementação dessas mesmas medidas e no conjunto de instituições de monitoramento responsáveis por essa implementação.⁶³

2.2. Condições do sistema carcerário brasileiro anteriores ao julgamento da ADPF 347

A contextualização do cenário vivido até setembro de 2015 no regime carcerário nacional é de fundamental importância para a compreensão do panorama no qual estava inserido o julgamento da medida cautelar na ADPF 347, permitindo a compreensão do estudioso quanto ao tema e à postura dos tribunais brasileiros e de doutrinadores sobre a questão da manutenção da prisão pelo país, seja ela como local para cumprimento de pena ou ato processual, de natureza cautelar ou definitiva.

Nesse sentido, é de senso médio no conhecimento daqueles que tratam de direito penal, criminologia e segurança pública saber que, naquele momento e nos anos que lhes antecederam, o sistema prisional brasileiro apresentava diversas falhas, sendo as mais graves

⁶² HOLL, Jessica. op. cit., p. 246.

⁶³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. ADPF 347 and the “unconstitutional state of affairs” of brazil’s prison system, **Joçaba**, v. 17, n. 2, p. 649-656, maio/ago., 2016, p. 651. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i2.9764> Acesso em: 30 mar. 2021.

a superlotação, a falha na capacidade de ressocialização e a violência sistêmica exercida dentro das unidades carcerárias, pelos presos e contra os presos.

Nesse tópico busco trazer para o trabalho o grifo sobre um pouco da realidade vivida no sistema de encarceramento no país nos anos anteriores a 2015, destacando suas principais falhas, a fim de contextualizar a parte do trabalho em que se fala sobre a decisão cautelar na ADPF 347, em si e suas consequências.

De início, é preciso destacar, como fazem Santos e Ávila, que o Brasil mantém um sistema carcerário que pouco serve como mecanismo de ressocialização, e muito funciona como instrumento e espaço destinado à proliferação de doenças infectocontagiosas, à prática de tortura por agentes estatais e presos, à extinção violenta de encarcerados pertencentes a grupos rivais, à arregimentação de presos por facções criminosas, ao uso excessivo de drogas ilícitas, entre outras mazelas sociais e comportamentais.⁶⁴

É forçoso ressaltar que entre as clássicas funções da pena, destacadas pelos mais diversos manuais de direito penal, a saber, a função retributiva e a função preventiva, destacando dentro dessa o viés ressocializador, sem nenhuma espécie de dúvida é possível afirmar que no sistema jurídico brasileiro a missão de transformação de pessoas que cometem crimes e são colocadas em cárcere a fim de que possam ser reinseridas na sociedade, sem praticar novos delitos e prontas ao convívio social, em muito é um fracasso.

Não são poucos nem desconhecidos os casos em que presos, muitas vezes sem grande grau de periculosidade, se arregimentam em organizações criminosas e passam a integrar facções a partir da convivência em prisões, dividindo tarefas, organizando mais crimes e planejando empreitadas violadoras de direitos e de normas jurídicas positivas.

Destaco, como faz Tavares, que, se de um lado a ressocialização dos presos nacionais brasileiros já encontra dificuldade imensa de se concretizar, quando se analisa a situação dos presos estrangeiros em território brasileiro essa ressocialização se torna ainda mais tormentosa, haja vista a diversos fatores complicadores tais como a língua, a cultura e o distanciamento de familiares e de origens, inclusive afastando eventuais sentimentos de pertencimento.⁶⁵

Vislumbro facilmente que a ressocialização do preso não pode ser considerada a regra do sistema prisional brasileiro, muito menos pode ser caracterizada como um norte

⁶⁴ 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, p. 269.

⁶⁵ TAVARES, Aderruan. Sobre a transferência e a ressocialização de presos estrangeiros. **Caderno Virtual**, IDP, v. 2, n. 44, abr/jun., 2019. pdf.

balizador da pena aplicada, ainda que individualizada, posto que as condições do regime prisional propiciam muito mais vieses de propensão à própria criminalidade.

Bem verdade seja que alguns autores, como faz Amaral, apresenta uma necessidade de que o conceito adotado mais modernamente de ressocialização seja revisto, a partir de uma perspectiva de teoria dos sistemas, com influência de Niklas Luhmann, já que se trata de um conceito que não se sustenta, nem em termos clássicos, nem ideais, de modo que seja melhor compreendido como “uma atividade dialógica, de convencimento, e não de imposição de valores, que tem como conteúdo mínimo a preservação da sociabilidade originária do preso em relação ao momento de seu ingresso no estabelecimento penal”, sendo que essa ressocialização estaria mais ligada ao código binário, típico da teoria dos sistemas, de dessocialização e não-dessocialização.⁶⁶

Ainda para Cláudio Amaral, concretiza-se a ressocialização, melhor tratada pelo autor pelo seu conteúdo mínimo, indicado por Amaral como sendo a atividade de não-dessocialização, mediante a atribuição de uma finalidade lógica à execução da pena privativa de liberdade, de modo a não permitir que o condenado deixe a unidade prisional em condições de sociabilidade mais perversas e negativas que aquelas verificadas no momento de sua entrada no sistema carcerário.⁶⁷

Por outra ponta, tem-se bem objetiva e de fácil constatação a premissa de que as condições de vida e permanência na esmagadora maioria dos estabelecimentos prisionais, referindo-me àqueles destinados ao cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, bem como àqueles destinados à prisão provisória, são precárias e estão longe de representar alguma espécie de respeito ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Acerca do tema das condições carcerárias vividas no Brasil, vale destacar, como faz Pereira, que o sistema penal estatal não deve gerar para os indivíduos presos restrições de direitos que ultrapassem aquelas que estão previstas na legislação e na Constituição Federal e que foram aplicadas na sentença ou decisão judicial, posto que o sistema prisional do Estado, como diversos outros subsistemas jurídicos, deve obediência ao princípio da legalidade e da individualização da pena.⁶⁸

⁶⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 53, n. 209, p. 53-71, jan./mar., 2016, p. 61. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p53. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁶⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. op. cit., p. 63.

⁶⁸ PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017, p. 169. Disponível em: www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206. Acesso em: 02 abr. 2021.

É preciso destacar nesse momento inicial que as garantias, individuais e coletivas, e os direitos da pessoa presa estão não apenas estampados na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional, como também refletem disposições de normas internacionais tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A lei de execução penal (LEP) configura diploma, nesse mesmo sentido, preenchido e repleto de direitos e deveres da pessoa presa, impondo à sociedade e sobretudo ao Estado a necessidade de manutenção e garantia de direitos básicos e mínimos dos encarcerados do país, sejam eles definitivos ou provisórios.

De maneira contundente, parece correto afirmar que o arcabouço normativo vigente no Brasil da atualidade, aplicável à manutenção de direitos e garantias dos indivíduos presos, é robusto o suficiente para assegurar condições mínimas de saúde, higiene e assistência nas prisões nacionais, sendo essa robustez definida não apenas por leis ordinárias, mas também pela própria Constituição Federal de 1988 e por tratados internacionais dos quais o país é signatário.

A LEP, datada de 1984, traz, sem dúvida alguma, um catálogo de direitos do preso bastante volumoso e muito associado à ideia ressocializadora da pena, contudo a eficácia da citada lei federal é reduzida no país, havendo quem atribua esse fato à diferença de temporalidade entre o ideal ressocializador da prisão, tal qual aquele concebido na Europa e nos Estados Unidos das décadas de sessenta e setenta, observado antes do surgimento da lei de execução penal, e a publicação e edição da citada lei federal brasileira.⁶⁹

Bem verdade seja que, apesar do arcabouço legislativo e normativo vigente no país como ferramenta para assegurar direitos mínimos do preso, existem discussões na esfera do Poder Legislativo não somente para ampliar ainda mais o leque de direitos do encarcerado, mas também para reduzir os números expressivos e preocupantes de violações de direitos fundamentais existentes no Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro.

Para tanto, Carolina Ferreira e Maria Clara Costa discutem e analisam alguns projetos de lei em tramitação pelas casas legislativas federais, que, de maneira ampla, se enquadram no escopo maior de perseguição de redução significativa de pessoas presas, amparando os projetos sobre os principais dispositivos legais que permitem a prisão no país, tais como os casos de tráfico de drogas, crimes de roubo, furto, bem como os próprios

⁶⁹ CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. **Tempo Social - Revista de Sociologia da USP**, v. 25, n. 1, p. 15-36, junho, 2013, p. 16. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/issue/view/5507>. Acesso em: 15 abr. 2021.

requisitos para a decretação da prisão preventiva, sendo que, na oportunidade conclusiva, as autoras asseveram que apesar do grande esforço na adoção de medidas contra o encarceramento em massa, os próprios projetos submetidos à análise já se reconhecem como insuficientes para promover o desencarceramento almejado.⁷⁰

Vale frisar que as inovações legislativas principalmente sobre os tipos penais acima referidos (tráfico, roubo e furto) justificam-se pelo número expressivo de pessoas presas sob o argumento de violação dos citados dispositivos penais, sendo que “esses três tipos penais são os responsáveis por mais da metade da população prisional brasileira.”⁷¹

Além das alterações perseguidas acima indicadas, Ferreira e Costa vão exaltar o trabalho realizado por diversas organizações não governamentais e unidades sociais em prol da expressiva mudança legislativa no país, no que tange aos dispositivos penais de maior repercussão na quantidade de pessoas presas, sendo possível citar, como fazem as autoras, as necessidades de alteração legal sobre os marcos da efetivação do juízo de garantias; das mudanças dos critérios de aplicação de pena para crimes hediondos; do estabelecimento de regras mais claras de mandados de busca e apreensão, prisões provisórias e oitivas realizadas em delegacias; da efetividade de garantias contra a exposição midiática da pessoa presa; da melhor distribuição da produção de provas na fase processual; da extinção da condução coercitiva etc.⁷²

Ao meu sentir as inovações legislativas são necessárias, posto que refletem uma necessidade de maior e melhores fundamentos para o ato jurisdicional que determina a prisão de alguém, requisitando maior e mais profunda análise e uma busca incessante por soluções alternativas para além do cárcere na seara do cotidiano processual penal brasileiro.

De todo modo, posso destacar, ainda nessa fase inicial da tese, é que o Brasil já dispunha, antes mesmo de 2015, de um sistema normativo e legal apto e robusto para garantir direitos aos presos, ainda que mínimos para manter uma vida digna no cárcere, bem como estipula os deveres dos encarcerados, o que, necessariamente, vai fazer convergir ao pensamento de que boa parte dos problemas prisionais está na execução da pena, a cargo do Poder Executivo e do Poder Judiciário, e não em uma possível falta de legislação ou deficiência desta.

70 FERREIRA, Carolina Costa; COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. Propostas da sociedade civil contra o encarceramento em massa: uma análise político-criminal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 405-439. jan/jun. 2019. Disponível em:

<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 17 abr. 2021.

71 FERREIRA, Carolina Costa; COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. op. cit., p. 407.

72 FERREIRA, Carolina Costa; COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. op. cit., p. 410.

Além do acima exposto, convém ressaltar que muito se discute em doutrina sobre a capacidade de identificar um padrão mediano da pessoa encarcerada no país, a ponto de vislumbrar uma característica estrutura e história para o encarceramento, que, no Brasil, se caracteriza pela prisão de homens jovens, comumente negros e pobres.⁷³

Esse é basicamente o perfil comum e mediano da pessoa presa no país, identificada por traços que se confundem com a maioria da população desfavorecida, do ponto de vista econômico e do poder aquisitivo, denotando, *a contrario sensu*, que pessoas brancas e ricas constituem parcela da população com acesso a mecanismos jurídicos capazes de, ao menos estatisticamente, manter boa parte dessa população longe dos muros das cadeias.

Impende salientar também, e em tempo, que a problemática das condições degradantes do sistema prisional não afeta apenas os presos, principais afetados, nem seus parentes e familiares, muitas vezes alijados de uma comunicação e proximidade possível porém impraticável nas penitenciárias e cadeias, mas também são condições que afetam todos aqueles que vivem dentro do sistema prisional, tais como os agentes penitenciários, atualmente compreendidos pelo Texto Constitucional como policiais penais.

Sobre esses, Dani Rudnicki fez pesquisa a partir de experiência em unidade prisional de Porto Alegre/RS, constatando, por três dias, a relação entre presos e agentes penais, sendo possível, segundo faz o autor, afirmar que, regra geral, a organização da unidade prisional perpassa pelo respeito necessário dos agentes estatais e a recíproca dos presos de respeito aos agentes penais, cuja manutenção e administração, na época da pesquisa do autor, ocorrida em 2011, era realizada por policiais militares.⁷⁴

Nesse sentido, é bastante lamentável a conclusão que Rudnicki faz acerca do trabalho dos policiais militares, atuando como agentes penais, na unidade prisional de Porto Alegre, denotando a melancólica e preocupante afirmativa que me faz refletir que, naquele sistema, os presos apenados, que receberam penas do Poder Judiciário, e presos provisórios não são os únicos presos do regime:

De toda forma, os policiais, em seu cotidiano, mostram-se como se espera: seres humanos, trabalhadores, com suas alegrias e angústias, que, em suas relações laborais, se encontram com um público diverso do de qualquer outra categoria de trabalhadores: pessoas que não desejam estar ali, mas estão, de alguma forma, obrigados a permanecer.⁷⁵

⁷³ TAVARES, Aderruan. Sobre a transferência e a ressocialização de presos estrangeiros. *Caderno Virtual*, IDP, v. 2, n. 44, abr/jun., 2019.

⁷⁴ RUDNICKI, Dani. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre - O cotidiano dos policiais militares. *Revista de Informação Legislativa*, ano 49, n. 193, p. 49-63, jan./mar., 2012, p. 60.

⁷⁵ RUDNICKI, Dani. op. cit., p. 61.

Fica esclarecido o entendimento de que o regime prisional nacional não afeta apenas os presos e seus familiares, posto que ele também agride, talvez em uma intensidade menor, os agentes policiais que nele trabalham e se deparam todos os dias com falta de estrutura e condições de trabalho dignas, muitas vezes associadas às próprias condições inadequadas em que estão alojados os próprios presos.

2.2.1 Prisões nacionais em números até 2015

Como aduzem Santos e Ávila, em um levantamento realizado pelo Ministério da Justiça, no ano de 2004, foi diagnosticado o aumento de mais de 400% de pessoas presas no Brasil, em um intervalo de tempo de cerca de 20 anos, enquanto que, de outro lado, o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, ligado à Universidade de Essex, no Reino Unido, apontava que a média mundial de encarceramento, àquela época, era de 144 encarcerados para cada 100 mil habitantes, mas, no Brasil, esse número crescia para o alarmante número de 300 pessoas privadas de sua liberdade a cada 100 mil habitantes.⁷⁶

Esse vertiginoso aumento na quantidade de pessoas presas no Brasil ficou agravado pelo déficit de vagas no sistema carcerário nacional, onde boa parte das unidades prisionais se apresentavam, como ainda se apresentam, superlotadas e precárias em suas instalações, razão pela qual estão se tornando espaços cada vez mais degradantes, de modo que é forçoso pensar que a manutenção de pessoas presas nessas condições precárias não somente constitui uma violação aos termos da Constituição Federal, mas também da legislação infraconstitucional nacional e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é parte.

Voltando para o ano de 2006, pode-se resgatar o relatório elaborado sobre a Situação do Sistema Prisional Brasileiro, bem como os relatos das Comissões de Direitos Humanos das Assembleias Legislativas, Comissão Pastoral da Terra e outras entidades envolvidas na temática dos direitos humanos da pessoa presa, ocasião em que se constatou, entre outras irregularidades, a superlotação, deficiência de pessoal, militarização progressiva do sistema penitenciário, terceirização, além problemas com licitações e desvio de verbas, entre outras irregularidades.⁷⁷

⁷⁶ 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, p. 273.

⁷⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: análise da decisão judicial da MC-ADPF nº

Entre os anos de 2007 e 2008, durante os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) organizada pela Câmara dos Deputados, e que tinha por função investigar o sistema prisional brasileiro, concluiu-se no âmbito dos trabalhos daquela comissão investigativa que, segundo dados de dezembro de 2007, a população carcerária brasileira era estimada em cerca de 422.000 presos, enquanto o número de vagas do sistema carcerário brasileiro, entretanto, totalizava cerca de 275.000 vagas.⁷⁸

Os trabalhos da citada CPI foram bastante relevantes e puderam aperfeiçoar e fixar melhores nortes e diretrizes àqueles que estudavam e trabalham o direito penal e o sistema prisional brasileiro, conferindo um ar mais técnico e melhor debatido sobre uma realidade que já era vivida e de conhecimento nacional e mundial.

Além da CPI ocorrida entre 2007 e 2008, a Câmara dos Deputados realizou anteriormente a esta, outras duas CPIs sobre o sistema prisional brasileiro, uma em 1976 e outra em 1993. A primeira CPI foi registrada ainda sobre o regime ditatorial brasileiro, identificando a ocorrência de superlotação em razão do número elevado de presos provisórios, sendo que a solução exigiria, dentre outras medidas, a reformulação da prisão preventiva bem como a criação de medidas legislativas para acelerar os julgamentos processuais penais.⁷⁹ Essa comissão parlamentar possuiu, inicialmente, interesse predominantemente político, posto que objetivava investigar os tratamentos conferidos aos presos políticos.

A segunda CPI, ocorrida em 1993, após a edição da lei de execução penal, abordou, com maior preocupação, assim como a CPI da década de setenta, a questão da superlotação carcerária, e, assim como se fez em 1976, a comissão parlamentar identificou o problema mais grave do sistema prisional como sendo a situação precária encontrada nos estabelecimentos que abrigavam os presos provisórios.⁸⁰ Diferentemente da primeira CPI, esta tinha o intuito de reduzir a distância daqueles direitos e deveres estabelecidos na LEP, recém-editada, e a prática identificadas nas mais diversas unidades prisionais no país.

Indo um pouco mais à frente na linha cronológica do tempo e olhando para o ano de 2009, a situação não parecia ser diferente, pois, segundo Barcellos, com base em informações coligidas junto ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, considerando dados oficiais de 2009, é possível afirmar que no país havia um excesso de

347 a partir da teoria do transtucionalismo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016, p. 302.

⁷⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 39-65, 2011, p. 42.

⁷⁹ RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: As CPIS do sistema penitenciário de 1976 e 1993. **Revista de Informação Legislativa**, ano 47, n. 186, p. 107-115, abr./jun., 2010, p. 109.

⁸⁰ RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco de. op. cit., p. 113.

cerca de mais de 139 mil pessoas no sistema penitenciário nacional, no mínimo, sem que o sistema prisional dispusesse de vagas em quantidade suficiente para essas pessoas.⁸¹

Nesse mesmo ano de 2009, a Anistia Internacional cuidou de apresentar relatório acerca de casos de tortura, violação de direitos humanos e superlotação de unidades prisionais no Brasil, tendo se debruçado, por exemplo, com o caso problemático da unidade prisional Urso Branco, localizada no estado de Rondônia, cuja situação periclitante não escapou do crivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo que, no ano anterior, 2008, a Procuradoria-Geral da República apresentou pedido de intervenção da União naquele estado da federação em razão da situação da supramencionada unidade penitenciária.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) formalizou entre os anos de 2009 e 2015 vários relatórios sobre a situação prisional do país, especificando a caótica realidade instalada em determinadas unidades prisionais, mormente aquelas que precederam as crises e rebeliões penitenciárias ocorridas em 2017, com destaque para os relatórios sobre os estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte.

Relativos ao Amazonas, por exemplo, os números apresentados pelo CNJ indicam que, em 2010, a deficiência dos serviços médicos, a insuficiência do quantitativo de agentes penitenciários, bem como a existência de estruturas precárias das celas era situação presente e real, e, por sua vez, o relatório de 2013 do CNJ, ainda referente àquela unidade federativa, destacou a superlotação das unidades, posto que as 3.811 vagas existentes nos presídios, à época, não eram suficientes para cobrir a demanda de cerca de 8.870 presos, enquanto que, em Roraima, na mesma época, a unidade penal de Monte Cristo, por exemplo, acolhia cerca de 1005 presos, enquanto sua capacidade era de aproximadamente 541 pessoas encarceradas.⁸²

Um ano antes do julgamento pelo STF da medida cautelar na ADPF 347, os números relativos ao ano de 2014 do sistema prisional ainda não demonstravam uma realidade consentânea com o cumprimento de direitos e garantias individuais dos presos estatuídos no ordenamento jurídico vigente no país, permanecendo um retrato nefasto e deveras preocupante de um mecanismo e de uma estrutura extremamente debilitados.

Como ensinam Lopes e Freire, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – de dezembro de 2014, publicado pelo Departamento

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 41.

⁸² BALDO, Rafael Antônio. Judicialização do orçamento público: o caso do sistema penitenciário brasileiro. *Revista Fórum de Direito financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 145-161, mar./ago. 2017, p. 148.

Penitenciário Nacional – DEPEN – do Ministério da Justiça, demonstrava que o Brasil, em termos de números absolutos, possuía a quarta maior população carcerária do mundo, à época, a saber, 2014, ficando atrás somente dos Estados Unidos (2.228.424), da China (1.657.812) e da Rússia (673.818), e, ainda segundo as autoras, nesse relatório, revelou-se que, entre dezembro de 2013 e dezembro de 2014, a quantidade de pessoas presas no país passou de 581.507 para 622.202, ou seja, um crescimento de cerca de 7% em um ano, sendo que uma vez adicionados ao total de presos os números de mandados de prisão pendentes de cumprimento, algo que girava em torno de 373.991, acaso os citados mandados fossem efetivamente cumpridos em curto espaço de tempo, a população carcerária passaria facilmente para mais de 1 milhão de pessoas (1.085.454).⁸³

Informam ainda as autoras supramencionadas, na pegada acima desenvolvida, que o Brasil apresentava elevado número de aprisionamentos e embora até se pudesse indicar alguma tendência de crescimento contínuo da população carcerária brasileira, a ampliação das vagas no sistema mediante a construção de novos presídios era falha e lenta, demandando providências urgentes por parte do Poder Público.⁸⁴

Lopes e Freire arrematam o entendimento segundo o qual as carceragens prisionais brasileiras são ambientes insalubres, estando ausentes as condições de higiene e limpeza mínimas, e presentes alto grau de precariedade quanto à ventilação e à iluminação do local, bem como quantidade de celas com espaços bastante reduzidos, onde, inclusive, por vezes, os presos têm que fazer revezamento para repousar.⁸⁵

Percebe-se das leituras acima que as condições das prisões no país são precárias de há muito e seu processo de evolução e melhoramentos não teve avanços significativos nas duas últimas décadas. Ao revés, o número de presos se avolumou, as unidades prisionais passaram a ficar cada vez menores para comportar tamanho aumento de demanda, acarretando pioras nas condições de salubridade, higiene, assistência etc., sendo altamente necessária a adoção de políticas públicas consistentes para superar essas condições, que parecem ser históricas e parecem estar arraigadas na realidade social do país.

Percebe-se que mesmo após os trabalhos, conclusões e providências elaboradas por três comissões parlamentares de inquérito sobre o regime prisional brasileiro, ocorridas em 1976, 1993 e 2008; mesmo após a assinatura pelo país de tratados e convenções internacionais que garantem e asseguram condições mínimas de dignidade dos presos, bem

⁸³ LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. op. cit., p. 301.

⁸⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. op. cit., p. 301.

⁸⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. op. cit., p. 305.

como a evolução legislativa brasileira com a LEP e as reformas processuais penais de 2011 e anos seguintes; mesmo após o reconhecimento do ECI prisional brasileiro pelo STF no ano de 2015 e as providências processuais adotadas por aquela corte constitucional no âmbito do julgamento da medida cautelar na ADPF 347; mesmo depois de diversas decisões e resoluções dos órgãos internacionais de direitos humanos, tais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; mesmo após todas essas medidas citadas, o regime prisional do Brasil continua sendo motivo de preocupação perante a sociedade internacional, entidades privadas e organismos de defesa de direitos humanos e fundamentais, pela falta de dignidade mínima aos presos e, ainda por tabela, aos profissionais prisionais que trabalham dentro das unidades carcerárias brasileiras.

2.2.2. Ponderações breves sobre causas e consequências da falência do regime prisional dos primeiros anos do século XXI no Brasil

Segundo Barcellos, analisando o tema, a “situação das prisões brasileiras guarda relação com uma realidade já consolidada e muito mais complexa, que envolve a formação social do povo brasileiro.”⁸⁶

A professora de direito constitucional, em artigo especializado sobre o tema do sistema penitenciário, ao analisar os números prisionais e as condições de tratamento no cárcere brasileiro do final dos anos 2000, vai concluir, de maneira muito preocupante, que:

[...] a violação dos direitos humanos dos presos no Brasil constitui o tratamento normal (do ponto de vista estatístico) conferido a tal parcela da população: a rotina e não um desvio eventual. Parece certo afirmar que em qualquer sistema prisional de que se cogite, em qualquer lugar do mundo, sempre será possível observar violações eventuais aos direitos dos presos. A diferença é que em algumas partes do mundo essas violações serão uma exceção, uma anomalia a ser punida pelo direito. Como em qualquer outra área na qual os indivíduos possam exercer liberdade, sempre haverá um percentual de condutas desviantes em relação ao padrão, daí a necessidade da própria existência do direito. No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção.⁸⁷

Não precisa muito esforço interpretativo nem argumentativo para compreender que o a prisão brasileira, como local para cumprimento de pena, é um instituto jurídico que é muito insuficiente no tocante ao cumprimento de deveres estatais, bem como na garantia de acesso a

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 39-65, 2011, p. 41.

⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 45.

direitos mais básicos da pessoa humana, e essa decadência do regime penitenciário nacional, como visto mais acima, não é de hoje.

Uma maneira percuciente de ver a questão é pelo uso da sociologia da prisão, bem presente no Brasil a partir da década de 70 e ainda bem representada nos dias atuais, através da corrente jurídica denominada criminologia crítica. Contudo, apesar de reconhecer a importância sobremaneira de tal perspectiva doutrinária, não será ela o marco teórico principal para desenvolver o trabalho presente.

Também não se esconde do entendimento da matéria o fato de que, por trás da prisão, está o crime, fenômeno muito complexo, cujas causas são difíceis de apontar, perpassando fatores sociais, políticos, econômicos, comportamentais etc., de modo que a discussão sobre o delito, suas causas e suas consequências é tema árduo e deveras instigante, contudo, as dimensões da presente pesquisa científica, bem como o corte metodológico necessário para o desenvolvimento das considerações aqui produzidas, impedem o debruçamento maior sobre o fenômeno, sendo suficiente, nesse instante, focar-me na prisão.

E dentro da própria lógica do crime, embora o meu objetivo não seja desenvolver a discussão acerca da criminologia crítica aqui, é importante ressaltar que o crime é fruto de uma escolha, normalmente política, e não um pressuposto da prisão, onde a escolha de ações ou omissões são baseadas numa reprovabilidade média por parte de quem fez o tipo normativo, com destaque para o fato de que “quem escreve a regra o faz a partir do seu lugar de fala, do seu posicionamento no mundo, do seu capital social e cultural, das suas relações, das suas representações”.⁸⁸

Relevante anotar, entretanto, como fazem Soares e Freire, que o regime prisional no Brasil propicia o desenvolvimento de fenômeno social complexo, conhecido por mistanásia, uma espécie de morte social, ocasionada de maneira gradual e silenciosa por sistemas e estruturas que não favorecem a vida, e que poderia ser evitada a partir da adoção de políticas públicas eficientes e adequadas, que na prática não se concretizam devido à ação ineficaz ou à omissão estatais.⁸⁹

Para os autores, a mistanásia é, geralmente, precedida do esquecimento, uma espécie de ostracismo social, que se revela no sistema prisional, onde o apenado é visto como desterrado social, totalmente desvinculado de suas origens sociais e familiares e afastado de

⁸⁸ SOUZA, André Peixoto de. Vontade de prender: gênese e ocaso do sistema prisional moderno. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 93, n.1, p. 196-211, abr., 2021, p. 204. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/238477>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁸⁹ SOARES, Elisianne Campos de Melo; FREIRE, Leonardo Oliveira Freire. Prisão, Morte Social e Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 20, ano 2020, p. 153-164, dez., 2020, p. 157-158. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/427>. Acesso em: 16 abr. 2021.

sua cultura, vivendo em um ambiente hostil e que não favorece sua reinserção social. Segundo os autores, o preso tem sua esfera mais íntima violentada, de modo que “o seu eu é persistentemente, embora não intencionalmente, mortificado.”⁹⁰

Além da mistanásia, é fácil encontrar em doutrina a vinculação do cárcere brasileiro a um típico estado de exceção relativamente ao respeito de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, a ponto de descaracterizar a própria figura humana, que passa a ser visto como *homo sacer*, isto é, homem sagrado, aquele que é desprovido de valor mundano e de importância social, sendo deixados ao julgamento divino e das facções criminosas, “desnudo de suas características de ser humano.”⁹¹

Uma pontuação relevante, que nesse momento convém acentuar, é que a perspectiva desenvolvida nesse estudo busca um relativo afastamento da dicotomia clássica, presente diariamente naqueles que trabalham e escrevem a realidade criminal brasileira, entre garantismo e punitivismo, encaradas como forma de enxergar a realidade prática do cárcere e do direito penal.

Destaco inicialmente que essa visão dicotômica entre garantismo e punitivismo são formas de expressão que ganharam grande conotação prática nos debates de direito penal e direito processual penal, afastando-se bastante, portanto, do sentido doutrinário emprestado por um dos seus maiores expoentes, que foi Luigi Ferrajoli. Todavia, ainda que reconhecendo a importância do citado autor ao tema, esse trabalho busca afastar-se de tal visão técnica e doutrinária, a fim de delimitar seu trajeto metodológico e de manter afastada qualquer interpretação rasteira de sua análise.

Isso porque a citada dicotomia se apresenta em muitos debates práticos, boa parte das vezes desprovida de um aprofundamento qualitativo-doutrinário significativo, de maneira muito equivocada e simplista, no meu sentir, posto que dentro de um Estado Democrático de Direito, o aparato legislativo penal é substrato mínimo e necessário que deve ser utilizado como última trincheira para moldar o comportamento social e, acaso necessário, punir condutas, embora esse mesmo aparato seja a todo tempo suscetível de críticas e necessite de alterações adaptativas, seja para formar processos, seja para realizar julgamentos para condenar pessoas, seja ainda para absolver essas mesmas pessoas por imputações não confirmadas.

⁹⁰ SOARES, Elisianne Campos de Melo; FREIRE, Leonardo Oliveira Freire. Ob. cit., 159.

⁹¹ BONIFÁCIO, Artur Cortez; CAVALCANTI, Rodrigo. O Cárcere enquanto Estado de Exceção e de Exteriorização do *Homo Sacer*: Surgimento e Combate às Facções Criminosas. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 20, p. 71-80, dez. 2020, p. 72. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/422>. Acesso em: 16 abr. 2021.

Assim, o que se convém chamar em direito de corrente punitivista é senão uma forma muito simples de ver a atividade acusatória e a atividade jurisdicional condenatória de pessoas levadas a julgamento pelo direito penal, conforme regras processuais e princípios constitucionais, além de normas internacionais assinaladas pelo Brasil, assim como é bastante simplista a convenção sobre o rótulo de garantista acerca da visão e da filosofia de encarar o direito penal e processual penal, ainda que de maneira rotineira, como mecanismos de proteção imutável, necessária e sempre vitoriosa do indivíduo frente ao Estado penal.

Embora não seja incomum identificar “garantistas” como aqueles que não defendem meras práticas libertárias, e sim um entendimento legítimo de justiça, da mesma forma encontramos “punitivistas” que afirmam serem as condenações baseadas no processo adequado e legal um mecanismo de realizar o mesmo entendimento legítimo de justiça. Quer dizer que, no fim e ao cabo, as duas correntes parecem defender a mesma “Justiça”, só que a partir de tendências distintas, o que, para mim, e no que tange a essa pesquisa, não faz muito sentido.

Por essas razões, tentarei me afastar no decorrer desse trabalho desses pontos de análise dicotômicos, que rotulam pessoas e pensamentos como garantistas ou punitivistas, sobre a realidade processual e teoria crítica do direito penal e processual penal modernos.

Outro ponto importante de ser destacado nessa passagem do trabalho diz respeito à análise da prisão como instituição, isto é, espaço físico destinado para cumprimento de pena, bem como para segregação cautelar e provisória de determinada pessoa, permitindo uma distinção mais técnica da situação, mas que, somadas, quer dizer, a prisão definitiva e a prisão processual, não se diferenciam plenamente no que diz respeito ao fracasso do sistema para assegurar o mínimo de dignidade aos presos.

Nessa toada, cito aqui estudo deveras interessante elaborado por Airto Chaves e Luciana Bittencourt acerca de decretos de prisão preventiva expedidos no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) entre os anos de 2019 e 2020, que denota “a existência de um direito penal de prevenção, que franqueia a manifestação do poder punitivo por meio das contenções cautelares”.⁹²

A relevância dessa perspectiva é inserir no leitor a certeza de que existe um viés jurídico, destacando que não é apenas no âmbito da jurisprudência pátria, de tornar a prisão preventiva, que, por natureza, é provisória e tem requisitos específicos, como mecanismo de

⁹² CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Garantia da ordem pública como critério de encarceramento cautelar nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: uma análise teórico-empírica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 813-844, 3º quadrimestre, 2020, p. 834. Disponível em: www.univali.br/direitoopolitica. Acesso em: 17 abr. 2021.

antecipação do cumprimento de pena definitiva, sendo aquela proferida tão somente apenas o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Esse mecanismo de forçosa antecipação de uma pena futura, que sofre algumas vezes da possibilidade de receber algum ato judicial de anulação, geralmente em órgãos de jurisdição de segundo grau, tem bastante significado nos números alarmantes de pessoas encarceradas no país, aumentando o grau de preocupação com o Estado de Coisas Inconstitucional, e por isso a necessidade de sobre ele refletir.

E sobre os requisitos elementares para a decretação da prisão preventiva se encontra a ordem pública, elencada no art. 312 do Código de Processo Penal, junto com outros tais como conveniência da instrução criminal, asseguração de aplicação da lei penal e garantia da ordem econômica. Segundo o estudo acima mencionado realizado no âmbito dos julgados do TJSC, a defesa da ordem pública configura como requisito mais utilizado para o decreto de prisão preventiva, ou sua manutenção, em vários julgados dos órgãos colegiados de 2º grau de jurisdição do TJSC, atingindo o impressionante número de 99% dos acórdãos analisados pelos pesquisadores.⁹³

A situação grave de como um tribunal específico contribui com seus julgados à formação de uma massa carcerária também pode ser vista em outros órgãos jurisdicionais independentes no país, como é o caso, por exemplo, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), conforme demonstra estudo especializado apresentado a partir de coleta de dados extraídos de acórdãos daquele tribunal por Máira Machado e outros.

Nesse aspecto, estudando especialmente as prisões decorrentes do crime de tráfico de drogas, como visto mais acima um dos mais comuns no país, os pesquisadores analisam a narrativa sobre os tipos de argumentos utilizados pelos magistrados de segundo grau à aplicação de medidas restritivas de direitos às pessoas condenadas por tráfico privilegiado, o que acarreta, por consequência, uma visão sobre o número de presos pelo cometimento do mesmo crime e que não foram beneficiados com a conversão da pena privativa de liberdade.

No estudo, os autores identificaram que os argumentos utilizados pelos desembargadores paulistas favoráveis à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para aquele crime muitas vezes estão embasados na jurisprudência do STF⁹⁴, enquanto que aqueles contrários à substituição geralmente utilizam argumentos que giram “em torno da lei, de juízos sobre a desvalorização das penas alternativas e a valorização

⁹³ CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. op. cit., p. 840.

⁹⁴ MACHADO, Máira Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, p. 604-629, 2018, p. 617.

da pena de prisão (em especial, do regime fechado) e sobre uma certa visão do tráfico, do traficante e das drogas”.⁹⁵

A percepção que reforço dessa situação perpassa o sentimento de preocupação com a postura recalcitrante em aceitar e aplicar a pena restritiva de direitos com base, principalmente, nos argumentos mais genéricos acerca do tráfico e das suas consequências, ignorando a formação da jurisprudência dos tribunais superiores no país que permitem a substituição da pena, sendo que um efeito corrente e imediato dessa postura é a contribuição direta no crescimento no vertiginoso número da população carcerária.

Logo, é conveniente não se perder de vista que o estudo da prisão da maneira como aqui é posto se refere, de maneira geral, não apenas às unidades de cumprimento de pena definitiva, mas também às unidades de segregação provisória de pessoas, sendo que essa prisão tida por provisória encontra no fundamento da necessidade de assegurar a ordem pública seu principal fio condutor.

Outro ponto de relevante monta para o estudo ora apresentado diz respeito ao processo de privatização das unidades prisionais no Brasil, como possível mecanismo de aceleração de construções e aumento do número de vagas, aliada a uma esperada melhoria nas condições de encarceramento.

Tal medida não me parece a mais acertada, quer dizer, entregar nas mãos da iniciativa privada, para exercício de atividade econômica pelo particular, com o intuito de manter condições dignas na prisão ao custo do valor de mercado, considerando, inclusive, a nefasta ideia de que quantos mais presos, mais lucro terá o empreendedor, não pode ser vislumbrada como solução ideal para os problemas prisionais do país.

Vale apontar que a experiência de outros países, em destaque os Estados Unidos, de privatização de unidades prisionais não foi de todo exitosa, valendo destacar que o estado da Califórnia, por exemplo, cuja população prisional é uma das maiores do país, aprovou uma lei para encerrar a privatização das suas prisões, em 2019, enquanto no mesmo ano o estado de São Paulo promovia processos de licitação para construção de unidades prisionais. Além da Califórnia, que editou sua lei contra a privatização das prisões, os estados de Nevada, Illinois e Nova Iorque também adotaram providências no sentido de inviabilizar a manutenção ou expansão de unidades prisionais geridas e mantidas pela iniciativa privada.⁹⁶

⁹⁵ MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. op. cit., p. 619.

⁹⁶ CACICEDO, Patrick. Privatização das prisões: direções opostas na penalidade neoliberal. **Boletim IBCCRIM**, ano 27, n. 327, p. 05-07, fev., 2020, p. 5.

Naquele país, o modelo neoliberal de privatização das prisões foi útil para a geração de lucro das empresas, porém o modelo privado de gestão de unidades carcerárias não tardou a entrar em crise, principalmente através de duas medidas: 1) as unidades prisionais geridas pela atividade empresarial foram submetidas a um regime de austeridade fiscal para redução dos custos de funcionamento; e 2) de outra ponta, as empresas do país que funcionavam nesse tipo de atividade passaram a exercer pressão em legisladores com o fulcro de serem editadas leis penais mais severas, que pudessem aumentar o número de presos e pugnar pelo cumprimento de penas mais longas, posto que, obviamente, seriam medidas que trariam mais resultados financeiros e operacionais para essas empresas.⁹⁷

Segundo Cacicedo, a privatização no sistema carcerário nos Estados Unidos, não apenas piorou as condições de manutenção dos presos, reduzindo em muito a qualidade de vida no cárcere, como também fomentou e passou a ser o combustível do grande encarceramento, uma vez que esse era sinônimo de lucratividade e rentabilidade maiores.

Fica bem patente, nesse exemplo, que a lógica de mercado para o aprisionamento tem a terrível característica de incitar o aumento do número de presos e a redução de custos das unidades à base de medidas que diminuem a esfera de gozo de direitos fundamentais pelos apenados.

2.2.3. Precedentes relevantes julgados pelo STF sobre sistema prisional

Além de traços panorâmicos estruturais do sistema prisional brasileiro, bem como de seus números em perspectiva histórica, é importante para esse trabalho travar comentários acerca de julgados relevantes emitidos pelo Supremo Tribunal Federal acerca de casos que podemos chamar de paradigmáticos em relação àquele sistema, com o fulcro de amoldar mais adequadamente a discussão acerca do ECI brasileiro e as providências adotadas e não adotadas, bem como as adotáveis a fim de auxiliar na superação da violação massiva e sistêmica de direitos fundamentais.

Vale frisar, inicialmente, que a utilização de ação civil pública, em regime de primeiro grau de jurisdição, embora configure elemento de valiosa colaboração e utilidade para instrumentalizar a discussão jurídica perante órgão judicial⁹⁸, não é o mecanismo

⁹⁷ CACICEDO, Patrick. op. cit., p. 06.

⁹⁸ LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva. Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e a ação civil pública de Uruguaiana. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta (coords.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 238.

exclusivo que faz levar a matéria do sistema carcerário nacional ao STF, posto que essa discussão chegou à corte através de ADPF, de *habeas corpus*, ou de ações penais e seus respectivos recursos.

Nesse sentido, importante frisar que naquele mesmo ano de 2015, antes de reconhecer o ECI na ADPF 347, o Plenário do STF decidiu, em de agosto de 2015, que o Judiciário tem o poder de decidir que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios com o intuito de garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. A citada decisão foi tomada no julgamento do RE nº 592.581/RS, com repercussão geral reconhecida, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul em face de decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski.

No caso acima discutido, o Ministério Público do Rio Grande do Sul apresentou recurso extraordinário em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça em sede de recurso de apelação em que afirmou, para reformar a sentença de primeiro grau que julgava o feito procedente, ao argumento da defesa do princípio constitucional da separação dos poderes, que não competiria ao Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras para melhorias das condições de permanência dos detentos do albergue estadual de Uruguaiana, em clara manifestação judicial de autocontenção e deferência aos poderes e deveres da Administração Pública.

Na decisão, a Corte Constitucional brasileira destacou a licitude da imposição pelo Judiciário ao Executivo de obrigação de fazer, consistente na adoção de providências e promoção de medidas emergenciais em unidades prisionais, tendo amparo no princípio da supremacia da dignidade da pessoa humana, que legitima a intervenção judicial nesse tipo de demanda processual.

Firmou-se no julgado acima referido, representado pelo tema 220 da repercussão geral do STF, a seguinte tese jurídica:

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.⁹⁹

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Inteiro Teor. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 29 abr. 2021.

Vale afirmar que a tese acima destacada afetou vários estados da federação, de maneira relevante, razão pela qual muitos deles ingressaram no julgamento do recurso como *amicus curiae*, tais como os estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Pará, bem como o Distrito Federal.

Com a decisão, o STF demarcou um terreno fértil para o crescimento, germinar e fermentação de teses jurídicas que reconheceriam a situação precária das unidades prisionais do país, e ao mesmo tempo reconheceria no Poder Judiciário uma das ferramentas aptas a agir em benefício de alcançar melhorias no sistema carcerário nacional, e os resultados vieram em decisões seguintes, mormente a ADPF 347.

Friso, por fim, que a unidade de Uruguaiana, cuja reforma era buscada através de demanda judicial movida pelo Ministério Público estadual, em pouco se diferencia da realidade dos estabelecimentos prisionais da época e da atualidade, em face da precariedade do estado de conservação das instalações físicas do estabelecimento carcerário, tais como as péssimas condições das instalações elétricas e condições de higiene e limpeza.

Ainda na esteira da análise dos julgados do STF acerca dos macroproblemas enfrentados nas unidades prisionais do país, vale destacar a situação do recurso extraordinário n. 580.252/MS, julgado no ano de 2017.

Em fevereiro daquele ano, julgando o citado recurso extraordinário, originado no juízo comum de Corumbá, Mato Grosso do Sul, onde foi requerida indenização pecuniária em razão de permanência do autor da ação em prisão em condições degradantes à sua dignidade, o STF se debruçou sobre o assunto e firmou tese de importante destaque.

No caso, em primeiro grau a ação foi julgada improcedente, sendo o julgamento revertido, por maioria, em sede de apelação, onde o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul fixou indenização de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor do recorrente em razão da omissão do Estado em promover reformas para alcançar melhorias efetivas do sistema prisional local. Entretanto, julgando embargos infringentes contra o acórdão que primeiramente decidiu a apelação e, sob o argumento de necessária e suposta intransponibilidade do princípio constitucional da reserva do possível, o colegiado reverteu o julgado do acórdão anterior para determinar a improcedência da ação.

Contra esse novo acórdão foi interposto o recurso extraordinário suprarreferido.

Na linha de raciocínio do voto do relator originário, ministro Teori Zavascki, o Estado tem o dever de ressarcir danos, inclusive morais, em razão da conduta de seus agentes ou pela inadequação dos serviços públicos essenciais, por força do art. 37, § 6º, da

Constituição, dispositivo constitucional autoaplicável, não se sujeitando à intermediação legislativa ou administrativa.¹⁰⁰

É possível se depreender do julgamento que um dos argumentos levantados pelo estado do Mato Grosso do Sul, réu na ação, em sua defesa, é a natureza coletiva dos danos sofridos pelo autor, o que levaria, no entendimento do demandado, ao julgamento de improcedência da ação. Nas palavras do relator:

Caracterizada a atitude opressiva do Estado, a ocorrência do dano material ou moral e o nexó causal, deve ser imposta a condenação correspondente. A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a *natureza coletiva dos danos sofridos*) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado.¹⁰¹

Evidentemente que o fato de se caracterizar um dano moral coletivo não impede que o titular individual do direito subjetivo à reparação por esse mesmo dano provoque o Poder Judiciário a fim de obter reparação, ainda que remuneratória, e consiga delimitar, ainda que em juízo, o tamanho da lesão por ele sofrida.

Vale destacar que vários são os fundamentos e dispositivos constitucionais, legais e convencionais que asseguram aos presos o direito de não sofrer em situação degradante enquanto cumprirem pena em estabelecimentos carcerários. Entre eles podem-se destacar: a Constituição Federal de 1988, art. 5º, incisos XLVII, XLVIII; XLIX; a lei de execução penal – lei federal n. 7.210/84; a lei federal n. 9.455/97 (lei de tortura); a lei federal n. 12.874/2013 (Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura); o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, arts. 2º; 7º; 10; e 14; a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e a Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

Em maio de 2016, após a apresentação do voto do relator, portanto, mas antes do julgamento final do caso, na sequência do julgamento, o ministro Luís Roberto Barroso

¹⁰⁰ BELICE, Afonso Códolo. Reserva do possível e ativismo judicial no recurso extraordinário 580252: reparação do estado ao detento que teve seus direitos violados durante o cárcere. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais**. Brasília: IDP/EDB, 2016, p. 20.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Inteiro Teor. 2017. pdf.

apresentou seu voto, onde o ministro julgou pelo provimento do recurso do autor para fixar o dever de o Estado permitir a remição da pena imposta ao preso, estabelecendo, assim, uma reparação *in natura* pelos danos causados à pessoa encarcerada em condições desumanas, em vez de fixar reparação com base em valor pecuniário.

Em seu voto Barroso expõe que o detento que obtiver indenização pecuniária permanecerá ainda em condições desumanas, mesmo após a condenação, além de que a quantia em espécie que lhe será entregue terá pouca valia para minorar as lesões sofridas durante o cárcere, citando o ministro que a referida técnica de remição foi adotada na Itália muitos anos antes, ocasião em que foi estabelecido o critério de 1 (um) dia de pena remida para cada 10 (dez) dias de pena cumprida em condições degradantes e desumanas, asseverando ainda que essa resposta dada pela corte italiana ao caso concreto foi referendada pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Finalmente, com o intuito de demonstrar alguns poucos julgados, mas de relevante monta, para o traçar de políticas públicas em matérias prisionais no país, a partir de premissas e determinações fixadas pelo Poder Judiciário, mister falar do julgamento do recurso extraordinário n. 641.320/RS, julgado em 2016 pelo plenário do STF, onde a corte teve a oportunidade de fixar diretrizes para o cumprimento de pena em meio menos gravoso do que o legal ou judicialmente fixado quando não houver vagas no regime previsto.

Segundo o STF, a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do apenado em regime carcerário mais gravoso, cabendo esse juízo de adequação à competência dos juízes de execução penal, mormente quando se refere aos regimes semiaberto e aberto, desde que não haja alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

Outra importante diretriz que pode ser extraída do julgado comentado é que, uma vez verificada a situação de falta de vagas em determinado regime, deverão ser determinados pelo juízo da execução: (i) a saída antecipada de apenado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade monitorada, normalmente através de tornozeleira eletrônica, ao condenado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao condenado que progride ao regime aberto. Foi esse o dispositivo que obteve a maioria de votos para a formação do julgamento e do acórdão, sendo as demais teses levantadas pelo relator afastadas pelo restante dos ministros.

Vê-se que a decisão do STF diverge dos padrões estabelecidos pela Lei de Execução Penal (LEP) bem como do Código Penal quando tratam do sistema de regime de cumprimento de pena, e a valorosa contribuição daquela corte se fez necessária justamente porque a

realidade prática demonstra que a legislação de regência admite falhas graves que prejudicam direitos dos apenados.

Ademais, o julgado no citado recurso extraordinário detém parte de seu bojo destinado às sentenças manipulativas, conhecidas por alguns por sentenças intermediárias, mais especificamente do tipo sentença transitiva apelativa, na qual além do reconhecimento de uma situação jurídico-normativa determinada, a corte julgadora faz apelo ao legislador com o intuito de reverter determinada situação analisada pela sentença.

Foi exatamente o que o julgamento do STF nos autos do RE n. 641.320/RS, onde dentre outros pedidos da corte ao Poder Legislativo, deixou consignado: o apelo a esse poder constituído para que envidasse esforços no intuito de avaliar a possibilidade de reformular a execução penal e a sua legislação, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade fática dos estabelecimentos prisionais brasileiros, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; e (iii) impedir o contingenciamento do fundo penitenciário nacional, contudo, nessa parte o relator, ministro Gilmar Mendes, não formou maioria.

Percebe-se, diante do exposto, que o STF não tem adotado mera postura de autocontenção quando temas de direito penal e execução penal são levados a julgamento naquele órgão jurisdicional constitucional e quando, simultaneamente, as consequências das decisões tem força imediata para impactar no sistema prisional brasileiro e todas as suas vicissitudes, conhecidas pelos integrantes daquela corte e de muitos estudiosos e não estudiosos do tema, sendo que a decisão proferida na ADPF 347 configura um elemento a mais nesse bojo paradigmático de sentenças estruturantes que funcionam como divisores no marco dos parâmetros jurídicos e fáticos envolvidos com a temática da prisão.

2.2.4. Deliberações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o sistema carcerário brasileiro

No tópico que ora se inicia, é preciso destacar que a compreensão daquilo que costumeiramente se chama de Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) diz respeito à composição formada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), dois órgãos importantíssimos que junto com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, também

conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, formam o SIDH. Todos estão inseridos no contexto da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em função das múltiplas falhas do Estado brasileiro em superar as mazelas violadoras de direitos humanos e fundamentais nas unidades prisionais do país, em muito se tem procurado a atuação de organismos internacionais com o fulcro de alcançar determinações a fim de evitar violações de direitos de tal magnitude, sendo esse o espaço para abertura de funcionamento e deliberações da CIDH e da CtIDH na matéria de regime prisional, salientando que os citados órgãos não deliberam apenas sobre o regime carcerário brasileiro, mas também sobre as condições de encarceramento em outros países das américas.

Não fugiram à análise dos citados órgãos a situação prisional de outros países no continente americano, onde, por vezes, foi possível identificar um quadro semelhante àquele vivido no Brasil, consistente em transgressões massivas e constantes de direitos da pessoa presa, muitas vezes por postura omissiva do Estado.

Ocorre que, como se verá mais à frente, as condições do sistema prisional brasileiro são conhecidas há muitos anos pelos mecanismos da OEA, mas até o presente momento, e, ao que parece por mais algum tempo, o sistema carcerário não tem percebido avanços significativos em matéria de observância da Convenção Americana de Direitos Humanos nem das regras e princípios asseguradores de direitos fundamentais estabelecidos pelos próprios países do sistema, apesar das mais variadas condenações, recomendações e determinações emanadas daqueles organismos internacionais.

Também é relevante destacar que muitos pontos semelhantes são detectados quando da análise feita pelos organismos internacionais interamericanos das unidades prisionais do país, sendo temas recorrentes nas deliberações, tanto da CIDH quanto da CtIDH, a questão da superlotação, da violência entre os detentos, da ausência de separação adequada por facções criminosas, da ausência de condições mínimas de higiene pessoal, limpeza, alimentação e assistência, seja ela social, jurídica, religiosa etc., sendo que essas patologias são ora mais relevantes ora menos relevantes em determinado caso, porém em quase todos estão presentes.

2.2.4.1. Cárcere brasileiro em providências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Analisando a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito à realidade carcerária brasileira, é possível identificar várias deliberações acerca da situação das unidades que compõem o sistema penitenciário nacional, onde o organismo

proferiu por diversas vezes medidas em desfavor do Estado brasileiro, visando a garantir a observância e o respeito aos direitos humanos dos presos, especialmente no que diz respeito à integridade física e psíquica dos mesmos, tais como os casos do Centro de Atendimento Juvenil Especializado (CAJE), de Brasília (2006); do Centro de Detenção Provisória de Guarujá, em São Paulo (2007); da Penitenciária Polinter de Neves, de São Gonçalo, Rio de Janeiro (2009); do Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno (Complexo de Curado), de Recife, Pernambuco (2011); do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, de São Luiz, Maranhão (2013); do Presídio Central, de Porto Alegre, Rio Grande do Sul (2013), dentre outros casos.

Ainda na esteira dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito à observação com os direitos dos presos no país, é possível verificar um trabalho que se desenvolve há alguns anos, a partir do monitoramento próximo das condições dos presídios e demais unidades prisionais no país, além de outras graves situações de violação de direitos humanos que, no caso específico dessa tese, não convém explanar.

Como aduz Pereira, após uma série de inspeções às cadeias brasileiras em 1997, membros da CIDH formalizaram um relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, demonstrando já naquela ocasião a precariedade do sistema prisional pátrio, bem como as violações de vários direitos humanos previstos na CADH e em outras normas internacionais, e que, segundo o citado autor, no capítulo IV do referido relatório, intitulado “As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro”, tratou-se especialmente da situação dos presídios nacionais, que “tristemente em nada difere da realidade atual quanto à continuidade das violações de direitos e à superlotação.”¹⁰²

O quadro massivo de aviltamento de direitos fundamentais, portanto, não diferia muito da citada época, há mais de duas décadas, daquele encontrado mais atualmente na realidade carcerária nacional, sendo frequentes e semelhantes os problemas encontrados pela CIDH à época e aqueles da atualidade: superlotação, ausência de condições de higiene, limpeza e conservação das unidades, falta de atendimento médico/ambulatorial, inexistência de assistência psicossocial adequada, precariedade da alimentação e vestuário, punições disciplinares severas, ausência de separação de presos de acordo com a natureza do crime etc.

No ano de 2011, a comissão aprovou medidas cautelares em favor de presos do antigo Aníbal Bruno, no município de Recife, após contabilizar a morte de cerca de 97 pessoas reclusas desde janeiro de 2008 até a decisão da cautelar ora referida, sendo a grande

¹⁰² PEREIRA, Luciano Meneguetti. op. cit., p. 175.

parte das mortes ocasionadas por episódios de violência, ocasião em que, além de solicitar ao Estado medidas que garantissem a integridade dos presos, a redução da superlotação e a garantia do acesso a atendimento médico, a CIDH requereu também que o Estado eliminasse a figura dos “chaveiros”, pessoas presas na unidade e responsáveis pelo acesso a determinadas celas, para que fossem substituídos por agentes de política penitenciária estatal.

Ainda em relação às deliberações e trabalhos da CIDH acerca do regime prisional do Brasil, também vale destacar o árduo empenho do órgão em identificar violações excessivas de direitos no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no estado do Maranhão, no ano de 2013, e não apenas da citada unidade, mas a situação como um todo no regime prisional daquele ente federativo, quando por ocasião da ocorrência de cerca de 17 mortes no referido complexo prisional em outubro daquele mesmo ano, que levou a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos a requerer perante a comissão medidas cautelares urgentes contra o Estado.

Em dezembro de 2013, a CIDH emitiu a resolução n. 011/2013, nos autos da medida cautelar n. 367-13, relativa à situação das pessoas privadas de liberdade no Complexo de Pedrinhas, baseada na importância cautelar e tutelar das suas medidas, após identificar o requisito da gravidade da situação, diante da morte de 17 detentos em apenas um mês daquele ano, no contexto de guerras entre quadrilhas rivais e ausência de controle efetivo pelo Estado, que teriam levado ao número de 40 mortes no citado complexo, apenas no ano de 2013. Também a CIDH identificou na questão o requisito da urgência, tendo em vista a omissão patente do Estado em impedir a proliferação do estado de violência e de letalidade na unidade em questão. Além da gravidade e da urgência, o organismo identificou a situação de irreparabilidade dos danos, considerando a violação patente ao direito à vida e à integridade pessoal dos reclusos.¹⁰³

Alicerçada nas condições acima, a CIDH expediu a resolução do caso, solicitando ao Estado brasileiro: 1) adotasse as medidas efetivas para evitar mortes e danos à integridade física e pessoal dos detentos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas; 2) reduzisse, imediatamente, os níveis de superlotação; e 3) investigasse os fatos que motivavam as próprias cautelares expedidas pela comissão, evitando a sua repetição. Contudo, mesmo na vigência da medida cautelar, entre dezembro de 2013 e agosto de 2014, novas mortes ocorreram no sistema prisional, levando a CIDH a solicitar junto à Corte Interamericana medidas específicas para a situação.

¹⁰³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 11/2013**. Medida Cautelar nº 367-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade dentro do “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” sobre o Brasil. Washington, D. C., 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf> Acesso em: 02 mai. 2021.

Em artigo específico do tema, Isabella Miranda Silva identifica apontamentos das entidades de direitos humanos ouvidas pelos organismos do SIDH, que indicam que a superlotação carcerária era um dos principais fatores que contribuíram para a alta taxa de letalidade identificada em Pedrinhas, mas era perceptível a descrença dessas mesmas entidades na estratégia de construção de novas unidades prisionais como solução para o problema da superlotação, bem como era nítida a crítica à atuação da justiça criminal do estado.¹⁰⁴

Caso contemporâneo à situação de Pedrinhas, no qual a CIDH também realizou gestões, foi o do Presídio Central da cidade de Porto Alegre, desta feita provocada por entidades ligadas ao sistema de justiça criminal, como associações de classe, e na oportunidade verificou-se, com muita semelhança de natureza dos problemas, a questão da superlotação e da violência elevada, consubstanciada nos conflitos entre organizações criminosas distintas.

Tal como ocorreu com a análise da situação de Pedrinhas, a comissão identificou no Presídio Central de Porto Alegre os requisitos da gravidade, irreparabilidade e urgência, como elementos que subsidiaram a tomada de providências e a solicitação feita pelo organismo junto ao Estado brasileiro, em razão do risco iminente de novas violações à integridade dos reclusos e em função de violações massivas de direitos dos presos, tais como o direito à saúde.

Como base em tal situação, a CIDH editou a resolução n. 014/2013, solicitando ao Estado brasileiro (Governo do Brasil, nos termos utilizados pela comissão), em relação aos reclusos do Presídio Central de Porto Alegre: 1) adotasse as medidas indispensáveis para manter a vida e integridade pessoal dos internos; 2) fornecesse condições higiênicas na unidade, bem como tratamentos médicos adequados para os reclusos, de acordo com as suas patologias; 3) implementasse medidas para recuperar o controle de segurança na unidade prisional, seguindo padrões internacionais de direitos humanos, a fim de proteger a vida e integridade pessoal dos detentos; 4) implementasse plano de contingência para disponibilizar extintores de incêndio e outras ferramentas necessárias para segurança no local; e 5) adotasse outras medidas imediatas para reduzir substancialmente a superlotação dentro do presídio.¹⁰⁵

¹⁰⁴ SILVA, Isabella Miranda. Letalidade e superencarceramento: encadeamento de efeitos sociais em discursos e práticas no Sistema Penal Maranhense. **Revista de Políticas Públicas**, v. 23, n. 01, p. 150-170, 2019, p. 154; Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v23n1p150-170>. Acesso em: 02 mai. 2021.

¹⁰⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 14/2013**. Medida Cautelar nº 8-13. Asunto: Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre” respecto de Brasil, Brasil. 30 de Dezembro de 2013. Disponível em: oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/mc8-13resolucion14-13-es.pdf Acesso em: 02 mai. 2021.

Depreende-se da leitura dos casos acima que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem acompanhado de perto muitos dos casos numerosos de massiva, constantes e persistentes violações de direitos humanos nas cadeias e penitenciárias do país, demonstrando que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma realidade arraigada e espalhada pelos mais diversos cantos do país, sendo a ausência de providências efetivas por parte do poder público uma constante inafastável que contribui de veras para a manutenção do sistema e das atrocidades que nele encontramos.

2.2.4.2. Cárcere brasileiro em providências da Corte Internacional de Direitos Humanos

Inicialmente, vale afirmar que a atuação da CIDH e da CtIDH apresenta caráter subsidiário à atuação das vias jurídicas internas do país, notadamente quando essas se apresentam de maneira insuficiente para alcançar a reparação devida ou a cessação das violações de direitos humanos objeto de eventual representação.

Além desse caráter subsidiário, para obter provimento da CtIDH, somente a Comissão Interamericana e os Estados-partes tem legitimidade de pleito e, de outra ponta, também é válido afirmar que a partir do instante que um Estado ratifica a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão pode mover uma solicitação de providências contra o ente signatário.

Normalmente no âmbito da atuação do SIDH o processo é iniciado mediante uma análise da representação junto à Comissão que, após isso, dependendo da gravidade do caso ou de eventual descumprimento das medidas solicitadas pela CIDH, submete o caso para apreciação da Corte, que detém a capacidade jurisdicional dentro do sistema regional, seja para deliberações em litígios, seja para atuar em esfera consultiva. Logo, diferentemente do sistema europeu, onde qualquer indivíduo pode peticionar perante a Corte Europeia de Direitos Humanos em caso de violação de direitos, no sistema interamericano apenas a Comissão e os estados signatários podem submeter um caso para apreciação pela corte regional.

Ao analisarmos a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além daquelas citadas no item anterior relativos às determinações emanadas da Comissão Interamericana, é possível citar alguns casos em que a CtIDH requereu a adoção de *medidas* ao Estado brasileiro em matéria do sistema prisional do país: a) Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno (Complexo de Curado), de Recife (2014, 2015 e 2016); b) Penitenciária Urso Branco, de Porto Velho (2002, 2004, 2005, 2008, 2009 e 2011); c)

Complexo do Tatuapé (FEBEM e Fundação Casa), de São Paulo (2005, 2006, 2007 e 2008); d) Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara (2006 e 2008); e e) Complexo de Pedrinhas, de São Luiz (2014).

Logo, indo além das fronteiras nacionais da jurisdição, a questão carcerária brasileira também foi abordada por órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), sendo que entre 2011 a 2016, a CtIDH propôs várias vezes ao Brasil e aos estados federativos que adotassem providências urgentes com o objetivo de prevenir danos irreparáveis às pessoas privadas de liberdade, valendo destacar a medida cautelar nº 199/11 que apurou a prática de tortura e a morte de detentos no presídio “Professor Aníbal Bruno”, localizado em Recife; a medida cautelar nº 08/13, que analisou a situação no presídio Central de Porto Alegre, em virtude da superlotação e da ausência de higiene, assistência médica e segurança; bem como a medida cautelar nº 367/13, cujo objeto de deliberação recaiu sobre o assassinato violento de presos do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado no estado do Maranhão; a medida cautelar nº 39/16, que apurou a situação de falta de água potável, comida adequada, material de higiene e medicamentos no “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, integrante do complexo “Bangu”, no estado do Rio de Janeiro.¹⁰⁶

Comentarei alguns desses casos e seus desdobramentos a partir de então.

Trazendo à baila alguns desses casos supramencionados, destaco a situação do Complexo de Pedrinhas, cuja análise e situação deram origem à resolução pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro, em caráter de medidas provisórias, já que as medidas cautelares formalizadas pela comissão não surtiram os efeitos que delas se esperava.

No julgado, a CtIDH destacou que as medidas provisórias por ela expedidas no caso tem caráter não apenas cautelar, mas também tutelar, na medida em que almejavam evitar danos irreparáveis aos indivíduos presos, de modo que as medidas provisórias poderiam se tornar uma garantia jurisdicional de caráter preventivo.

A manifestação do órgão se originou a partir de representação da CIDH, nos termos do art. 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na qual o organismo regional afirma que adotou medidas cautelares para o mesmo caso, em dezembro de 2013, logo após receber a notícia de várias mortes violentas no complexo penitenciário, porém sem êxito, posto que o quadro de mortes e de extrema violência na unidade continuou a se agravar, sendo que a situação de “violência no interior do ‘Complexo Penitenciário de Pedrinhas’ alcançou

¹⁰⁶ BALDO, Rafael Antônio. op. cit., p. 149.

um nível crítico que custou a vida e afetou a integridade de um alarmante número de pessoas, e que se manifesta em múltiplas formas de violência que ocorrem de maneira simultânea.”¹⁰⁷

Em sua deliberação sobre o Complexo de Pedrinhas, em formato de resolução, a Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitou ao Estado brasileiro que: 1) adotasse, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade dos presos de Pedrinhas, assim como de qualquer pessoa que se encontre neste estabelecimento, incluindo os agentes penitenciários, funcionários e visitantes; 2) mantivesse os representantes dos beneficiários informados sobre as medidas adotadas para implementar a presente medida provisória; 3) informasse à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada três meses, contados a partir da notificação da resolução, sobre as medidas provisórias adotadas em conformidade com a decisão.

A CtIDH também solicitou aos representantes dos beneficiários que apresentem as observações que considerem pertinentes ao relatório, bem como solicitou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresentasse observações que considere pertinentes ao relatório estatal requerido.

Para Wermuth e Heck, a gravidade do Complexo de Pedrinhas era tamanha que a CIDH submeteu o caso à corte regional, porquanto a adoção da medida cautelar nº 367/13 não se mostrou eficaz, sendo possível identificar que presidiários estavam comandando ações criminosas de dentro da unidade, ordenando a queima de ônibus na cidade de São Luís do Maranhão. Nesse entorno foi que a Corte editou medida provisória requerendo que o Estado brasileiro adotasse medidas eficientes no combate à extrema violência que vinha ocorrendo em Pedrinhas.¹⁰⁸

Tendo como parâmetro o caso acima referido de Pedrinhas, no Maranhão, entre os anos de 2013 e 2014, e voltando mais de uma década na linha do tempo, é possível identificar outras providências da Corte Interamericana em face do Estado brasileiro, desta feita envolvendo o caso do Presídio de Urso Branco, estado de Rondônia.

A situação de violência extrema identificada na referida unidade prisional datava de 2002, quando ocorreu uma rebelião de presos, resultando na morte de quase 03 dezenas de pessoas, fato esse que ensejou a expedição da resolução de 29 de agosto de 2002 pela CtIDH

¹⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 14 de novembro de 2014**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 03 mai. 2021.

¹⁰⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; HECK, Monique Letícia de Lima. As decisões da comissão interamericana de direitos do homem e suas contribuições para a humanização do sistema carcerário brasileiro. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, Vol.20, n. 22, pg. 40-68, 2017, p. 62. Disponível em: periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/3418/1527. Acesso em: 03 mai. 2021.

em face do Estado brasileiro, solicitando medidas de proteção, resguardo de integridade física, bem como que fossem apresentadas informações sobre os acontecimentos graves ocorridos na unidade.

Assim, em julho de 2004 a CtIDH editou nova resolução sobre a situação de Urso Branco, requerendo novas medidas ao Estado brasileiro, tais como: a) adotar de forma imediata todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e integridade pessoal dos presos da Penitenciária Urso Branco, assim como as de todas as pessoas que ingressem na mesma, entre elas os visitantes e os agentes de segurança que prestam seus serviços na mesma; 2) adequar as condições da mencionada penitenciária às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis à matéria; 3) remeter à Corte uma lista atualizada de todas as pessoas que se encontram reclusas na penitenciária; 4) investigar os fatos que motivaram a adoção das medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor-lhes as sanções correspondentes, incluindo a investigação dos acontecimentos graves ocorridos na penitenciária depois de a Corte ter emitido as Resoluções de 18 de junho e 29 de agosto de 2002; e 5) submeter à Corte relatório sobre o cumprimento das medidas indicadas anteriormente.¹⁰⁹

Logo, percebe-se que a notícia acerca da situação degradante da população carcerária no Brasil já tinha tido repercussão na comunidade internacional, suscitando, inclusive, a intervenção de organizações internacionais para a defesa de direitos humanos, e, como visto, em 2002, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a implementar uma série de medidas para garantir a vida e a integridade física dos presos em um dos maiores presídios da região norte do país (Presídio de Urso Branco, em Rondônia).

Na visão de Barcellos sobre o caso em epígrafe, pouco (ou quase nada) foi feito desde então e as determinações daquele tribunal da OEA não foram cumpridas, razão pela qual, em outubro de 2009, o país teve de comparecer perante a corte novamente para prestar explicações acerca da situação do mesmo presídio.¹¹⁰

Finalmente, vale dar destaque ao caso do sistema prisional do Complexo do Curado, localizado no município de Recife, que também foi alvo das deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos últimos anos, em mais de uma oportunidade, uma vez que antes da resolução editada pela corte em 2018, ao menos outras quatro resoluções,

¹⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 07 de julho de 2014.** Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto Caso da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 03 mai. 2021.

¹¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 44.

nos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017, foram expedidas pelo órgão internacional em relação à mesma unidade prisional em comento.

As medidas anteriores determinadas pela CtIDH disseram respeito, em síntese, à necessidade de o Estado brasileiro assegurar, de maneira eficaz, a vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade sob custódia estatal no Complexo Penitenciário do Curado, bem como das outras pessoas que ali trabalhavam, como os agentes penitenciários, atualmente conhecidos como agentes penais, e que frequentava o estabelecimento, tais como os visitantes dos reclusos. Também foi objeto das deliberações anteriores, mais especificamente a resolução CtIDH de 15 de novembro de 2017, a necessidade de o Estado promover um plano de contingência para diminuir a superlotação carcerária na unidade, bem como para eliminar a figura dos “chaveiros”.

Em sua fundamentação para a edição da resolução de 28 de novembro de 2018, a CtIDH invocou fundamentos da própria legislação brasileira, entre eles os dispositivos da lei de execução penal, na parte em que o diploma assegura o direito do preso a alimentação, vestuário, higiene pessoal, assistência à saúde entre outros, bem como invocou resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Na resolução de 2018 a CtIDH afirmou que aquele organismo não poderia deixar de registrar que, apesar do tempo transcorrido, posto que as medidas iniciais recomendadas datam de 2014, as providências até então adotadas pelo Estado brasileiro não possibilitaram a melhoria concreta das condições de cárcere dos reclusos do Complexo de Curado.¹¹¹

Destacou ainda a instituição que, embora fosse relevante reconhecer as providências adotadas pelo Poder Público em razão das resoluções anteriores, era necessário reconhecer que a execução de penas privativas de liberdade ou de detenções preventivas no Complexo de Curado violaria o artigo 5.2 da Convenção Americana, e, embora as medidas até então tomadas, a situação degradante na qual se encontravam os apenados e acautelados não foi superada e tampouco atenuada desde que a Corte dispôs a medida e levou a cabo a visita *in situ*.¹¹²

Assim, invocando medidas judiciais tomadas contra situações de graves violações a direitos de presos pela Corte Constitucional da Colômbia, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, até mesmo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pelo próprio Supremo

111 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 28 de novembro de 2018**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, p. 17. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf Acesso em: 05 mai. 2021.

112 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 28 de novembro de 2018**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, p. 18. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf Acesso em: 05 mai. 2021.

Tribunal Federal do Brasil, tais como a edição da súmula vinculante n. 56, a CtIDH resolveu editar na nova resolução com determinações em face do Estado brasileiro para superar a grave crise de direitos humanos vivida no Complexo Penitenciário do Curado.

Aqui convém não olvidar das práticas nefastas de corrupção e outros ilícitos identificadas pelo organismo internacional e destacadas pela professora Flavianne Nóbrega e outros, ao aduzirem que não eram incomuns as práticas corruptivas de abuso de poder entre detentos, em específico aquelas promovidas por aqueles conhecidos como “chaveiros”, e alguns agentes estatais, proporcionando o ingresso de armas e drogas na unidade prisional, além de consentir com o desenvolvimento de comércio clandestino no interior do sistema prisional, configurando-se “condutas sistêmicas que dialogam o cárcere e a corrupção com inconstantes transgressões de direitos.”¹¹³

Ainda segundo Nóbrega, a figura do chaveiro nas unidades prisionais do Complexo do Curado representa um típico arranjo informal que proporciona a corrupção no sistema, porquanto, muitas vezes, são eles “capazes de constranger os comportamentos de outros presidiários, uma vez que possuem a atribuição de supervisionar e disciplinar os detentos”.¹¹⁴

Assim, na deliberação de novembro de 2018, a Corte Interamericana requereu ao Estado a adoção imediata de providências imprescindíveis para proteção eficaz da vida, da saúde e da integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Complexo de Curado, e, de maneira mais contundente e específica, determinou que o Estado brasileiro deveria arbitrar, no prazo de seis meses a contar da citada resolução, mecanismos para que se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido naquela unidade prisional para os presos que não sejam acusados de, ou não estejam presos por, crimes contra a vida ou a integridade física, ou crimes sexuais.¹¹⁵

Do conjunto das medidas adotado pela CtIDH em relação à caótica moldura fática da realidade das unidades prisionais brasileiras percebe-se que a situação não passou despercebida pelo órgão internacional, de modo que sua atuação frente às violações de direitos humanos e fundamentais ocorridas no Brasil, decorrentes sobretudo da omissão sistêmica do Poder Público e do sistema de justiça em adotar providências suficientes para

¹¹³ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt; CASTRO, Cláudia Xavier de; FIGUEIREDO, João Augusto Maranhão de Queiroz; CASTRO, Renata Xavier de. O desenho institucional do fórum de monitoramento e o cumprimento das medidas protetivas da Corte Interamericana no Complexo do Curado. *In*: Douglas Santos Mezacasa. (Org.). **Participação e efetividade do direito na sociedade contemporânea 2**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 127.

¹¹⁴ *Idem*, p. 132.

¹¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 28 de novembro de 2018**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado, p. 37. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf Acesso em: 05 mai. 2021.

superar as dificuldades e transgressões ocorridas dentro do sistema carcerário nacional, indica a preocupação constante dos organismos e da comunidade internacionais com o Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, sendo essa preocupação bastante antiga e aparentemente não solucionável.

Com o reconhecimento do ECI no Brasil, mediante a decisão cautelar na ADPF 347 novos ares de contornos à resolução do problema foram revigorados, dando ensejo, mais uma vez, à possibilidade de aprofundar ainda mais a discussão sobre o tema, ouvindo especialistas, representantes do Estado, do sistema de justiça criminal, de entidades privadas vinculadas à defesa dos direitos dos presos entre outros atores, e buscar novas soluções para problemas tão antigos e tão arraigados.

2.3. ADPF 347 e o reconhecimento do ECI brasileiro

Embora já passados diversos anos do início da experiência latino-americana com o ECI na Colômbia, especialmente no caso da sentença T-025/2004, que é relevante por seu conteúdo, o STF apenas em 2015 vai reconhecer a figura citada no Brasil após ser instado em ação de controle abstrato de constitucionalidade, passados mais de 10 (dez) anos desde aquela decisão paradigmática do país vizinho, naquilo que se pode entender como hipótese de configuração do diálogo constitucional entre cortes superiores latinas, conforme se desenvolverá mais à frente.

Com isso, pelo menos até esse momento, figura-se importante perceber em que grau desse ciclo a jurisprudência brasileira adotou o ECI no cenário jurisprudencial nacional e quais as providências devem ser tomadas após o reconhecimento da situação inconstitucional suprarreferida.

Essa observação se faz relevante, pois severas críticas foram desenvolvidas pelos juristas e pensadores acerca do tema, justamente pela falta de resolutividade do julgamento da Corte Constitucional colombiana após reconhecer o ECI em diversas oportunidades, especialmente no caso das penitenciárias daquele país e a da situação calamitosa a qual eram subordinados os presos.

Por razões parecidas, Penna vai afirmar que o ECI não carrega uma imagem bem-vinda ao direito brasileiro, e, mais do que isso, a figura deveria ser devidamente repudiada.

Arremata aquele autor que “trata-se de mais um álbi teórico para justificar uma indesejável (e inconstitucional) intervenção/usurpação promovida pelo Judiciário.”¹¹⁶

A problemática ora desenvolvida a partir de então perpassa por indagar a seguinte questão: uma vez compreendida a noção do ECI em suas origens, especialmente a produção judicial e constitucional colombiana, como ocorreu o seu estabelecimento e aceitação no âmbito da doutrina e da jurisprudência no Brasil? Há, de fato, o reconhecimento da existência de tal situação sistêmica e reiterada de violações a direitos humanos nas unidades prisionais no país?

A discussão doravante tem em mente o julgamento da medida cautelar nos autos da ADPF 347, em setembro de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal, discorrendo acerca dos meandros daquele processo, dos pedidos da petição inicial, do julgamento em si, realizado por aquela corte constitucional brasileira, e, no que mais interessa ao desenvolvimento da pesquisa, as consequências daquele citado provimento jurisdicional.

Antes de levantar com maiores detalhes a questão da ADPF 347, porém, é preciso destacar que o pano de fundo por trás de toda a discussão concernente ao presente tema perpassa, firmemente, como se perceberá, pela consecução de políticas públicas eficientes, pois a realização efetiva e resolutiva destas políticas permite o desenvolvimento social e o exercício dos direitos fundamentais e dos direitos humanos do cidadão brasileiro, ainda que de forma limitada, como ocorre de dentro de unidades prisionais espalhadas pelo país.

Não é possível falar, portanto, de Estado de Coisas Inconstitucional e não abordar, expressamente, a temática do ativismo judicial e a realização dessas políticas públicas, simplesmente porque o ECI é produto direto e típico de um pensamento voltado à necessidade de direcionar a concretização de direitos humanos e fundamentais pelo Poder Público, especialmente pelos órgãos ligados ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, durante o exercício da função jurisdicional por um determinado juiz ou tribunal, embora nem toda postura decisória que se dirija e se comporte com essa preocupação de concretização de direitos e garantias possa ser considerada como sendo ativista.

Embora o ativismo judicial não seja o principal objeto direto desta pesquisa, já que este é, em essência, como dito no tópico anterior, o Estado de Coisas Inconstitucional, na sua origem e nas suas consequências, que por sua vez pode ser visto como um possível produto da

¹¹⁶ PENNA, Bernardo Schmidt. Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na ADPF 347. **Revista Pensamento Jurídico**. Vol. 11, nº 1, p. 09-19, 2017, p. 18. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/84/123> Acesso em: 01 abr. 2021.

postura ativista judiciária, pode-se dizer que o ativismo está, ainda que de maneira indireta, marcado de forma relevante na problematização aqui posta.

Na verdade, embora não se defenda aqui a tese do ativismo judicial como ferramenta propulsora do ECI, por mais que haja vozes nesse sentido como acima se destacou e como abaixo se destaca, não se afigura prudente afastar totalmente a visão do ativismo judicial da problematização ora desenvolvida, porém, como defenderei mais à frente, o desenvolvimento da tese do ECI e as medidas judiciais a serem impostas para sua superação no sistema prisional brasileiro não devem ser vistas como obra decorrente do ativismo, no sentido que o aproxima da supremacia judicial em um arranjo institucional democrático, mas sim como instrumento jurídico adequado e amparado em uma interação dialógica entre os poderes constituídos.

Assim, vale frisar inicialmente que é praticamente intuitivo dizer que o ECI é produto de posturas ativistas dos órgãos do Poder Judiciário, e isso é destacado, por exemplo, por Lênio Luiz Streck.¹¹⁷ O nominado autor destaca, identificando no ECI autêntica expressão do ativismo judicial, que o objeto do controle de constitucionalidade só pode ser normas jurídicas, e não a realidade empírica sob a qual elas incidem, demonstrando o autor certo receio pela banalização que a declaração de existência de uma situação inconstitucional de fatos pode provocar.

Com efeito, não é desconhecido o entendimento de que a situação inconstitucional das coisas encontradas no sistema penitenciário brasileiro é o ponto de partida teórico para a consecução de políticas públicas para o desenvolvimento e garantia de direitos fundamentais da pessoa presa, e esse pensamento é aqui reiterado.

Sobre o tema ainda insta acentuar a posição de Rodrigo Uprimny e César Rodriguez Garavito ao afirmarem que essas políticas públicas constituem um complemento ideal aos esforços feitos pelos juízes para prevenir, proteger e realizar os direitos humanos, sendo que esses, por sua vez, estabelecem determinados limites normativos para a elaboração e aplicação de políticas públicas em uma democracia constitucional.¹¹⁸

Nesse aspecto, ainda no que diz respeito ao ativismo judicial perante o Estado de Coisas Inconstitucional, encontra-se na doutrina a perspectiva que aponta a ocorrência clara

117 STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Revista **Consultor Jurídico**, 24 de outubro de 2015, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 09 jul. 2018.

118 YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodriguez; MURCIA, Luis Eduardo Pérez. **Los derechos sociales en serio: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas**. Bogotá: Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico - IDEP, 2012, p. 13. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/idep/20151026044645/DerechosSociales.pdf> Acesso em: 02 out. 2018.

do caráter dialógico que seria inerente à vertente classificatória do ativismo no caso como o que se coloca.¹¹⁹

Contudo, apesar das críticas acima demonstradas, especialmente focadas em um embate com a postura recorrentemente ativista de alguns juízes e tribunais brasileiros, tenho como necessário conceber que o ativismo judicial é medida que, em dose certa e em casos específicos, tem cabimento e aparece justamente como mecanismo último para contornar violações de direitos em casos que muitas vezes são graves, agudos e persistentes, como ocorre com o sistema prisional nacional, mas a tese aqui defendida vai pretender abordar o ferramental útil e disponível como uma espécie de interação dialógica entre poderes, afastando-se, assim, de uma rotulagem simplista acerca de decisões judiciais ativistas.

2.3.1. Fundamentos e pedidos da petição inicial

Abalizadas essas diretrizes acerca do tema do ativismo judicial e da interação dialógica entre poderes, além de outras referências, breves, porém necessárias, mais adiante, mister se debruçar sobre a forma pela qual o Estado de Coisas Inconstitucional aportou no direito brasileiro.

A ADPF 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), requerendo, com influência da jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, a declaração da existência do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, em razão das latentes omissões institucionais dos poderes Executivo e Legislativo, e também do Poder Judiciário, para tratar de solucionar o caos vivido no regime prisional nacional.

Os fundamentos de fato e de direito levantados pelo autor da ação perpassam as seguintes diretrizes, conforme demonstrado anteriormente: violação massiva e generalizada de direitos humanos; expressivo quantitativo de pessoas vítimas da citada violação; omissão das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações institucionais para garantia e promoção dos direitos das pessoas referidas; necessidade de medidas complexas, a serem executadas por vários órgãos do Poder Público, exigindo mudanças estruturais, atingindo, inclusive, a necessidade de alterar as previsões orçamentárias da Administração Pública; e o risco de sobrecarregamento intenso do sistema de justiça nacional acaso haja multiplicidade

¹¹⁹ ANDREA, Gianfranco Faggin Mastro, op. Cit., p. 74. Sobre as dimensões do ativismo judicial, em especial a metodológica-interpretativa, a política e a institucional, bem como as classificações do ativismo, convém destacar as passagens da prof. Flávia Santiago Lima. Cf.: LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 168 e ss.

de requerimentos dos indivíduos que são atingidos por aquela situação para solucionar a questão.

A inicial da ADPF parte do pressuposto de que existe no sistema carcerário nacional um cenário patente de violação a direitos mais básicos dos presos, especialmente no que diz respeito a preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, bem como o acesso à Justiça e os direitos sociais primordiais como o acesso a saúde, educação, trabalho e segurança.

Os pedidos cautelares apresentados pelo autor, que foram muito extensos, podem ser resumidos da seguinte maneira: a) determinação a todos os juízes e tribunais que motivem expressamente, em cada processo criminal pelo qual haja um preso, as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal no caso concreto sob sua jurisdição; b) reconhecimento da aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, para a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, por todo o país; c) aplicação de penas alternativas à prisão em razão das condições desumanas das cadeias e prisões do país em cada processo de réu preso; d) abrandamento, pelo juiz da execução penal, dos requisitos temporais para a fruição de benefícios prisionais e direitos do preso; e) determinação para realização de mutirões carcerários; f) determinação do imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedação à União de realização de novos contingenciamentos do citado fundo até que se reconheça a superação do Estado de Coisas Inconstitucional.

Por sua vez, o pedido definitivo e final da ação apresenta os requerimentos de: a) declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) confirmar as medidas cautelares solicitadas na inicial; c) determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF um plano nacional visando à superação do Estado de Coisas Inconstitucional; d) submeter o Plano Nacional à análise de vários órgãos públicos envolvidos com a temática da justiça criminal brasileira; e) deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que a corte reputar como sendo necessárias; f) determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado pela corte; g) submeter os planos locais à análise de vários órgãos públicos envolvidos com a temática da justiça criminal brasileira; h) deliberar sobre os planos locais apresentados, para homologá-los ou impor medidas alternativas ou complementares, quando a corte reputar como sendo necessárias; i) monitorar e fiscalizar a implementação do Plano

Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário.

2.3.2. Julgamento da medida cautelar na ADPF 347

Por sua vez, apreciando o requerimento de medida cautelar – MC – formulado na ação, o STF deferiu parcialmente o pedido do autor da ação para reconhecer e determinar o seguinte: 1) está configurado o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, em razão das condições desumanas de encarceramento dos presos e da violação massiva e persistente de direitos fundamentais em razão da superlotação do sistema, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas, cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária; 2) necessidade de a União providenciar o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, ante a situação precária das penitenciárias nacionais, providenciando a liberação dos valores existentes no fundo; 3) obrigação aos juízes e tribunais de todo o país, com espeque nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias daquele julgamento, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento da sua prisão.¹²⁰

Na decisão em questão é patente que o STF determinou a realização de políticas públicas de fundo, direta e nitidamente, orçamentário e administrativo, o que, como bem se sabe, é função precípua do Poder Executivo, bem como determinou, sem previsão legal expressa à época do julgamento, a realização de audiências de custódia em todo o território do país, matéria afeita ao processo penal, que, como não é desconhecido, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, seria função privativa do Congresso Nacional.

Bem verdade para dizer, é o fato de que o STF, em muitas oportunidades nos julgamentos anteriores a esse suprarreferido, optou por recuar de proferir uma decisão judicial ativista, praticando uma espécie de autocontenção jurisdicional. Nesse sentido, Flávia Santiago Lima vai aduzir que existe entre os doutrinadores brasileiros certa “conotação negativa da imputação de ativismo e a defesa de aspectos relacionados à autorrestrrição

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 031, divulgado em 18-02-2016, publicado em 19-02-2016.

judicial”, ainda que não rejeitem como um todo o exercício da revisão judicial dos atos dos demais poderes.¹²¹

Contudo, no caso em questão, no lugar de exercer uma postura de autocontenção, o STF exerceu uma prática que doutrinadores como Carlos Alexandre Campos tacha como ativista frente à função jurisdicional da corte, como esclarecido anteriormente, posto que sua decisão afeta diretamente a consecução de políticas públicas típicas de gestões e decisões legislativas e executivas emanáveis dos outros poderes da República.

Ainda no que diz respeito à questão do ativismo judicial no teor da decisão cautelar da ADPF 347, convém ressaltar as impressões de Ana Beatriz Passos, Carlos Augusto Filho e Guilherme Saraiva quando registram que uma das principais preocupações da doutrina que analisa o tema é a possível extensão do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, que, aos seus olhos, trata de um conceito vago, a outros casos e a outras decisões nas mais variadas esferas de problemas sociais e individuais levadas à corte.¹²²

Frise-se aqui uma discordância em relação ao ponto levantado pelos autores supramencionados no que diz respeito à classificação de vagueza no conceito do ECI.

É que, como visto anteriormente, a situação de coisas inconstitucional reúne características próprias e peculiares para a sua configuração específica, valendo lembrar que não será toda e qualquer situação de desequilíbrio institucional ou violação de direitos individuais que poderá ser considerada como típica do ECI, porquanto, segundo visto mais acima, é necessário se tratar de uma vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais acompanhada de prolongada omissão das autoridades públicas, sendo a sua superação somente alcançada pela adoção de medidas complexas adotadas por uma pluralidade de agentes.

Sem esses traços não há que se falar em ECI, e, portanto, não parece consistente a alegação de que se trata de um conceito vago e aberto, apto a receber sob sua manta toda e qualquer violação massiva de direitos humanos.

Analisando o teor específico do julgamento da cautelar, Lopes e Freire vão trazer à baila um relato que vale a pena transcrever:

Salta aos olhos, afirmou o relator, “o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”. Os presos são submetidos a condições desumanas e degradantes, amontoados em celas imundas e abarrotadas, sujeitos aos mais diversos

¹²¹ LIMA, Flávia Santiago. op. cit., p. 271.

¹²² PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; GRAVA, Guilherme Saraiva; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 283, p. 3-5, Jun/2016, p. 4.

tipos de crueldade: torturas, homicídios, violência sexual, doenças infectocontagiosas, alimentação estragada, ausência de água potável, falta de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho. Além disso, ficam à mercê das organizações criminosas existentes nos cárceres, demonstrando que “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”. Ainda, conforme o voto prolatado, essa situação é majorada pela denominada “cultura do encarceramento”, cuja resolução depende da ação conjunta de todas as esferas do Poder Público e da adoção de “medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”. Os encarcerados convertem-se em “lixo digno do pior tratamento possível”, sem qualquer direito “à existência minimamente segura e salubre”. Afirma o relator que estava certo o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, quando comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”. Aduz ainda que vários dispositivos, compostos por “normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos”.¹²³

Vê-se, portanto, que o voto do relator do caso, o ministro Marco Aurélio, foi minucioso ao reconhecer a situação degradante na qual vivem os apenados e presos provisórios do sistema carcerário brasileiro, estando ele de acordo com a expressão que ficou famosa ao se referir às unidades prisionais nacionais como sendo comparáveis a verdadeiras “masmorras medievais”, sendo essa a tônica da discussão travada no Supremo Tribunal durante o citado julgamento.

Imperioso ressaltar nessa toada que, em função da situação de violação massiva dos direitos fundamentais da população carcerária, o Supremo Tribunal Federal, em outras ocasiões, afastou a cláusula da reserva do possível como argumento apto para impedir a realização de reformas e medidas estruturais em prisões, ocasião em que ficou garantida decisão judicial para ordenar a realização de obras emergenciais em unidade prisional gaúcha.

Nesse mesmo sentido, o argumento da reserva do possível também não ganhou guarida no julgamento da medida cautelar na ADPF 347, pois a corte determinou a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional e proibiu novos contingenciamentos das verbas atreladas ao fundo.

Sobre o mesmo fundo, como faz Baldo, vale registrar que o mesmo foi criado pela lei complementar nº 79/1994, e configura como a principal fonte de recursos para o financiamento dos programas voltados para a modernização das unidades prisionais e para o aprimoramento estrutural das cadeias e penitenciárias, além das unidades de meio aberto, cabendo ao Departamento Penitenciário gerenciar os valores identificados no citado fundo, coordenando os repasses realizados para os estados federativos e, com muito mais razão, acompanhando a aplicação da lei de execução penal.¹²⁴

¹²³ LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. op. cit., p. 292.

¹²⁴ BALDO, Rafael Antônio. op. cit., p. 154.

Em verdade, como salienta Baldo, trata-se de fundo de natureza contábil que compõe o orçamento fiscal da União, segundo o qual a maior parte de seus recursos são transferidos para os estados através de repasses e convênios específicos celebrados entre órgãos e entidades federais e estaduais, no lastro do federalismo de cooperação, salientando ainda o autor que no julgamento do recurso extraordinário nº 592.581/RS, o Ministro Ricardo Lewandowski registrou que o fundo tinha arrecadado mais de dois bilhões de reais até junho de 2015, aplicando somente cerca trezentos milhões de reais até 2013, em virtude da questionável prática de contingenciamento dos recursos, bem como em função da execução ineficiente dos projetos desenvolvidos pelos estados com vistas à melhoria das condições das unidades prisionais nacionais.¹²⁵

Diante do exposto, não é necessário esforço cognitivo amplo para perceber que a decisão proferida pelo STF no julgamento da cautelar na ADPF 347 era medida necessária que teve como escopo, entre outros, interferir na política orçamentária da União, atuando incisivamente sobre o FUNPEN, e deixando margem para uma cobrança mais profunda de como os entes políticos beneficiários pelo repasse dos citados valores do fundo deveriam utilizar tais valores.

É que, segundo Magalhães, dentre os convênios firmados entre estados e União (1994-2009) para fins de estruturação e melhorias no sistema carcerário, a quase exclusividade de investimentos ocorreu na ampliação e construção de estabelecimentos (88,69%), restando pouco mais 6,61% para aparelhamento, 3,32% para reintegração e capacitação dos presidiários, e quantia extremamente diminuta de apenas 1,36% dos valores repassados que deveriam ter por destino às penas alternativas.¹²⁶

Nesse sentido, expressamente mencionando na exposição de motivos do ato normativo o julgamento da cautelar na ADPF 347, o Presidente da República editou a medida provisória n. 755 a qual, além de promover a desburocratização da utilização dos recursos do citado fundo, dispôs que parte deles: a) poderia ser utilizada em ações de segurança pública e inteligência policial; b) deveria ser destinada ao Fundo Nacional de Segurança Pública; c) poderia ser destinada a este fundo, em havendo eventual superávit do FUNPEN, até o máximo de 30%.¹²⁷

¹²⁵ BALDO, Rafael Antônio. Ob. cit., p. 156.

¹²⁶ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 20. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

¹²⁷ FERREIRA, Emanuel de Melo. Estado de coisas inconstitucional e divergência sobre direitos – um estudo a partir da medida provisória nº 755. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; OLIVEIRA, Flávio Luís de;

Como se vê, o julgamento da medida cautelar na ADPF 347 pelo STF apresentou diversos nuances quanto ao seu conteúdo e não abarcou todos os pedidos apresentados pelo autor da ação, porém o julgado consistiu em uma decisão relevante, com efeitos prospectivos que merecem acompanhamento e reflexão próximos, sendo um ponto de relevante monta para a análise, além do reconhecimento do ECI brasileiro e da determinação de liberação de valores do fundo penitenciário, comentados mais acima, a questão sobre as audiências de custódia, sobre as quais passo a dedicar as próximas linhas.

2.3.3. Audiência de custódia: observância obrigatória e os seus impactos no regime prisional brasileiro

A origem das audiências de custódia remete a pesquisa àquilo que foi estabelecido no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).¹²⁸

Segundo o pacto internacional, as pessoas presas em razão de cometimento de delitos penais deverão ser conduzidas, sem demora, a um juiz ou autoridade credenciada pela lei para exercer funções jurisdicionais, além de possuir o direito de ser julgada em prazo razoável, sendo certo ainda que a prisão cautelar não deve ser a regra geral no sistema jurídico nacional.

O Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, oficialmente recepcionado no direito brasileiro com a promulgação do decreto executivo nº 678/1992, determinou o mesmo, em sentido muito semelhante ao que fez o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, praticamente reproduzindo a determinação deste.

Portanto, considerando o entendimento que tratados e regras de direitos fundamentais devem ter imediata eficácia no direito brasileiro, segundo a Constituição Federal e o mandamento insculpido no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta Magna, desde o recebimento oficial dos citados atos internacionais pelo direito brasileiro a prática das audiências de custódia já deveria ter sido implementada no país, e o que se buscou com os referidos dispositivos é, em suma, a necessidade de apurar a ocorrência de abusos, tortura e os maus tratos perpetrados em face da pessoa presa por agentes do Estado, bem como analisar a necessidade, ou não, da manutenção da prisão.

COUTO, Mônica Bonetti (coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 71.

¹²⁸ LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 311-331, setembro, 2018, p. 314.

Esse atraso na adoção da sistemática das audiências de apresentação no Brasil, portanto, foi constatado sem grandes dificuldades, pois se percebia que a normatividade sobre o tema já existia desde a recepção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porém, apenas no final de 2015 com a resolução 213/2015 do CNJ é que houve um impulso efetivo à realização dos citados atos pré-processuais, impulso esse que foi confirmado posteriormente pela legislação ordinária da União, com a aprovação da lei federal n. 13.964/2019, que alterou o art. 310 do CPP, determinando que após o recebimento do auto de prisão em flagrante e no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz promoverá audiência de custódia, chamada também por alguns de audiência de apresentação, com a presença do acusado, seu advogado ou membro da Defensoria Pública, e o membro do Ministério Público.

Ainda antes da alteração legislativa, mas após a decisão do STF nos autos da ADI 5240, que tratou sobre a constitucionalidade de provimento normativo que previa a prática das audiências de apresentação, em agosto de 2015, sobre a qual tratarei mais à frente, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015 para regulamentar a implementação das audiências de custódia pelo país, tendo em vista a determinação da medida cautelar na ADPF 347, onde a corte constitucional impôs aos juízes e tribunais do país a realização obrigatória das citadas audiências.¹²⁹

No referido ato normativo, o órgão de fiscalização do Poder Judiciário brasileiro traça, com riqueza de detalhes, a forma para se realizarem as audiências de custódia. Citadas audiências são designadas para que a pessoa presa em flagrante delito, ou por força de cumprimento de mandado judicial, possa ser apresentada à autoridade judicial competente, no prazo de 24h (vinte e quatro horas) após a sua prisão.

Em verdade, as referidas audiências de apresentação tornaram-se uma prática atuante e palpável no sistema processual penal nacional e juntamente com a resolução n. 213/2015 do CNJ, acima referida, nos âmbitos locais ocorreu a edição dos diversos atos normativos que guiavam o tema pelos tribunais regionais e pelos tribunais de justiça em todo o país.

O escopo precípua das audiências de custódia é constatação das circunstâncias em que ocorreu a prisão do autuado, assim como a deliberação do *status* da sua liberdade após aquele momento, razão pela qual o ato deve ocorrer de maneira breve, geralmente no prazo de até 24 horas.

¹²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213 de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 out. 2018.

Aqui vale ressaltar que as audiências de apresentação, desde a edição da resolução n. 213/2015 do CNJ, também tem cabimento quando a prisão decorrer do cumprimento do mandado de prisão, seja ela definitiva, preventiva ou temporária.

Ocorre que com a edição da lei federal n. 13.964/2019, a audiência de custódia passou a ter previsão legal expressa no Código de Processo Penal, seja no art. 287, ao falar da prisão por cumprimento de mandado judicial de segregação, seja no art. 310, ao tratar da prisão em flagrante delito.

Nessa toada, vale afirmar que o art. 302 do Código de Processo Penal permite a prisão em flagrante de pessoa que está cometendo a infração penal ou que acaba de cometê-la; além daquela que é perseguida, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e, por fim, da pessoa que é encontrada, logo depois, com instrumentos ou objetos que façam presumir ser ela autora do delito.

À época da publicação da resolução n. 213/2015 do CNJ, o Conselho Nacional de Justiça era presidido pelo ministro do Supremo Ricardo Lewandowski, e em seu art. 1º ficou estabelecido que toda pessoa presa em flagrante delito deveria ser obrigatoriamente apresentada, no prazo máximo de 24 horas contadas a partir da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente para ser ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão.

Esse mesmo espírito legislativo foi verificado quando da alteração legislativa promovida pela lei federal n. 13.964/2019 no art. 310 do Código de Processo Penal, ao estatuir que depois de receber o auto de prisão em flagrante e em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, “o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público”.

Vale por ora ressaltar que a discussão acerca das audiências de custódia iniciou-se antes mesmo da lei 13.964/2019, e ainda antes mesmo da resolução n. 213/2015 do CNJ, quando o STF analisou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – n. 5240, que atacava o provimento conjunto n. 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que havia firmado a necessidade de realização de tais atos pré-processuais, com fundamento na Convenção Americana sobre Direitos do Homem. O julgamento teve como relator o ministro Luiz Fux, sendo o caso julgado pelo plenário do STF em agosto de 2015.

Nesse julgado o tribunal afirmou que um dos fundamentos para a realização das audiências de custódia era a possibilidade de apresentação do preso ao juiz, no julgamento de

rito de *habeas corpus*, consoante permite o art. 656 do Código de Processo Penal (“Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.”)

Ainda nesse julgamento, que ocorreu antes do advento da lei 13.964/2019, o STF concluiu que não havia nenhuma inconstitucionalidade com o ato normativo editado pelo tribunal paulista e as normas do Código de Processo Penal, pois aquele estaria apenas regulamentando as normas destes que tratam sobre o rito do *habeas*, e que, portanto, em nada ofenderiam o princípio da reserva legal, previsto pela Constituição Federal, no art. 22, inciso I, ao aduzir que compete privativamente à União legislar sobre direito processual.

Outra finalidade almejada pelas audiências de apresentação, além da constatação de prática de tortura e outros abusos estatais, é a atuação para impedir o aprisionamento de pessoas que não apresentam risco à sociedade, nem a si mesmo, que não ofendem a ordem pública nem a aplicação da lei penal, de modo a evitar, ainda que indiretamente, o aumento da população carcerária, evitando prisões desnecessárias e desproporcionais, que, tendencialmente, mais cedo ou mais tarde, seriam revogadas.

Nesse aspecto, com a implementação, ainda que tardia, das audiências de custódia, o juiz, que não é necessariamente o juiz da causa, pode averiguar diretamente junto ao autuado em flagrante, ou ao preso por mandado judicial, as condições em que ocorreram a sua prisão, podendo tornar a sua decisão mais próxima da realidade dos fatos, baseada em critérios de verossimilhança, permitindo, conseqüentemente, a análise mais acurada da necessidade de se manter ou não a pessoa presa, tendo em vista que antes da resolução n. 213/2015 do CNJ a análise das prisões em flagrante era feita unicamente mediante a leitura do auto de prisão em flagrante delito, com seus termos de depoimentos e demais anexos.

Com a audiência de custódia permitiu-se ao juiz, e também ao membro do Ministério Público presente ao ato, cuja instituição de pertencimento detém poder investigativo sobre esses tipos de abuso, a faculdade de observar diretamente as lesões eventuais provocados no preso, seja por particulares, seja por agentes estatais, consistindo em possíveis torturas e abuso de poder, além de lesões ou violação à integridade do preso causadas pela vítima, em possível ato de legítima defesa, ou até mesmo do próprio preso contra si.

2.3.3.1. Controle de convencionalidade por omissão como técnica de implementação das audiências de custódia

Convém não olvidar que a prisão cautelar deve sempre ser encarada como última providência a ser adotada entre outras medidas cautelares cabíveis dentro da sistemática processual penal, e essa nota de excepcionalidade tem esse viés expressamente assegurado a partir da reforma processual ocorrida em 2011, onde se reafirmou que essa *ultima ratio* da prisão preventiva já era trazida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com efeito, a compreensão acerca da excepcionalidade da prisão preventiva vem destacada há muito pela jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos, tal qual a Corte Interamericana, que vem se colocando contra o uso desenfreado das prisões processuais.

Nos julgados sobre essa temática, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que a prisão preventiva cautelar não deve constituir a regra durante a persecução penal estatal:

Una medida cautelar especialmente compleja es la prisión preventiva. Esta privación de libertad previa a la condena, invariablemente cuestionada desde la perspectiva de los derechos humanos, debe ser una medida excepcional. No debiera constituir la regla en el ejercicio de la persecución penal por parte del Estado. En este sentido corre la afirmación reiterada del Tribunal: «Se podrá ordenar la prisión preventiva de un procesado solo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio» (Corte IDH, 2013).¹³⁰

Percebe-se daí a importância da temática e do relacionamento que precisa ser estabelecido entre a prisão cautelar e a aplicação de outras medidas processuais, restando àquela a importância de agir como última condição.

Aqui ainda se pode confirmar a relação de influências que sofre o processo penal brasileiro a partir dos tratados internacionais de direitos humanos, tornando indispensável que a análise da prisão processual penal seja feita não apenas pelo viés da legalidade e da constitucionalidade, mas também sobre o aspecto da sua convencionalidade.¹³¹

Em relação ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a audiência de apresentação, Aury Lopes e Caio Paiva destacam que em várias oportunidades aquele órgão regional destacou o significado do controle judicial imediato, através da

¹³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio & MORALES SÁNCHEZ, Julieta: "Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016". **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, nº 20. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 433-463. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15> Acesso em 04 abril 2018.

¹³¹ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 60, Jun/Jul, 2014, p. 02.

realização da audiência de custódia, como uma ferramenta adequada para reduzir as possibilidades de prisões ilegais.¹³²

Daí fica evidente que a audiência de apresentação configura-se como elemento essencial à proteção do direito à liberdade individual, mas também para conferir proteção a outros direitos individuais, especialmente a vida e a integridade física, sendo claro que a liberdade física dos indivíduos e a sua segurança pessoal gozam de importância relevante no cenário de proteção de direitos do cidadão, evidenciando que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal.

Logo, é possível explicar que a situação anterior à edição da Resolução n. 213/2015 pelo CNJ e à decisão do STF na ADPF 347 era configurada pela omissão legislativa do Estado brasileiro ao não editar lei ou ato que lhe seja superior versando sobre a prática e o dever de realização de audiência de custódia, sendo possível concluir, assim, que houve com os citados atos, tanto do CNJ, quanto do STF, autêntico controle de convencionalidade por omissão, a fim de que fosse normatizado, ainda que por órgãos originariamente desprovidos de competência e atribuição legislativa, o dever de os agentes estatais realizarem as tais audiências de apresentação dos presos em flagrante ou por força de cumprimento de mandado judicial.

Friso, por fim, que a técnica jurisdicional do controle de convencionalidade, que tem como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mecanismo de controle difundido por muitos autores há um lapso de tempo considerável, tem especial relevância no contexto desse trabalho, mormente por se tratar de caso de violação massiva de direitos humanos, como é o caso da situação prisional brasileira, e o cabimento da referida técnica de julgamento e apreciação configura medida respeitável e necessária, não apenas em razão de leis e atos normativos de primeiro grau editados pelo Poder Público, caso clássico de controle de convencionalidade por ação, mas também em razão da omissão, não apenas legislativa, mas também da omissão administrativa e financeira, por parte das autoridades públicas em editar atos normativos ou atos administrativos necessários e suficientes para amoldar a figura do ordenamento jurídico brasileiro e a situação fática de determinadas circunstâncias com as melhores práticas de observância de direitos humanos.

2.3.3.2. Audiência de apresentação e seus fundamentos e desdobramentos

¹³² Ibidem, p. 03.

No âmbito da audiência de custódia, caberá a análise da regularidade do auto de prisão em flagrante e da prisão em si, verificando os requisitos formais de validade, tais como nota de culpa, comprovação da comunicação à família e aos órgãos do sistema de justiça, além da ocorrência das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, caso em que, não estando presentes os requisitos formais de validade ou as condições materiais da flagrância delitiva, deverá ser expedida ordem judicial determinando o imediato relaxamento da prisão, posto que, sendo ausentes os seus requisitos, é ato ilegal.

Após essa análise preliminar, nos termos do art. 310, incisos II e III daquele mesmo diploma processual, deverá o magistrado decidir pela concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, com ou sem as demais cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do código citado, tais como a proibição de se ausentar da comarca e o compromisso de comparecimento periódico em juízo, ou decretar a prisão preventiva, com alicerce nos artigos 311, 312 e 313 daquele mesmo diploma legislativo, valendo ainda ressaltar que não poderá o magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva se não houver requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial neste sentido, conforme já decidiu o STF no julgamento do *habeas corpus* n. 188.888, em outubro de 2020.

No caso de abuso do poder por parte dos representantes do Estado, normalmente os agentes policiais, o Ministério Público deverá tomar as providências necessárias quanto à ocorrência de crimes cometidos contra a pessoa presa, normalmente os delitos de tortura, previstos na lei 9.455/97, e ou de abuso de autoridade, previsto na lei federal nº 4.898/65.¹³³

Ao analisar os casos das audiências de apresentação em diversos estados brasileiros, Flávio Andrade vai afirmar, em estudo especializado, que a audiência de custódia funciona como uma “medida que humaniza a decisão judicial acerca da legalidade e da necessidade da prisão, permitindo ainda a rápida adoção de providências nos casos em que houver denúncia de constrangimentos e espancamentos.”¹³⁴

Nesse aspecto, conforme já mencionei mais acima, tem-se que foi com muitos anos de atraso, décadas de atraso, a adoção do modelo de audiência de custódia no sistema processual penal brasileiro, sendo necessária a atuação abrangente e normativa do CNJ, como feito nos termos da resolução n. 213/2015, não sendo de bom alvitre olvidar o contexto de

¹³³ Sobre as providências do Ministério Público nas audiências de custódia, cf.: SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, n. 04, p. 119-131, ago, 2016, pg. 123.

¹³⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de Custódia ou de Apresentação do Preso: Instrumento Destinado ao Controle Mais Humano e Preciso das Prisões Cautelares e à Inibição da Violência Policial no Brasil. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 73, Ago/Set, 2016, pg. 10.

afirmação de direitos humanos nem as memoráveis razões apostas pelo CNJ para justificar a citada resolução, na qual está resumida em pontos breves a realidade fática e jurídica do processo penal brasileiro, como fundamentação e justificativa efetiva para a realização das audiências de custódia pelos operadores do direito nos estados.

2.3.3.3. Discussão antecipada sobre os fatos e o início da persecução penal

Antes mesmo da concretização legislativa das audiências de custódia no direito processual penal brasileiro, o que ocorrera mediante a lei federal n. 13.964/2019, já se discutia em doutrina a necessidade de regulação de pontos específicos na realização de tais atos pré-processuais, principalmente quando se atentava para as dificuldades vividas na prática forense por aqueles que estão envolvidos na sua realização.

Nessa toada, Thiago Ávila pugnou pela orientação de que houvesse uma disposição reguladora legal das normas internacionais, em especial do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando da elaboração dos dispositivos legais que versariam sobre as audiências de apresentação, diante da existência de um conjunto de regras procedimentais que carecem de concretização normativa.¹³⁵

Para o autor, era previsível dizer que, em diversas ocasiões, a prisão do custodiado não será necessária à proteção da ordem pública nem à aplicação da lei penal, razão pela qual o preso deverá ser liberado, contudo seria esse momento o ato processual adequado para se prever a possibilidade de, havendo prova suficiente, já se iniciar a persecução criminal, mediante a apresentação da denúncia, em respeito aos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, inclusive com hipótese de realização dos acordos processuais, entre o Ministério Público e o sujeito passivo da persecução penal.

E Ávila vai além ao afirmar que, uma vez apresentada a denúncia e promovida a citação do réu durante a audiência de custódia, também seria possível refletir sobre a possibilidade de o interrogatório ser realizado nesse mesmo momento processual, dispensando a realização de novo interrogatório judicial, que poderia ser realizado no fim da

¹³⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de informação legislativa - RIL**, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016, pg. 327. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301. Acesso em: 08 abr. 2018.

instrução apenas em casos de pedido expresso do réu, tudo isso em nome da agilidade e celeridade da persecução penal.¹³⁶

Apesar de ser possível identificar o intuito do autor em conferir certa celeridade processual em tempos de direito fundamental à razoável duração do processo, entendo que o autor apresenta uma proposta deveras inconveniente e até mesmo ilegal, violando diversos princípios do processo penal brasileiro, mediante a antecipação de fases que muitas vezes não favorecem à construção de teses jurídicas, nem mesmo ao alcance da verdade dos fatos.

Como já tive a oportunidade de apresentar em outro texto, entendo pela inviabilidade técnica de apresentação de denúncia em sede de audiência de custódia, posto que, segundo o modelo adotado no sistema brasileiro, várias regras e princípios processuais podem ser violadas, inclusive em prejuízo do próprio réu.¹³⁷

É que, tomando o estado de Pernambuco como exemplo, onde as audiências de custódia são realizadas em forma de polos regionais, onde municípios centrais são escolhidos como o local adequado para realizar o citado ato, seria possível, em caso hipotético, na sede do polo de Nazaré da Mata, cidade da zona da mata norte pernambucana, onde as audiências de apresentação são realizadas, o juiz criminal da comarca de Goiana, por exemplo, que foi designado pelo Tribunal de Justiça para presidir audiência de custódia, receber a denúncia oferecida pelo promotor de justiça da cidade de Paudalho, em razão de um crime ocorrido na cidade de Aliança, tendo em vista que essas cidades citadas compõem o mesmo polo.

Nessa confusão de cidades distintas é possível identificar graves violações ao direito processual penal brasileiro, tal qual a regra de competência processual penal estabelecida no artigo 70 do Código de Processo Penal, posto que um órgão do Ministério Público, distinto do natural, apresentaria denúncia que poderia ser recebida por um juiz de direito que também não seria o juiz natural para a causa, e, o que me parecer pior, poderia proferir decisões que estariam revolidas pelo manto na nulidade processual.

2.3.3.4. O direito do preso à alimentação adequada e ao transporte (caso do provimento n. 03/2016 do Conselho da Magistratura do TJPE)

Tenho em mente que modelo humanista a ser aplicado nas audiências de custódia, seja para os casos de prisão em flagrante delito ou de prisão decorrente do cumprimento do

¹³⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Ob. cit., pg. 327.

¹³⁷ LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 311-331, setembro, 2018, p. 326.

mandado judicial, não pode deixar de considerar, por exemplo, as condições de pessoal e de estrutura que existem em alguns órgãos públicos responsáveis pela consecução, ainda que indiretamente, dessas audiências, tais como as polícias, e não pode deixar de ponderar também como esse fato acarreta prejuízos na maneira pela qual devem ser executadas as audiências de apresentação.¹³⁸

Nesse sentido, é preciso ressaltar que a realidade de cada comarca ou unidade judiciária designada como competente para realizar audiências de custódia, através de órgãos centrais ou regionais, pode atingir de maneira severa a manutenção dos direitos do custodiado quando, por exemplo, este deve viajar dezenas de quilômetros, em veículos muitas vezes em estado sucateado, desde o local onde foi realizada a sua prisão até a localidade onde será realizada a audiência.

Nesse ponto é imperioso ressaltar que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional não foi suficiente para impedir a expansão da situação degradante e permanente de violação aos direitos humanos das pessoas presas, e, mais ainda, a forma adotada pelos tribunais locais para dar cumprimento à decisão comentada do STF no tocante às audiências de custódia pode contribuir ainda mais com a lesão a direitos dos reclusos, como é o caso do Provimento n. 03/2016 do Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE, como se tentará demonstrar a partir de então.

Em tese, com o reconhecimento do ECI e as medidas implementadas para superá-lo, esperava-se uma dinâmica mais justa na execução de atos de prisão em flagrante e no cumprimento de mandados judiciais de prisão, bem como se esperava a redução da população de presos no país, ocorre que essas medidas não somente não conseguiram reduzir ou estancar o crescimento da população carcerária e a constante violação de direitos do preso, como, sob certo aspecto, contribuíram para elevar ainda mais esse tipo de transgressão de direitos.

Diante da mencionada resolução do CNJ, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, através do Conselho da Magistratura, editou o provimento n. 003/2016, regulamentando as audiências de apresentação perante a justiça comum estadual de Pernambuco.¹³⁹

Ocorre que a edição desse ato determinou que as audiências de custódia, no âmbito da justiça estadual pernambucana, fossem realizadas de forma descentralizada, através da

¹³⁸ LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 311-331, setembro, 2018, p. 324.

¹³⁹ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Diário de Justiça eletrônico**, ed. n. 79/2016, de 29 de abril de 2016, Provimento n. 003/2016 do Conselho de Magistratura. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/152256/Provimento_Cust%C3%B3dias_TJPE.pdf/69a878ad-06a3-41d6-b38e-2190ff7d10fb Acesso em: 04 out. 2018.

constituição de polos, que nada mais são do que o conjunto de cidades geograficamente próximas entre si ou próximas de um município núcleo. Assim, as comarcas da Região Metropolitana do Recife e do interior foram divididas em 18 (dezoito) polos, que coincidiram com as Áreas Integradas de Segurança – AIS, estabelecidas pela Secretaria de Defesa Social do estado de Pernambuco.

Com a suprarreferida determinação entendo que surgiram novas formas de violações a direitos humanos e fundamentais da pessoa presa tendo em vista que, a partir de então, será necessário, muitas vezes, o deslocamento do preso entre a cidade onde ocorreu o crime e ele foi preso até a cidade onde ocorrerá a solenidade da audiência de custódia, sendo que a pessoa presa é conduzida pelos órgãos de polícia, via de regra em situações degradantes, sem alimentação, sem condições de higiene e até mesmo sem condições de retorno ao município de origem, geralmente local de sua residência, acaso seja colocado em liberdade provisória após a audiência.

Na cidade sede do polo será realizada a audiência de apresentação, na qual deverão estar presentes um juiz de direito, um promotor de justiça, e um defensor público ou o advogado constituído pelo autuado. Durante e depois do referido deslocamento da pessoa presa há inúmeras violações de direitos fundamentais, e essas transgressões não estavam presentes antes do citado provimento do TJPE, sendo que este, por seu turno, é resultado direto da ordem judicial do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 347, que reconheceu a ocorrência do ECI no sistema prisional brasileiro.

Logo, sob este aspecto também é possível afirmar que o reconhecimento da existência do ECI pelo STF naquele julgamento não obteve êxito pleno em minorar agressões de direitos humanos, mas, pelo contrário, tornou possível, sob a ótica aqui e agora desenvolvida, até mesmo falar de agravamento da situação das condições dos direitos básicos dos autuados em flagrante delito.

Não raras vezes o custodiado não detém condições financeiras sequer para sua manutenção e transporte, e essa mesma pessoa pode, em um caso hipotético, mas bem provável, ser colocada em liberdade ao final da audiência de custódia, daí se apresentando uma situação ainda mais inusitada: é o fato de que aquela mesma pessoa, levada presa por quilômetros para a realização do citado ato pré-processual, em um município central, eleito como polo das audiências de custódia pelo tribunal, conduzida em condições degradantes de transporte, não raras vezes sem alimentação adequada, pode ser liberada ao final da audiência, por uma prisão que pode até mesmo ter sido considerada ilegal, mas que ali, naquele

momento, não detém condições econômicas sequer de arcar com transporte para voltar para sua residência, município muitas vezes distante de onde foi realizado o ato judicial.

Assim, tenho que esse tipo de violação a direitos do cidadão pode surgir na sistemática de realização de audiências de custódia em um juízo distinto do juiz natural, acarretando restrições indevidas na liberdade do preso, e ainda gerando para ele um ônus a que não deu causa, razão pela qual entendo que esse mecanismo de realização das audiências deve observar as peculiaridades da realidade brasileira sob pena de, em vez de ser representação de asseguramento e efetividade de direitos humanos, se estabelecer como sistema de ainda mais degradação e violação à dignidade humana.

Forçoso repensar, portanto, se o modelo de órgãos jurisdicionais fixados por polo, espalhados em municípios ou regiões maiores, para agregar a competência regional da execução das audiências de custódia, seria o meio mais eficaz, garantidor e assegurador dos direitos humanos do custodiado.

2.3.4. Panorama institucional e números do encarceramento após a concessão da medida cautelar na ADPF 347

Nesse momento, convém analisar os dados relativos ao sistema prisional brasileiro no contexto pós decisão cautelar do Estado de Coisas Inconstitucional.

Dados extraídos do mecanismo denominado “Sistema Prisional em Números”, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP,¹⁴⁰ dão conta que, no ano de 2015, quando foi reconhecida a ocorrência de verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário nacional, as unidades de prisão no país detinham uma população de 640.703 (seiscentos e quarenta mil e setecentos e três) presos, com um sistema que, à época, suportava 398.529 (trezentos e noventa e oito mil, quinhentos e vinte e nove) reclusos, configurando uma taxa de ocupação de cerca de 160,77%.

Já no ano seguinte à decisão do STF, especificamente em junho de 2016, dados afirmados por Ferreira e Costa indicam que a população carcerária brasileira registrava cerca de 726.712 pessoas encarceradas para as reduzidas 1.422 unidades prisionais que participaram do levantamento, sendo que, no mesmo período, aproximadamente 368.049 era o número de vagas disponíveis no sistema na época, resultando em um déficit de 358.663 vagas, sendo precioso destacar, como fazem as autoras, que se tem outra constatação relevante a partir da

¹⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 03 out. 2018.

observação de que o número de presos provisórios ultrapassava, à época, o número de presos condenados ao cumprimento de pena em regime fechado que somava 38%.¹⁴¹

Em 2017, portanto, dois anos após o reconhecimento do ECI pelo STF, o mesmo mecanismo do CNMP afirma que o sistema prisional do país apresentava 670.459 (seiscentos e setenta mil, quatrocentos e cinquenta e nove) presos, para uma capacidade de acolhimento estimada em 411.466 (quatrocentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e seis), apresentando, portanto, uma taxa de ocupação de 165,13%.

Vale frisar, outrossim, que em julho de 2017, da gama de encarcerados no país, cerca de 2.161 eram estrangeiros, sendo que 56% dos estrangeiros que se encontram no sistema prisional brasileiro eram provenientes do continente americano, 25%, da África e 13%, da Europa, sendo o estado de São Paulo o maior em números relativos de presos do exterior, com 1.421 presos estrangeiros, seguido por Paraná, com 136, Mato Grosso do Sul, com 143, e Rio de Janeiro, com 91 presos, sendo essas as unidades da federação que mais possuíam encarcerados estrangeiros à época.¹⁴²

Ainda nessa perspectiva estarrecedora, em dados mais recentes, depreende-se que a população carcerária brasileira foi representada, no ano de 2018, pelo significativo e assustador número de cerca de 726.000 (setecentos e vinte e seis mil) presos, sendo que o país continuou a crescer com este tipo populacional a uma taxa média de 7% ao ano.¹⁴³

Aquilo que desses números se pode depreender é a noção de que, mesmo com a adoção da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF em setembro de 2015, a população carcerária brasileira continuou a crescer e junto com ela aumentaram os casos de violação a direitos humanos e fundamentais.

Em 2016, poucos meses após o julgamento da cautelar na ADPF 347, novamente a CIDH se manifestou sobre as condições do sistema prisional brasileiro, e dessa vez se referiu ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no estado do Rio de Janeiro, conforme argumentei anteriormente.

141 FERREIRA, Carolina Costa. COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. Propostas da sociedade civil contra o encarceramento em massa: uma análise político-criminal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 405-439. jan/jun. 2019, p. 407. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive> Acesso em: 17 abr. 2021.

142 TAVARES, Aderruan. Sobre a transferência e a ressocialização de presos estrangeiros. **Caderno Virtual**, IDP, v. 2, n. 44, abr/jun., 2019.

143CORREIO BRAZILIENSE. **Jungmann: crescimento da população carcerária do Brasil é "insustentável"**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/05/15/interna-brasil,680796/jungmann-crescimento-da-populacao-carceraria-do-brasil-e-insustentav.shtml>. Acesso em: 03 out. 2018.

Como ocorrera em outras prisões e estabelecimentos brasileiros, as situações da unidade prisional supramencionada não destoava dos casos de Pedrinhas e do Presídio Central de Porto Alegre, posto que as condições de convivência daqueles privados de liberdade na unidade Sá Carvalho denotavam condições precárias de detenção, incluindo deficiências físicas e estruturais do recinto, o que produziria riscos de incêndio devido à exposição de cabos elétricos; bem como a falta de acesso contínuo à água potável para consumo humano, bem como a inexistência de ventilação e iluminação adequadas; e também a insuficiência de pessoal médico em relação ao número de presos e acesso a tratamento médico e péssimas condições de saúde, além da superlotação, onde algumas celas chegaria a cerca de 250% de sua capacidade.

Em função das citadas ocorrências, a CIDH editou a resolução n. 039/2016, nos autos da medida cautelar n. 208-2016, solicitando ao Governo do Brasil, em relação à situação prisional do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, componente do Complexo de Bangu, no estado do Rio de Janeiro, que: 1) adotasse as medidas necessárias para proteger a vida e integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade; 2) adotasse as medidas imediatas para reduzir a superlotação na unidade, a fim de estar de acordo com padrões internacionais; 3) proporcionasse condições de higiene adequadas nas instalações, bem como promovesse o acesso à água potável para consumo humano, e tratamentos médicos adequados para os presos, de acordo com as patologias que apresentam; 4) tomasse as medidas necessárias para contar com planos de emergência; 5) acordasse sobre as medidas a serem adotadas com os beneficiários e seus representantes; e, finalmente, 6) investigasse os fatos que motivaram a adoção da medida cautelar para evitar a sua repetição.¹⁴⁴

Ainda, é válido ressaltar a existência de outros casos mais recentes também analisados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, no que diz respeito às condições de unidades prisionais brasileiras, entre eles a Resolução n. 06/20, nos autos da medida cautelar n. 888-19, referente às pessoas privadas de liberdade na cadeia pública Jorge Santana, bem como a resolução n. 40/19, nos autos da medida cautelar n. 379-19, referente à situação da Penitenciária Evaristo de Moraes, ambos os casos referentes ao estado do Rio de Janeiro, nos quais a situação de violação de direitos fundamentais, entre eles a integridade física e pessoal dos presos, e a questão da superlotação também ganharam relevo.

¹⁴⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 39/2016**. Medida Cautelar nº 208-16. Asunto Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/mc208-16-es.pdf> Acesso em: 02 mai. 2021.

Para Chaves Júnior e Luciana Silva, tomando como base informações disponibilizadas pelo Poder Público, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), referentes ao período compreendido entre os meses de julho a dezembro de 2019, constata-se que 29,75% do total de 748.009 pessoas presas, aguardavam julgamento dentro do sistema prisional brasileiro, ou seja, tratam-se de pessoas presas que ainda não foram condenadas, sequer tiveram efetivado o seu direito de ser julgadas, posto que figuram na condição de investigadas ou processadas, presas por decisão provisória, geralmente prisão preventiva ou temporária, nem sequer têm contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado.¹⁴⁵

Finalmente, em dados mais recentes retirados de artigo escrito por Suxberger, em 3 de julho de 2020, os dados do Conselho Nacional de justiça indicavam a existência de cerca de 874.132 pessoas privadas de liberdade em seu Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), sendo que efetivamente reclusas estariam 871.667 pessoas, número esse composto a partir do somatório de 387.587 presos provisórios, 193.191 presos em execução provisória, 289.530 presos em execução definitiva, e 1.359 presos em decorrência de pensão alimentícia, sendo de acrescentar ainda a indicação de 2.465 pessoas internadas, isto é, presas portadoras de doença mental, das quais 509 são provisórios, 361 se encontram em execução provisória e 1.595 estão em execução definitiva.¹⁴⁶

Percebe-se dos dados acima coletados e das menções destacadas que, a depender da fonte dos números, é possível encontrar divergências entre os números de presos e capacidade de ocupação das unidades, porém, é possível afirmar que houve aumento médio anual no número absoluto de pessoas privadas de liberdade no país mesmo após o reconhecimento do ECI brasileiro no sistema carcerário nacional, bem como é possível identificar que a atuação dos órgãos do sistema de justiça internacional, especialmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, não cessou após o julgamento da medida cautelar na ADPF 347 pelo STF em 2015.

Desse modo parece acertada a conclusão de que o ECI brasileiro não foi superado, os números de pessoas presas no país não foi reduzido e as condições de vida e convivência no cárcere não sofreram significativas melhorias no que diz respeito à garantia e à obediência a

¹⁴⁵ CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Garantia da ordem pública como critério de encarceramento cautelar nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: uma análise teórico-empírica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 813-844, 3º quadrimestre, 2020, p. 824. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 17 abr. 2021.

¹⁴⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Quantos presos provisórios? A relação entre prisão processual e congestionamento judiciário. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 2, p. 120-142, mai./ago., 2021, p. 124. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54128/37721> Acesso em: 04 mai. 2021

mandamentos positivos definidores de direitos fundamentais e a dispositivos internacionais reconhecedores de direitos humanos, faltando em muito o Estado brasileiro com o cumprimento do mínimo básico existencial às pessoas privadas de liberdade sob sua custódia.

É assim imperioso destacar a partir de então quais medidas, políticas e institucionais, bem como quais técnicas processuais poderão auxiliar na superação das condições degradantes definidoras da violação massiva e persistente de direitos fundamentais que caracterizam o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

2.3.5. O ECI brasileiro no meio da pandemia da Covid-19

Em 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a ocorrência de situação de pandemia em relação ao novo coronavírus, significando o risco potencial da doença infecciosa provocada pelo referido vírus, chamada Covid-19, atingir a população mundial de forma simultânea, sem limitação a locais que já tenham sido identificados como de transmissão territorial, cuja expansão é de difícil mensuração, sendo que citada enfermidade transformou o cenário mundial no início do ano de 2020, em todos os continentes do globo terrestre.

Com o Brasil não foi diferente e o país também foi vítima da infestação da citada doença. Diante do estado de pandemia, o Governo Federal editou e o Congresso Nacional aprovou a lei federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020¹⁴⁷, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. A citada lei estabeleceu diversas providências para o enfrentamento da emergência de saúde pública de grandeza mundial, incluindo o isolamento de pessoas doentes e contaminadas e a quarentena às pessoas com suspeita de contaminação.

Por isolamento, segundo a referida lei federal, pode-se entender a separação de pessoas com a doença ou até mesmo as contaminadas, além de separação de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, com o objetivo de evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus. Por quarentena, ainda segundo a referida lei, entende-se a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de infecção pelo novo coronavírus e das pessoas que não estejam doentes, além de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, com o fulcro de evitar a possível disseminação da Covid-19.

¹⁴⁷ BRASIL. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm Acesso em: 02 abril 2020.

A aludida enfermidade requereu das autoridades públicas de saúde e governantes de uma maneira geral uma série de limitações à circulação das pessoas, atividades profissionais e estudantis, além de restrições ao funcionamento das empresas e atividades comerciais. A Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, desenhou um quadro especial para suas vítimas, sendo esse conjunto de pessoas denominado como grupo de risco.

No Brasil e no mundo o grupo de risco para infecção causada pela Covid-19 compreende pessoas idosas, gestantes, pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras doenças preexistentes, tais como doenças cardíacas, hipertensão, tuberculose, diabetes entre outras, que possam conduzir a um agravamento do estado clínico do paciente infectado pelo novo vírus a partir do contágio, onde o risco de óbito para o paciente se torna extremamente elevado.

No Brasil, como se a crise na saúde pública e o risco à vida das pessoas não constituíssem dois fatores de preocupação significativa, instaurou-se certa celeuma para definir a competência administrativa de legislar e determinar medidas administrativas de prevenção e cuidados no combate à Covid-19.

O governo do estado de Pernambuco, por exemplo, editou vários decretos para estabelecer medidas administrativas de combate à disseminação da Covid-19, estipulando entre as medidas referidas o fechamento do comércio varejista, cinemas, bares, restaurantes, academias de ginástica, escolas, universidades entre outras, providências essas que não atingem apenas a liberdade econômica dos indivíduos, mas alcançam, inclusive, o direito de reunião, posto que proibiram também a aglomeração de mais de 10 (dez) pessoas que não estejam em atendimento e tratamento de situação de emergência na saúde pública.

Nessa quadra de ideias, o Governo Federal afirmou por algumas vezes que as medidas de prevenção deveriam ser adotadas pela União e não por estados e municípios. Vale destacar que, segundo o artigo 24 da Constituição Federal, os estados da federação podem legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde, e caso não haja a expedição das normas gerais, poderão exercer a competência legislativa plena para atender às suas realidades locais.

Chamado para dirimir o citado conflito de atribuições, legislativa e material, o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341, em julgamento monocrático pelo relator, ministro Marco Aurélio, definiu que os estados e municípios dispõem de competência concorrente para legislar sobre a matéria, cabendo, portanto, à União fixar as normas gerais e aos municípios e estados, as normas residuais de acordo com suas especificidades.

Evidentemente que a solução para tal problema é demasiadamente complexa, envolvendo ciência, capital, gestão pública e privada, economia entre outros, além de envolver também a adoção de políticas públicas adequadas. E nessa matéria, políticas públicas, embora não seja o objeto central desse trabalho, é preciso destacar que o Direito funcionará como indutor de agendas, ideias e propostas geridas na esfera pública para circulação em uma disputa racional de espaços nos círculos tecnocráticos.¹⁴⁸

Pois bem, longe de se mostrar como políticas públicas que durem grande prazo e sejam aplicadas com sistematicidade, o problema do coronavírus demandou atitudes, decisões e atos administrativos urgentes, que, embora no primeiro momento possam até não se identificar como autênticas políticas públicas, são orquestradas pelo Estado e pelas autoridades que o compõem, exigindo-se dessas decisões ágeis que possam manter em equilíbrio a saúde coletiva dos brasileiros.

Se o confinamento em domicílio se tornou o mecanismo mais confiável para diminuir a propagação do vírus, o confinamento como forma de prisão cautelar ou cumprimento de sentença penal condenatória pareceu assombrar muitos durante a pandemia. É de se frisar que a saúde das pessoas presas também representa, em alguma dose, garantia da saúde coletiva, mormente em razão das visitas por parentes e familiares dos presos, bem como pela circulação de agentes públicos de política penitenciária e, em um cenário de contaminação generalizada dentro do próprio sistema prisional, os efeitos letais e de saúde pública coletiva podem ser devastadores.

Assim, a situação do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro ficou ainda mais exposta e preocupante com o assombroso espectro da pandemia de Covid-19, posto que o cenário de confinamento aliado à sistemática ausência de equipamentos e acessórios para higiene básica são instrumentos hábeis à propagação da doença e estão todos eles presentes na realidade do sistema prisional brasileiro.

Nesse período de pandemia, os números apresentados pelo monitor da violência demonstram que a população carcerária, em maio de 2021, reduziu para cerca de 682,1 mil, comparativamente ao quadro de fevereiro de 2020, quando o monitor registrou 709,2 mil presos, contudo ainda era patente o registro da superlotação das unidades ainda durante a pandemia da Covid-19, já que a capacidade das unidades suportava cerca de 440,5 mil detentos, sendo que esse número configurava a primeira redução constatada desde 2014,

¹⁴⁸ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Políticas públicas e desenvolvimento: a dimensão participativa do direito. In: ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva (ed.) **Direitos humanos contemporâneos: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 170.

quando a pesquisa passou a ser realizada pelos organizadores da iniciativa, sendo que cerca de 54,9% das penitenciárias brasileiras ainda se encontravam acima da capacidade e que o percentual de detentos sem julgamento alcançava 31,9% da população carcerária, cifra maior do que aquela registrada no ano de 2020.¹⁴⁹

2.3.5.1. Crise sanitária e de saúde pública no sistema prisional brasileiro e a recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça

Não configura novidade alguma a informação de que o sistema prisional do Brasil padece de flagrante situação de inconstitucionalidade em razão de violação massiva e generalizada de direitos individuais, cuja solução demanda providências amplas e constantes do Poder Público. Isso foi decidido, ainda que provisoriamente, pelo STF nos autos da ADPF 347 como visto. De outra banda, as condições de saúde e de higiene nos presídios e cadeias do país, que já não eram das melhores do mundo, se viram na necessidade de se preparar para um novo e perigoso desafio que é se afastar de um contágio agressivo e quiçá irreversível da Covid-19.

Além de condições de saúde e higiene, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos também prevê o direito de o indivíduo receber um tratamento digno quando estiver em situação de privação de liberdade por força de decisão estatal, e para a garantia de tal dignidade, asseveram Piovesan e Fachin, é necessário que os agentes estatais sejam especializados e capacitados para garantir a segurança e a provisão de elementos básicos para a vida em confinamento pelos reclusos.¹⁵⁰

Surgiu, portanto, a necessidade de criar procedimentos e regras para prevenir estágios generalizados de infecção e uma consequente e nefasta propagação do novo coronavírus pelo sistema prisional do país, reduzindo riscos epidemiológicos, preservando a saúde de agentes da Polícia Penal, além da saúde dos próprios detentos e de seus visitantes, uma vez que os estabelecimentos prisionais estão superlotados, com alto nível de aglomeração de pessoas, além de um elevado grau de insalubridade, e dificuldades para garantia da observância dos procedimentos de higiene, sem o mínimo necessário para garantir

¹⁴⁹ G1. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml> Acesso em: 17 mai. 2021.

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 60-61.

o isolamento eficaz de eventuais presos infectados, aliado ao fato de que é patente a insuficiência de equipes médicas em seus domínios.

Contra a propagação da doença, conforme acima referido, as autoridades de saúde pública e a própria OMS recomendaram, além do isolamento social, medidas de higiene pessoal básica, tais como lavar bem as mãos com água e sabão ou a limpeza delas através de álcool em gel. Esses itens de higiene pessoal são bastante escassos no regime prisional, onde em muitas unidades falta água, material de higiene e de limpeza, materiais esses que muitas vezes devem ser comprados pelos próprios presos, às suas próprias expensas, para manutenção das condições mínimas necessárias para se estar com dignidade.

Restava evidente, portanto, a necessidade da adoção de medidas administrativas, legislativas e judiciais razoáveis e suficientes para dar o adequado tratamento à situação epidêmica de saúde pública decorrente da Covid-19 no Brasil, sendo elas de fundamental importância para a garantia da ordem, da saúde e da segurança nos estabelecimentos prisionais brasileiros, de modo a evitar conflitos, motins e rebeliões e preservar a integridade das pessoas presas e dos agentes públicos que atuam nessas instituições.

Foi com base nesse pensamento e preocupação que o Conselho Nacional de Justiça fez editar a recomendação n. 062/2020¹⁵¹, direcionada aos juízes responsáveis por medidas de prisão e execução de pena no país, a fim de que fosse adotada uma série de providências visando a assegurar o menor grau de contaminação e propagação do novo coronavírus nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Uma das medidas sugeridas pela citada recomendação, em seu art. 4º, é a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal, dando-se prioridade às mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência. Também estão no grupo de prioridade os idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco. Ainda no mesmo artigo da recomendação, fica sugerido aos juízes que revejam também as prisões cautelares cujo prazo de 90 (noventa) dias tenha se esvaído ou estejam relacionados a crimes praticados sem violência e grave ameaça.

Aqui parece relevante a medida sugerida pelo CNJ uma vez que a manutenção em cárcere de pessoas comprovadamente inseridas em grupos de alto risco de contaminação e morte, bem como aquelas presas por práticas de delitos sem utilização de violência ou grave

¹⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020**. Acesso em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 02 abril 2020.

ameaça, ainda que reincidentes, constitui, sobretudo, medida de ampliação do grau de vulnerabilidade ao sistema de saúde.

Continua o referido artigo 4º do supramencionado ato do CNJ recomendando a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas postas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias, bem como recomendam que tenham os juízes do país a máxima nota de excepcionalidade para emitir novas ordens de prisão preventiva, devendo ser observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Com efeito, essas também pareceram medidas adequadas e racionais, sopesadas pelos juízes antes de proferir decisões que restrinjam o ir e vir ou determinem a reclusão de pessoas em regimes insalubres e com elevado grau de contaminação com o fulcro de impedir que mais pessoas estejam propícias a elevado grau de contaminação pela doença.

Medidas semelhantes foram estipuladas aos juízes que detém competência exclusiva sobre processos penais em fase de execução de sentença condenatória, isto é, aqueles em que há sentença transitada em julgado estipulando uma pena em desfavor do condenado, no sentido de que fossem analisadas as possibilidades de concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto àquelas pessoas que estejam enquadradas nos citados grupos de risco, tais como gestantes, idosos, indígenas, pessoas com deficiências ou portadoras de doenças preexistentes.

Entre as medidas citadas, determinou o CNJ que fosse observada por esses mesmos juízes a aplicação da súmula vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal, que aduz que a “falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

A citada recomendação do CNJ ainda sugere aos juízes com competência cível, em seu artigo 6º, que coloquem em prisão domiciliar as pessoas presas por dívida de pensão alimentícia, única espécie de prisão civil subsistente no ordenamento brasileiro após a extinção da prisão do depositário infiel.

Nesse exato sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou *habeas corpus* nº 569223/RJ, relatora ministra Nancy Andrichi, impetrado em favor de pessoa presa por dívida de alimentos e determinou a sua colocação em prisão domiciliar, em razão do risco de contágio pelo novo coronavírus. Também pareceu ser digna de nota e acertada a decisão do STJ, alicerçada na própria recomendação do CNJ, uma vez que o risco elevado causado pela pandemia da Covid-19 às pessoas presas, ainda que por dívida alimentícia, pode colocar em

risco a própria prestação de alimentos em favor do alimentando acaso o preso vier a contrair a enfermidade, com significativa possibilidade de ir a óbito acaso esteja naquele que é considerado o grupo de risco, e com menor probabilidade acaso não esteja inserido no citado grupo. Ou seja, a prestação alimentícia, em vez de ser assegurada, a longo prazo pode ser extremamente prejudicada.

Além das medidas acima apontadas, a multimencionada recomendação do CNJ também indicou providências de cunho mais profilático e de articulação com outras instituições pelos juízes ligados a unidades prisionais. Entre essas, podem-se citar as seguintes medidas: a) elaboração e implementação de um plano de contingências pelo Poder Executivo; b) realização de campanhas de informação acerca da Covid-19, prevenção, tratamento e suas consequências para aqueles que frequentam o sistema prisional no país; c) relação de procedimentos de triagem nas portarias de unidades prisionais, a fim de evitar o ingresso de pessoas com forte suspeitas de estarem infectadas pela Covid-19 com o intuito de prevenir o contato com a população presa; d) adoção de um conjunto de providências de higiene, como aumento na frequência de limpeza dos estabelecimentos, instalação de dispensadores de álcool gel nas áreas de circulação, fornecimento ininterrupto de água, entre outros; e) ampliação do estoque de medicamentos nas enfermarias das unidades prisionais e designação das equipes médicas nas citadas unidades; f) fornecimento de equipamentos de proteção individual para os agentes públicos da administração penitenciária entre outras medidas.

O art. 10 da recomendação sugere algumas medidas de cunho paliativo para casos suspeitos de infecção dentro do próprio sistema prisional, sugerindo a separação e isolamento imediato do preso que apresente os sintomas ou tenha tido contato direto com pessoas de caso suspeito ou confirmado de Covid-19, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento na unidade de saúde pública competente. Além disso, o citado artigo, no seu inciso III, recomenda também a “comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde.”

As recomendações do CNJ acima explicitadas indicam medidas necessárias para adequar e preparar, o mínimo possível, o regime prisional, que já se encontra sucateado e em estado avançado de degradação, para que se possa adequar a eventuais efeitos de uma crise de saúde dentro dos estabelecimentos prisionais do país, o que, fatalmente, agravaria ainda mais toda a situação delicada, também do ponto de vista da saúde coletiva, vivida nos estados e municípios, bem como poderia elevar os números de casos confirmados da doença e, conseqüentemente, o número de casos de óbito.

Contudo, as providências do CNJ também merecem uma ponderação abalizada no que atine à questão da segurança pública acaso sejam adotadas como indicações amplas e generalizadas de colocação em liberdade de pessoas, especialmente no que atine àquelas que representam risco à ordem social, especialmente em função de histórico de crimes perigosos e graves praticados pela pessoa privada de liberdade, fato que, acaso reste confirmado, pode gerar uma grave crise de violência social.

2.3.5.2. A questão da prisão domiciliar e a liberdade provisória como elemento de mitigação dos efeitos do ECI no cenário de propagação da Covid-19

Com efeito, a recomendação n. 62/2020 do CNJ consistiu em um instrumento equilibrado, cujas orientações surgiram em momento de difícil crise no sistema de saúde brasileiro e mundial, como diretrizes mínimas para fazer, ao menos, os órgãos do sistema de justiça criminal repensarem as condições de cárcere enfrentadas no dia a dia na realidade brasileira e a necessidade real de manutenção em prisão de pessoas que, efetivamente, podem não representar um risco à sociedade.

Nesse sentido o STJ já teve oportunidade de se manifestar, durante o julgamento liminar e monocrático do *habeas corpus* n. 569.149/SP, onde a corte de justiça concede a prisão domiciliar à pessoa que se encontra presa em situações insalubres e é identificada como pertencente ao grupo de risco no contágio do novo coronavírus, aduzindo que em razão da idade avançada (71 anos) do paciente e do seu alegado estado de saúde, foi necessário dar imediato cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19), devendo a custódia ser substituída pela prisão em regime domiciliar.

Não parece acertado dizer que o risco que determinada pessoa representava no momento em que foi colocada em segregação cautelar, ou como cumprimento de sanção penal transitada em julgado, tenha desaparecido em razão do surgimento da pandemia de Covid-19, de maneira genérica e abstrata, como um passe de mágica, sendo o responsável pelo truque o coronavírus.

Também não se quer dizer, por exemplo, que uma pessoa acusada de furto, reincidente, precisa ser colocada em liberdade, simplesmente porque não vai mais praticar esse tipo de crime ou porque tenha se arrependido por conta própria. Isso pode até ocorrer, mas não é disso que a recomendação cuida, nem parece ter sido essa a sua intenção.

O que mudou no cenário de pandemia é o risco, que agora se inverte, apontando contra o apenado ou segregado, sujeitando-o à contaminação, contágio e propagação da doença dentro do próprio sistema prisional e os efeitos que daí podem surgir, já que o Estado não estruturou minimamente o citado sistema com as condições dignas de manutenção de saúde básica, de higiene e de limpeza, a fim de manter os segregados em situação permanente de salubridade.

Contudo, não parece acertada e salutar a inversão genérica e extrema que pode decorrer das decisões judiciais baseadas na recomendação do CNJ ou baseadas nas condições de vulnerabilidade à saúde dos presos em razão dos riscos causados pela pandemia da Covid-19, como condições únicas e exclusivas, quando ela mesma significar a colocação em liberdade de todos aqueles presos, irrestritamente, porque isso, por si só, já significaria expor em risco grave a segurança pública, em um possível caso de liberdade provisória ou prisão domiciliar concedidos de maneira ampla por conta da pandemia.

Nesse cenário vale ponderar os riscos que se contrapõem: de um lado o risco de contaminação e contágio da população carcerária e de outro lado o risco à segurança pública acaso pessoas que representam grave perturbação da ordem e da paz social sejam colocadas em liberdade. Para esclarecer a citada discussão, vale a pena retomar a recomendação n. 62/2020 do CNJ mais uma vez, especialmente em seus artigos 4º e 5º.

O artigo 4º da referida recomendação indica aos juízes criminais a necessidade de os mesmos procederem a uma reavaliação das prisões de pessoas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade de lotação, dos presos segregados em unidades que não disponham de equipe de saúde no estabelecimento, ou ainda que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou ainda que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus.

O exercício da reflexão sobre as prisões parece ser o ponto mais acertado do citado item da recomendação, especialmente para as unidades com ocupação superior à capacidade e que não disponham de equipe de saúde disponível, contudo é necessário alertar o operador do direito quanto aos possíveis efeitos de uma leitura genérica, apressada e generalizada da citada recomendação como gatilho para liberdade de todos os presos.

É que, nos pontos indicados pelo texto, parece faltarem predicados firmes de orientação para os juízes, mormente quando se analisam as condições de pessoas que representam alto risco à sociedade, se acaso sejam colocados em liberdade, e isso pode se

traduzir pelos crimes cometidos com violência e grave ameaça, especialmente de pessoas reincidentes em tais tipos de delito.

Perceba o leitor que a recomendação sugere a liberação de presos nos casos em que estejam em estabelecimentos sob efeitos de medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, e aqui cabe como perfeito exemplo o caso analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando, por exemplo, no final de 2018, expediu resolução contra o Estado brasileiro determinando a adoção de medidas de cuidado e contenção de violação de direitos humanos no caso do Complexo do Curado, consoante já citado nesse trabalho.

Nesse caso pernambucano, como visto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro no dever de fixar mecanismos para que, no prazo fixado pela corte, se computar em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Curado, para todas os presos da unidade que não sejam acusados de, ou condenados por, crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais.

Percebe o leitor atento que o cuidado extra que teve a Corte Interamericana em circunstanciar o modelo diferenciado de progressão criminal de presos do Complexo do Curado, como medida para minorar os efeitos de degradação causados pela vivência naquela unidade prisional, restringindo-a aos casos de pessoas que não cometeram crimes contra a vida ou a integridade física, ou crimes sexuais, não foi seguido literalmente pela recomendação do CNJ alhures referida.

O artigo 5º da referida recomendação adota o mesmo posicionamento do art. 4º, só que é direcionado aos juízes da execução penal, fazendo referência à súmula vinculante n. 56 do STF, já referida anteriormente, e aos casos de pessoas presas em estabelecimentos penais superlotados, que não disponham de equipe de saúde, ou ainda sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou, ainda, que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus. Como se vê, o citado dispositivo também não faz a restrição como fez a CtIDH, conforme acima referido, aos casos de pessoas presas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas.

Certamente um pânico tão grande quanto aquele causado pela Covid-19 e seus números poderia surgir na sociedade, tome a de Recife como exemplo, onde está instalado o Complexo do Curado, com a notícia de que todos os presos daquela unidade prisional seriam postos em liberdade, ainda que em prisão domiciliar, em razão da crise do sistema prisional

superlotado, sem condições de saúde e de salubridade adequadas, aliada à crise de saúde pública e o risco de infecção e contágio pelo novo coronavírus.

E isso porque a situação de segurança pública também é dever do Estado e também é garantia do cidadão comum, e essa muitas vezes é “violada com crescente e preocupante frequência pelos criminosos.”¹⁵² Essa preocupação também é válida e deve, assim como a preocupação com a saúde das pessoas presas e o risco grave de contaminação e propagação da Covid-19, ser balanceada de maneira acertada pelo juiz à luz do que sugere e indica cada caso concreto.

Os casos de prisão domiciliar estipulados pelo art. 5º da supramencionada recomendação do CNJ, que não são automáticos e exigem avaliação do juiz que conduz o processo de execução penal, aplicam-se aos casos de pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo juiz, bem como aos casos de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal.

Vale aqui destacar que a ponderação entre o risco causado pela Covid-19, no contexto de um sistema prisional falido e sucateado, e o risco de perturbação à paz pública e o risco à aplicação da lei penal e de destruição de provas, que devem ser balanceados caso a caso, vem sendo praticada pelo STJ mesmo que seja para manter a prisão de pessoa segregada, como é exemplo de pessoa acusada de ter participação direta em diversos ilícitos envolvendo a Administração Pública no estado do Rio de Janeiro, como demonstra o julgado no *habeas corpus* n. 567.408/RJ, que teve como relator o ministro Rogério Schietti Cruz, e como paciente o ex-governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, de onde se depreende que ainda está em jogo a segurança pública quando pessoas que causem risco elevado à sociedade possam ser soltas tão apenas com base no argumento de que o país e o mundo viveram uma pandemia causada pelo novo coronavírus.

E isso ocorre com todas as ressalvas do mundo que podem ser feitas à prisão, seja como estabelecimento de cumprimento de pena e de segregação cautelar, seja como ato jurídico, tal como a prisão em flagrante, lembrando, para tanto, como faz Eugenio Raúl Zaffaroni, que a seletividade, a manifestação reproduzida de violência, a criação de mecanismos propícios para surgimento de maiores índices de criminalidade, a corrupção institucionalizada, a concentração do poder político e jurídico, aliados à verticalização social e

¹⁵² OLIVEIRA, Luciano. Segurança: um direito humano para ser levado a sério. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, UFPE, Recife, n. 11, pp. 241-254, 2000, p. 245.

à destruição das relações horizontais ou comunitárias “não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais.”¹⁵³

É que a prisão, pena por excelência, como uma insensatez que é, nas palavras de Luciano Oliveira¹⁵⁴, e nisso não discordo nenhum pouco do renomado sociólogo do direito radicado na Faculdade de Direito do Recife, ainda constitui um mal necessário, na falta de uma solução melhor para segregar, fisicamente, pelo menos, pessoas que cometem crimes, sobretudo crimes violentos, e a sua necessidade deve ser vista em cada caso concreto, sopesando todas as circunstâncias envolvidas.

Vale frisar, entretanto, que mesmo nos casos em que seja determinada a manutenção da prisão em regime fechado, como pena ou como medida cautelar processual, não é cabível se falar em isenção do Estado pelas más condições do estabelecimento prisional, inclusive se forem acometidas as pessoas presas pelo coronavírus.

É que a responsabilidade do Estado é de manter condições mínimas de higiene e segurança nas unidades prisionais, e, quando não o faz, reveste-se de nexo de causalidade mediante uma ação, ou omissão, capaz de gerar danos aos indivíduos que frequentam àqueles estabelecimentos, inclusive de danos à saúde.

Assim, embora seja correto se falar em dever de ponderar a colocação em liberdade provisória ou prisão domiciliar os presos do país, e não simplesmente conceder tais benesses, em razão da pandemia, servindo ainda como instrumento mitigador dos efeitos do ECI brasileiro, parece mais correto ainda dizer que, uma vez mantida a prisão, é do Estado a total responsabilidade pela segurança e saúde dos apenados, devendo ele se precaver com todas as medidas necessárias para manter os estabelecimentos prisionais longe de uma disseminação da Covid-19.

Esse dano é de natureza individual, e pode ser reparado *in natura*, isto é, através da redução de dias que ainda faltam para serem cumpridos em cárcere, ou também através de reparação pecuniária, como já foi decidido pelo STF, mas também pode ser encarado em sua natureza difusa e coletiva, apta a legitimar a atuação de órgãos como o Ministério Público, também para assegurar reparação por dano moral coletivo.

Logo, é imperioso registrar que a crise sanitária mundial provocada pela disseminação da Covid-19 causou ainda mais exposição da gravidade do sistema prisional brasileiro, representando o Estado de Coisas Inconstitucional nacional, e que as ponderações

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Luciano. **E se o crime existir?** Teoria da rotulação, abolicionismo penal e criminologia crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 130-131.

acerca da liberdade provisória ou da prisão domiciliar são medidas úteis e eficazes na tentativa de reduzir os efeitos devastadores da citada doença em um sistema falido, sucateado e superlotado.

3 SEGUNDA PARTE – DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SUAS PERSPECTIVAS

Não é desconhecida a tarefa a que pensadores humanistas têm se empenhado atualmente no sentido de auxiliar na promoção da integração da formação e interpretação do direito, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, entre os órgãos jurisdicionais dos mais variados matizes.

Diversos pensamentos foram se desenvolvendo neste sentido no decorrer dos últimos anos pela obra de teóricos do direito constitucional e dos direitos humanos, tais como as teses do transconstitucionalismo, dos diálogos constitucionais, dos diálogos de jurisdições, do ativismo dialógico, entre outras, cujo principal enfoque é compreender e aprofundar a necessidade de que os sistemas de direito positivo, especialmente o constitucional, dos países do cone sul pudessem compor um mecanismo interinfluyente e interoperacional de decisões jurídicas e entendimentos jurisprudenciais.

A questão se torna ainda mais relevante quando é olhada sob o prisma do direito estudado e formalizado na América do Sul, continente plural, com órgãos jurisdicionais e autoridades públicas muitas vezes interessadas em uma composição interna e ilhada para resolução dos problemas institucionais a que são submetidos, sendo por esse motivo necessário atentar ao desenvolvimento da construção de diálogos nos países da América latina, embora parte do objeto aqui estudado vá se localizar e advir do continente europeu ou norte-americano.

Não se trata, evidentemente, de construir um direito constitucional da América latina, ou alguma doutrina uniforme de direitos humanos de raiz sul-americana. Mas, em verdade, se trata, de fato, de permitir a influência mútua e a interação recíproca na formação jurídica entre os países do continente, especialmente no trato do pensamento teórico-jurídico e também da sua aplicação prática no seio jurisprudencial.

A partir daí é que se vê a configuração do típico diálogo constitucional na decisão cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347, pelo Supremo Tribunal Federal, em setembro do ano de 2015, ocasião em que a corte constitucional brasileira reconheceu no sistema carcerário do país uma situação semelhante àquela destacada anteriormente pela Corte Constitucional da Colômbia anos antes, a que se denominou Estado de Coisas Inconstitucional.

Assim, o que não se pode olvidar nesta pesquisa é que a importação da figura do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal implica na configuração de um caso de migração de ideia constitucional, da Corte Constitucional da Colômbia para o STF, sem se falar de uma vinculação exata e minuciosa entre aquilo que foi delineado pelo tribunal colombiano e a tese esposada pelo tribunal brasileiro em 2015.

Até mesmo porque, embora a própria figura do ECI possa ser enquadrada nos estudos e exemplos do desenvolvimento da perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano, não se pode de todo afirmar que a fórmula desenvolvida pela corte colombiana é idêntica à roupagem dada ao mesmo instituto no Brasil, assinalando características próprias da realidade brasileira à figura teórica acima mencionada do ECI, posto que ainda entre esses país citados existem distinções relevantes e traços próprios de sua sociedade e de suas instituições.

O que é mais relevante por ora ter em mente, ao menos nesse momento, é que o desenvolvimento pelo STF de uma tese bastante difundida por outro órgão jurisdicional estrangeiro denota uma louvável tendência de a corte brasileira assumir experiências e retirar dos ensinamentos e dos estudos realizados sobre aquela experiência alienígena fundamentos e técnicas para seus julgamentos.

É que a realidade local do Brasil, embora em alguns pontos possa até a se assemelhar com a realidade da Colômbia, ou até mesmo de outros países da América do Sul, exige adaptações próprias, com o fulcro de tornar os atos institucionais mais palatáveis e mais condizentes com a realidade brasileira, dando mais eficácia aos seus julgados e mais efetividade na sociedade, alterando a realidade de forma relevante.

De pouco adiantaria se o STF adotasse a figura do Estado de Coisas Inconstitucional na mesma forma e com a mesma moldura da Corte Constitucional da Colômbia, por exemplo, exatamente igual e sem desenvolver suas especificidades, porquanto a realidade brasileira em em vários aspectos não se assemelha à realidade do país vizinho. Ademais, com o desenvolvimento da tese do ECI em outros campos da realidade naquele país, nem mesmo é possível cravar a existência de uma tese unânime, acompanhada por providências idênticas dentro da própria Corte Constitucional da Colômbia, e cujos resultados fossem igualmente relevantes e efetivos.

Parece evidente, nessa assentada, que caberá ao órgão jurisdicional brasileiro fazer as adaptações necessárias a fim de adequar a decisão judicial estruturante, alinhada a partir de uma experiência de tribunal estrangeiro, à realidade prática do país.

Nessa oportunidade, convém precisar os referenciais teóricos que possibilitam a compreensão das ideias e reflexões aqui apresentadas, que podem contribuir para o desenvolvimento da presente tese quanto ao ponto dos diálogos institucionais como mecanismos de construção de ferramentas jurídicas aptas a superar a situação de coisas inconstitucional.

3.1. Diálogos além de uma mesma ordem jurídica interna

Nesse momento, é importante trazer à baila a discussão que perpassa a necessidade de compreender a possível existência de diálogos jurídicos entre cortes de países diferentes, entre sistemas de justiça locais e regionais, além de diálogos entre as cortes regionais, e, por fim, diálogos entre instituições integrantes de uma mesma ordem interna de determinado país, para fins de formação de construção de decisões judiciais e interação recíproca de teses constitucionais.

O ponto de vista almejado é compreender e discorrer sobre perspectivas teóricas que permitam perquirir se é necessária uma interferência entre ordens institucionais, especialmente as ordens jurídicas de natureza constitucional, ainda que não integrem um mesmo bloco de conformidade normativa ou que tenham campos de atuação distintos, para a construção de um corpo sólido de decisões judiciais, atos normativos e atos administrativos que afirmem e confirmem direitos humanos e fundamentais.

Desafio principal, entretanto, é identificar as formas como essa interação pode ocorrer e o sentido que essas comunicações devem adotar entre os agentes envolvidos, seja através de movimentos verticais ou horizontais, internos ou externos.

3.1.1. Diálogos e a ideia de integração jurídica discursiva de Virgílio Afonso da Silva

Inicialmente convém destacar que a abordagem ora exposta pugna pela ocorrência de diálogos constitucionais entre países da América do Sul, especialmente no que diz respeito à influência dos posicionamentos jurisprudenciais entre as suas cortes superiores.

Nesse aspecto, o eixo doutrinário fundamental do presente trabalho perpassa os autores de ideias sólidas voltadas às figuras dos diálogos constitucionais, também chamados de diálogos de jurisdição ou de diálogos institucionais, a depender da vertente teórica adotada por cada doutrinador ou a depender do contexto no qual ocorre o debate.

Em suma, o citado pensamento destaca a necessidade de haver influência mútua e recíproca na produção do conhecimento jurídico no âmbito da jurisprudência dos países da América do Sul, especialmente no âmbito das decisões proferidas em sede de cortes constitucionais do mesmo continente.

Com efeito, depreende-se que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF, nos autos da ADPF 347, ainda que em sede de julgamento liminar, configura hipótese de diálogo constitucional de jurisdições entre cortes latino-americanas, e, mais especificamente, adotando a linguagem de Virgílio Afonso da Silva, trata-se de autêntico caso de “migração de ideias constitucionais”.

Em artigo especializado sobre o diálogo jurisdicional no continente sul-americano,¹⁵⁵ Virgílio Afonso aponta a pouca interação existente entre as cortes constitucionais da América Latina e aduz pela necessidade da realização de diálogos constitucionais entre elas a fim ser possível falar de uma integração jurídica discursiva no continente.

Nessa mesma obra o autor vai aduzir que essa integração discursiva pode ser manifestada através de empréstimos constitucionais ou de migração de ideias constitucionais, sendo a principal característica dessa última a troca livre de ideias, experiências e teorias, de modo não vinculativo entre aqueles que dela se utilizam.

Virgílio Afonso da Silva é um dos defensores dessa proposta de integração jurídica discursiva, sobretudo no âmbito da América do Sul, cujo referencial teórico vai contribuir para a compreensão a ser perseguida neste trabalho.

Para Virgílio, a compreensão e o estudo do fenômeno integrativo entre ordens jurídicas devem ir muito além da integração institucional, isto é, aquela que compreende o fenômeno da incorporação e respeito aos tratados internacionais celebrados por determinada comunidade jurídica no âmbito interno de um país. Para o autor, a ausência de instituições, jurisdições ou legislação comuns para mais de um país impede a caracterização de uma integração real, integração essa chamada pelo autor de integração institucional-legal, que, por sua vez, não pode ser confundida com a integração jurídica discursiva.

Em artigo especializado, o professor da Universidade de São Paulo reconhece que nos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal pouco se vê de citações e de adoção de pensamentos jurídicos dos tribunais de outros países latino-americanos, sendo, de fato,

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

bem mais comum encontrar referências nas decisões do STF a doutrinas e julgados produzidos na Alemanha ou nos Estados Unidos.¹⁵⁶

Essa pouca interação dentro dos países da América do Sul preocupa bastante o professor ao ponto de ele formular seu entendimento acerca da necessidade de haver entre os países latinos uma influência cambiante, operativa e mútua, a que denominou “integração discursiva”, no contexto dos diálogos constitucionais.

Segundo o autor, essa integração discursiva pode ocorrer mediante a figura dos “empréstimos constitucionais” ou mediante a “migração de ideias constitucionais”. Enquanto nos empréstimos há apenas a importação/exportação de pensamentos jurídicos produzidos pelas cortes e pela doutrina de um determinado país latino-americano, de forma pouco crítica e pouco transformadora, na migração de ideias a interação livre é o ponto fulcral da questão, quer dizer, existe a importação/exportação da ideia constitucional, mas essa é livremente trabalhada, reconstruída e/ou reformulada pelo país importador, adaptando-a, na maioria das vezes, à sua realidade fática.

Vale destacar, outrossim, que Afonso trabalha a tese da importância dessa espécie de influência mútua e recíproca entre países já há algum tempo, embora seja possível verificar que em tempos mais pretéritos, nos primórdios da fixação das bases sobre o tema, o autor não expressasse veementemente a distinção entre os empréstimos constitucionais e a migração de ideias constitucionais, concebendo sobre a figura daquele uma espécie de influência constitucional entre diversos países que, mais especificamente, “inclui transplantes e adaptações, reconhecidos ou não, em qualquer estágio da criação de um sistema constitucional ou em seus desenvolvimentos e usos subsequentes”.¹⁵⁷

Trazendo o referencial acima descrito ao tema aqui proposto, pressuponho que resta configurado esse tipo de diálogo constitucional, como espécie de uma integração discursiva da subespécie migração de ideias constitucionais, no caso do reconhecimento pelo STF da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tomando “emprestado” o conceito derivado e desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia.

E, exatamente por se tratar de hipótese de migração de ideias constitucionais, o STF além de trazer à sua jurisdição a noção do ECI colombiano, adaptou-o livremente, mas também de acordo com as exigências peculiares impostas pela realidade brasileira, adotando a figura da situação generalizada de inconstitucionalidade no sistema prisional nacional,

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso. op. cit. 9.

¹⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 135.

tomando medidas específicas para cuidar do caso, tais como o descontingenciamento de verbas de fundos públicos destinados ao desenvolvimento e manutenção do sistema carcerário, bem como determinando a realização de audiências de custódia pelos juízes e tribunais em todo o território do país.

3.1.2. Diálogos entre cortes locais e cortes regionais

A noção de diálogos entre órgãos jurisdicionais de países distintos, inclusive pelas técnicas acima apontadas tais como a figura dos “empréstimos constitucionais” e da “migração de ideias constitucionais”, é bastante relevante para o caso ora debatido do sistema prisional brasileiro, tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 em muito bebeu da experiência colombiana, mas também de formulações extraídas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pontualmente no caso das audiências de custódia, cujos principais defensores regionais são a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido fica evidente que também será preciso adequar e compreender a sinergia entre a jurisprudência firmada em determinado país, o que se chama normalmente de ordem jurídica interna, e aquela produzida por órgãos multifacetados de caráter suprarregional, especialmente como é o caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos bem como da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso do sistema prisional brasileiro, objeto de estudo da presente pesquisa, vimos, em pontos mais acima quando discorri sobre a situação caótica do sistema carcerário nacional, que várias manifestações e resoluções foram emitidas pelos citados órgãos internacionais, vinculados à Organização dos Estados Americanos (OEA), e, por essa razão, toda e qualquer decisão judicial estruturante vinculada ao sistema prisional do país, inclusive a decisão final de mérito da ADPF 347, precisa estar atenta às deliberações e resoluções da CIDH e da CtIDH sobre a matéria.

Indo além da discussão sobre o caráter vinculativo das deliberações dos suprarreferidos organismos internacionais, o alinhamento dialógico entre aquilo que é decidido pelos juízes e tribunais brasileiros e aquelas resoluções dos citados organismos deve estar em voga e em alta relevância para o estudioso e operador do direito, configurando autêntica hipótese de correlação, ao menos conhecimento mínimo prévio, entre os sistemas.

Negar vigência e eficácia às decisões e deliberações da CIDH e da CtIDH, especialmente aquelas proferidas em matéria de regime prisional, é simplesmente ignorar a

experiência daquelas entidades na realidade de toda a América, do norte e do sul, na matéria, quando muito já se foi produzido pelos citados mecanismos, e também ignorar o fortalecimento de uma estrutura cujas bases práticas podem auxiliar a evitar de repetir os erros identificados pelas próprias entidades regionais, ou até mesmo os erros que por elas, CIDH e CtIDH, foram cometidos.

Nesse ensejo, dedico as próximas passagens ao entendimento de algumas teorias que analisam e aprofundam a discussão acerca dos diálogos institucionais, com destaque à importância da manutenção de uma perspectiva que valorize a experiência de um tribunal, seja do mesmo país ou não, sem deixar de dar destaque e relevo devidos aos entendimentos firmados pelos órgãos do SIDH.

3.1.2.1. Controle de convencionalidade e a noção de diálogos de jurisdição

Além do pensamento desenvolvido por Virgílio Afonso, é conveniente destacar que a defesa do intercâmbio de informações jurídicas entre tribunais latino-americanos não é matéria exclusiva e inédita do referido autor. Outros doutrinadores também pugnam pelo esforço entre órgãos jurisdicionais do continente a fim de promoverem a influência iterativa, especialmente no que diz respeito à temática referente aos direitos humanos.

É o caso do pensamento de Flávia Piovesan, ao destacar que o citado diálogo é ferramenta indispensável para confirmação e garantia dos direitos humanos no ambiente latino-americano.¹⁵⁸

A professora paulista adota o tema da necessidade de diálogos entre os entes jurídicos internos, especialmente os tribunais, inclusive os superiores, com as teses proferidas pelos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo a América latina mais um espaço para se desenvolver esse intercâmbio de ideias e teorias em favor dos direitos fundamentais e humanos.

Piovesan, nesse sentido, vai assegurar serem indispensáveis o reconhecimento e o fortalecimento do controle de convencionalidade e a existência de diálogos constitucionais, horizontais e verticais, para essa concretização de direitos básicos da pessoa humana no cenário da América Latina, continente que, segundo ela, caracteriza-se pelo elevado grau de exclusão e pela desigualdade social aos quais se soma o fato de se falar de democracias ainda em fase de consolidação, sendo caracterizada como uma região que ainda convive com as

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012, p. 67-68. pdf.

reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com baixa densidade de realização democrática e com precária tradição de respeito aos direitos humanos.¹⁵⁹

Igualmente relevante a passagem da autora sobre a caracterização, ainda que mais abrangente, sobre o continente latino, posto que as marcas dos países nele localizados apontam para diversas dificuldades, em tese e na prática, para a consecução de um diálogo iterativo de ideias e de posicionamentos técnicos, mesmo que seja em defesa de temáticas mais aptas ao universalismo.

Também é necessário dizer que, ainda na esteira do pensamento de Piovesan, esse diálogo jurisdicional nos países latino-americanos implica no empoderamento do sistema interamericano, fenômeno igualmente associado a uma crescente legitimação social da decisão jurisdicional que acolhe os entendimentos produzidos em outros países do continente: “o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível.”¹⁶⁰

Nessa toada, assevera a autora que, sob esta perspectiva multinível, emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional: a) diálogo com o sistema global (mediante incorporação de mecanismos de proteção de direitos humanos; b) diálogo com os sistemas regionais (a exemplo de uma “europeização” do sistema interamericano, ou de uma “interamericanização” do sistema europeu); c) diálogo com os sistemas nacionais (abarcando o controle de convencionalidade); d) diálogo com a sociedade civil, fornecendo ao sistema interamericano uma forte e crescente legitimação social.¹⁶¹

A perspectiva adotada pela autora mencionada é deveras relevante para possibilitar o entendimento das mais variadas formas de diálogos jurisdicionais, inclusive mediante o exercício do controle de convencionalidade, por ação ou até mesmo por omissão, entre instituições distintas, estejam elas localizadas no interior da ordem jurídica de um país ou denotem uma atuação regional, abrangendo jurisdição sobre diversos países.

Exemplo relevante de diálogo de sistemas regionais pode ser extraído da resolução proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de 28 de novembro de 2018, na qual a CtIDH proferiu medidas provisórias em face do Estado brasileiro para reprimir a violação de direitos humanos havida no sistema carcerário do caso do Complexo do Curado, no estado de Pernambuco, conforme comentei em item anterior.

¹⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012, p. 93. pdf.

¹⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. **Ius constitutionale commune na América Latina: marco conceptual**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 86.

¹⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 136.

Vale apenas aqui destacar que, na oportunidade daquela deliberação, a CtIDH fundamentou sua decisão a partir de reflexão retirada do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que se pronunciou sobre esse problema em sentença de 8 de janeiro de 2013, no caso *Torregiani e outros vs. Itália*, onde a Corte Europeia concluiu que as autoridades italianas deveriam preparar imediatamente um recurso ou uma combinação de recursos que gerassem efeitos preventivos e compensatórios para garantir um remédio efetivo para as violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos, decorrentes da superlotação nas prisões daquele país. Esses recursos, por sua vez, deveriam cumprir os princípios da referida convenção, como se menciona em particular na sentença atacada e deveriam ser implementados dentro de um ano, a partir da data em que a decisão da Corte Europeia se tenha transformado em definitivo.

Essa integração depende também, segundo o pensamento de Piovesan, da concretização do fenômeno do controle de convencionalidade em matéria de direitos humanos, sobretudo tendo como parâmetro normativo do controle a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A importância desse controle remete a autora a uma análise comparativa da origem do sistema regional de direitos humanos existentes na atualidade, mormente o americano e o europeu. É que, diferentemente do sistema regional europeu, originado da tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema interamericano apresenta em sua origem “o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos.”¹⁶²

Ainda segundo a autora, considerando que a América Latina é um continente profundamente assolado por abismos de desigualdades econômicas e sociais, a atuação da Corte Interamericana, na defesa de direitos humanos durante o exercício do controle de convencionalidade, gira em torno de decisões que podem ser agrupadas de acordo com a natureza das violações ocorridas: 1) violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial; 2) violações que refletem questões da justiça de transição (*transitional justice*); 3) violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito (*rule of law*); 4) violações de direitos de grupos vulneráveis; e 5) violações a direitos sociais.¹⁶³

¹⁶² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012, p. 73. pdf.

¹⁶³ *Ibidem*.

O controle de convencionalidade, nesse aspecto, funciona como mecanismo de redução ou eliminação das referidas violações de direitos humanos, e à medida que é aplicado também pelas cortes locais, e não somente pela corte regional, permite a consecução ainda mais ampla da defesa de direitos humanos e fundamentais, e configura de maneira contundente e eficaz o grau de integração jurídica entre as comunidades nacionais e regional.

Importante aqui registrar que a perspectiva do controle de convencionalidade tratado neste trabalho não alcança apenas a edição ativa de normas e atos administrativos, quer dizer, a atuação comissiva do Poder Público, posto que é relevante atacar as inconveniências decorrentes muitas vezes da omissão das autoridades de adotarem normas, atos ou decisões aptos a fazerem cessar determinada violação de direitos ou aptas a permitir a fruição e o gozo de certas garantias.

Sob essa perspectiva, Siddharta Legale Ferreira e David Pereira de Araújo propõem a criação do conceito de um “Estado de Coisas Inconveniente” para caracterizar o regime penitenciário brasileiro, através de uma investigação pela qual se compreende em que medida existe também uma violação massiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, decorrente da omissão do Estado brasileiro perante o regime massivo de violações de direitos e garantias individuais e fundamentais, somando essa análise a uma proposta que integre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos nesse litígio estrutural.¹⁶⁴

Na pesquisa apontada, os autores supramencionados destacam a existência, até outubro de 2016, de 35 medidas provisórias, 5 sentenças e 8 supervisões de cumprimento de sentença, em face do Estado brasileiro, proferidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo pela Corte IDH, comprovando a existência não apenas de violações sistemáticas e repetitivas de direitos humanos, mas de violações de natureza deveras grave, posto que as medidas provisórias pressupõem violações cujos riscos perpassam danos de caráter irreparável.¹⁶⁵

O levantamento indicado pelos autores denota a importância do sistema interamericano não apenas como órgão de deliberação e de resolução, por mais que se possa discutir os graus de coercibilidade e de exigibilidade de tais atos emanados dos órgãos regionais, mas também como entidade formada de um panorama mais amplo do sistema nacional prisional, fazendo um paralelo necessário entre as situações fáticas encontradas na

¹⁶⁴ FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O Estado de Coisas Inconveniente: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro, **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, p. 67-82, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/23647> Acesso em: 06 jun. 2019.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 77-78.

realidade do sistema e as normativas dos tratados e demais documentos de direitos humanos e fundamentais.

Através do referido pensamento, fica caracterizado que os diálogos de jurisdição juntamente com o fortalecimento do controle de convencionalidade permitem a ocorrência efetiva da existência de interações construtivas, seja de natureza horizontal, seja de natureza vertical, que geram decisões judiciais que funcionam como instrumental necessário para a concretização de direitos básicos da pessoa humana no cenário da América Latina da atualidade.

Logo, é possível perceber, dessas perspectivas acima colocadas, que a interação entre os países da América Latina pode ser propiciada através dos mecanismos de diálogo de jurisdições, seja entre as jurisdições dos próprios países, o que se denomina de “diálogo horizontal”, seja mediante as relações entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os países do continente, formando o chamado “diálogo vertical”, e esse diálogo também ocorre de maneira mais contundente durante o exercício do controle de convencionalidade pelas cortes regional e local.

Desse modo, é deveras relevante compreender que o diálogo jurisdicional, mormente o constitucional, produzido no ambiente latino-americano não deve se cingir ao diálogo horizontal, mas também é necessário que a interação seja produzida também do sentido regional para o direito local, de maneira mais ampla, onde a produção dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos possa produzir efeitos, ecos e reflexos no âmbito da experiência jurisprudencial dos países do continente.

Portanto, pela linha argumentativa exposta mais acima, é possível inferir que a referência teórica ora adotada preza pelo reconhecimento e pela desenvoltura dos diálogos jurisprudenciais entre cortes locais, em matizes variados, sem perder de vista que o diálogo institucional regional, especialmente no que diz respeito à produção jurídica de cortes e órgãos regionais de direitos humanos, e no caso em epígrafe especialmente aqueles que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, detém importância também relevante e merecedora de atenção nos estudos ora desenvolvidos.

3.1.2.2. Gongora-Mera e o Modelo Coevolutivo

Outra perspectiva sobre os diálogos institucionais em matéria de direitos humanos e fundamentais assaz interessante para a problemática ora posta é aquela oferecida pelo colombiano Manuel Eduardo Góngora-Mera.

O referido estudioso vai elaborar um modelo coevolutivo para a compreensão da relação entre cortes locais e a corte regional de direitos humanos na matéria da interpretação e aplicação de institutos jurídicos desses direitos no continente americano.

Segundo Góngora-Mera, podem ser identificados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e na sua relação com as cortes locais constitucionais três espécies de convergência interpretativa aptas a propiciar alguma espécie de interação entre a produção normativa e jurisprudencial das cortes locais e regionais: a) margem nacional de apreciação; b) aderência nacional a padrões interamericanos; c) convergência paralela.¹⁶⁶

Nesse entendimento, na restrição da margem nacional de apreciação a corte regional aceita as particularidades fáticas e normativas dos estados integrantes do sistema, porém concede apenas algum espaço interpretativo, normalmente limitado, a respeito da forma pela qual esses estados devem aplicar e garantir os direitos humanos em determinada situação da realidade fática, a partir de uma perspectiva convencional até o nível nacional aceitável, com o fim de reduzir as divergências na interpretação no sistema jurídico local em face do sistema regional. Sobre a margem nacional de apreciação voltarei mais à frente a falar.

Por sua vez, na aderência nacional aos padrões judiciais internacionais, a corte constitucional local reconhece por sua própria iniciativa a autoridade vinculante, necessária e persuasiva dos entendimentos emanados da corte regional de direitos humanos, identificando se em determinada situação prática o ente estatal e seus representantes de fato obedeceram, ou não, às deliberações da corte regional, bem como aos documentos e tratados que conformam a atividade desses órgãos.

Finalmente, no sistema das convergências paralelas, as cortes nacionais entre si e perante a corte regional convergem ao interior do sistema de maneira independente e separada, devido à recepção paralela de tratados internacionais de direitos humanos, e seguem a interpretação destes acordos a partir dos seus respectivos órgãos de supervisão.

Dentro desse mecanismo de convergências é que Góngora-mera vai identificar a ocorrência de um modelo coevolutivo, que permite a interação das mais diversas faces e nos mais diversos sentidos e direções.

Assim, o professor da Universidade Livre de Berlim, apresenta quatro tipos de interações no modelo coevolutivo: a) recíprocas; b) horizontais (ocorre entre as cortes locais); c) verticais (ocorre entre a CtIDH e as cortes locais) e podem ser de dois tipos: *bottom-up* e

¹⁶⁶ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 317.

top-down; e d) mistas, sendo as que ocorrem entre uma determinada corte constitucional e a CtIDH e entre esta e outras cortes constitucionais locais.¹⁶⁷

Vale esclarecer, ainda que brevemente, os modelos *bottom-up* e *top-down*.

Pelo modelo de convergência *top-down*, a corte local adota padrões normativos e jurisprudenciais estabelecidos pela Corte Interamericana, seja pela obrigação de realizar o controle de convencionalidade, tendo como marco decisório os julgados da CtIDH, seja pela introdução da doutrina do bloco de constitucionalidade na jurisprudência doméstica, levando a corte local a conceder uma especial autoridade e reconhecimento às decisões proferidas pela corte regional, que é tida como intérprete autêntico dos instrumentos normativos interamericanos, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por sua vez, o modelo de convergência *bottom-up* propugna pela possibilidade de a corte regional de direitos humanos adotar padrões jurisprudenciais criados e desenvolvidos por determinada corte constitucional doméstica como respostas interpretativas e diretrizes válidas de conformidade com os tratados regionais e internacionais de direitos humanos que orientam a atividade daquele organismo.

Exemplo interessante de aplicação da convergência *bottom-up* pode ser constatado na resolução da CtIDH de 28 de novembro de 2018 no caso brasileiro conhecido como Complexo do Curado, em que aquela corte regional aplica ao Estado brasileiro medidas provisórias de natureza urgente para fazer cessar a violação massiva de direitos humanos no sistema penitenciário existente no estado de Pernambuco, em razão da sua superpopulação e superlotação.

Na referida decisão, a CtIDH profere as medidas provisórias com fundamentos em casos pretéritos, envolvendo também sistemas penitenciários superlotados, decididos pelas cortes constitucionais locais.

A primeira decisão referida pela CtIDH foi a decisão T-388/2013 da Corte Constitucional da Colômbia, onde, em síntese, a corte colombiana entendeu que a superpopulação penal se deve ao uso excessivo da pena de privação de liberdade, que deve ser reduzida conforme uma política e decisões judiciais prudentes de excarceração, não indiscriminadas, porque ao mesmo tempo em que aquela corte constitucional nega que haja um direito subjetivo automático à excarceração, ela exalta a necessidade de reclamar uma política de excarceração razoável, atendendo à particularidade do caso concreto instalado em determinada realidade.

¹⁶⁷ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 332-333.

A segunda referência interpretativa que vai fundamentar as medidas provisórias editadas pela corte regional no caso do Complexo do Curado é emanada da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso conhecido como *Plata X Brown*, no qual a matéria foi levada pelo estado da Califórnia àquela suprema corte norte-americana. Na sentença da Suprema Corte ficou estabelecido que para cumprir a decisão recorrida, que havia determinado que no prazo de dois anos o estado californiano reduzisse a 137,5% a sua população carcerária, não era imprescindível que a redução da população carcerária fosse feita de maneira indiscriminada ou nesses números estabelecidos, pois eram possíveis e viáveis recursos alternativos para a redução da população carcerária daquele estado. Assim, o Estado poderia empregar medidas, inclusive os créditos por bom comportamento e o encaminhamento de criminosos de baixo risco e violadores de aspectos técnicos de liberdade condicional a programas comunitários, que diminuíssem o impacto da ordem recorrida sem necessitar promover um desencarceramento tão elevado e genérico.

A terceira vertente interpretativa do modelo *bottom-up* que pode ser citada é o caso decidido pela própria corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Corte Regional reconheceu na súmula vinculante n. 56 do STF, que aduz que a ausência de “estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”, como sendo mecanismo e padrão jurídicos aptos a realizarem com eficácia a garantia e a proteção a direitos humanos de pessoas encarceradas pelo Estado.

Todos esses casos permitem identificar que na resolução editada pela CtIDH para a situação delicada de violação massiva a direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade foi utilizada técnica, ainda que persuasiva, de reconhecimento de conformidade de práticas adotadas por órgãos jurisdicionais locais como parâmetros de defesa de direitos estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.1.2.3. A margem nacional de apreciação

Nesse momento, busco discorrer sobre o fenômeno relativamente comum no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, que vem sendo discutido com mais afinco no âmbito das américas e seu sistema regional, que diz respeito ao espaço interpretativo e integrativo de aplicação de normas jurídicas em determinadas situações, a partir de uma abertura concedida pelo órgão regional de proteção.

Em outra perspectiva, tento valorar essas ponderações a partir de uma análise acerca do instituto do diálogo entre cortes de direitos, especificamente entre as cortes regionais e as

cortes locais, onde a pontuação sobre a necessidade de haver um espaço de interação mútua configura como mecanismo necessário para solução de conflitos de interesse e garantia e defesa de direitos humanos e fundamentais do cidadão.

Segundo Cláudio Netto, a discussão acerca da margem nacional de apreciação é tema que está diretamente ligado à característica da subsidiariedade da jurisdição internacional, conferindo ao ente local a possibilidade de decidir com certa margem de discricionariedade os limites de direitos e de deveres no seu ordenamento interno, desde que haja observância aos *standards* internacionais de proteção.¹⁶⁸

Em verdade, é preciso destacar que a discussão em torno dessa possibilidade de limites e de atuação se relaciona a outro tema bastante relevante, que é aquele que gravita em torno do universalismo de direitos humanos em face do relativismo dos mesmos, matéria seriamente controvertida entre aqueles que se propõem ao debate da defesa dos direitos fundamentais do homem, mas, ao mesmo tempo, reconhecem a importância de serem respeitados hábitos, costumes e normas de certa comunidade local.

A respeito desse tema, Jayme Benvenuto aborda a temática trazendo o balanceamento equilibrado das duas concepções, contrapondo o pensamento de Herrera Flores, que adverte para a concepção complexa e relacional dos direitos humanos como lugar preciso onde o universalismo pode se configurar como uma garantia a todos os seres humanos de lutar, plural e diferenciadamente, pela sua dignidade, ao pensamento de Richard Rorty, para quem, na interação respeitosa entre indivíduos das mais diversas etnias, credos e origens, não é útil apelar para os valores comuns de uma humanidade idealizada.¹⁶⁹

Ainda vale frisar ser necessária a discussão acerca da margem de apreciação nacional, pois, segundo Francisco Delgado, a existência do citado princípio é justificada pela ausência de consenso entre os diferentes estados signatários de tratados de direitos humanos, o que dificulta aos tribunais regionais de direitos humanos a possível construção de uma regra de interpretação unificada.¹⁷⁰

Logo, para Delgado, a origem do princípio também pode ser identificada em razão da ausência de consenso entre os estados para definição e aplicação de direitos em determinadas situações de fato, o que permitiu às cortes regionais de direitos humanos, especialmente a

¹⁶⁸ NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, ano 6, n. 11, p. 66/87, abril, 2018, p. 67.

¹⁶⁹ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova**, São Paulo, 94, 117-142, 2015, p. 128.

¹⁷⁰ DELGADO, Francisco R. Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, **Revista Derecho del Estado**, n.º 26, p. 107-135, jan.-jun., 2011, p. 110.

européia e a interamericana, justificarem a impossibilidade de definição na interpretação e aplicação de alguns direitos fundamentais, sendo, portanto, necessário realizar o reconhecimento de um grau elevado de deferência às autoridades nacionais para deliberarem nessas referidas situações.¹⁷¹

Vale frisar que a margem nacional de apreciação tem guarida também no âmbito do sistema europeu, nos casos de guerra declarada ou situações de urgência, nos termos do artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, afastando-se, de maneira excepcional, a aplicação, garantia e defesa de alguns direitos individuais, sendo que essa derrogação só é possível quando um estado signatário passa por algum tipo de situação de crise ou de urgência que representa alguma ameaça à organização da sociedade e das instituições daquele país.

Nesse sentido, fica evidenciado que a derrogação das disposições da citada convenção normativa de direitos humanos apenas se justifica em situações bem excepcionais, cuja hipótese de ocorrência, na prática, é bastante incomum, ou, ao menos em tese, que se espera ser de pouca repetição, evitando que prolongadas manutenções de afastamentos de regras e de princípios internacionais ou regionais de direitos humanos sejam recorrentes na vivência prática em um país.

Ainda no tocante à margem nacional de apreciação, tendo em vista que a mesma tem como um dos panos de fundo a discussão acerca do universalismo e do relativismo de direitos, conforme acima apontado, Netto considera que o marco inicial onde se localiza o fenômeno da margem local de deliberação é o Sistema Europeu de Direitos Humanos, remontando ao ano de 1976, no caso *Handyside vs. United Kingdom*, analisado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que tratou do tema da liberdade de expressão e de pensamento, onde restou decidido que caberia apenas ao tribunal regional analisar se os tribunais ingleses não ultrapassaram os limites definidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos no que diz respeito à margem local de apreciação concedida aos estados naquela matéria.¹⁷²

De outro lado, segundo Schäfer, Prevideli e Gomes, a origem mais remota do princípio da margem nacional de apreciação remonta ao caso *Lawless vs. Irlanda*, no qual Gerard Richard Lawless, que foi preso em 11 de julho de 1957 quando estava embarcando da Irlanda para a Inglaterra como suspeito de ser membro do IRA, foi mantido detido por 24 (vinte e quatro) horas na estação de polícia de Bridewell. Após ter sido submetido o caso a julgamento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, o órgão regional sustentou, dentre

¹⁷¹ Ibidem, p. 112.

¹⁷² NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, ano 6, n. 11, p. 66-87, abril, 2018, p. 71.

outros fundamentos, que os estados podem gozar de grau determinado de liberdade para suprimir certas garantias individuais em circunstâncias excepcionais.¹⁷³

Independentemente de qual seja a origem exata da aplicação da teoria da margem nacional de apreciação, é de se vislumbrar que a sua aplicabilidade remonta a muitas décadas passadas, denotando que a utilização do instrumento não é prática recente no continente europeu e pode ser utilizada em momentos distintos, em situações igualmente peculiares, a fim de evitar um estado latente e permanente de violação de direitos humanos sem amparo na normatividade internacional sobre a matéria.

Nessa toada, quando em comparação da aplicação do princípio em comento entre sistemas regionais distintos, segundo Netto, há um número bem menor de casos nos quais se aplicou o princípio da margem de apreciação no sistema interamericano quando comparado com o sistema europeu de direitos humanos.¹⁷⁴

Quando a análise é feita no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a leitura do artigo 10.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos permite a compreensão de que existe abertura para a aplicação da margem nacional de apreciação às cortes locais integrantes dos estados signatários da convenção referida, embora aquele dispositivo não declare expressamente a incidência daquele princípio.

Segundo Corrêa, a opinião consultiva n. 04 formalizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, datada do ano de 1984, já conferia a possibilidade de aplicação do espaço adequado para deliberação pela corte local em matéria de contendas de direitos humanos, a partir da consulta apresentada pela Costa Rica ao órgão regional quanto à convencionalidade de regras do país acerca do processo de naturalização de indivíduos, quando então pela primeira vez aquela corte regional adotou o princípio da margem nacional de deliberação.¹⁷⁵

Ainda para a autora, na análise de mérito da consulta posta em questão, a corte regional das américas confirmou a liberdade que detém os estados signatários da convenção americana para definir as regras sobre o processo de naturalização e nacionalidade dos seus indivíduos, e quais os requisitos para se considerar o cidadão como seu nacional, contudo, fixou o princípio da não-discriminação como parâmetro a ser observado quando da elaboração e aplicação daquelas regras em um caso determinado.¹⁷⁶

173 SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018, p. 327.

174 Ibidem, p. 75.

175 CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, vol. 10, n. 02, p. 263-280, 2013, p. 264.

176 Ibidem, p. 266.

Mais recentemente a Corte Interamericana se manifestou novamente acerca da margem nacional de apreciação, o que ocorreu na análise da opinião consultiva n. 24, datada de 24 de novembro de 2017, que se refere a obrigações do Estado em relação à mudança de nome, identidade, gênero, e os direitos derivados de um vínculo entre parceiros do mesmo sexo.

Nesse julgamento, a Corte Interamericana definiu claramente, com amparo em documentos internacionais, tais como a Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da margem nacional de apreciação, relacionando-a com o controle de convencionalidade na relação entre os ordenamentos interno e internacional.¹⁷⁷

Aqui vale o parêntese para entender nacionalidade como sendo o vínculo político-constitucional, ligando uma pessoa a um determinado ente estatal local, país com o qual se liga por lealdade e fidelidade, devendo o Estado proporcionar àquele nacional a proteção diplomática necessária e indisponível para defesa de seus direitos frente a outros estados nacionais.

Nesse aspecto, naquele provimento a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou o entendimento de que certos aspectos para fixação da nacionalidade do indivíduo podem e devem ficar a cargo do Estado, mas que o seu consecutivo regramento não deveria ferir a diretriz da não-discriminação, fixando ainda a tese de que nem toda diferenciação é discriminatória, mas assim será caracterizada quando o *discrímen* não possuir objetivo nem justificativa razoáveis.

Como dito mais acima, o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional permite e facilita a aplicação da margem de apreciação nacional, todavia, conforme levanta Paloma Corrêa, o princípio da especialidade em favor dos órgãos locais também propicia a supramencionada margem de deliberação, posto que distribui competências jurisdicionais de acordo com a capacidade decisória de cada autoridade, cujos parâmetros de aferição, dentre outros, é a experiência com situações postas à análise e à apreciação.¹⁷⁸

Para Cláudio Netto, diferentemente do que ocorre no sistema europeu, onde há previsão convencional para a margem nacional de apreciação, no sistema interamericano não há dispositivo próprio do Pacto de São José da Costa Rica que permita, expressamente, a aplicação do espaço interpretativo para deliberação local sobre direitos humanos pelos órgãos estatais, porém a discussão acerca da melhor posição dos órgãos locais para julgamento de

¹⁷⁷ SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018, p. 333.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 268.

determinadas matérias de direitos humanos é parte integrante de seus trabalhos preparatórios.¹⁷⁹

Na esteira dos ensinamentos de Delgado, é relevante comentar que existem certos limites para a aplicação do princípio da margem local de apreciação por uma corte de determinado Estado, a fim de garantir a realização e observância respeitosa a direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que se asseguram valores mínimos, características internas e costumes de determinada comunidade local.

No referido sentido o autor vai destacar que um dos tipos de limites ao citado princípio são aqueles que ele chama de intrínsecos, que são determinados através das obrigações gerais e dos deveres de adaptação das disposições de direito local aos valores estipulados na convenção internacional no momento em que os tratados são assinados e ratificados pelas normas de direito interno, dentro de condições específicas.¹⁸⁰

Em síntese, para o suprarreferido autor, são limites intrínsecos à margem nacional de apreciação: a) as obrigações gerais e deveres de adaptação das disposições da legislação nacional; b) deveres específicos decorrentes da descrição dos direitos consagrados em tratados regionais de direitos humanos.

De outro lado, ao falar de limites extrínsecos ao citado princípio, Delgado vai afirmar ser o princípio da proporcionalidade o mais relevante dos limites¹⁸¹, calcado pela necessidade de exigência de uma lei anterior que preveja os casos de ingerência estatal e pela existência de uma sociedade democrática, além de uma situação que permita a aplicação da proporcionalidade nos seguintes níveis: a) que a atuação siga os objetivos idôneos de proteção a direitos humanos; b) necessidade de aplicação da medida restritiva; c) e a aplicação de uma medida razoável, chamada por ele de proporcionalidade em sentido estrito.¹⁸²

Uma outra possibilidade de limite provável à aplicação da noção de margem nacional de apreciação perpassa a própria ideia de controle de convencionalidade aliada à ideia de bloco de convencionalidade, doutrina desenvolvida sobretudo pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual cabe não somente a este órgão regional, mas também aos órgãos colegiados e singulares e demais autoridades locais exercerem o controle de atos

179 NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, ano 6, n. 11, p. 66-87, abril, 2018, p. 75.

180 DELGADO, Franciso R. Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, **Revista Derecho del Estado**, n.º 26, p. 107-135, jan.-jun., 2011, p. 112.

181 Ibidem, p. 118.

182 Ibidem, p. 125.

normativos do poder público que violem as determinações da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Portanto, é possível identificar na noção de controle de convencionalidade e, principalmente, na figura do bloco de convencionalidade, mais um limite para a concepção da margem nacional, posto que aumentam o leque de parâmetros internacionais em defesa de direitos humanos e fundamentais, que devem ser observados pelas cortes locais no momento de analisar ou de julgar um caso concreto que lhe é submetido à apreciação.

Nessa esteira, Lopes e Santos Júnior entendem que a margem de apreciação nacional fica limitada aos casos em que resta patente: 1) uma ausência de manifestação da corte regional sobre o tema, configurando ausência de consenso; 2) uma decisão da corte regional, estabelecendo expressamente a possibilidade de complementação normativa interna, através da atuação do julgamento da corte local, que, em tese, pode deter maior proximidade com a realidade fática; 3) situações previstas no art. 27 da Convenção Americana de Direitos, que tratam das hipóteses de guerra, calamidade ou perigo públicos, e emergências sociais.¹⁸³

Segundo os autores, a partir do desenvolvimento da noção de controle de convencionalidade, cujo fundamento tem alicerce na harmonização normativa e jurisprudencial fornecida pelas cortes regionais de direitos humanos, tendo em conta o referencial teórico e prático representado pelos documentos e pelas decisões destes órgãos internacionais, formando, portanto, a noção de um conjunto de regras e princípios que vão além do texto dos tratados internacionais asseguradores e afirmadores de direitos, também conhecido por bloco de convencionalidade, a margem de apreciação nacional encontra espaço reduzido para sua efetivação.¹⁸⁴

Após essas leituras sobre o sistema europeu e o sistema interamericano de direitos humanos e a perspectiva histórica dos mesmos e sua relação com a margem nacional de apreciação, tenho em conta a ideia de que é possível identificar uma comunidade global de cortes, como faz Anne-Marie Slaughter, integrantes de um sistema de justiça amplo, formando um pluralismo de ordens jurídicas, através do qual seria possível identificar situações em que um órgão teria mais condições para julgar uma demanda do que outro.¹⁸⁵

Esta comunidade de tribunais é constituída sobretudo pela consciência coletiva de órgãos e juízes nacionais e internacionais que integram papel relevante no sistema de justiça,

183 LOPES, Ana Maria D'Avila; SANTOS JÚNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (In)Compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **RDU**, Porto Alegre, Volume 14, n. 81, p. 35-54, maio/jun., 2018, p. 49.

184 Ibidem, p. 50.

185 SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, vol 44, n° 1, p. 191-219, 2003.

havendo entre eles interação efetivada de várias maneiras, mediante encontros, treinamentos etc. Para a autora, tratando sobre essa comunidade global de cortes

The result is that participating judges see each other not only as servants and representatives of a particular polity, but also as fellow professionals in an endeavor that transcends national borders. They face common substantive and institutional problems; they learn from one another's experience and reasoning; and they cooperate directly to resolve specific disputes. Increasingly, they conceive of themselves as capable of independent action in both international and domestic realms. Over time, whether they sit on a national supreme or constitutional court or on an international court or tribunal, they are increasingly coming to recognize each other as participants in a common judicial enterprise.¹⁸⁶

Segundo a autora, nessa mesma toada, a atuação dos juízes e dos órgãos de justiça permite que os mesmos vejam a si mesmos como partes integrantes de um mesmo mecanismo global de justiça, ainda que alguns tenha atribuições locais e outros regionais.

Essa visão mais ampla do próprio sistema de justiça, ainda que de maneira mais consciente do que prática, configura-se como elemento de bastante relevância para a construção de uma ideia dialógica de parâmetros de decisão, permitindo uma influência recíproca entre os atores do julgamento, principalmente os juízes, e autorizando uma influência sadia e cambiante entre as teses e julgados firmados pelos mais diversos tribunais.

Nessa perspectiva, friso a observação de Slaughter, segundo a qual existe, atualmente, um fenômeno juspolítico chamado *constitutional cross-fertilization*, onde os tribunais locais citam uns aos outros, usando as decisões estrangeiras não como precedentes vinculantes propriamente ditos, mas como autoridade persuasiva, capazes de formar o racional por trás de um julgamento colegiado local.¹⁸⁷

Sobre esse fenômeno, fica consignado para a autora que essas interações contribuem no surgimento de uma espécie de jurisprudência global, que, muitas vezes, tratam de matérias específicas, sendo que essa mútua interação permite melhorar a qualidade de decisões locais, mediante a importação de ideias e conceitos jurídicos trazidos de outras cortes, e igualmente autorizando a aplicação de uma abordagem nacional idiossincrática para razões culturais, históricas ou políticas.¹⁸⁸

Ken Kersch também aborda com relevo a questão de um novo transnacionalismo legal acompanhado de um judiciário globalizado, argumentando que a tendência transnacional do Poder Judiciário não é uma perspectiva tão comum nos tribunais americanos e que além

¹⁸⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. op. cit., p. 192.

¹⁸⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. op. cit., p. 193.

¹⁸⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. op. cit., p. 195.

disso, embora o novo transnacionalismo legal demonstre com clareza uma preocupação com as reivindicações de democracia e Estado de Direito, especialmente em países mais desenvolvidos como os Estados Unidos, pelo menos no que se refere a questões políticas e constitucionais domésticas, esse mesmo fenômeno pode ser encarado como parte de uma tendência mundial impulsionada pela elite econômica e social que muitas vezes está politicamente motivada em direção à governança judicial, que ocorre especialmente através do *judicial review*, que seria a antítese do autogoverno democrático, se não do próprio Estado de Direito.¹⁸⁹

Essa visão de Kersch me parece deveras pessimista e exclui do Poder Judiciário um papel relevante que é o de defensor das minorias, que muitas vezes não está representada nas decisões políticas legislativas, formadas através dos representantes eleitos, sendo necessária, por vezes, uma atuação judicial que vá além dos meros aspectos reprodutores da lei e encontrem na Constituição Federal fundamentos jurídicos válidos para defesa de direitos fundamentais, ainda que esse movimento implique ser uma atuação contramajoritária.

Como destaquei mais acima, é necessário ter em conta que o fenômeno da margem nacional de apreciação é recorrente nos julgados das cortes regionais de direitos humanos, em atenção maior aos casos submetidos a julgamento na Corte Europeia de Direitos Humanos, que acolhe o citado princípio há muitos anos e em uma quantidade expressiva de oportunidades.

No âmbito da Corte Interamericana, por sua vez, o princípio tem guarida mais tímida, não havendo um número significativo de julgamentos nos quais o órgão regional tenha se manifestado de maneira contundente à aplicação do multicitado fenômeno, o que pode denotar ainda traços de cautela frente a países americanos, sobretudo os latinos, que passaram por movimentos autoritários em suas democracias não há muito tempo.

Apesar de ser possível se falar na aplicação do citado princípio, seja no âmbito regional europeu ou no âmbito regional americano, a margem local para deliberação de casos à luz da perspectiva de defesa de direitos humanos reconhece vários limites, sem os quais não seria possível falar em afirmação de direitos fundamentais do homem reconhecidos por uma ordem internacional.

A aplicação desses limites, o respeito pelas cortes locais a eles e a interação frequente de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca dos direitos humanos entre cortes

¹⁸⁹ KERSCH, Ken I. The new legal transnationalism, the globalized judiciary, and the rule of law. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 4, p. 345-387, 2005, p. 346. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol4/iss2/6 Acesso em: 25 mai. 2021.

regionais e cortes locais fortalecem a afirmação de defesa dos cidadãos e auxiliam na construção de um espaço de atuação local antenado àquilo que vem decidindo as cortes de direitos humanos, sem perder de vista, de maneira absoluta, critérios, características e costumes de cada sociedade tomada como única em um contexto maior e globalizante.

3.1.2.4. Transconstitucionalismo

Outro importante referencial que debate a discussão acerca dos diálogos entre ordens jurídicas e normativas e os órgãos que lhes compõem é o transconstitucionalismo, desenvolvido pelo professor da Universidade de Brasília, Marcelo Neves, que trata do conceito em diversas passagens, artigos especializados e livro específico sobre o tema.

Sob o viés transconstitucional Neves procura esclarecer uma comunicação entre ordens e padrões do direito que possam estar além da norma constitucional ou do direito positivo, compreendendo o fenômeno da interação entre padrões jurídicos além das próprias ordens jurídicas normativas. Essa comunicação, vai frisar o autor, não perpassa necessariamente pela via do diálogo, mas também é possível de ser caracterizada a partir do dissenso.

Nesse sentido, Marcelo Neves vai defender a existência de comunicações transversais entre os agentes do direito. Para isso ele compreende o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas como perspectiva que não se reduz ao “diálogo” entre cortes e ordenamentos jurídicos, pois, em primeiro lugar, muitas vezes, a conquista de direitos no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações seriamente conflituosas entre cortes constitucionais, e, além disso, em segundo lugar, os problemas transconstitucionais surgem e são enfrentados diversas vezes fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico de outros poderes, como o executivo e o legislativo, assim como no campo dos órgãos internacionais e supranacionais, ‘dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas “tribais”’.¹⁹⁰

Neves estuda o tema justamente, mas não somente, pela ótica da relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as cortes constitucionais do sistema interamericano. O caso emblemático, referido por Neves e muito discutido na doutrina brasileira, foi o julgamento dos recursos extraordinários n. 466.343/SP e 349.703/RS e do

¹⁹⁰ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, Número 201, jan./mar., p. 193-214, 2014, p. 194.

habeas corpus HC 87.585/TO pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu, em 3 de dezembro de 2008, por maioria de votos, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais estabelecidos para a aprovação de uma emenda constitucional, têm hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, isto é, acima (no sentido kelseniano de pirâmide e organização das normas do direito posto) das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal.

Outro relevante exemplo trazido pelo professor da UnB é aquele que envolve os direitos eleitorais dos indígenas na Nicarágua. Neves sintetiza o caso da seguinte forma:

Do lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe destacar o importante julgamento do caso *Yatama vs. Nicarágua*, referente à participação democrática de membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, que foram proibidos de candidatar-se à eleição municipal de 5 de novembro de 2000, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua (...). A CorteIDH não só condenou o Estado da Nicarágua a indenizações por danos materiais e imateriais, como também determinou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral.¹⁹¹

Nesse caso, Marcelo Neves entende que a ampliação de direitos fundamentais encontrou guarida em norma da ordem internacional trazida à baila para dirimir o conflito instalado, no qual a própria compreensão do direito interno de cidadania ficou vinculada a regulações de direito internacional, passando a depender da interpretação de um tribunal igualmente internacional.

Em artigo denominado “(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões”, Neves afirma que cada vez mais os problemas e os desafios de direitos humanos e de controle e limitação do poder estatal tornam-se concomitantemente importantes e emblemáticos para mais de uma ordem jurídica, que muitas vezes são ordens não estatais, chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução.¹⁹²

Indo além do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Neves também analisa a questão do direito regional europeu visto pelo ângulo transconstitucionalista.

Analisando o caso *Matthews v. the United Kingdom*, decidido em fevereiro de 1999, o professor vai afirmar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos enfrentou o problema relativo à exclusão de eleitores de Gibraltar, através de normas e regulamentos estabelecidos para a eleição do Parlamento Europeu, decidindo estender a esses eleitores o direito ao voto para aquela eleição, fixando que o âmbito de incidência das normas eleitorais da Convenção

¹⁹¹ Ibidem, p. 196.

¹⁹² NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014, p. 206. Disponível em: [//www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf). Acesso em: 06 jun. 2019.

Europeia de Direitos Humanos, que fixam o dever de os estados europeus manterem eleições livres e secretas para seus respectivos parlamentos, não se restringe aos parlamentos nacionais, mas também ao próprio Parlamento Europeu.¹⁹³

Desse modo, vê-se que a doutrina do transconstitucionalismo percebe que a resolução de conflitos jurídicos colocados ao crivo dos órgãos judiciais muitas vezes necessita de fundamentos e padrões normativos que vão além da norma de direito positivo de determinado estado constitucional, sendo necessário, por vezes, trazer à solução do caso conceitos, padrões e normas do direito internacional ou de ordens costumeiras nativas, ainda que essas possam estar em conflito direto com o direito positivado.

Entretanto, a crítica ao transconstitucionalismo feita por Octaviano Arruda é grave e merece atenção, posto que o referido autor denomina de “desfundamentação” o pensamento de deslegitimar a perspectiva transconstitucional, o que decorreria justamente do momento da criação e da fundamentação da teoria transconstitucional, posto que essa se utilizaria, nesse momento de gênese, do uso da força legítima do argumento para conceituação de justiça, ocultando a sua não justificação. Ou seja, para o autor, o transconstitucionalismo usa de uma violência não justificada para propagar a sua própria existência.¹⁹⁴

A crítica à teoria de Marcelo Neves é importante e não pode ser desconhecida, contudo a mesma é prospectada a partir de uma concepção filosófica e sociológica do direito, a partir do pensamento de Derrida, sendo que a mesma não parece ter o condão de infirmar a utilidade do referencial teórico e prático da doutrina transconstitucional, especialmente no trabalho que aqui vem sendo desenvolvido, posto que o argumento de que a perspectiva citada busca se legitimar através do uso da sua força não tem cabimento no espaço dessa tese e não invalida os aspectos da teoria construída por Neves.

Quando se passa a analisar a questão do ECI brasileiro com base na perspectiva do transconstitucionalismo é possível afirmar que o STF, utilizando-se de pontes de transição, ultrapassou as fronteiras do Estado nacional para se aproximar da ordem jurídica colombiana, baseada esta, por sua vez, no código binário do Direito, expresso pelo binômio lícito e ilícito, de modo a invocar precedente jurisprudencial estrangeiro.

Daí, como asseveram Lopes e Freire, o STF, objetivando o “aprendizado recíproco e intercâmbio criativo”, considerou a “racionalidade transversal” entre as duas ordens jurídicas citadas que, em tese, pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial para desenvolver uma aproximação sobre os problemas constitucionais de natureza similar que

¹⁹³ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 230.

¹⁹⁴ ARRUDA, Octaviano Padovese. Da razão do transconstitucionalismo à desfundamentação do transconstitucionalismo: a violência de um novo paradigma. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, p. 213-239, jan./jul., 2012, p. 217.

emergiram “fragmentariamente” em ambos os países, denotando a perspectiva transconstitucional, vez que o debate envolve direitos humanos e preceitos fundamentais cuja efetividade e garantia dependem de soluções fundadas no “entrelaçamento” de pluralidades de diferentes ordens jurídicas.¹⁹⁵

Desse modo, fica patente que o reconhecimento da tese do ECI pelo STF demonstra, sobretudo, a similitude entre os problemas brasileiros e colombianos, de natureza eminentemente constitucional, caracterizado pela massiva vulnerabilidade quanto à grave violação de direitos humanos constatados nos sistemas carcerários de ambos os países, os quais, pelas suas dimensões, transcendem o âmbito interno.

Entretanto, o estudo transconstitucionalista do ECI brasileiro pode ir além da análise comparativa com a Colômbia e seu sistema carcerário, pois a própria Suprema Corte dos Estados Unidos chegou a utilizar remédios estruturais (*structural remedies*) para resolver problemas sistêmicos de violação massiva de direitos humanos, antes das decisões da corte colombiana, que foram reconhecidamente inspiradas na jurisprudência norte-americana.¹⁹⁶

Sobre o assunto, cito Cursino:

O cuidado que o STF deve ter, assim como qualquer outra corte constitucional aberta ao transconstitucionalismo, é o de não praticar o transplante imediato e acrítico do direito estrangeiro, postura negligenciadora dos processos internos de autovalidação da sua ordem jurídica, o que ignoraria a proposta de transversalidade reflexiva entre os múltiplos sistemas e resultaria num indesejado modelo de colonialismo constitucional.¹⁹⁷

Assim, é de fácil compreensão a ideia de que o fenômeno transconstitucional pode ser identificado no Brasil inclusive quando do julgamento MC-ADF 347, porém esse recebimento de uma tese externa, além de caracterizar o transconstitucionalismo em uma visão mais prática, não pode ser realizado sem uma dose crítica e que não tenha sido submetido a algum método de confirmação e validação.

Após ser possível traçar direções mais específicas sobre o transconstitucionalismo, será preciso abordar justamente as teses impeditivas de acesso à citada teoria e à sua implementação direta e fática, bem como merece preocupação o grau de confirmação de teses internacionais de direitos humanos com as decisões judiciais nacionais, sabendo que estas e os juízes que lhe editam não precisam, e na verdade não devem, encontrar-se em uma ilha

¹⁹⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. op. cit., p. 288.

¹⁹⁶ CURSINO, Bruno Barca. O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. **Boletim Científico** ESMPTU, Brasília, ano 16, n. 50, p. 89-121, jul./dez., 2017, p. 97-98.

¹⁹⁷ Idem. Ibidem.

incomunicável, onde as teses de doutrina e de jurisprudência estariam impedidas de interagirem.

Essa confirmação de teses estrangeiras ou nativas passa pela necessária e complexa discussão acerca dos diálogos e, principalmente, da ausência deste, como pode ser o caso das teses sobre supremacia, seja ela judicial, ou seja, legislativa. É o que desenvolverei a partir de então.

3.2. Diálogos dentro de uma mesma ordem jurídica interna

O tema da organização do Estado e a distribuição das suas funções entre órgãos, que comumente são chamados de poderes instituídos, é antigo e aparece com bastante frequência nas discussões jurídicas e políticas da atualidade, em razão, sobretudo, das tensões por espaços de atuação e conflitos de decisões entre órgãos de esferas e poderes distintos, sendo que, em tese, os lados opostos nessas disputas consideram agir baseados na legislação e na Constituição, sendo que no Brasil essas tensões parecem estar presentes e por vezes retoma os holofotes dos pensadores.

Vale frisar também que concepção clássica de Montesquieu recebe muitas críticas justamente em razão dos avanços ocasionados pela atuação dos órgãos públicos independentes sobre a esfera de atribuição e de competência de órgãos pertencentes a uma esfera de poder distinta.

Nesse sentido, Bruce Ackerman, em ensaio denominado “Adeus, Montesquieu”, busca propor novas concepções e nuances na divisão clássica de poderes e funções, considerando as novas formas institucionais que vão além da rotulação de legislativa, judicial ou executiva. Sugere Ackerman a análise diagnóstica sobre a posição de determinado órgão ou entidade em uma nova roupagem na visão da separação de poderes, elencando como objetos dessa análise a identificação de um valor governamental fundamental, a necessidade de entendimento de o porquê esse valor demanda a proteção especial da constituição em favor daquele órgão ou entidade, a técnica de isolamento institucional e, por fim, a análise empírica comparada daquele centro de atribuições.¹⁹⁸

As concepções mais modernas do direito constitucional ocidental têm verificado um aporte maior de influência de órgãos do Poder Judiciário sobre as decisões que envolvem políticas públicas e direitos fundamentais, muitas vezes transportadas para a visão do controle

¹⁹⁸ ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. **Comparative Administrative Law**, p. 128-133, 2010, p. 129.

dos atos das demais esferas de poder pelos órgãos julgadores, naquilo que se pode chamar de *judicial review*, a que Ginsburg e Versteeg também chamam de *constitutional review*, entendida como a capacidade de os juízes supervisionarem a constituição, ou “*the formal power of a local court or court-like body to set aside or strike legislation for incompatibility with the national constitution*”, fenômeno que se espalhou pelo mundo nas últimas décadas.¹⁹⁹

Para os autores, a difusão da citada técnica pelo mundo ocorreu de maneira significativa nas últimas décadas e a literatura sobre o tema tem apresentado diversas teorias para justificar e compreender o avanço do fenômeno, sendo que, para Ginsburg e Versteeg, as teorias que justificam a adoção do *constitutional review* podem ser agrupadas em teorias ideativas, teorias de coordenação e compromisso, teorias do mercado eleitoral e teorias de difusão.²⁰⁰

Nesse sentido, o presente trabalho dedica as próximas passagens a entender e refletir sobre as tensões geradas dentro de um mesmo ordenamento jurídico-político na atuação de órgãos independentes distintos, que normalmente pertencem a esferas de poder distintas, e disputam entre si o protagonismo na prevalência da fixação de teses, definição de normas e direcionamento da atuação das esferas públicas e privadas, especialmente quando se analisa o problema sob o prisma de identificar quem tem a última palavra sobre a Constituição.

3.2.1. *Supremacia parlamentar*

Inicialmente é preciso destacar que a noção de supremacia parlamentar, como tese política potencialmente oposta, ou potencialmente complementar, a depender da leitura que se faz, à noção de supremacia judicial não se confunde com a noção de soberania parlamentar, conceito esse mais voltado aos primados e estudos sobre as formas de governo de determinado povo e território frente a determinada comunidade global, lembrando que a Grã-Bretanha costuma ser um exemplo comum para a compreensão de uma forma de governo baseado na soberania parlamentar, como destaca Voigt.²⁰¹

É possível outrossim verificar em doutrina o entendimento de que no seio do parlamentarismo britânico o Poder Legislativo, através da sua câmara alta, goza de

¹⁹⁹ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? *Journal of Law, Economics & Organization*, n. 30, 2014, p. 04. pdf.

²⁰⁰ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. op. cit., p. 07.

²⁰¹ VOIGT, Rudiger. Quem é o soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o Estado. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 46, p. 105-113, jun., 2013, p. 108.

considerável grau de supremacia sobre o Poder Judiciário, havendo certa flexibilidade das normas constitucionais britânicas com o intuito de assegurar que a formação do Parlamento em determinado momento não vincule as formações seguintes da mesma casa, em forma ou substância, mas em face dessa mesma supremacia não seria válido a nenhum juiz ou tribunal questionar a validade de uma lei parlamentar formal e materialmente válida.²⁰²

Chehab aduz sobre o assunto:

A principal vantagem do sistema britânico é superar o abismo entre representação popular e jurisdição constitucional. Ele apresenta uma singular forma de conciliar Democracia participativa com Direitos Fundamentais, preservando a supremacia legislativa, mas permitindo uma atuação dos Tribunais. A experiência britânica afasta a ideia de que é inconciliável a proteção de direitos fundamentais com a soberania parlamentar.²⁰³

O modelo tradicionalmente oposto ao constitucionalismo britânico, baseado na ideia de supremacia parlamentar, é o *judicial review* norte-americano, que costuma afastar daquela ideia vinculada à maior relevância da atuação das casas legislativas a efetiva proteção de direitos fundamentais, determinando, ainda que implicitamente, ao operador jurídico que opte, de maneira alternativa e excludente, por um (supremacia judicial) ou outro (supremacia parlamentar) em determinado instante histórico.

É por essa razão que Gardbaum vai afirmar que essa escolha dicotômica entre opções aparentemente opostas apresenta um custo elevado em razão de os problemas teóricos e práticos associados a uma ou outra opção serem relevantes, sendo o principal problema com a supremacia legislativa, em resumo, a questão do potencial majoritarismo legalmente ilimitado, acarretando em quase nenhuma garantia jurídica e formal em favor de direitos fundamentais em face de atos e medidas devidamente aprovadas pelo parlamento, aponta o autor referido.²⁰⁴

Ainda para Gardbaum, ao se enfrentar o problema das dificuldades da atuação legislativa, ainda que amparada no primado da representatividade popular, e o problema da criação de um diálogo interinstitucional entre tribunais e parlamento, o método mais eficaz para possibilitar a supremacia parlamentar exigiria o aumento dos custos políticos em razão da violação de direitos fundamentais, de modo a exigir a análise direta e deliberada da questão

202 CHEHAB, Gustavo Carvalho. O casamento da supremacia legislativa com a Jurisdição Constitucional: lições da Grã-Bretanha para o Brasil. **A&C Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 47, a. 12, p. 209-232, jan./mar. 2012, p. 218.

203 CHEHAB, Gustavo Carvalho. op. cit., p. 227.

204 GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 21, ano 15, p. 220-273, jul./dez/, 2017, p. 241. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1836> Acesso em: 21 mai. 2021.

de princípio subjacente ao parlamento quando este assim agir, mas não a tal ponto de tornar-se esse poder de última palavra um ato impraticável.²⁰⁵

Percebe-se, desse modo, que o modelo jurídico-político alicerçado na supremacia do parlamento apresenta-se com características próprias e bem peculiares, sendo lugar-comum na doutrina assegurar o sistema do Reino Unido como exemplo mais atual dessa forma de arranjo institucional.

Segundo Leon Barbosa, o modelo parlamentarista britânico, baseado na supremacia do Parlamento, 1) não reconhece a superioridade de nenhuma lei que possa eventualmente ser conflituosa com a lei criada pelo Parlamento; 2) não autoriza ao Poder Judiciário declarar a invalidade de uma lei parlamentar devidamente elaborada, e, uma vez instado sobre tal matéria, o juiz deverá indicar que cabe àquela casa legislativa deliberar sobre o tema; e 3) não autoriza que tribunais locais julguem a adequação de leis domésticas em relação ao direito internacional, cabendo ao Ministério das Relações Exteriores tal desiderato jurídico.²⁰⁶

Como visto, o objeto dos comentários do presente tópico recai sobre a ideia construída acerca do conceito de supremacia parlamentar, que pode ser resumidamente entendido como a perspectiva segundo a qual a decisão da casa legislativa na edição de atos normativos, primários ou secundários, tem impacto forte e traduz a representatividade popular, consubstanciada muitas vezes através do sistema de sufrágio eleitoral, e por essa razão tem especial importância na aplicação nos sistemas do direito e da política, a ponto de receber alguma dose de prevalência perante, por exemplo, uma decisão judicial.

O formato ocidental de modernidade constitucional identifica uma tensão entre essa perspectiva de supremacia parlamentar frente à lógica da faceta mais conhecida da supremacia judicial, o *judicial review*, e a forma pela qual este se manifesta de maneira a se contrapor à determinação do Poder Legislativo, fato que ocorre normalmente através do controle de constitucionalidade das normas, exercido pelos tribunais e pelos juízes sobre as leis, especialmente quando o tema se volta à discussão acerca de quem tem a palavra final sobre o texto constitucional.

Waldron, um dos principais críticos da supremacia judicial da atualidade, alerta que o *judicial review* tem a falha de desfocar os cidadãos durante as discussões políticas fundamentais, distraíndo-os com debates secundários sobre precedentes judiciais, textos e interpretações jurídicas, além de, segue o autor, tratar-se de uma opção politicamente ilegítima,

²⁰⁵ GARDBAUM, Stephen. op. cit., p. 255.

²⁰⁶ BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. O Supremo Tribunal Federal como policy-maker: entre a soberania do parlamento e a supremacia da constituição. **Conexão Política**, Teresina, v. 4, n. 1, p. 65-79, jan./jun., 2015, p. 71.

pois ao preferir a decisão judicial adotada por alguns juízes não eleitos à decisão da atividade legiferante, o *judicial review* priva os cidadãos de seus direitos mais básicos e rejeita os princípios da representação e da igualdade política.²⁰⁷

Percebe-se daí que as críticas à supremacia judicial, bem como ao ativismo judicial e ao *judicial review*, conseqüências lógicas daquela, ecoam em elevado tom na contemporaneidade, permitindo ao analista indagar se a melhor interpretação do texto constitucional deve ficar sempre a cargo das decisões judiciais, ou, o que é mais interessante nesse trabalho, se essa missão deve ser exclusiva desta ou daquela instituição que possa estar inserida dentro do arranjo constitucional do Estado, sendo essa discussão tema que tem recebido relevância tamanha no mundo jurídico e político da atualidade ocidental.²⁰⁸

A supramencionada tensão pode ser demonstrada em diversos momentos da atividade judicial e política brasileiras e, como dito, com ainda mais frequência ela é revelada nas sentenças de controle de constitucionalidade e de ações processuais referentes à promoção de políticas públicas, quando então o Poder Judiciário põe em voga sua interpretação, e às vezes criação, das normas jurídicas em detrimento das atividades do Parlamento e da Administração Pública.

Outro ponto que pode servir ao entendimento da referida tensão surge da análise e compreensão das próprias limitações da atividade do legislativo, que nem sempre atua de maneira ágil em resposta às modificações da realidade social, traduzindo essas alterações sociais e suas regulamentações através de atos normativos válidos e vigentes, como exemplo tenham-se em mente os casos das audiências de custódia no Brasil, previstas nos tratados e convenções internacionais há bastante tempo, inclusive reconhecidos pelo Estado brasileiro, mas que só apenas recentemente tiveram sua regulamentação apresentada e formalizada pelo Congresso Nacional.

Outro caso que denota esse mecanismo por vezes falho da atuação parlamentar demorada e lenta pode ser encontrado na edição de ato normativo para penalizar os atos revestidos de preconceito em razão da identidade de gênero, sendo necessário, com todas as ressalvas que se pode fazer, sobretudo tendo em vista o princípio da reserva legal em matéria de direito penal, que o STF viesse a atuar para criar a interpretação jurídica de que os atos de homofobia se enquadrariam na lei que define os crimes de racismo.

²⁰⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406, 2006, p. 1353.

²⁰⁸ FONSECA, Cláudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, n. 15, p. 35-57, 2013, p. 54.

Inobstante as críticas apresentadas sobre as atividades primordiais do Parlamento, no esquema clássico de divisão das funções estatais entre poderes distintos, ou, em melhor escrita, entre órgãos distintos, pouco espaço há para uma atuação ativista do Poder Judiciário, podendo-se mesmo falar que haveria uma reduzida esfera criativa franqueada ao órgão julgador no desempenho de suas atividades funcionais, “do que resulta a máxima repetida em doutrina de que, em sede de controle de constitucionalidade, o magistrado atuaria exclusivamente como ‘legislador negativo’”, não lhe sendo cabível em sede de jurisdição constitucional editar normas distintas daquelas apresentadas pelo legislador (legislador positivo), limitando-se a, no máximo, declarar as normas já editadas pela atividade legiferante como nulas (legislador negativo).²⁰⁹

Desse cenário ficou conhecida a figura do Estado de Direito, também chamado de Estado de Direito Legislativo, muito característico dos séculos XVIII e XIX, onde a supremacia do parlamento e o princípio da legalidade foram identificados como baluartes maiores da ordem jurídica e dos direitos fundamentais, principalmente os de primeira dimensão, acoplados à necessária atuação de contenção de abuso de poder pelo monarca ou chefe do Estado, que seriam as suas principais razões de existir.

Ocorre que a dinâmica social, especialmente a que se mostrou vigente no período do pós-guerra, exigiu dos estados ocidentais uma reformulação de perspectiva de organização e atendimento a demandas sociais e coletivas que até então não recebiam a atenção merecida pelo poder público estatal, ainda que se pudesse falar em experiências mais voltadas ao Estado de Bem Estar Social, tal qual a experiência de Weimar da segunda década do século XX, passando os estudiosos da política e do direito a olharem com mais atenção à necessidade de uma referência à supremacia da constituição, alicerçada na proteção e efetivação de direitos fundamentais, agora com destaque para aqueles ditos de segunda e terceira dimensões.

Nessa esteira de pensamento, Oliveira identifica a ocorrência de uma crise contemporânea do parlamento, que recebeu como possível solução a paulatina transferência de poder político, anteriormente distribuído apenas para instituições representativas e majoritárias, para os órgãos jurisdicionais, mormente aqueles que detinham em suas atribuições e competências o exercício da jurisdição constitucional, tomados pelo autor como “corpos cruciais de produção de decisões políticas fundamentais.”²¹⁰

²⁰⁹ OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; e TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 367. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=114315> Acesso em: 21 mai. 2021.

²¹⁰ OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. op. cit., p. 372.

De maneira resumida, constata-se que o sistema da supremacia parlamentar, tomado em graus maiores ou menores de escalas, atua através de limitadores à atividade do jurista, não acarretando necessariamente a eliminação ou redução do Poder Judiciário, mas defendendo a ideia de neutralização moderada deste último como órgão julgador final do sentido e validade da constituição e das leis, de modo que caberia preponderantemente ao Legislativo a determinação e a interferência no teor da norma de direito positiva.

À consequência exagerada dessa atuação judicial como resposta à crise contemporânea do parlamento, Oscar Vilhena deu o nome de supremocracia, movimento no qual o autor acende a discussão acerca do protagonismo exacerbado dos órgãos do Poder Judiciário do Brasil, especialmente o STF, em detrimento dos demais poderes, aduzindo que uma das vertentes doutrinárias que justificam o aparecimento desse movimento identifica essa ampliação da relevância do direito e dos tribunais como decorrência da “retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.”²¹¹

Esse possível e potencial protagonismo judicial também se justificaria, segue Vilhena, a partir do deslocamento da autoridade do sistema representativo para os juízes e tribunais em função do avanço das constituições rígidas, nas quais o processo de alteração do texto e do sentido constitucional exige um mecanismo mais solene e formal do que aquele previsto para as leis ordinárias, que se torna mais agudo à medida que as constituições se tornam mais ambiciosas no sentido de definir de maneira mais ampla possível catálogo de direitos fundamentais de todas as gerações, além de prever mecanismos de intervenção do Estado, regulação da atividade econômica, organização do estado etc., no conceito mais conhecido de constituições analíticas.²¹²

Depreende-se dessa análise acima destacada feita pelo autor que o papel do Poder Judiciário na realidade brasileira das últimas décadas, mormente no movimento democrático surgido após 1988, vem ganhando cada vez maiores proporções, a ponto de a matéria se tornar pulsante e polêmica nos ensaios técnicos e na vida prática e cotidiana da realidade política, jurídica e social.

Sobre esse protagonismo da função judicial sobre os demais poderes instituídos, bem como as suas consequências jurídicas e políticas, dedicam-se as próximas linhas do presente trabalho.

²¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008, p. 443. pdf.

²¹² VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit., p. 443.

3.2.2. *Supremacia judicial e ativismo judicial: conceitos e discussões*

Não se é desconhecida a perspectiva sobre o tamanho da importância que o Poder Judiciário brasileiro vem ganhando no cenário nacional nos últimos anos mediante decisões de caráter político, econômico, cultural, religioso etc., que vão além das discussões jurídicas, legais ou constitucionais, com amplo espectro de efeitos e consequências, assumindo, mormente pela atuação do STF, representante maior daquele poder, uma postura expansiva da interpretação da Constituição Federal, movimento que, por outro lado, leva a jurisdição constitucional a sofrer inúmeras críticas em razão de possíveis avanços e intrusões da função jurisdicional sobre a atuação dos demais poderes constituídos.

Não são raros os casos de decisões judiciais que abordam termos e proferem ordens e atos, administrativos ou normativos, ou até mesmo de outra natureza, direcionados a entes públicos ou órgãos estranhos àqueles que compõem a organização institucional com função jurisdicional, com o fulcro de assegurar a efetivação de direitos fundamentais que, por razões identificadas na decisão judicial, precisaria de algum tipo de salvaguarda ou confirmação em determinado caso concreto.

Por vezes a decisão judicial inserida nesse movimento expansivo, por muitos denominado ativismo judicial, leva em consideração o papel contramajoritário que o judiciário detém no cenário de um Estado Democrático de Direito, estabelecendo parâmetros ou diretrizes que normalmente deveriam ser estabelecidos pelo Executivo ou Legislativo, bem como leva igualmente em consideração uma possível crise de confiança e de representatividade popular na atividade dos representantes desses últimos dois citados poderes.

Ao revés, a atuação judicial ativista também sofre críticas e objeções frente a seu possível protagonismo social, muitas vezes não tão desejado, sobretudo em razão da falta de legitimidade democrática dos juízes e da possível politização das decisões judiciais, e, ainda, da limitada capacidade institucional do Poder Judiciário.

Essas críticas à atuação judicial tida por ativista podem ser resumidas, de maneira bem simples, em: crítica institucional, onde se pode destacar autores como Cass Sunstein e Adrian Vermule em conhecido trabalho denominado *Interpretation and Institutions*; crítica democrática, como destaque ao trabalho de Alexander Bickel, na obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, publicada em 1962, bem como o neozelandês Jeremy Waldron, na obra, entre outras, *Law and disagreement*; e, por fim, a crítica liberal.

Nessa toada é imperioso também ressaltar, a fim de apontar para alguns dos possíveis parâmetros de atuação do Poder Judiciário no Brasil frente a casos de políticas públicas, a visão de José Reinaldo de Lima Lopes, em texto clássico publicado na década de oitenta do século XX, ao definir os tipos de limites àquele poder na atuação de casos dessa natureza, texto no qual destaca o autor os limites de natureza institucional, tais como a coisa julgada, o princípio da inércia da jurisdição, as dificuldades de ouvir, especialmente em primeiro grau de jurisdição, todos interessados na definição da causa, e os limites de natureza política, econômica, social e ideológica, como a falta de representação política adequada aos poderes constituídos, e não apenas ao judiciário, ou como a repercussão política negativa de intervenções do Poder Público em matérias sensíveis à sociedade em determinado contexto fático.²¹³

Não parece a manifestação do autor querer desmerecer a importância da atuação do Poder Judiciário na realidade da sociedade contemporânea, sobretudo quando se buscam naquele poder a configuração e a atuação como mecanismo de transformação dessa mesma realidade, quando, de fato, os juízes e tribunais do país tem o dever de zelar não apenas pela aplicação da lei positiva, mas também precisam ter suas atividades baseadas na busca pela efetivação de princípios constitucionais, especialmente aqueles que tratam do bem-estar do indivíduo e permitem o gozo amplo da mais singela noção individual de cidadania.

Por essa razão, em matéria de políticas públicas e como essas podem transformar a realidade, mormente naqueles pontos em que a sociedade se vê com maiores deficiências, como é o caso da necessidade de manutenção de um sistema prisional digno no país, cabe ao judiciário servir como canal de trânsito de reivindicações individuais e coletivas, sobretudo as de natureza pública, especialmente quando essas demandas de interesses resistidos, formadoras de uma lide, disserem respeito à litigância contra o próprio Estado.

Para Brandão, quando da análise das teorias que justificam essa expansão na atuação do Poder Judiciário frente aos demais poderes, pesam, normalmente, as teorias conceitualistas, que costumam defender a hipótese de que a citada expansão decorre da positivação de direitos fundamentais nas constituições, e as teorias funcionalistas, que pregam a existência de um problema estrutural no ordenamento jurídico tal qual a própria ideia de haver um sistema político fortemente descentralizado no qual seria imprescindível a noção de freios e contrapesos entre os poderes constituídos.²¹⁴

213 LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 122, p. 255-265, mai./jul., 1994, p. 259. pdf.

214 BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 263, p. 251-290, 2013, p. 182-183.

Como alertam Araújo, Barbosa e Marques, é imprescindível nesse cenário ter-se em mente que o suposto protagonismo do Judiciário, em oposição à inércia que dele normalmente se espera, é revelado de acordo com o sistema constitucional latente, apresentando uma correlação direta com o papel atribuído à jurisdição constitucional na arquitetura institucional dos poderes de Estado, bem como com o contexto sociopolítico, econômico e cultural em que se insere.²¹⁵

No caso do Brasil, por exemplo, boa parte das condições sociais, jurídicas, econômicas e culturais que facilitaram a judicialização da política e o desenvolvimento do ativismo judicial pode ser encontrada sobretudo a partir da reabertura democrática do país, em meados da década de oitenta, período após anos de autoritarismo, onde ficou-se caracterizada a vivência social sem a existência de sufrágio e indicação popular para escolha de governantes, tempos também marcados até mesmo por situações extremas tais como fechamento de casas legislativas, ataques ao funcionamento de tribunais superiores e perseguições a adversários políticos e ideológicos.

A própria constituinte de 1988 com seu o ferramental de normas abertas e a inserção de princípios no texto constitucional permitiu semear as bases iniciais para compreender e responder à necessidade primordial institucional de repensar a dogmática jurídica da época, permitindo ao Poder Judiciário exercer um papel transformador da realidade social e conformador da vida pública, simultaneamente, não apenas alicerçado com os padrões da lei, mas também com os princípios constitucionais e com os direitos fundamentais, direitos humanos e com as garantias individuais de cidadania.

Por essa motivação, dentre outras, é que os argumentos de uma possível ausência de legitimidade democrática e o fundamento de suposta falta de representatividade popular das figuras do juiz ou dos tribunais frente ao cenário de conformidade e de execução de políticas públicas, como consequência de uma atuação ativista, merecem ser analisados com ressalvas, posto que a representação do juiz também se escora nos fundamentos de sua decisão quando leva em consideração princípios constitucionais que muitas vezes podem estar sendo descumpridos em determinada situação, sendo que esses princípios foram estatuídos por uma ferramenta política legítima de representatividade adequada, no caso a assembleia constituinte, que resultou na própria Constituição Federal, maior baluarte da democracia brasileira.

Logo, esses mesmos princípios constitucionais e a necessidade de sua observância pelo Estado e também pelos particulares em sociedade configuram-se como elementos aptos a

215 ARAÚJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de; BARBOSA, Claudia Maria; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Desenho institucional e judicialização da política nas cortes constitucionais brasileira e colombiana: uma análise comparada. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 4, n. 1, p. 247-277, 2018, p. 249.

justificar determinada atuação do Poder Judiciário, quando, em verdade, a própria Carta Magna prevê a possibilidade de exercício de controle jurisdicional dos atos do Poder Público, inclusive dos demais poderes constituídos e de outros órgãos que aparelham o funcionamento da atividade estatal.

Nessa toada, mister indicar o mecanismo do controle de constitucionalidade, por exemplo, nas suas mais diversas formas, concentrado, difuso, abstrato etc., como uma das ferramentas propulsoras dessa tendência ativista, identificada sobretudo em tribunais constitucionais mais recentes ou que, embora sejam mais antigos, passam a exercer com maior intensidade o citado controle sobre normas e atos do Poder Público em cotejo com as determinações da constituição.

Alguns fatores podem ter contribuído para, no caso brasileiro, o surgimento e o desenvolvimento de uma possível supremacia judicial, especialmente em razão do controle de constitucionalidade, considerando a atuação do STF nos últimos tempos, por exemplo. Aqui pode-se destacar, por exemplo, a facilitação do acesso à corte, consubstanciado, por exemplo, no aumento do número de legitimados para a propositura das ações constitucionais de controle, tais como ADI, ADC etc., como um dos prováveis caminhos que permitiram o florescimento do ativismo judicial, além da utilização da reclamação constitucional para os tribunais superiores.

Segundo Estefânia Barboza e Katya Kozicki, essa suposta tendência institucional e prática de transferência de decisão política do Parlamento para o Judiciário decorre em virtude do fenômeno conhecido por judicialização da política, sendo que a teoria da autorrestrição judicial, como seu contraponto necessário e indispensável, não se sustentaria mais, no contexto da Constituição Federal de 1988, onde o princípio da separação dos poderes não significa simplesmente uma separação rígida entre eles, mas sim um sistema de controle recíproco e funcional.²¹⁶

A afirmação das autoras apontando a não sustentação atual da autocontenção do Poder Judiciário não parece estar livre de críticas, posto que não se desconhecem decisões judiciais que extrapolam os limites do jurídico, do razoável e do exequível e deflagram determinações muito difíceis, quiçá impossíveis, de serem cumpridas na prática, razão pela qual a autocontenção pode se configurar muitas vezes como a decisão mais adequada e acertada para determinado caso concreto, abrindo espaço para alguma deferência da atuação judicial em favor da atuação administrativa ou legislativa, a depender do caso concreto.

²¹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, June, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 mai. 2021, p. 79.

Desse modo, colocando em pesos distintos o fenômeno ativista e a judicialização da política de um lado, tem-se como dinâmica de equilíbrio de outro lado a autorrestrição judicial, denotando uma espécie de parâmetro de funcionamento institucional adequado, permitindo afastar, de maneira apriorística, a preponderância de uma ou de outra vertente independentemente da situação fática que se coloca sobre o viés do Estado-juiz para decisão e deliberação.

Frise-se que o desenvolvimento do fenômeno do ativismo judicial e sua prima, como diz Barroso, como mais à frente irei recordar, a judicialização da política, apresentam-se através de características diversificadas no contexto de cenário global, variando de intensidade e de forma de acordo com as nuances de cada país, estado ou continente, ou até mesmo de acordo com a forma de pensar o direito, de modo que parece acertado afirmar que não existe um molde rígido de aplicação de vertentes de supremacia judicial ou de ativismo ou judicialização da política.

Pode-se afirmar que até décadas passadas próximas essa relevância das decisões judiciais e a conseqüente visão de protagonismo do judiciário era fenômeno visto com maior frequência em países de origem anglo-saxã, baseadas no sistema da *commom law*, onde boa parte das vezes os juízes são encarados como portadores de considerável poder de criação do direito através das figuras dos precedentes judiciais e como guardião de direitos fundamentais e humanos.²¹⁷

Todavia, considerando a importância que o sistema de precedentes judiciais, considerados ativistas ou não, vem recebendo nas últimas décadas no país, e não apenas na esfera judicial, tendo em vista ainda que esse reconhecimento dos precedentes toma força e forma também pelos olhos do próprio Poder Legislativo, é possível afirmar que desde a década de noventa do século passado o modelo do *civil law* brasileiro também passou a admitir e tolerar, e até em certo grau incentivar, as decisões judiciais de conteúdo mais inovador e vinculante, cujo grau de relevância ou o nível de determinação deve ser observado pelas instâncias judiciais inferiores.

Ademais, é válido aqui não olvidar a defesa que Vanice Valle faz dos critérios legítimos da decisão da Administração Pública na adoção e fundamentação dos seus atos administrativos, a exigir do Poder Judiciário algum grau de deferência com os mesmos, sobretudo quando formalizados de maneira motivada e adequada, posto que, segundo a autora, é preciso haver uma reflexão mais profunda sobre o resgate da objetividade como atributo do controle do poder exercido por algum ente estatal, embora essa mesma deferência não

²¹⁷ VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 13, n. 101, p. 445-488, out.2011/jan.2012, 2012, p. 451. pdf.

signifique mais uma vedação do controle, inclusive o judicial, sobre os atos e decisões entranhadas no mérito administrativo.²¹⁸

E entenda-se aqui deferência à decisão administrativa como o faz Scalia, comparativamente quando se fala em dar deferência às decisões legislativas do Congresso quanto à constitucionalidade de uma lei, por exemplo, significando o termo deferência a necessidade de considerar as manifestações da Administração Pública com respeito e um olhar atento, antes simplesmente de rejeitar tais atos de maneira apriorística ou na ausência de reflexão profunda sobre suas razões.²¹⁹ Ou seja, essa deferência não significa uma rejeição apriorística total da atividade do administrador, mas também não representa um aceite irrestrito e incondicional do ato administrativo formalizado, de modo que sua revisão por outros poderes ainda seja possível.

Desse modo, é deveras relevante não abandonar os critérios de razoabilidade que norteiam a decisão administrativa, especialmente no seu núcleo mais duro e intrínseco, por vezes chamado de mérito administrativo, posto que sua fundamentação, razoabilidade, legalidade e constitucionalidade muitas vezes podem se configurar em atos legítimos, ainda que tornem descontentes determinados setores ou grupos sociais, sendo que, em muitos casos, é o administrador público que detém maior proximidade com determinado problema social que reveste uma discussão levada ao Estado-juiz.

Ocorre que, quando analiso a situação com atenção ao modelo de encarceramento no Brasil perante os atos da Administração Pública necessários a superar ou mitigar a insistente violação de direitos fundamentais nas unidades prisionais do país, caso estudado nesse trabalho, torna-se imprescindível uma postura não simplesmente deferente do Poder Judiciário para com as escolhas administrativas para fazer cessar tais violações, tornando-se os juízes e tribunais os entes estatais cuja competência, ainda que baseada no espectro das capacidades institucionais, torna-se inarredável para tal desiderato.

Portanto, uma das premissas fundamentais neste trabalho é a hipótese da necessidade de atuação incisiva do Judiciário no caso do Estado de Coisas Inconstitucional, como uma das ferramentas necessárias a fim de mitigar as condições nefastas do sistema prisional nacional encontradas na realidade atual, e que se perpetuaram por longo lapso temporal desde as décadas finais do século passado.

²¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr., 2020, p. 114.

²¹⁹ SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. **Duke Law Journal**, vol. 1989, n. 3, p. 511-521, jun., 1989, p. 513-514.

Contudo, preciso destacar que essa discussão sobre os limites do ativismo e da autocontenção judicial é muito relevante e complexa, além de densa, e por essa razão a proposta aqui apresentada não busca adentrar em seus meandros mais específicos, bastando, por ora, firmar a reflexão de que a postura chamada dialógica se encontra na elaboração da tese do ECI e se encontra também no entendimento, construção e aplicação dos atos e mecanismos imprescindíveis para com ele lidar, bem como nas consequências necessárias para a sua superação como resposta à perspectiva meramente ativista, como tentarei demonstrar mais à frente.

A discussão da judicialização da política, por sua vez, como uma das faces de uma supremacia judicial, decorre de muitos anos e Ernani Carvalho traçou estudo que verifica as condições de surgimento desse movimento e identifica alguma das características necessárias para que o mesmo ocorra, entre elas destacam-se, dentre outras, a existência de um regime democrático, a concepção do princípio da separação dos poderes, o catálogo de direitos políticos dos cidadãos e dos grupos sociais e o uso dos tribunais pelos grupos de interesses, a partir da noção de que “a judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político.”²²⁰

A noção de centralidade citada pelo autor não parece muito clara no texto referido, contudo sensivelmente é possível afirmar que essa ideia não se vincula necessariamente a uma posição de política partidária ou até mesmo a posições políticas de confirmações de determinada gestão da Administração Pública ou de suas respectivas contrariedades, no jogo comum de situação de governo contra oposição.

Barroso, antes de se tornar ministro do STF, já admitia a judicialização da política e o ativismo judicial como realidades pulsantes no sistema jurídico nacional, destacando o autor que eles são espécie de “primos”, como ferramentas do Estado Democrático, sendo que aquela deriva do fenômeno da judicialização da vida, causada pelo fenômeno da redemocratização no Brasil e pela constitucionalização abrangente, que trouxeram para o texto constitucional “inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”, e também pelo modelo atual do controle de constitucionalidade brasileiro.²²¹

Vale frisar que, à época, o atual ministro do STF via o modelo da judicialização da política naquela corte como um modelo que servia bem ao país, no qual não se poderia imputar aos ministros daquele órgão supremo a ambição ou a pretensão de criar um modelo

²²⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov., 2004, p. 118.

²²¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 24.

institucional juriscêntrico, baseado na hegemonia e preponderância judiciais, permitindo ao autor afirmar que o fenômeno da judicialização não decorre de uma simples opção metodológica ou ideológica da corte, e sim da realidade com a qual aquele órgão judicial teve que se deparar nos últimos anos.²²²

Imputando ou não a intenção proposital aos órgãos do judiciário de concretizar políticas públicas ou de decidirem casos estabelecendo determinações de cunho institucional e funcional aos demais poderes constituídos, não parece acertado afirmar que o país vive ou viveu um estado de supremacia ou hegemonia judicial, embora sejam frequentes as decisões que possam expressar algum tipo de judicialização da política e até mesmo de ativismo judicial em níveis mais intensos e frequentes.

Quando falo de ativismo judicial, por sua vez, é importante poder diferenciá-lo da judicialização da política e para isso me utilizo do pensamento do supramencionado ministro do STF, posto que Barroso faz isso de maneira nítida e clara.

O autor assim se manifesta ao afirmar que, apesar de primos, os institutos não se confundem, porquanto a judicialização, no Brasil, apresenta-se como “uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, não havendo espaço para o judiciário decidir de maneira diferente, ou de simplesmente não decidir, em determinados casos em que se discutem políticas públicas e outros temas que balancem as linhas da separação dos poderes. Já o ativismo, ainda segundo o autor, está ligado a uma intervenção mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de princípios, valores e fins constitucionais, afetando a esfera de atribuição dos demais poderes constituídos, arrematando:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²²³

Vê-se com acerto as distinções trabalhadas pelo autor, de modo não apenas a permitir uma distinção mais nítida entre ativismo e judicialização da política, mas também a dar sustentação à formação metodológica que alicerça a presente tese no sentido que a decisão sobre o ECI brasileiro não apenas se insere no contexto da judicialização da política, mas suas

222 BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 25.

223 BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 25.

necessidades e vicissitudes permitem que a matéria seja também vista pelo espectro do próprio ativismo judicial, segundo o faz boa parte da doutrina citada anteriormente quando da análise do instituto de origem colombiana, embora, como proposta para superação do problema aqui apresentado, o ativismo clássico, puro, como representante primordial do entendimento de sobreposição do Judiciário aos demais poderes, não seja a melhor ferramenta teórica a ser utilizada, sendo preciso dilapidá-la em uma perspectiva mais dialógica.

Além da intervenção mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização de princípios, valores e fins constitucionais, afetando a esfera de atribuição dos demais poderes constituídos, como características do conceito de ativismo, conforme acima explanado com alicerce nas lições de Barroso, também tomo de empréstimo as definições de Azevedo Campos sobre o conceito de ativismo, como sendo o exercício expansivo, não obrigatoriamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e tribunais, em detrimento dos demais atores políticos, que deve ser analisado segundo os desenhos institucionais firmados pelas constituições e leis locais, respondendo aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e culturais, presentes em momentos históricos distintos, e, finalmente, que se manifesta por meio de diversas dimensões de práticas decisórias.²²⁴

Friso, outrossim, que o próprio fenômeno da judicialização da política, apesar de próximo, também não parece se confundir com a noção de politização da justiça, que, por sua vez, não guarda total identidade com o ativismo judicial, posto que se na concepção da “política judicializada estão em evidência modelos diferenciais de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das cortes.”²²⁵

Além das concepções acima, convém igualmente destacar as ideias de Ran Hirschl sobre divisões e classificações da própria judicialização da política, pois, segundo o autor referido é possível identificar na realidade constitucional moderna ocidental um fenômeno chamado de judicialização da megapolítica ou da política pura, distinguindo três categorias amplas de judicialização: (1) a disseminação do discurso, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos espaços de formulação de políticas públicas; (2) judicialização da formulação de políticas públicas especialmente por meio do *judicial review*, mas que também pode ocorrer mediante revisão administrativa; e (3) a judicialização da “política pura”,

224 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. op. cit., p. 220.

225 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002, p. 114.

consistente na transferência direta para os tribunais de questões de natureza nitidamente políticas.²²⁶

Essa concepção de Hirschl é bastante relevante para permitir ao leitor a compreensão da complexidade do problema da judicialização da política e todos os níveis que ela pode ocorrer no debate da jurisdição constitucional, sendo necessário manter o foco na ideia de que nos casos concretos sujeitos ao cotidiano da atividade forense não é tão fácil distinguir que tipo de categoria de judicialização está a se aplicar, sem falar que muitas vezes apresenta-se bastante dificultosa a diferenciação entre as citadas categorias e ainda é possível identificar características simultâneas de todas as classificações apontadas pelo autor em um mesmo caso concreto.

Contudo, não é objeto desse trabalho entender e esmiuçar, como dito mais acima, as origens do ativismo nem da judicialização da política, nem mesmo de defender o panorama amplo de suas aplicações práticas no desenho institucional do país, entretanto a noção de ambos institutos é relevante para o desenvolvimento do presente trabalho a fim de permitir o desencadeamento das ideias ora demonstradas, posto que para superar um sistema carcerário falido, cuja legislação já prevê uma série de direitos básicos, somente uma postura mais arrojada, baseada em uma interação dialógica entre atores constitucionais competentes, poderá oferecer soluções mais pertinentes e eficazes.

Nessa senda de ideias, em uma análise mais acurada e cronológica sobre o papel das decisões do STF em questões atinentes ao sistema carcerário, a partir de uma perspectiva macro, é possível afirmar que as decisões da corte se manifestaram em uma tendência ativista, já que, de maneira sistêmica e deliberada, as decisões atingem as esferas de atribuição dos demais poderes, inclusive em matérias específicas para as quais já existe lei específica, a exemplo da própria lei de execução penal.

Um exemplo desse tipo de atuação ativista, indo de encontro ao que estipula a lei penal e a lei de execução penal, que não permitem ao apenado a progressão por salto de regimes prisionais, entre eles o fechado, semiaberto e aberto, nem a progressão sem o cumprimento específico dos seus requisitos legais, tem-se no julgamento do RE n. 641.320/RS pelo STF, já referido em parte anterior desta tese, quando a corte suprema definiu marcos paradigmáticos, *contra legem*, a fim de impedir ao preso de cumprir pena em regime mais gravoso do que aquele a que foi submetido em sentença penal condenatória transitada

²²⁶ HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, pp. 721-754, 2006, p. 723.

em julgado, tão apenas pelo motivo de que na prática possa existir uma situação de inexistência de vagas no regime estabelecido inicialmente pela decisão.

Outra típica atuação ativista do STF em matéria prisional pode ser facilmente identificada na decisão do RE n. 592.581/RS, igualmente citado mais acima, quando a corte decidiu pela possibilidade de que a Administração Pública seja compelida pelo Poder Judiciário a realizar obras em unidades prisionais a fim de permitir melhores condições de convivência e gozo de direitos e garantias fundamentais pelas pessoas privadas de liberdade mantidas nas prisões brasileiras, uma vez que não são incomuns as situações de descaso e ausência de infraestrutura adequada nas citadas unidades, muitas vezes relegadas à situação de péssimas condições elétricas, sanitárias e assistenciais.

Assim, a decisão proferida na ADPF 347, em julgamento cautelar bem como a própria decisão final que se aguarda ser proferida no julgamento de mérito da ação são também instrumentos de uma postura judicial mais incisiva e arrojada, que vai além da autorrestrição do Judiciário, e se amolda ao quadro institucional onde aquele poder constituído precisa atuar para orientar a formação de atos administrativos ou legislativos no âmbito do sistema prisional, a fim de garantir uma situação mais próxima de respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Essa postura mais arrojada por muitos é considerada como reflexo da marca do ativismo judicial naquela corte constitucional, contudo, prefiro me utilizar do aspecto que propugna a atuação dialógica e interativa, que alguns chamam de ativismo judicial dialógico, entre o Poder Judiciário e os demais poderes constituídos com o fito de encontrar soluções efetivas para o caso vivido no sistema prisional nacional e implementar essas soluções na prática, alcançando resultados satisfatórios. Voltarei a discutir essa questão na parte final da presente tese.

3.2.3. Interação dialógica entre os poderes constituídos

Uma vez instalado o impasse entre o que deve preponderar em um sistema político-jurídico de matiz constitucional, com arranjo institucional de poderes e de órgãos públicos, todos com funções definidas e instrumentos de atuação estabelecidos, amparados, assim, na visão comum de separação de poderes, torna-se necessário trilhar um caminho que tente aproveitar o que de mais adequado se pode extrair de tal contexto com o fulcro de produzir uma alternativa pragmática e eficaz ao problema do sistema prisional nacional.

Essa saída, quase que salomônica, perpassa pela ideia de interação dialógica entre os poderes constituídos, visão a que alguns preferem chamar de ativismo dialógico, configuradora

de uma possível resposta para a tensão instalada no debate das supremacias que apresenta um mecanismo institucional onde a atuação do Poder Judiciário, embora de extrema relevância para a resolução de uma demanda concreta, não seria imprescindivelmente a última palavra sobre a situação que é posta para julgamento e análise, posto ser necessário muitas vezes pensar e ouvir as palavras e reflexões dos demais poderes constituídos e de outros agentes e atores sociais envolvidos com aquela temática.

Bruce Ackerman entende a importância desse tema e afere que muitos cientistas políticos da atualidade se preocupam na pergunta básica, porém importante: os constitucionalistas e cientistas da política devem adotar o sistema do Reino Unido a fim de concentrar a missão da interpretação final da constituição em uma única instituição parlamentar, ou seria mais acertado seguirem o modelo dos Estados Unidos e da França, separando essa atuação entre a autoridade legislativa e os seus adversários não eleitos? Para o autor, essa pergunta é bastante relevante, embora de simples formulação, mas deve levar em consideração também os tribunais e as agências administrativas estatais, sendo que a resolução desse questionamento não implica em fatores consequentes que sejam tão óbvios como possa parecer, em primeira vista, a um analista do tema.²²⁷

Nesse sentido, desponta clara a necessidade de o estudioso da política e do direito constitucional atentar ao fato de que a atuação do juiz ou do tribunal deve levar em conta, podendo-se falar até mesmo em certo grau de deferência, a atividade do Parlamento bem como da Administração Pública nos casos que lhes são submetidos para julgamento, de modo que a decisão do julgador não se configure em elemento isolado da realidade ou afastado das experiências legislativas e administrativas sobre determinada matéria ou caso.

Alguns pensadores preferem nomear essas sentenças e decisões judiciais que não prezam necessariamente por uma sobreposição do Judiciário sobre os demais poderes de sentenças dialógicas, posto que dispostas a construir alternativas a várias mãos para os casos que são analisados e que dependam de providências que vão além da força de uma sentença judicial.

Para Kosak e Barboza, uma decisão judicial pode ser considerada dialógica quando houver clara confirmação da justiciabilidade do direito em análise (direitos fortes), aliada ao fato de as soluções ordenadas no texto da sentença serem fracas, no sentido de que não sejam ordens extremamente detalhistas e específicas que possam invadir a competência dos demais

²²⁷ ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 133, n. 3, p. 633-725, 2000, p. 639. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2021.

poderes (remédios moderados), permitindo certa abertura para o executor da ordem definir critérios para a própria execução, o que não implica dizer descumprimento da sentença, além de que os mecanismos de monitoramento do nível do cumprimento da decisão precisam ser efetivos (monitoramento forte).²²⁸

Já Cláudia Oliveira, por sua vez, propugna que ao se aceitar a teoria do diálogo institucional, o Estado-juiz não passa a ser necessariamente o detentor da última palavra sobre as decisões constitucionais, permitindo, nessa senda de ideias, uma interação intercambial entre poderes e órgãos abrindo a possibilidade, embora não a necessidade, de um consenso entre Legislativo e Judiciário ou Executivo e Judiciário na interpretação e confirmação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e os mecanismos pelos quais esses direitos estariam assegurados diante de determinada situação concreta.²²⁹

Nesse sentido, as sentenças dialógicas, mormente quando proferidas em causas judicializadas que envolvem a definição de políticas públicas e a garantia de direitos fundamentais, estabelecem orientações para implementação e efetivação do teor do seu julgado, utilizando-se de mecanismos processuais de busca pela participação ativa e eficaz de outros atores institucionais e sociais, mecanismos tais como a concessão de prazos e estabelecimento de metas de efetivação, bem como mediante acompanhamento do progresso do cumprimento das ordens proferidas, deixando abertura suficiente para os atos mais pormenorizados e os detalhes das suas consequências para agências estatais envolvidas diretamente no cumprimento da ordem.

Assim, considerando a possibilidade factível de que os impactos do cumprimento da decisão pelos órgãos da Administração Pública ou de outras esferas de poder podem ser mais relevantes que a própria imposição de ordens restritivas por parte do Poder Judiciário, há de se concluir que a chamada interação dialógica entre poderes e órgãos configura um mecanismo de alcance e eficácia mais relevante das decisões judiciais estruturantes, além de se configurar em uma saída alternativa que não confronta direta e fatalmente com o princípio da separação dos poderes, que muitas vezes está no centro das críticas ao tipo de deliberação exclusivamente ativista pelos tribunais, uma vez que parte da execução do plano estabelecido na sentença restaria sob o encargo do poder constituído competente, segundo as próprias regras constitucionais de organização do Estado e dos poderes. Ademais, nesse aspecto, as sentenças dialógicas também se utilizam de mecanismos processuais mais participativos e dinâmicos, que contribuem para a interação entre os atores sociais envolvidos com aquela

228 KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. op. cit., p. 181.

229 FONSECA, Cláudia de Oliveira. op. cit., p. 51.

temática, mecanismos esses tais como as audiências públicas, que possibilitam as discussões entre sociedade e governo e entre sociedade e tribunal, fomentando assim o diálogo democrático.²³⁰

É, portanto, possível depreender-se das postulações e afirmações acima elencadas que a figura de uma interação intercambial entre poderes, mediante o proferimento de uma decisão judicial aberta, que estabeleça padrões mínimos para efetivação de direitos humanos e fundamentais, apresenta-se como realidade com melhores condições de aprimorar e aperfeiçoar a própria atividade administrativa ou legislativa, permitindo que essa atuação seja baseada em troca de experiências mútuas, oitivas de especialistas e de atores e movimentos sociais envolvidos com determinada situação fática, cujo resultado final pode ser um nível de resolutividade maior e mais satisfatório para a sociedade.

Essa perspectiva dialógica de manifestações dos poderes constituídos em detrimento à visão reducionista, segundo a qual alguém sempre precisa ter a palavra final, vem sendo questionada pelas teorias institucionais, que, segundo Luis Cláudio Araújo, estão pautadas na necessidade de que as controvérsias inseridas no âmbito das atividades institucionais devem ser resolvidas por meio de uma interação dialógica entre órgãos de poder, mitigando, assim, o clássico e tradicional comportamento isolacionista das instituições e fixando um parâmetro central de cooperação mútua dentro de uma mesma ordem constitucional, gerando mais coesão e estabilidade para o próprio sistema constitucional.²³¹

Assim, segundo o citado autor, é preferível ver prevalecer no cenário democrático da atualidade a integração estável das instituições que devem atuar em um plano cooperativo, como resultado adequado e almejado, fruto da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, permitindo, assim, a contínua interação entre as instituições na determinação do equilíbrio apropriado para o funcionamento do sistema jurídico e político dentro de uma realidade constitucional propulsora e garantidora de um Estado Democrático de Direito.²³²

No caso do Estado de Coisas Inconstitucional a tensão ocorre não apenas entre juiz e administração, mas também entre Judiciário e Legislativo, uma vez que, conforme visto mais acima, muitas leis brasileiras ainda permitem prisões desnecessárias, sendo imprescindível uma revisão profunda da previsão normativa legal para muitos crimes atuais, especialmente

230 SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das Chagas. op. cit., p. 2.606.

231 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou Diálogos Judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, p. 1-46, 2014, p. 31.

232 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. op. cit., p. 32.

aqueles que mais acarretam o encarceramento no país tais como os conhecidos crimes de tráfico de drogas e os crimes contra o patrimônio, e até mesmo uma revisão dos elementos que permitem e ensejam a prisão cautelar nesses mesmos casos e em outros, elementos esses que ainda podem ser considerados bem abrangentes e genéricos tal qual o conceito de ordem pública na leitura do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ocorre que além das reformulações da legislação, acima mencionada, o impasse entre poderes instituídos também se encontra presente entre os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, posto que esta é a responsável pela manutenção dos fundos destinados ao aparelhamento das unidades prisionais e capacitação do pessoal que nelas trabalham, bem como é a principal responsável pela construção e aperfeiçoamento das políticas públicas voltadas ao sistema prisional como um todo, revestidas através das medidas de melhorias das condições físicas e estruturais das unidades, adaptação e garantia à assistência à saúde e à educação dos presos, aprimoramento das condições de higiene e saúde nas unidades etc., além da construção de novas unidades prisionais.

Quando analisa a origem desta perspectiva de diálogos institucionais, Bianca Neri vai afirmar que essa teoria surgiu nos Estados Unidos, país onde se podem identificar experiências mais antigas de supremacia judicial e do *judicial review*, exatamente como uma resposta no tocante à interpretação das normas constitucionais, sobretudo a partir do século XX, quando a Suprema Corte daquele país passou a deter e a exercer papel mais expressivo nas decisões político-institucionais do Estado e em questões mais sensíveis para a sociedade, sendo que, ainda segundo a autora, nesse momento o movimento do *countermajoritarian difficulty*, destacado na obra de Bickel, exsurge como uma destas correntes teóricas que questionava a legitimidade de um órgão não eleito a afastar normas elaboradas pelos representantes diretos da vontade popular, a pretexto de se achar o intérprete máximo da constituição.²³³

Além dos Estados Unidos, o sistema de diálogo entre as instituições, especificamente os tribunais e as casas legislativas, também é destaque no Canadá, segundo as análises apresentadas por Peter Hogg e Allison Bushell, para quem a maioria das decisões judiciais no exercício do *judicial review* tem consequências legislativas, sendo que as respostas do Poder Legislativo daquele país a esse tipo decisão judicial geralmente são rápidas, sendo que essas respostas do legislativo são consideradas, na visão dos autores, um exemplo de diálogo, posto

233 NERI, Bianca Garcia. op. cit., p. 106.

que “*legislative action is a conscious response from the competent legislative body to the words spoken by the courts.*”²³⁴

Segundo Bateup, a teoria constitucional moderna tem sido dominada por preocupações que apontam que o *judicial review* é incompatível com a democracia, sendo que nos Estados Unidos a referida problemática preocupa os estudiosos desde que Thayer afirmou, em 1893, que a revisão judicial debilitava os ramos políticos do governo, ganhando novo fôlego com as definições de Bickel, quando então a questão da legitimidade democrática da supremacia judicial passou a ofuscar todas as demais investigações científicas dentro da jurisdição constitucional.²³⁵

A referida autora prossegue no texto apresentando uma divisão crítica e pontual entre as chamadas teorias do método judicial e as teorias estruturais do diálogo, com subdivisões específicas para a concepção geral da figura dos diálogos constitucionais das últimas décadas, onde caracteriza as primeiras como:

Their unifying feature is that they advocate the self-conscious use of certain judicial decision-making techniques to enable judges to stimulate and encourage broader debate about constitutional meaning both with, and within, the political branches of government.²³⁶

Bateup subdivide essa primeira vertente das teorias do método judicial entre teorias centralizadas no processo (*process-centered rules*); teorias do minimalismo judicial (*judicial minimalism*) e teorias do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*).

De outro lado, segue a autora, as teorias estruturais do diálogo, que podem se subdividir em teorias da parceria (*partnership theories*), teorias da construção coordenada (*coordinate construction theories*), teorias do equilíbrio (*equilibrium theories*) e teorias dos princípios jurídicos (*theories of judicial principles*), em geral, caracterizam-se pelo reconhecimento de que existem mecanismos institucionais ou políticos nos sistemas constitucionais modernos que permitem aos atores públicos estatais responder às decisões judiciais excessivas nos casos em que essas decisões estão em desencontro às determinações da lei e da constituição.²³⁷

²³⁴ HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between courts and legislatures. **Osgood Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 98.

²³⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, n. 71, 2006, p. 4. pdf.

²³⁶ BATEUP, Christine. op. cit., p. 17.

²³⁷ BATEUP, Christine. op. cit., p. 32.

Sobre as teorias da parceria, que dentre aquelas acima elencadas parece ser a mais consentânea com uma figura realmente dialógica dentro de uma democracia constitucional, é possível afirmar que os Poderes do Estado podem contribuir de maneiras distintas ao diálogo constitucional, sem que haja uma prevalência do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, sendo que essas teorias de parceria confiam no desenvolvimento de um efetivo debate entre os intérpretes do direito e da política, dando enfoque aos mecanismos institucionais como mecanismo apropriado para a realização do processo de deliberação pública sobre o perfil constitucional do Estado.²³⁸

Pensando também nessa questão, Mark Tushnet desenvolve pensamento festejado em doutrina para conceber a visão de um controle de constitucionalidade fraco, que possibilita a interação entre os poderes constituídos, admitindo e estimulando o desenvolvimento de certo grau de espaço e abertura criativa para o fluxo constante de intercâmbio operativo na atuação entre cortes e legisladores.

Segundo Tushnet, o controle fraco a cargo do *judicial review*, contrário ao modelo tradicional de controle forte adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, pode ser compreendido como um mecanismo de trabalho teórico-doutrinário baseado no melhor entendimento de que a constituição protege apropriadamente seus termos por meio de um mecanismo próprio de troca operativas entre os tribunais e os legisladores, sendo que eventualmente essas interações produzem um entendimento estável e correto sobre o sentido de determinada norma do texto constitucional.²³⁹

Para o autor, em um sistema pautado pelo *strong-form review*, a solução das questões constitucionais pelos tribunais geralmente se apresenta de maneira vinculante para os demais poderes políticos, contudo essa perspectiva não implica que essas resoluções sejam fixas e imutáveis no decorrer do tempo ou mesmo que o Poder Legislativo não possa alterá-las mediante processos e procedimentos próprios à atividade legiferante, enquanto que o modelo do *weak-form review* autoriza que os órgãos legislativos façam suas próprias interpretações constitucionais de maneira persistente, mesmo quando contrárias com interpretações judiciais, ainda que estas sejam relativamente recentes.²⁴⁰

Essa perspectiva de controle judicial fraco, em contraponto ao controle judicial forte, serve bem aos primados utilizados neste trabalho com o fito de adotar uma perspectiva

²³⁸ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, jul./dez., 2020, p. 237.

²³⁹ TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and 'core' civil liberties. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 41, p. 01-22, 2006, p. 03.

²⁴⁰ TUSHNET, Mark. op. cit., p. 04.

interativa na atuação entre as instituições, posto que a fraqueza de tal controle nas mãos de determinado órgão estatal, e que no modelo proposto seria o Judiciário, permite um espaço maior para a força na atuação de outras instituições estatais, que como consequência no mesmo modelo seriam o Executivo e o Legislativo, de modo que esses possam atuar com certo nível de abertura funcional, buscando concretizar os direitos humanos e fundamentais estabelecidos pelo texto constitucional.

Ainda sobre a concepção do *weak-form review*, Dixon, com base em casos de países como Nova Zelândia, Canadá, Reino Unido e Austrália, vai afirmar que os estudiosos do direito constitucional costumam fazer na atualidade uma busca para avaliar o padrão de resposta dada pelo Poder Legislativo aos tribunais em casos de decisões judiciais que modifiquem orientações legais obtidas do texto expresso da legislação, e normalmente esses estudiosos falham nessa busca, pois na grande parte das vezes se concentraram em apurar os números das vezes e as taxas percentuais em que o legislativo formalmente revogou, alterou ou promulgou novamente um ato normativo como resposta a decisões judiciais.²⁴¹

Da análise conclusiva dessa perspectiva, mostra-se bastante útil a classificação segundo a qual o controle de constitucionalidade forte se opõe ao controle de constitucionalidade fraco, sendo que neste último tem-se uma alternativa institucional e técnica ao primeiro, preferindo um grau de desvinculação inicial na proteção dos direitos fundamentais e ausência de supremacia apriorística do órgão judicial à necessidade de dotar e reconhecer inafastavelmente um órgão estatal como sendo de superioridade jurídica em face dos demais, movimento pelo qual se abre uma possibilidade de atuação cooperativa e dialógica entre as instituições estatais na definição de determinado conteúdo constitucional.

Vale aqui frisar, porém, a posição de Araújo e Moraes ao compreenderem o isolamento relativo, quando visto pela referência ao centro do poder político representativo, de juízes e de tribunais junto à influência política, situação que pode acarretar em um movimento de imparcialidade do julgador, permitindo aos autores afirmarem que através da jurisdição constitucional, um das funções institucionais mais importantes do Poder Judiciário é justamente a de proteger os direitos das minorias diante dos abusos das majorias, considerando que esse suposto insulamento dos juízes acarreta uma possível vantagem

²⁴¹ DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011, p. 08.

institucional, aqui representada pela imparcialidade do julgador, para desempenhar essa função contramajoritária.²⁴²

Todavia, em que pese a clareza e a importância do pensamento referido, é preciso destacar uma crítica que posso apresentar em relação ao entendimento acima esposado pelos autores, primeiramente porque a citada imparcialidade, embora processualmente desejada, muitas vezes é uma ficção inalcançável do sistema jurídico, e em segundo lugar pesa o fato de que, uma vez imparcial, o julgamento a favor da maioria ou o julgamento contramajoritário são igualmente relevantes para um caso concreto, e não será pelo isolamento político ou pela imparcialidade do julgador que a força contramajoritária do Poder Judiciário terá que se estabelecer, mas sim em função da natureza do direito discutido em questão e da melhor e mais ponderada forma de defesa e de garantia de direitos fundamentais expostos no caso concreto analisado pelo juiz ou tribunal.

Ainda na conjuntura das ideias dos autores acima mencionados, a interação dialógica entre os poderes constituídos apresenta-se como técnica bem-vinda posto que, no contexto de uma sociedade pluralista e diversa, marcada por inúmeras idiosincrasias, a legitimidade dos órgãos julgadores está atrelada ao fato de o procedimento decisório envolver uma base de acordo racional com espeque na projeção conceitual de um sistema jurídico-político que autorize que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma consentânea e próxima a outras instituições estatais.²⁴³ Esse procedimento os autores denominaram de contramajoritarismo dialógico-argumentativo.

Luc Tremblay, por sua vez, anota ressalvas à aplicação da noção de diálogos como mecanismo eficiente a legitimar a atuação do *judicial review*, visto que sua legitimidade se verifica a partir do momento em que se pode demonstrar que, de alguma forma, tal abordagem possui uma origem ou linhagem democrática positiva, considerando ainda que existem limites relevantes à própria noção de diálogos institucionais. E, para o autor, em visão ainda mais cética, o tipo de diálogo que seria necessário para dar legitimidade à supremacia judicial não existe e nem pode existir, sendo que, para Tremblay, toda e qualquer teoria acerca de diálogo institucional como ferramenta de legitimidade do processo decisório apresenta-se como sendo uma discussão de natureza puramente retórica.²⁴⁴

²⁴² ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de; MORAES, Guilherme Braga Peña de. Contramajoritarismo dialógico-argumentativo e legitimação das expectativas institucionais: o papel estabilizador das cortes nas sociedades complexas. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 923 – 943, 2018, p. 927.

²⁴³ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de; MORAES, Guilherme Braga Peña de. op. cit., p. 931.

²⁴⁴ TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures, *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 617-648, out., 2005, p. 619.

Uma vez firmada a concepção de que a postura de uma interação intercambial e dialógica na atuação entre as instituições com vistas a garantir o respeito a direitos fundamentais bem como a se firmarem como órgãos de confirmação da Constituição perante atos públicos ou privados, de maneira não exclusiva, apresenta-se como ferramenta necessária para a superação do ECI brasileiro, sendo necessário dedicar algumas passagens desse trabalho a entender quais os mecanismos e instrumentos mais adequados para, dentro de um processo judicial, permitir exatamente esse diálogo institucional e desenvolver a perspectiva da técnica pela qual esses diálogos podem se estabelecer.

É sobre isso que se dedica a próxima parte do trabalho.

4 TERCEIRA PARTE – DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: DISCUSSÕES CONCEITUAIS E EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

A noção de processo estruturante que aqui adoto surge a partir do pensamento de Owen Fiss, ao afirmar que o processo estrutural

[...] is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted.²⁴⁵

Aqui vale acrescentar que são estruturantes os processos judiciais nos quais se transcende o mero interesse individual e privado para uma esfera de valorização do interesse público, sendo na maioria das vezes antecedido por um litígio de direito público, cujo escopo tem em configuração a busca pela modificação e reestruturação de determinada forma de organização social e institucional ou a transformação de determinada política pública.

De acordo com Edilson Vitorelli, estrutural é um tipo de processo coletivo, que pretende, através de um provimento jurisdicional, obter a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que acarreta a ocorrência de uma situação de violação a direitos em virtude do seu funcionamento, originando um litígio do tipo estrutural.²⁴⁶

Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Oliveira vão, assim como Vitorelli, conforme acima destacado, situar o conceito de processos estruturantes a partir da própria noção de decisões estruturantes, quer dizer, delimitar o conceito a partir do entendimento e desenvolvimento de um dos seus elementos, e nesse sentido os autores vão afirmar que processo estrutural é aquele onde se desenvolvem decisões estruturantes, caracterizadas por buscarem implantar uma reforma estrutural em determinado ente, organização ou instituição, com o fulcro de permitir a concretização de direitos fundamentais ou implementar efetivamente uma determinada política pública.²⁴⁷

Vitorelli vai conceber a figura do processo estrutural como sinônimo de processo-programa, porquanto se trata de uma demanda judicial que exige uma reestruturação de determinado funcionamento de um sistema, através da elaboração de um plano implementado em longo prazo, cujo objetivo é transformar essencialmente a forma de funcionamento de determinada estrutura, implicando a avaliação e reavaliação dos impactos, diretos e indiretos,

²⁴⁵ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 02.

²⁴⁶ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 60.

²⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael. op. cit.

da própria operação institucional, além de acarretar na necessidade de identificar os recursos necessários e as respectivas fontes para alcançar a modificação estrutural almejada.²⁴⁸

Nessa esteira, ao direito processual moderno se apresentam desafios pulsantes, não tão recentes já que as origens mais remotas dos processos e das medidas estruturantes não são tão próximas no tempo, mas esses desafios não permitem uma atuação puramente técnica e dogmática do julgador e do pensador, exclusivamente ancorados no viés legalista das discussões de direito processual, pois, em verdade, nesses casos se exige do intérprete e operador do direito um olhar panorâmico de sociedade e do sistema processual, que devem ser vistos como partes de um conjunto maior e mais amplo, que abrange não apenas leis e órgãos judiciais, mas também pessoas, normas constitucionais, estruturas de poder e conjuntos de direitos do cidadão e deveres do Estado.

4.1. Litígios coletivos X estruturais, processos coletivos X estruturais

Aqui vale referenciar uma distinção relevante para o tema dos processos estruturais, processos coletivos e os litígios que os cercam e os legitimam, de modo a traçar distinções mais precisas sobre o tema durante a abordagem ora proposta.

Inicialmente vale frisar que o litígio coletivo é aquele em que existe um conjunto de pessoas, físicas ou jurídicas, interessadas na resolução da demanda considerando-se como um grupo ou um todo social, ou seja, nesse tipo de litígio o conflito de interesses se desenvolve considerando um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sem considerar a relação ou grau de afetação do litígio em torno de apenas uma ou algumas das pessoas, isoladamente consideradas, que compõem aquele mesmo grupo.

Já os litígios estruturais são espécies dos litígios coletivos que decorrem do modo como determinada estrutura burocrática, normalmente de natureza pública, opera na realidade social, de modo que é o próprio funcionamento da estrutura a causa da violação de direitos fundamentais, dando origem ao litígio.²⁴⁹

Segundo Vitorelli, a noção de processo coletivo e litígio coletivo não são sinônimas, nem se correlacionam sempre, pois o processo coletivo é uma das técnicas de que dispõem os indivíduos e os organismos sociais, aqui incluídos os órgãos públicos, para resolver litígios

²⁴⁸ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 65.

²⁴⁹ Ibidem, p. 52.

coletivos, mas nem todo o litígio coletivo será necessariamente resolvido pela via processual estruturante.²⁵⁰

Nesse sentido, é possível imaginar que um litígio coletivo seja resolvido fora de uma relação processual, instaurada perante o Poder Judiciário, valendo aqui destacar as hipóteses, por exemplo, de atuação do Ministério Público brasileiro na resolução de litígios coletivos mediante providências de natureza não jurisdicional, como ocorre, geralmente, com as recomendações ou os termos consentidos de ajuste e de adequação de determinada política pública.

Ainda sobre o tema, segue Vitorelli afirmando que da mesma forma que a ocorrência de um litígio coletivo não acarreta necessariamente o ajuizamento de uma ação coletiva, a existência de um litígio estrutural não implica sempre a propositura de uma ação judicial estrutural, posto que também se afigura possível que um litígio estrutural seja discutido em um processo coletivo não estrutural, quando, por exemplo, um dos legitimados coletivos para aquele tipo de tutela específica ajuíza uma ação coletiva, abordando apenas algumas das consequências negativas dos litígios estruturais, mas não ataca o problema em uma visão macro.²⁵¹

Logo, um litígio estrutural, para o citado autor, pode se desenvolver em um processo individual (casos de ações judiciais individuais para concessão de medicamentos, acesso a leitos de unidade de terapia intensiva e outras ações de direito à saúde) ou em um processo coletivo estrutural (casos em que o processo coletivo busca a alteração de um estado social a partir da modificação de uma instituição específica ou de política pública como pedido principal da causa) ou em um processo coletivo não estrutural, sendo um exemplo desse o caso do processo n. 0702921-69.2017.8.07.0018, citado por Vitorelli.

No citado processo judicial, ajuizado abril de 2017, a Defensoria Pública do Distrito Federal (portanto um legitimado coletivo) ajuizou uma ação civil pública (portanto um processo coletivo) buscando a fixação de uma indenização por danos coletivos e individuais homogêneos em razão da superlotação do sistema penitenciário do Distrito Federal (tendo como pano de fundo, portanto, um litígio de natureza estrutural), gerando-se um verdadeiro caso de um processo coletivo não estrutural.²⁵²

Para Barros, o processo estrutural pode ser apenas parcialmente estrutural, que seria aquele que adota a discussão estruturante em capítulos da demanda, adotando a lógica bipolar

²⁵⁰ Ibidem, p. 47.

²⁵¹ Ibidem, p. 63.

²⁵² Ibidem, p. 63.

de resolução de conflitos quanto ao restante da discussão e dos pedidos processuais, e, simultaneamente, mais ou menos intenso em sua estruturalidade, conforme a quantidade e a qualidade dos pontos remetidos pela sentença principal para as etapas posteriores de seu cumprimento, dentro do ciclo decisional.²⁵³

Segundo Nunes, Cota e Faria, é correto afirmar que são basicamente três pressupostos técnicos do processo estrutural: “causa de pedir e pedido dinâmicos (devido à causalidade complexa); participação potenciada (devido à multiplicidade de interesses imbricados); e a geração de decisões prospectivas.”²⁵⁴

Ainda para os autores mencionados, é possível identificar um conjunto próprio de princípios processuais aplicáveis ao processo estruturante moderno no ordenamento brasileiro, entre eles: o princípio democrático; o princípio do contraditório ampliado; a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva; o princípio da harmonização dos valores postos em litígio; respeito e proteção da dignidade da pessoa humana; princípio da atipicidade dos meios executivos entre outros.²⁵⁵

Irei aprofundar alguns dos pressupostos e princípios acima abordados no transcorrer dos próximos tópicos, mas, por ora, impende gizar que se depreende do estudo em questão que os processos estruturais e as decisões judiciais que nele são exaradas são compostos de um grau elevado de hipercomplexidade que leva os sujeitos processuais, inclusive o juiz, a repensar o arquétipo processual a partir de uma roupagem diferenciada, armado de um instrumental novo e diversificado, alicerçado em arcabouço teórico-jurisprudencial que seja capaz de enxergar o processo além da relação jurídica bilateral.

É que as noções de policentrismo e participação múltipla de vários sujeitos nas relações processuais, assim como os conceitos de cooperação processual, delegação da competência executória, mitigação do princípio da congruência e decisões prospectivas e em cascata, demandam do estudioso uma série de reformulações de noções básicas mais arraigadas tais como a própria noção do princípio do contraditório na etapa do conhecimento, além de, por exemplo, a fase processual de acompanhamento do cumprimento da decisão judicial de mérito.

²⁵³ SILVA NETO, Francisco de Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**, v.10, n.1, jan./abr., 2019, p. 78.

²⁵⁴ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. (orgs.) Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 371.

²⁵⁵ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. op.cit., p. 373.

Em razão de serem os processos estruturais os principais, embora não únicos, mecanismos utilizados em ações judiciais de fixação ou alteração de políticas públicas, e no caso da política do sistema prisional não seria diferente, conhecer mais detidamente alguns conceitos da visão estrutural do processo vai permitir um desenvolvimento e um encadeamento mais adequados das concepções necessárias à afirmação da presente tese.

4.2. Raízes dos processos estruturais

A experiência norte-americana traz as raízes daquilo que se chama na processualística brasileira de processo estruturante, que teve origens a partir do caso que ficou chamado *Brown vs. Board of Education of Topeka*, cidade do estado do Kansas, julgado em 1954 na presidência da corte Warren, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional a segregação racial de estudantes de escolas públicas, em função da cor de sua pele e da sua raça.

Para Pinho e Côrtes, o referido julgado aniquilou entendimento racista anterior daquela própria corte prolatado no caso *Plessy vs. Ferguson*, onde se estabeleceu a legitimidade de um vagão de trem exclusivo para pessoas brancas, julgamento esse que fincou a referida segregação racial em outros espaços sociais, como as escolas, sendo que em *Brown vs. Board of Education* a corte suprema dos Estados Unidos erradicou o entendimento do *separate but equal* estabelecido desde aquele outro caso.²⁵⁶

Como se verá nas próximas passagens, o julgado acima referido tornou-se referência para o entendimento das *structural injunctions* e serviu, e ainda serve, como paradigma até a atualidade para o desenvolvimento de uma doutrina especializada em medidas processuais voltadas à consecução de políticas públicas.

Segundo Arenhart, foi na figura das *structural injunctions*, de origem norte-americana e bem visível no caso *Brown vs. Board of Education*, que os pensadores processuais passaram a notar que as decisões de causas coletivas muitas vezes iam além das discussões referentes às relações meramente lineares do processo entre duas partes, exigindo do julgador medidas difusas que, por vezes, se impunham gradativamente no transcorrer do desenvolvimento da relação processual, sendo que foi no caso multimencionado que restou determinada pela primeira vez por uma ordem judicial a necessidade de implementação da determinação de não

²⁵⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEES, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014, p. 233.

segregação de crianças negras em escolas e que tal ordem “deveria fazer-se pela progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais.”²⁵⁷

Friso aqui que as noções de processos estruturais não se confundem com as noções de litígios estruturais, posto que esses normalmente são anteriores à gênese daqueles e envolvem valores sociais mais amplos em uma etapa pré-processual de discussão e algum tipo de negociação, quando possível, carregando a ideia de litígio estrutural o viés de uma concepção estabelecida no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes na análise da resolatividade do caso, mas que também passa pela percepção de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial.²⁵⁸

Mostra-se, assim, viável a diferenciação entre litígio estruturante e processos estruturantes, estes muitas vezes decididos por medidas judiciais ou negócios processuais estruturais, cuja concepção refere-se àquela acima referida, consubstanciada em um conjunto de interesses em um plexo de políticas públicas e cuja ordem judicial respectiva tem alcance subjetivo que normalmente vai além das partes processuais conhecidas.

Com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown* restou evidente que muitas vezes as decisões judiciais que implicam alterações estruturais de determinado sistema, social, político, cultural ou econômico, exigem uma execução planejada e específica, cuja implementação ocorre de maneira paulatina, através de atos concertados e sucessivos no tempo e no espaço, que atendam às peculiaridades de cada situação em concreto, de modo a se buscar uma decisão mais factível com a realidade, servindo-se das sentenças básicas como fixadoras das diretrizes mais preliminares e primordiais que devem ser esmiuçadas a partir da sua efetivação na prática, o que normalmente ocorre em etapas.

Ainda analisando a experiência norte-americana dos processos estruturais e a conhecida litigância de direito público, é possível se afirmar que a visão do litígio do século XIX era bastante individualista, limitando a concepção sobre a lei como instrumento de aplicação limitada à aplicação voluntária de arranjos estabelecidos entre particulares, caracterizada por ter foco em uma disputa entre dois indivíduos, ou dois lados processuais,

²⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 03. pdf

²⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 03. pdf.

sendo demandas controladas pelas partes e pelo juiz e que não afetavam terceiros de maneiras que preocupassem os tribunais.²⁵⁹

Ocorre que, aqui em parêntese breve, a experiência norte-americana mais recente em casos contra a segregação, racial inclusive, segundo estudo de Wendy Parker, demonstra um Poder Judiciário aparentemente fatigado nas últimas décadas com processos judiciais de tal natureza em virtude de sua complexidade e prolongada duração.

De acordo com a autora, desde o estabelecimento da decisão da Suprema Corte do dever de aplicação pelos juízes de ações e políticas afirmativas antissegregacionistas, inclusive com a possibilidade de fixação de reparação pecuniária, tal prática não vem sendo seguida à risca pelos tribunais locais na atualidade mais recente, posto que se vislumbra na atualidade uma clara tendência em que os juízes deixem se serem vistos como “heróis improváveis”, quando muitos deles parecem, em verdade, exaustos de suas décadas de esforço e ansiosos para encerrar sua jurisdição.²⁶⁰

É bastante sensível o ponto citado pela autora referente aos esforços dispendidos para a manutenção e a resolução definitiva de um processo cuja natureza é complexa e demanda bastante tempo, energia e cooperação dos atores institucionais e não institucionais envolvidos, sendo que esse tema vai merecer um destaque mais à frente no presente trabalho, mas, por ora, é mister não olvidar que os juízes desempenham relevante função na estrutura institucional de boa parte das democracias ocidentais da modernidade, configurando sua atuação elemento muitas vezes imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, além de se configurarem, em alguns casos, como a última saída para se obter a concretização e a realização efetiva de políticas públicas, mormente quando se fala de direitos de minorias.

Ponto interessante que vale mencionar é que decisão da suprema corte estadunidense não resolveu de vez a questão da segregação racial nos Estados Unidos, problema social que também não foi solucionado por completo através de decisões judiciais posteriores, como diz Arenhart, mas a partir desse caso deu-se vista à construção das bases das *structural injunctions* como mecanismo de solução de controvérsias apto e hábil a encontrar saídas efetivas e resolutivas para problemas sociais complexos cuja definitividade é buscada, por vezes, pela atuação do Poder Judiciário.²⁶¹

²⁵⁹ MARCUS, Richard L. Public Law Litigation and Legal Scholarship. **Journal of Law Review**, n. 04, vol. 21, p. 647-695, 1988, p. 649.

²⁶⁰ PARKER, Wendy. The decline of judicial decision-making: school desegregation and district court judges. **North Carolina Law Review**, v. 81, p. 1623-1657, mai., 2003, p. 1650.

²⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 04. pdf.

Nessa esteira, passava a se fincar como evidente a necessidade de o juiz adotar uma postura diferenciada, ativa e dialógica no trato dessas causas complexas, que demandem a atuação de vários atores, cujos resultados são igualmente de difícil obtenção, exigindo cooperação processual e flexibilização de muitos princípios de direito processual, exatamente como é o caso da política prisional brasileira.

Em verdade, o simples enclausuramento do magistrado na redoma judicial da sua sala de audiências ou de seu gabinete, para que de lá possa julgar as mais diversas causas, especialmente essas mais difíceis e complexas que envolvem problemas sociais crônicos, não se mostra mais como postura adequada, suficiente ou mesmo tolerada, em razão da complexidade dos assuntos abordados nos processos de interesse público, exigindo que essa nova faceta da atividade jurisdicional seja acompanhada do devido arsenal teórico oferecido pelas correntes de pensamento dos processos estruturantes e dos litígios de interesse público.²⁶²

Além da postura do órgão julgador, que nas demandas estruturantes precisa ser sopesada com a posição clássica do juiz em uma relação processual bipolar, Susan Sturm vai destacar a mudança do paradigma da própria lógica processual em demandas de interesse público.

Segundo a autora, nos processos de viés individualista a determinação judicial geralmente segue o modelo de relação adversarial no processo, na qual as partes enquadram suas visões sobre os fatos, apresentam provas e argumentos jurídicos ao Estado-juiz em um contexto de litígio dual, enquanto que o juiz ou tribunal decide sobre as questões jurídicas apresentadas pelas partes e, em alguns casos nos Estados Unidos, submetem as disputas factuais a um júri para definição e resolução final da questão posta a julgamento.²⁶³

De outro lado, segue a autora, a tomada de decisões judiciais em casos de direito público difere dramaticamente do modelo tradicional individual e bipolar de resolução de disputas de controvérsias, posto que nesse contexto, muitas vezes a injunção estrutural afirmativa se apresenta como um remédio de escolha positiva, em vez de uma mera fixação de reparação por danos ou uma injunção processual negativa, como uma abstenção ou obrigação de não fazer, por exemplo, justamente por serem casos que dizem respeito a violações

²⁶² SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 22, n. 128, p. 522-541, out., 2020, p. 529.

²⁶³ STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. *Georgia Law Review*, v. 79, n. 8, p. 1355-1446, 1990, p. 1361.

contínuas de normas gerais e institutos jurídicos basilares da cidadania fundamentados na Constituição.²⁶⁴

Outra fonte de gênese para a noção de medidas estruturantes, com o perfil pelo qual são mais conhecidas atualmente, pode ser extraída do caso *Swan vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, em 1971, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou os planos de atuação apresentados pelas autoridades administrativas e fixou diretrizes bem específicas a serem cumpridas objetivando a adoção de resultados satisfatórios contra a segregação de raça nos espaços e instituições sociais da época.

Vale referir, entretanto, que se foi esse mecanismo antissegregacionista que fundou as medidas estruturantes no formato como hoje nós a conhecemos, nos mesmos Estados Unidos em posteriores julgados realizados pelas cortes locais, foi-se aos poucos retornando-se à autoridade administrativa o poder-dever para determinação de regras sobre segregação escolar, como cita Russel Weaver.

Para o autor, do mesmo modo que os casos de dessegregação escolar levaram ao aumento do estruturalismo processual, essas mesmas causas também levaram a algum tipo de declínio no uso desse remédio, posto que em muitas partes do país os tribunais locais passaram a encerrar seu controle sobre os distritos escolares e a devolver esses distritos ao controle das autoridades administrativas locais, como foram os casos de *Oklahoma City Board of Education vs. Dowell*, onde a corte distrital considerou que o distrito escolar de Oklahoma City deveria ser liberado de um decreto de dessegregação, e de *Freeman vs. Pitts*, onde o tribunal concedeu ao distrito escolar da Geórgia o controle sobre a organização administrativa das suas unidades escolares.²⁶⁵

Essas críticas e apresentações sobre as falhas ou até mesmo as escolhas autocontidas de juízes e tribunais nos Estados Unidos em questões envolvendo medidas estruturantes contra a segregação racial devem ser conhecidas, principalmente para se ter em conta que os processos estruturantes, com o escopo de resultado efetivo que deles se espera, não pode se tornar ferramenta processual corriqueira, comum e ordinária para julgamento pelos juízes e tribunais, justamente pela sua complexidade e pelo dispêndio de tempo e de energia que deles se demanda para serem resolvidos por definitivo.

Diante desses casos estruturais, encarados por Marshall como casos típicos de ativismo judicial, este autor enumerou “sete pecados”, entendidos como categorias de

²⁶⁴ STURM, Susan P. op. cit., p. 1361.

²⁶⁵ WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. *San Diego Law Review*, v. 41, p. 1617-1632, 2004. p. 1623.

ativismo, dessa visão mais interveniente das cortes locais e da própria Suprema Corte dos Estados Unidos, elencando: (1) *Counter-Majoritarian*; (2) *Non-Originalist Activism*; (3) *Precedential Activism*; (4) *Jurisdictional Activism*; (5) *Judicial Creativity*; (6) *Remedial Activism*; e (7) *Partisan Activism*.²⁶⁶

O aprofundamento dessas categorias de ativismo judicial não configura escopo do presente trabalho, contudo a sua apresentação tem significado relevante tendo em vista que demonstra a preocupação dos pensadores e doutrinadores do tema em compreender e classificar as formas como as determinações das *structural injunctions* poderiam funcionar em um sistema jurídico com arranjo institucional definido.

Essa análise histórica e compartimentada das medidas estruturantes, que em parte se confunde com a própria história do ativismo judicial, subdividido e categorizado, como fez Marshall, leva-nos a crer na necessidade de imposição de limites esclarecidos para as decisões judiciais estruturais, uma vez que a ausência de tais limites poderia ensejar a errônea visão de que decisões dessa natureza deveriam ser aplicadas de maneira vulgarizada e ordinária nas relações processuais, o que, fatalmente, acarretaria no subdesenvolvimento das potencialidades dessa ferramenta tão útil à consecução de políticas públicas e à defesa dos direitos do cidadão.²⁶⁷

Esses limites foram observados pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Missouri vs. Jenkins*, que também versava sobre caso de segregação racial em escolas, caso no qual a corte local decidiu adotar medidas de melhoria no sistema de ensino local com o objetivo de atrair estudantes não-minoritários, mediante uma ação de "atração desagregativa" (*desegregative attractiveness*), que, contudo, foi revista pela Suprema Corte ao firmar entendimento de que o tribunal distrital se excedeu ao focar a resolutividade da questão na atração desagregativa, que, no caso, deveria ser financiada com recursos estatais, quando, em verdade, a ação inicial visava à eliminação da desagregação racial dentro do distrito de Missouri, Kansas City, e não à transferência de alunos entre distritos diversos, além do que, conforme o julgado da Suprema Corte, a decisão distrital também violava os precedentes sobre a mesma matéria ao não fixar um prazo máximo de monitoramento e de atuação judicial naqueles casos sobre o sistema público de ensino.²⁶⁸

²⁶⁶ MARSHALL, Willian P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, p. 101-140, 2002, p. 104.

²⁶⁷ DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016, p. 166.

²⁶⁸ WEAVER, Russel. op. cit., p. 1623.

De outra ponta, vale frisar que as figuras das experiências, sobretudo norte-americanas com *Brown vs. Board of Education*, de processos estruturantes abre vez para um espaço multidisciplinar para aprofundamento da questão e a busca de adequadas medidas judiciais, administrativas ou legislativas para sua resolução, fazendo com que o direito deva interagir com outras vertentes do conhecimento como a ciência política, a sociologia, a teoria da linguagem entre outras, de modo que o tema de processos estruturais não se esgota no campo das técnicas e dos institutos do direito processual brasileiro.²⁶⁹

Apesar da importância e da atualidade do tema, especialmente quando se considera a realidade de países em desenvolvimento, como Brasil, África do Sul, Índia, autores como Myriam Gilles propugnam que o tema da *structural reform injunction* tem perdido relevância nos Estados Unidos desde os inícios dos anos 2000, pois nesse período, prossegue, enquanto os tribunais continuam a supervisionar vários decretos administrativos de décadas passadas em áreas como dessegregação escolar e reforma penitenciária, por exemplo, as medidas judiciais de reforma estrutural parecem ser evidências de uma era passada, tal como ocorreu no caso *Missouri vs. Jenkins*, de 2003, relativo ao problema já referido da segregação das escolas públicas da cidade de Kansas, que chegaram à Suprema Corte por três vezes, e foram encerrados quando os recorrentes voluntariamente rejeitaram seu recurso em face da decisão do tribunal distrital em razão de terem alcançado sua meta de fechar a lacuna de desempenho entre alunos negros e brancos.²⁷⁰

Assim, parece-me evidente que o período relativo ao início da irradiação das *structural injunctions* nos Estados Unidos não parece ser mais o mesmo, de modo que muitas críticas têm surgido em relação ao mecanismo processual pelos estudiosos do assunto naquele país, entretanto, em países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, a ferramenta do processo estrutural ainda permanece válida e tem recebido análise por muitos estudiosos, de modo que sua utilização em casos complexos, especialmente aqueles vinculados às políticas públicas para garantia de direitos fundamentais, configura-se como instrumento assaz interessante e apto à consecução de tais direitos.

4.3. Decisões estruturantes no direito brasileiro

²⁶⁹ SILVA NETO, Francisco de Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. *Civil Procedure Review*, v.10, n.1, jan./abr., 2019, p. 76.

²⁷⁰ GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops...it's still moving! *University of Miami Law Review*, Miami, v. 58, p. 143-171, 2003, p. 144.

No caso do direito nacional, é possível identificar casos de decisões estruturantes que interferiram no direcionamento da consecução de políticas públicas de atribuição precípua do Poder Executivo em diversas matérias, tendo por destaque a incessante busca pela manutenção e pela garantia de direitos fundamentais e humanos, utilizando-se do Poder Judiciário como marco propulsor dessa efetivação.

As decisões judiciais que fixam parâmetros no âmbito de ações civis públicas, por exemplo, com o escopo de assegurar determinado abastecimento de medicamentos e equipamentos hospitalares ou uma ação coletiva de tal natureza que busca impor determinações para reparação ambiental e a formação em educação ambiental de determinada esfera de governo podem ser indicados como exemplos de processos estruturais identificados na realidade do cotidiano forense brasileiro.

Importante anotar, entretanto, como faz Vitorelli, que embora decisões judiciais estruturais tenham sido proferidas de maneira sistemática por vários juízes brasileiros, acarretando verdadeiras reformas estruturais, ainda não é possível identificar entre os magistrados e os demais agentes do sistema de justiça uma consciência de que os impactos concretos da ordem judicial estruturante precisam ser avaliados do ponto de vista sistêmico, global, desapegado dos conceitos estáticos de elementos da ação, estabilização da demanda ou da própria coisa julgada.²⁷¹

Nessa grandeza de ideias, Arenhart vai citar, como exemplo de processo estrutural brasileiro, o caso de uma ação que tramitou na 5ª Vara da Fazenda Pública de Natal, no Rio Grande do Norte, onde o magistrado do caso determinou a intervenção em um hospital público, pelo prazo de 90 (noventa) dias, atribuindo ao interventor a necessidade de gerir os bens e os serviços do hospital juntamente com o governo estadual, que não foi totalmente alijado da administração da unidade.²⁷²

Outro exemplo citado por Arenhart de medidas estruturantes no direito brasileiro foi o caso de objeto da ação civil pública n. 08/2002, ajuizada junto à 1.ª Vara do Trabalho de Curitiba, em que o Ministério Público do Trabalho buscava a extinção dos contratos de terceirizados celebrados em favor do Hospital de Clínicas da Universidade Federal daquele estado da federação, onde a decisão final foi no sentido de compor um acordo de longo lapso temporal entre as partes, estabelecendo prazos específicos e adequados, além de metas e

²⁷¹ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 557.

²⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 08. pdf.

objetivos viáveis e factíveis para alcançar a “substituição” dos terceirizados por servidores públicos efetivos.²⁷³

Vale igualmente aqui frisar que a noção de medidas estruturantes não é impossível de ser manejada em causas que versem sobre interesses privados, contudo é no âmbito do direito público onde se verá sua principal esfera de incidência.

Nessa senda de ideias, Pinho e Côrtes defendem que decisões estruturantes não são estranhas ao direito constitucional e processual brasileiro, citando casos como o da ação popular n. 3388/RR, que tramitou no STF, ajuizada em face da União em caso conhecido como Raposa Serra do Sol.²⁷⁴

Esse entendimento também é assaz relevante para o presente trabalho, tendo em vista a noção que não se pode afastar aqui segundo a qual é possível verificar demandas estruturantes não apenas em julgados de juízes e tribunais comuns, posto que tribunais superiores, inclusive o STF, podem funcionar como verdadeiras arenas de disputa de interesses de causas envolvendo a implementação de políticas públicas em favor da observância a direitos humanos e fundamentais.

Outro caso bastante famoso no direito brasileiro, igualmente citado por Arenhart, relativo a processos estruturais repousa sobre o caso conhecido como a ação civil pública do carvão, no qual se trabalha no campo da proteção ambiental para obter o tratamento adequado para o trabalho da mineração do carvão na área de Criciúma, município de Santa Catarina, onde, em 1993, o Ministério Público Federal ajuizou ação perante a Justiça Federal, buscando impor às mineradoras da região e à União, a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da área degradada pela atividade de mineração, que teve o trânsito em julgado somente em 2014, onde, na fase de execução, se estabeleceram providências concretas, com prazos específicos para execução, bem como foi criado um grupo de assessoramento técnico do juízo, constituído por representantes técnicos das partes e por sujeitos externos ao processo, vinculados e atuantes na temática da questão ambiental, cujo principal trabalho seria propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental da área degradada, de modo a dar cumprimento efetivo à sentença final de mérito.²⁷⁵

Sobre a supramencionada ação civil pública, Gouvêa e Duarte mencionam que a obrigação de fazer a ser estabelecida na decisão judicial apresentará, de fato, uma prestação

273 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 09. pdf.

274 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. op. cit., p. 240.

275 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do TRF 1**, Brasília v. 29 n. 1/2, jan./fev. 2017, p. 74.

jurisdicional fixadora de “um resultado complexo (recomposição do meio ambiente), cujo cumprimento deverá ser dividido em uma série de atos encadeados e interdependentes, a partir de um planejamento estruturado.”²⁷⁶

Desse trilhar, concluo que não são poucos os casos de processos e medidas estruturantes que podem ser encontrados no direito brasileiro da atualidade, onde muitas vezes se busca no Judiciário a alternativa complementar, ou substitutiva, às ações esperadas pelos demais poderes, demonstrando ainda que a efetivação dos comandos constitucionais de proteção e garantia de direitos muitas vezes perpassa e exige a atuação do Estado-juiz no país.

Aqui também se torna necessário gizar que a sentença estruturante e as consequentes medidas para sua implementação e efetivação podem ser proferidas por um juiz de primeiro grau, sem que haja, necessariamente, a provocação de uma corte colegiada de julgamento, seja por julgado em exercício do duplo grau de jurisdição, seja por ter sido o órgão colegiado aquele definido como detentor de competência originária para a respectiva causa.

Para fundamentar as medidas estruturantes no direito pátrio, Pinho e Côrtes argumentam em favor da utilização de instrumentos jurídicos que já estão disponíveis no ordenamento brasileiro, tal qual o caso da lei federal n. 12.529/11, que estabeleceu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que prevê expressamente no seu artigo 102 e seguintes a possibilidade de intervenção judicial em empresas privadas que estejam violando em alguma medida o regime concorrencial nacional, além da figura do antigo artigo 461, *caput* e §5º, do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, que foram remanejados aos art. 497 e 536, *caput* e §1º, para fase de conhecimento e para a fase de cumprimento de sentença, respectivamente, do CPC/2015, dispositivos que preveem abertamente o poder ao juiz do caso de estipular medidas específicas em ações de fazer e não fazer a fim de garantir o cumprimento de decisão judicial.²⁷⁷

Além dos citados dispositivos processuais, a doutrina aponta outros artigos da lei adjetiva processual como previsões normativas aptas a permitir o desenvolvimento adequado de decisões judiciais estruturantes, fixando mecanismos e ferramentas úteis ao resultado almejado em determinada demanda processual, seja de interesse público ou não.

É o caso, por exemplo, do art. 139, inciso IV, do CPC, ao permitir a adoção de medidas atípicas para efetividade da ordem judicial emanada, ao aduzir que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do CPC, incumbindo-lhe ainda a missão de adotar todas as

²⁷⁶ GOUVÊA, Carina Barbosa; DUARTE, Verônica Rangel. Tutela satisfativa e técnica processual adequada: uma perspectiva a partir da Ação Civil Pública do Carvão. **IUS GENTIUM**, vol. 10, n. 2, p. 09-31, mai./ago. 2019, p. 21. pdf.

²⁷⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. op. cit., p. 243.

medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias indispensáveis para assegurar o cumprimento de ordem judicial proferida no processo, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.²⁷⁸

Impende ressaltar nesse plexo de pensamentos que Micaela Linke e Marco Félix Jobim entendem que a crise da pandemia de covid-19 pelo mundo também exigiu soluções pelo marco técnico dos processos estruturantes, posto que os instrumentos do direito que cuidam e tratam das calamidades públicas e das situações adversas e extremas deixam clara a transversalidade desses eventos, cuja natureza é de inerente complexidade, exigindo do ordenamento jurídico e dos profissionais um grau de dinamicidade suficiente para solucionar os problemas surgidos nesse cenário.²⁷⁹

Para os autores supramencionados, a formatação e a execução de planos dialogados com o auxílio da jurisdição visando à reconstrução sistêmica de instituições colapsadas concebidas muitas vezes no contexto dos litígios irradiados, conflitos esses imbuídos de alto grau de complexidade, no meio do cenário pandêmico, teve embasamento teórico factível “apresentando-se como uma oportunidade de transformação da realidade social brasileira em meio as circunstâncias caóticas pelas quais se navega.”²⁸⁰

Percebe-se dessa diagramação que os casos de processos estruturantes se amoldam bem à realidade brasileira dos últimos anos, inclusive há quem defenda sua aplicação para a crise sanitária de pandemia, como acima visto, e não faltam exemplos de situações em que se foi necessário recorrer ao Poder Judiciário para alcançar provimentos judiciais direcionados a mudar determinada realidade social problemática.

Ocorre que, como salienta Gustavo Osna, adotando um conceito de “practicalismo”, entendido também como um conceito de cunho pragmático, para a figura do processo estrutural, “qualquer que seja o sentido dado a ideias como ‘processos estruturais’, ‘decisões estruturais’ ou ‘provimentos estruturantes’, ele não pode restringir o uso de provimentos complexos, contínuos ou cascadeados sempre que a realidade material assim recomendar.”²⁸¹

Osna, nesse sentido, defende a ausência de um núcleo estrutural nas demandas judiciais compostas por litígios de interesse público, e encontra no fenômeno a caracterização

²⁷⁸ LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. A pandemia da covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 14, v. 21, n. 3, p. 377-426, set./dez., 2020, p. 397.

²⁷⁹ LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. op. cit., p. 405.

²⁸⁰ LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. op. cit., p. 411.

²⁸¹ OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, mai./ago., 2020, p. 257.

dos casos através de um viés pragmático identificado no intento do julgador da causa com o fulcro de solucionar demandas complexas. Como diz o autor:

Na realidade, em cada uma dessas disputas o *leitmotiv* do órgão jurisdicional parece ter sido, apenas, fazer o que seria materialmente cabível diante das circunstâncias postas; criar uma saída para ampliar os benefícios específicos ligados ao caso concreto e minimizar suas previsíveis consequências negativas. Consideramos que esta postura essencialmente casuística está presente em todas as hipóteses, fazendo com que o processo se curvasse à realidade. Por consequência, antes de se arguir se de fato há aí um “processo estrutural”, sustentamos que é necessário reconhecer que, materialmente, o que existiu foi um agir essencialmente pragmático; uma saída atenta aos potenciais desdobramentos e consequências da decisão tomada, reconhecendo a impossibilidade de efetivar a tutela adequada sem levá-los em consideração. Rotulá-lo ou não como “estrutural” ou “estruturante” corresponde a uma opção conceitual e superveniente, incapaz de apagar esse núcleo.²⁸²

Essa forma de Osna de encarar o fenômeno do estruturalismo processual, chamemos assim por aqui, é bem original e peculiar, contudo ousa discordar do autor citado posto que entendo ser possível verificar uma essência nuclear na concepção dos processos estruturais, caracterizados pelas demandas de interesse público, de complexidade elevada para cuja resolução se demanda alto grau de tempo, de energia e de atuação de diversos atores processuais e não processuais, e embora o pragmatismo existente em cada um dos casos citados aqui ou identificados pelo autor seja de visível latência, não me parece adequado fundar nesse mesmo pragmatismo um núcleo duro indissociável das questões complexas debatidas e trabalhadas em processos de interesse público.

4.4. Revisitação necessária de conceitos processuais no âmbito das demandas estruturantes

Os processos estruturais também exigem um procedimento diferenciado que não se amolda aos parâmetros tradicionais do processo individual, bipolarizado, com o qual a lógica jurídica se habituou.

Elementos esses, tais como a adstrição da decisão ao pedido, o princípio do contraditório, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada, para citar alguns exemplos, exigem uma revisitação de suas noções e uma reformulação ampla para direcionar o alcance

282 OSNA, Gustavo. *op.cit.*, p. 270.

de seus significados no âmbito de processos estruturantes, adequando a ritualística processual com a natureza do direito a ser tutelado nesses casos.²⁸³

Como asseveram Simões, Freitas e Rangel, esse modelo de reproposta permite que as técnicas processuais utilizadas estejam amplamente atreladas à situação fática com a qual o órgão julgador deve manejar e atuar com o fulcro de buscar elevado grau de satisfatoriedade com o emprego da própria técnica processual, cabendo, desse modo, ao juiz ou tribunal, em união com os outros sujeitos processuais vinculados naquela relação, em exercício de atividade cooperativa e dialógica, a especificação pormenorizada do caso desde que alinhada à conduta dos sujeitos processuais no transcorrer da marcha processual, permitindo que a execução das decisões judiciais e as formas pelas quais essa execução se impõe estejam amoldadas à realidade existente na prática.²⁸⁴

Daí se pode depreender que os próprios conceitos dos institutos processuais, sejam no âmbito de incidência de regras ou de princípios, podem ser revisitados e podem adotar um caráter contingente a depender se tratar de uma relação tradicional individual, baseada na atuação de um autor contra um réu com um juiz imparcial atuante, ou se tratar de uma relação multipolar ou policêntrica, envolvida pela atuação de diversos autores e agentes, que vão além da lógica dicotômica da relação sujeito ativo contra sujeito passivo, atingindo por contingência a revisitação das próprias funções do julgador, que precisará atuar voltado à dinâmica de processos mais complexos, que exigem saídas além das convencionais nos termos da processualística comum ordinária.

Irei comentar mais à frente que um dos mecanismos dessa adaptabilidade processual diz respeito à lógica de flexibilidade procedimental, que foi esposada pelo Código de Processo Civil de 2015, para abranger a noção de elasticidade e de transformabilidade das técnicas processuais de maneira a aplicar-se aos litígios coletivos.

Nessa senda de ideias, segundo Jobim e Linke na atual legislação processual brasileira, alicerçada em normas fundamentais processuais explicitadas no primeiro capítulo do CPC/2015, tem-se uma noção de sobreposição do mérito à forma, permitindo um grau maior intervenção de terceiros, por exemplo, ou permitindo a utilização de medidas executivas atípicas, de maneira a abraçar as tendências constitucionalizantes do processo civil moderno, pautado em um maior espaço para a guarida de direitos transindividuais, com esboço na

²⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do TRF 1**, Brasília v. 29 n. 1/2 jan./fev. 2017, p. 73.

²⁸⁴ SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. op. cit., p. 534.

expansão da jurisdição constitucional e o fortalecimento de uma dogmática principiológica da interpretação constitucional.²⁸⁵

Assim, essa nova roupagem para conceitos processuais conhecidos surge em contexto atual de análise moderna da jurisdição constitucional, especialmente no contexto de judicialização de políticas públicas, exigindo um padrão mais cooperativo dos sujeitos processuais e uma atuação mais dinâmica e dialógica do juiz para com as partes, resultando em uma tendência de revisitação de institutos conhecidos.

As próximas passagens do presente trabalho vão girar exatamente sobre essas noções de um processo civil e constitucional mais adequado e flexível de acordo com as peculiaridades da demanda que se apresenta sob julgamento, apresentando reflexões sobre o princípio do contraditório, sobre o conceito de competência e capacidade, sobre a execução participativa e cooperativa das decisões judiciais no âmbito dos processos estruturantes e sobre o policentrismo processual.

4.4.1. Competência adequada e capacidade institucional

Em relação à competência processual para proferir e executar determinada decisão estruturante, Fachin e Shinermann afirmam que a delimitação do tamanho do objeto do processo poderá demandar, por exemplo, a competência do STF para o julgamento da causa, pois essa fixação do órgão jurisdicional competente deve variar a partir do grau de resolutividade que se pretende buscar com a sentença estrutural.

Nesse sentido, para os autores isso pode se dar pela impossibilidade de delimitação exata do objeto litigioso e das consequências e dos efeitos e alcances subjetivos e objetivos da sentença, a exemplo da própria ADPF n. 347, que trouxe em seu bojo determinação judicial referente à realização de audiências de custódia que vinculou todas as esferas de jurisdição no país, fato que, segundo os autores, só poderia ocorrer mediante decisão do STF dado o grau elevado de expansão subjetiva e objetiva dos efeitos do julgado.²⁸⁶

Essa perspectiva consistente em entender a competência para o julgamento de determinado processo a partir das peculiaridades do caso concreto, tais como o alcance dos efeitos objetivos e subjetivos da decisão, e não apenas estabelecer essa mesma competência a

²⁸⁵ LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. op. cit., p. 393.

²⁸⁶ FACHIN, Melina Girardi; SHINERMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018, p. 230.

partir de regras estanques de sua fixação prévia em lei, vai permitir o desenvolvimento do conceito de competência adequada, sobre o qual tratarei a seguir.

Antes, entretanto, inobstante o exemplo acima, Melina Fachin e Caio Bueno defendem que, de maneira preferencial, as decisões estruturantes devam, via de regra, ser proferidas por juízes de primeiro grau, em razão da proximidade destes com os fatos e com os atores envolvidos na relação processual, bem como por estarem mais ligados à realidade local e de, por isso mesmo, deterem condições melhores de prosseguirem analisando as demais fases da relação processual, mormente as etapas que dizem respeito ao cumprimento do julgado, após as decisões de mérito.²⁸⁷

Logo, segundo a visão dos autores, ainda que a prolação de decisão final se dê no âmbito do STF, como o citado caso da ADPF n. 347, a competência para execução da decisão deveria ser delegada ao juiz de primeiro grau ou ao tribunal respectivo, a depender do caso concreto, permitindo-se a configuração de uma espécie de “provimentos em cascata” do julgamento.²⁸⁸

Esse aspecto assimilado pelos autores vai dar espaço para a discussão fundamental para a tese aqui proposta que são os temas da capacidade institucional e da competência processual adequada.

A princípio, pode-se afirmar que a regra da competência é normalmente definida em doutrina como a medida ou quantidade de jurisdição de determinado órgão, porém esse conceito não é insuscetível de críticas, uma vez que a competência, em verdade, não mede nem quantifica a jurisdição de um juiz ou de um tribunal, mas, sim, delimita o seu exercício e simultaneamente atribui o seu poder de julgar.

Iniciando a discussão sobre a competência adequada para julgamento de uma causa, é preciso não olvidar que a regra de competência é, normalmente, fixada a partir de dois princípios, o da tipicidade, também conhecido como princípio da prescrição normativa, e o da indisponibilidade, sendo que pelo primeiro a competência é fixada antes mesmo de o caso processual surgir e ela é definida por lei ou, como em alguns casos, pela Constituição Federal. Já a ideia de indisponibilidade diz respeito à impossibilidade de o juiz, uma vez entendido como o competente, poder declinar do seu dever de julgar em favor de outro julgador que não detenha competência processual prefixada.

Assim, podemos pensar nos institutos processuais do *forum shopping*, como aquele em que surgem opções para escolha de quem deve julgar a causa, como ocorre no caso nas

²⁸⁷ FACHIN, Melina Girardi; SHINERMANN, Caio Cesar Bueno. op. cit., p. 230.

²⁸⁸ FACHIN, Melina Girardi; SHINERMANN, Caio Cesar Bueno. op. cit., p. 230.

ações coletivas fundadas na ocorrência de dano regional ou nacional, como prevê o art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), cabendo o julgamento dos casos de violação coletiva aos direitos do consumidor na capital do estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Logo, essa técnica processual confere ao autor da ação o direito potestativo de escolha do estado ou do foro de sua preferência, no exercício do chamado *forum shopping*, optando o autor, usualmente, por aquele que melhor atenda às suas necessidades e interesses.²⁸⁹

Além do instituto do *forum shopping*, temos nessa discussão o instituto *forum non conveniens*, que trata do poder de recusa do juízo escolhido inicialmente para o julgamento da causa, deixando ao seu alvedrio a permissão legal de negar a prestação jurisdicional se demonstrada a competência concorrente de outro órgão julgador, como sendo esta a mais viável para atender aos interesses e reclames, públicos e privados, das partes e dos melhores ditames de justiça para o caso.

Logo, a partir dessas informações acima demonstradas, é válido constatar que o *forum non conveniens* se materializa como mecanismo de controle judicial do *forum shopping*, de modo que este, enquanto poder de escolha, não pode ser exercido pela parte que dele dispõe de maneira abusiva e atentatória à boa-fé objetiva, de modo que não seja admitida a sua utilização com o mero intuito de prejudicar a parte adversa.²⁹⁰

Aliada à ideia de competência típica e indisponível, a professora Paula Sarno Braga vai apresentar a noção de competência implícita, sendo aquela que tem caráter complementar à competência típica, e só é admissível quando propícia para a realização dos fins processuais e atribuições constitucionais do órgão julgador, não invadindo indevidamente a esfera de competência de outros, de modo que a competência adequada, segundo a autora, estaria vinculada às hipóteses de competência concorrente, ou seja, ocorreria quando o sistema previsse que dois ou mais juízes seriam competentes para determinada causa, sendo um deles mais adequado para realizar o julgamento da demanda processual.²⁹¹

Nesse sentido, compreendendo a visão de competência adequada como um princípio, e não como uma regra, tem-se dispositivo segundo o qual o julgador competente para decidir determinada causa seja não somente aquele, prévia e abstratamente, competente, segundo a lei processual ou a Constituição, mas se deve admitir como concretamente competente, aquelas como melhores condições para conduzir um processo que seja devido.

289 BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de processo**, n. 219, a. 38, p. 13-42, mai., 2013.

290 BRAGA, Paula Sarno. op. cit. 67.

291 BRAGA, Paula Sarno. op. cit. 22.

Segundo Didier Júnior e Zaneti Júnior, a análise das regras existentes no direito pátrio tem de passar pelo filtro da competência adequada, que pode ser encarada como consequência dos princípios do devido processo legal e da adequação processual, não sendo mais possível aplicar as regras legais de competência sem que se faça o juízo de ponderação sensível às peculiaridades da demanda a partir do exame das especificidades do caso concreto que é submetido a julgamento pelas partes.²⁹²

Nessa mesma pegada, para Pupo pela aplicação da competência adequada deve-se aplicar a norma de competência segundo a análise retirada de cada caso concreto, exigindo-se para tanto a realização de um juízo de adequação e de adaptação da natureza da causa ao órgão julgador, que leve em conta não apenas a natureza do dano, mas também o nível de facilitação para produção probatória, o grau de possibilidade para desenvolvimento da defesa do réu, a publicidade da ação entre outros fatores.²⁹³

Ocorre que é importante salientar uma crítica ao pensamento de Braga mais acima exposto ao fixar as hipóteses de incidência da competência adequada com base nos casos em que se tem mais de um juiz competente, do ponto de vista da lei preestabelecida, para julgar a causa, posto que não me parece correto limitar a noção de competência adequada apenas aos casos em que existir competência jurisdicional concorrente, isto é, aquela em que mais de um órgão de jurisdição tem igual possibilidade de julgar determinada causa, já que até mesmo em situações em que a regra de competência não seja típica ou prefixada me parece possível que determinado órgão jurisdicional se apresente como o mais adequado para realizar determinado julgamento, devendo a ele ser submetida a causa para julgamento.

Esse maior nível de adequação pode ser identificado, por exemplo, pela análise da capacidade institucional daquele órgão jurisdicional de realizar determinado julgamento em determinadas condições.

Segundo Antônio do Passo Cabral, a ideia de capacidade institucional está intimamente vinculada à definição de qual o órgão jurisdicional decide melhor determinada causa submetida a julgamento, devendo para tal desiderato serem consideradas para

292 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da competência adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 128, p. 403-414, mar./abr., 2020, p. 03.

293 PUPO, Thaís Milani Del. Características da competência nas ações coletivas. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017, p. 420.

identificação das capacidades institucionais do juiz ou tribunal as aptidões cognitivo-decisórias de cada um dos órgãos julgadores.²⁹⁴

Nesse passo, o estudo da natureza e do alcance de uma decisão judicial precisa estar em consideração com as possibilidades, permissões e limitações vinculados a cada órgão julgador, enquanto ente institucional em um quadro de arranjo normativo de funcionamento de órgãos e de poderes, de modo que a partir do exame da capacidade institucional de cada ente seja possível formar um modelo móvel e deveras contingente para definição da competência para o julgamento de certas causas processuais.

Assim, percebe-se que a noção de competência adequada está intimamente vinculada à ideia de capacidade institucional, porquanto essa serve como medida para aferir a existência ou não do grau de adequação e de viabilidade sobre a competência de determinado juiz ou tribunal, surgindo um modelo adaptável de acordo com as peculiaridades dos casos enfrentados.

Arguelhes e Leal anotam que normalmente a discussão acerca do tema das capacidades institucionais leva em consideração elementos que realçam as habilidades, recursos, condições técnicas e limitações reais e concretas dessas instituições, contudo, há correntes de pensamento que analisam o viés dessa capacidade a partir do prisma comparativo, marcado em um contexto de arranjos de pluralidade de atores judiciais e não judiciais.²⁹⁵

Vale, assim, citar o pensamento dos autores que torna a discussão sobre as capacidades institucionais bastante esclarecedor:

Nesses casos, ainda que em linhas muito gerais, pode-se perceber a seguinte estrutura geral do argumento: é certo que o Judiciário pode dar *alguma* resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, quando comparamos os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constatamos que a performance judicial deixa a desejar. Instituições como o Congresso, a Presidência da República e as agências reguladoras – segue o argumento – estariam em condições de oferecer, no geral, respostas *melhores* do que aquelas que os juízes tenderiam a produzir.²⁹⁶

Para Passo Cabral, para a aferição das capacidades institucionais de um órgão se pressupõe uma certa medida de especialização para a realização de uma atividade, a fim de que se permita ao operador compreender que existem instituições e órgãos que tem como

²⁹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 374.

²⁹⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38 p. 6-50, jan./jun., 2011, p. 07.

²⁹⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. op. cit., p. 07.

finalidade, função ou objetivo primordiais o desempenho de determinada atividade típica do Estado, sendo que essa técnica de escrutinar as capacidades institucionais vai pressupor que toda instituição é falível, por diversas razões, quando tenta alcançar os fins a que se destina, estando limitada *a priori* pelas incertezas dos resultados prováveis e *a posteriori* pelos erros efetivamente cometidos.²⁹⁷

Assim, ainda segundo o entendimento de Cabral, com a referida concepção de capacidade institucional se busca a compreensão e a designação de uma técnica processual específica que permita ao operador apontar a instituição que mais adequadamente poderá julgar determinada questão processual, aproximando o resultado final ao máximo do ideal desejado, mas sem desconsiderar as características e limitações do órgão julgador na realidade fática, devendo-se, ao final, levar em conta não apenas a conformação normativa do órgão/ente julgador, com os instrumentos legais e constitucionais dispostos ao seu alcance, mas também devem ser sopesadas as circunstâncias fáticas nas quais aqueles exercem as suas competências.²⁹⁸

Do exposto, fica patente a existência do caráter contextual e contingente do exame das capacidades institucionais, posto que sua análise exige do pensador um cotejo interinstitucional típico e uma comparação detalhística que segue além de uma mera perspectiva interna e funcional, de modo que capacidade decisória do órgão julgador não pode ser analisada como se suas habilidades funcionais e limitações práticas ocorressem num vazio institucional e operacional, sendo imperioso, portanto, analisar as capacidades institucionais em um nível dinâmico de comparação específica e empírica a partir de variáveis muito diversas que sequer podem ser esgotadas previamente na regra legislada, pois suscetíveis a elevados graus de possibilidade de alteração do seu conteúdo não só no tempo, mas também no espaço.²⁹⁹

Arguelhes e Leal também comungam desse entendimento de compreensão para a definição de capacidade institucional, ao afirmarem que as “considerações – “capacidades institucionais” – são necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos.”³⁰⁰

Por sua vez, Cíntia Morgado, analisando o tema da separação dos poderes com a discussão das capacidades institucionais, relaciona estas à compreensão sobre habilidades, aptidões, competência, talento e vocação de um órgão ou um agente público para lidar com

297 CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 375.

298 CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 379.

299 CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 383.

300 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. op. cit., p. 26.

determinada questão, e que, segue a autora, a noção de capacidade institucional deve ser aplicada no cenário de separação dos poderes e funcionamento adequado dos órgãos e entidades públicos juntamente com o baluarte do profissionalismo na atuação dos agentes públicos, baseado na existência de um corpo administrativo cuja indicação para atuação não esteja extremamente vinculada por critérios políticos.³⁰¹

A análise de Morgado é bastante incisiva quando aponta a autora os tipos de deficiências encontradas na atuação do Poder Judiciário, tais como problemas de tempo, em razão de prazos para decidir; deficiências técnicas, em razão da ausência de *expertise* e conhecimento próprio para matérias que podem ser melhor averiguadas por médicos, psicólogos, engenheiros, contadores etc.; limitações processuais, tais como preclusões, visão individual e de túnel do processo, limitação para intervenção de terceiros, reduzida possibilidade de exercício de controle após a formação da coisa julgada entre outros.³⁰²

É com bastante simpatia que vejo a ideia de competência adequada e capacidade institucional para a construção dessa tese, sendo que é possível identificar uma definição mais precisa no pensamento de Cabral no que diz respeito a, apesar de reconhecer a contingência do conceito de capacidade institucional, identificar quais os mecanismos ou indicadores que poderão auxiliar o julgador e a parte a constatarem quem detém a capacidade institucional e, por consequência, a competência adequada, para realizar o julgamento de determinado caso submetido à análise.

Contudo, essas indicações mínimas feitas por Cabral são bastante tímidas e frágeis, sendo, portanto, necessário uma reflexão mais profunda a fim de que possam ser apresentados indicadores mais específicos que demonstrem que tal e qual juiz ou tribunal detém a melhor capacidade institucional para uma demanda e que por essa razão pode ser considerado o órgão julgador adequadamente competente.

Vale frisar também que isso não seria feito em nome de vetores abstratos vinculados às pretensões de segurança jurídica ou de previsibilidade, valores muito caros na realidade jurídica da atualidade brasileira e mundial, mas apenas se traça uma perspectiva mais robusta em busca de se permitir uma aplicação prática e eficiente das capacidades institucionais, pois imaginemos que o CPC, amanhã, positivasse a ideia de competência adequada, dizendo que a competência para julgar certo caso de reintegração de posse ou de uma ação de interdição e curatela, por exemplo, será determinada pelo órgão que detenha uma maior e melhor

301 MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 64-93, 2011, p. 81.

302 MORGADO, Cíntia. op. cit., p. 82.

capacidade institucional para o caso. Como operacionalizar isso? Quantos conflitos de competência surgiriam?

Cabral não parece responder diretamente a essa questão, embora o autor afirme que, na busca de identificar os melhores e ideais elementos conformadores da capacidade institucional a eventualidade para essa exata definição não significa a realização de escolhas exclusivamente casuísticas, posto que poder-se-iam analisar a estrutura e as funções de uma específica instituição judiciária, verificando, por exemplo, as garantias dos juízes, a qualidade de seus assessores, a estrutura de apoio técnico, os instrumentos processuais dispostos para informar a decisão construída entre outros, comparando esses fatores com o desenho institucional de uma determinada agência estatal, por exemplo.³⁰³

Para o autor, em verdade e em uma perspectiva prática para desenvolver a análise das capacidades institucionais, tem-se que nas disputas sobre as regras de definição de competência, o argumento das capacidades institucionais será tanto mais importante quanto não for evidente e imutável a distribuição de competência, ou quando essas mesmas regras uma vez postas deixarem algum grau de abertura para a conformação discricionária da definição do juiz ou tribunal julgador ou para a flexibilização da regra legislada.³⁰⁴

Trazendo essa discussão para o âmbito das políticas públicas, especialmente para o caso do Estado de Coisas Inconstitucional, o tema se torna interessante e as críticas surgem quando se analisa os critérios formais apresentados para identificar os órgãos que detinham, ou não, capacidade institucional para conduzir e realizar a política pública prisional no país.

Assim, Magalhães adota um tom crítico à decisão do STF no julgamento da cautelar da ADPF n. 347, ao perquirir sobre as capacidades institucionais implicitamente analisadas por ocasião daquele julgamento. Diz o autor citado:

O Executivo será omissivo quando ele não criar uma política pública sobre a matéria pertinente à violação de direitos fundamentais ou quando a política se mostrar ineficiente? Caberá ao STF formular os padrões capazes de aferir a ineficiência de uma política pública criada pelo Executivo, quando o mesmo tribunal tem considerado que não detém as capacidades institucionais exigidas para tanto ou quando ele mesmo for a instituição tida como inerte? O STF, como o faz rotineiramente, típico de uma corte que decide com base em argumentos de autoridade, não respondeu a nenhum desses questionamentos, favorecendo a discricionariedade e aleatoriedade na aplicação do ECI no futuro. Argumentos minimamente baseados na análise das capacidades institucionais dos poderes da República exigem certezas empíricas quanto ao grau de eficácia do exercício das competências das instituições no agregado, e não em situações pontuais ou em casos específicos. Ou seja, a incapacidade ou inércia de um poder, separadamente

303 CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 384.

304 CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 390.

considerado, ou em sua ação conjunta com os demais, não pode ser aferida por meio de intuições, senso comum ou fatos notórios.³⁰⁵

Ouso aqui discordar de Magalhães posto que as respostas que o autor busca e assevera que não foram respondidas pelo STF no julgamento da medida cautelar do ECI prisional brasileiro foram sim apresentadas pela corte durante o julgamento, sendo possível identificar que aquele tribunal considerou a ocorrência de inércia relevante e preocupante por parte do Poder Executivo ao não adotar as medidas necessárias e concretas para o estabelecimento de um sistema prisional mais condizente com a dignidade da pessoa humana.

Quanto à segunda indagação do autor, ao lançar o questionamento sobre se seria o STF o órgão específico para formular os padrões capazes de aferir a ineficiência de uma política pública criada pelo Executivo também entendo como positiva a resposta, posto que o STF assim o fez, pois a ele cabe, nesse caso específico, a interpretação sobre o cumprimento ou não dos ditames constitucionais no atinente à obediência aos primados de direitos humanos e fundamentais da pessoa presa, e isso não ocorre de uma maneira abstrata e genérica, como se aqui eu estivesse defendendo o primado da supremacia judicial em sua forma mais pura, mas sim decorre da instauração de uma instância judicial, adequada, competente, diga-se de passagem, e necessária para a busca da superação da situação identificada como sendo inconstitucional e permanece durante anos e anos na realidade brasileira.

4.4.2. Possibilidade de sentenças genéricas e a mitigação do princípio da adstrição do juiz

A discussão acerca dos contornos da sentença de mérito, especialmente na fase de conhecimento, em uma causa de natureza estruturante não dispensa o nascimento de reflexões sobre a própria utilização do processo estruturante como medida mais adequada à satisfação de determinado problema litigioso na ordem dos fatos.

É que, como sabido, em algumas circunstâncias a própria situação de violação coletiva de direitos, que demanda na maioria das vezes um processo estruturante para sua resolutividade, inicia-se ou se envolve, possivelmente e em um primeiro momento, com a violação de um direito individual, cujo lesado seja conhecido e pode estar interessado em algum provimento jurisdicional que possa satisfazer a sua pretensão.

³⁰⁵ MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 3, 2019, p. 19. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

Sobre o tema Francisco Barros faz reflexão relevante ao aduzir que se muitas vezes a possibilidade de manuseio do processo estrutural não tem o condão de inviabilizar ou impossibilitar a litigância individual, sob efeito de restringir a garantia constitucional de acesso à jurisdição, é válido e necessário ressaltar que há questões estruturais para as quais a resolução não admite a análise processual individualizada em função de um possível e grave juízo de inadequação, razão pela qual, conclui o citado autor, nem sempre se apresenta viável ao autor do processo escolher se opta por um outro caminho, ou até mesmo pela sua coexistência, cabendo, em casos de tal monta, ao magistrado instar o demandante a amoldar a sua postulação vestibular ao modelo adequado de resolução da controvérsia, sob risco de se obstar o seu recebimento.³⁰⁶

Na discussão aqui levantada se faz necessário também trazer ao debate a inafastável revisitação do conceito processual de sentença, que, no âmbito de processos estruturantes, pode exigir novas dimensões e características, não estando aqui a se falar nas classificações ternária ou quinária da sentença processual, mas sim da compreensão de quais consequências práticas obtidas em um provimento judicial em demandas complexas que envolvem execução de políticas públicas e como essas características possibilitam a categorização do ato judicial referido.

Essa revisitação, de fato, surge juntamente com a inarredável reformulação das visões clássicas de contraditório processual, do processo de viés exclusivamente bilateral e da participação e colaboração na fase de cumprimento/execução da sentença judicial, onde ficou evidente o espaço para reformular as noções sobre o princípio da adstrição ou congruência do juiz, entre outros institutos típicos do processo civil que, pela natureza das decisões estruturantes, precisam de novas roupagens e fórmulas, sendo que com a noção de sentença não parece ser diferente quanto à imprescindibilidade de sua revisitação.

É que, em verdade, na discussão de processos estruturantes e os provimentos jurisdicionais que dele emanam, o conceito de sentença precisar ir além da concepção de ato judicial que ponha fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito, como as conhecidas fórmulas reducionistas da racionalidade e da complexidade, como fazem os artigos 485 e 487 do CPC, uma vez que a dinâmica de causas de natureza estruturante apresenta-se com maior exatidão e intensidade justamente durante a própria fase de seu cumprimento, razão pela qual muitas vezes a sentença que fixa, define ou remodula políticas públicas precisam ser genéricas, abrangentes e abstratas, posto que muitas vezes os seus desdobramentos são

³⁰⁶ SILVA NETO, Francisco de Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. *Civil Procedure Review*, v. 10, n. 1, jan./abr., 2019, p. 81.

imprevisíveis ou inesperados e comumente estão aptos a aparecer no transcorrer da relação processual da execução ou do cumprimento do julgado, exigindo que o fim do processo se prolongue no tempo e ensejando a possibilidade de múltiplas sentenças no mesmo processo, a fim de que cada uma delas possa se destacar pelo cumprimento específico de etapa ou objeto da política pública fixada nos autos.

Desse modo, percebe-se quão comum nos processos estruturais é a prolação de uma primeira decisão judicial de mérito que seja mais aberta e genérica quando comparada com aqueles julgados que normalmente são proferidas em demandas de índole estritamente individual, posto que na demanda estruturante a sentença por vezes se apresenta como ato judicial definidor de diretrizes abrangentes para a proteção do direito a ser protegido ou confirmado no final da relação processual, tido normalmente após uma longa fase de cumprimento ou de execução, onde se identifica o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ela levado pelas partes processuais.

É que nessas causas caracterizadas por conflitos de interesse público, após a prolação de uma primeira decisão meritória outras decisões igualmente de mérito podem ser prolatadas no bojo do processo estrutural com o fito de resolver problemas cuja especificidade não foi possível de se prever em nível anterior, ou então em razão de questões fáticas ou processuais supervenientes, mas cuja lide e a resolutividade respectiva demandam uma análise pormenorizada por órgão mais próximo dos fatos, questões essas normalmente surgidas na fase de execução ou de cumprimento da ‘decisão-núcleo’.³⁰⁷

Olhando a celeuma pelo viés da função dessa necessidade de proferimento de uma decisão macroprocessual em um primeiro nível para só então ser proferida uma decisão microprocessual, ou mais de uma, inclusive, afeita às especificidades não notadas e não previstas pela sentença anterior em um primeiro momento, é que se torna indispensável a aplicação da flexibilização do princípio processual da congruência, ao exigir uma delimitação e uma correlação necessária entre o pedido apresentado pelo autor na petição inicial e a sentença proferida pelo juiz.

Com efeito, esse grau de adaptabilidade e maleabilidade entre aquilo que se pede e aquilo que se entrega com a adjudicação pelo juiz, que denota com maior ênfase a noção de princípio em vez de regra para a concepção da exigência de congruência processual entre o pedido e a sentença, vai conceder ao órgão julgador um maior e mais relevante espaço de

³⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v. 8, n.1, p. 46-64, jan.-abr., 2017, p. 51. Disponível em: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf Acesso em: 19 out. 2018.

abertura, cognitiva e decisional, para deliberação na eleição da forma específica de execução da decisão proferida bem como na forma de atuação e garantia do direito nela tutelado.

Aqui, em análise, refiro-me à flexibilidade da congruência objetiva, que supõe, por isso mesmo, que a interpretação do pedido, nos termos do que é previsto no art. 322, § 2º, CPC, ao aduzir que o pedido deve ser certo e a sua interpretação considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé, leve em consideração toda a supercomplexidade da relação social, econômica, política e cultural que muitas vezes são identificadas na realidade fática que revolve um litígio processual de interesse público.³⁰⁸

Como sabido, os art. 322 e 324 do CPC pugnam para que o pedido na petição inicial de uma relação processual seja certo e determinado, salvo exceções legais que autorizem o pedido genérico. Além daqueles, o art. 329 do mesmo diploma processual estatui as regras para a estabilização da demanda, autorizando a modificação dos pedidos ou da causa de pedir até a apresentação da contestação, hipótese que não exige a anuência do demandado, ou até a fase do saneamento do processo, a partir de quando não se é mais permitido às partes alterarem os pedidos e a causa de pedir.

Nessa trilha, Cota e Nunes, considerando a concepção clássica e individual do processo civil, onde o demandante tem o dever de postular pedido certo e determinado, o que supõe o seu conhecimento claro, desde o momento do protocolo da inicial, acerca do objeto e da extensão de sua pretensão, vão afirmar que, no âmbito dos processos estruturais, o princípio da adstrição/congruência da sentença ao pedido, que finca os parâmetros para a limitação do debate processual aos contornos da causa de pedir, bem como os seus corolários diretos, que são as hipóteses de aditamento ou de modificação do pedido e da causa de pedir e a exigência técnica da certeza e da determinação dos pedidos, devem sofrer uma revisitação imperiosa para fins de se amoldarem a uma perspectiva mais eficaz do litígio estrutural, limitada essa reformulação pelo escopo de implementação de um modelo constitucional de processo civil moderno.³⁰⁹

Nesse sentido, na admissão de provimentos estruturantes é preciso abrir espaço para um sistema permeável e facilitado pela atenuação do princípio da congruência, permitindo ao julgador alguma margem de apreciação e definição na eleição da forma de garantia e do cumprimento do direito manifestado na sentença, sendo lógico que, em um ordenamento jurídico cercado pela necessária ideia de correspondência e adstrição entre pedido e sentença,

³⁰⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael. op. cit., p. 56.

³⁰⁹ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 217, a. 55, p. 243-255, jan./mar., 2018, p. 252.

difícilmente se consegue operar com a espécie decisão estrutural, porque naquele normalmente não se há espaço para uma flexibilidade urgente e para a adequação de viabilidade da decisão judicial às particularidades do caso concreto.

Por essa razão, segundo Arenhart, é muito árduo e dificultoso que o autor da demanda possa, já ao desenhar a sua pretensão na peça vestibular, ter a precisa dimensão daquilo que no futuro será necessário para responder de maneira propícia e satisfatória ao direito que se busca proteger, posto que embora não seja sempre impossível que o autor consiga antecipar algum grau de efetividade desejada com a adjudicação, geralmente essa medição só se torna mais viável e exata nas partes finais do transcorrer da demanda processual, razão pela qual a atenuação do princípio da congruência se apresenta como imperativo categórico absolutamente indispensável para a mais ajustada efetividade da decisão judicial de mérito em um sistema dos provimentos estruturantes.³¹⁰

Por essa mesma razão é que Arenhart vai desenvolver os conceitos de sentenças genéricas e em cascata, dada a elevada frequência no emprego de litígios de interesse público da necessidade de o juiz ou tribunal recorrerem a provimentos sobrepostos e sucessivos em um mesmo caso, permitindo que a resolução prática dos problemas surgidos no transcorrer da fase do cumprimento ou da execução de sentença ocorra de maneira paulatina, exigindo uma decisão própria para cada novo microlitígio surgido naquelas fases processuais posteriores, à medida que apareçam na relação processual. Por essa razão se torna comum no julgamento dos processos estruturantes a prolação de uma primeira decisão, que se limita a fixar linhas gerais e abrangentes como diretrizes para o resultado prático efetivo esperado pelo julgamento do processo, momento em que é criado o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. A essa primeira decisão o autor apregoa o conceito de “quase principiológica” ou “decisão-núcleo”, em razão de sua principal função ser estabelecer a “primeira impressão” sobre a tutela jurisdicional.³¹¹

A mencionada discussão sobre sentenças em cascata leva o estudioso à inevitável e inexorável problemática acerca da coisa julgada nos processos estruturantes, posto que a quantidade de decisões sobrepostas e sucessivas, advindas muitas vezes de um mesmo órgão julgador em uma mesma causa, pode trazer à tona a discussão acerca dos limites nos quais a decisão nova não viola os termos precisos da decisão anterior, que, eventualmente, podem estar protegidos sob o manto da coisa julgada.

³¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 05. pdf.

³¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013, p. 06. pdf.

Nessa senda de ideias, Barros vai afirmar que a relativização da coisa julgada em litígios de interesse público se apoia em bases pouco seguras, pois baseada em um movimento de novos crivos judiciais acerca da viabilidade e da adequação das medidas e dos provimentos formatados no julgamento anterior, sendo que, por vezes, não existe uma chave de leitura adequada, revolvida do viés da objetividade para quem dela se utiliza, que controle o acesso à própria noção de flexibilização, razão pela qual o autor sugere ao debate algumas diretrizes que podem permitir algum nível segurança nessa empreitada, entre elas:

Primeiro, quanto mais próximo o tema a ser rediscutido se situe do núcleo do julgamento (e aqui me refiro ao “projeto base”, à “decisão núcleo” etc.), maior deve ser o ônus argumentativo necessário para que se reabra o debate. O esforço argumentativo para se rediscutirem as metas a serem alcançadas, por exemplo, deve ser maior que o requerido para a alteração de condutas específicas, impostas – propositalmente ou não – pela sentença ou pelas decisões anteriores, destinadas a se atingir o estado de coisas ideal. Talvez possamos dizer que essa mudança de itinerário seja menos gravosa que a alteração do destino final, o que nos traz a níveis diferentes de rigor quanto à justificativa adotada para a alteração do julgado. Segundo, a alteração do julgamento se permite, em princípio, em um sentido vetorial único: de se propiciar maior eficácia ao que foi definido no núcleo da decisão. As alterações devem propiciar idêntica ou maior salvaguarda aos bens jurídicos considerados preponderantes naquele julgamento, mediante operações com menor custo, maior eficácia e/ou menor sacrifício a outros bens jurídicos relevantes. Trata-se de diretriz similar àquela da vedação ao retrocesso, posta para se evitar que a flexibilização da coisa julgada se preste como instrumento de bloqueio político à efetivação do julgado ou que possa ser veiculada para a mera repristinação de argumentos ultrapassados. Neste ponto, mudanças mais incisivas no núcleo da decisão apenas se justificariam pela inclusão de novas variáveis – é dizer: de novos bens jurídicos dignos de tutela – não consideradas naquela equação inicial.³¹²

Da formatação do pensamento acima descrita convém esclarecer que os limites estabelecidos pela coisa julgada merecem respeito no processo civil, inclusive naqueles tidos como estruturantes, contudo para esse tipo de demanda o surgimento de provimentos em cascata e as especificidades normalmente contingenciais na fase de cumprimento ou em processo próprio de execução exige que a mitigação e a flexibilização da coisa julgada seja tomada como quase que necessária e que, por vezes, será indispensável para alcançar a satisfação do direito material envolvido e protegido com o julgamento.

Federico Sedlacek, estudando esse tema da coisa julgada nos processos estruturantes, tem como nova e importante a consideração e a reflexão sobre o referido instituto processual, de acordo com a possibilidade de compreender a coisa julgada de outro ponto de vista que, sem o objetivo de retirar dela a consistência e a estrutura substancial de imutabilidade, vai

³¹² SILVA NETO, Francisco de Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. *Civil Procedure Review*, v. 10, n. 1, jan./abr., 2019, p. 84.

autorizar e até mesmo incentivar certo grau de variação adaptativa na consecução dos seus ditames à luz das necessidades surgidas nos procedimentos de execução nos processos estruturais. Esse tipo de característica permitiu o autor cunhar a expressão “coisa julgada dinâmica” como elemento processual típico das relações de litígio de interesse público manifestadas em processos estruturantes.³¹³

Com as considerações acima expostas busquei trazer considerações ao leitor acerca da necessidade de no processo estrutural moderno se falar em provimentos judiciais em cascata, sobrepostos, sucessivos e aferíveis de acordo com as especificidades que surgem em cada etapa do cumprimento da decisão judicial de mérito, bem como tentei embasar as problemáticas que dessa postura surgem com as consequentes releituras sobre a mitigação da coisa julgada e seus efeitos bem como sobre o princípio da adstrição do juiz ao pedido formulado pelas partes no processo. Agora passo a discutir alguns pontos da fase da execução ou cumprimento de sentença nos processos de natureza estrutural.

4.4.3. Execução negociada de sentença e o negócio jurídico estruturante

O processo estrutural, a partir das perspectivas até então apresentadas, demonstra uma necessidade eminente de implementação das suas decisões através de um mecanismo diferenciado, ao se ter em vista a comparação com a noção de um processo bipolarizado não cooperativo, cujos meios legais coercitivos de cumprimento tendem a ser mais eficazes, sendo que, ao revés, no modelo cooperativo há melhor e maior probabilidade de adimplemento da ordem judicial estruturante sem maiores traumas e custos às partes e a todos aqueles interessados com o provimento.

É que a decisão estruturante exige, almejando um resultado útil ao provimento jurisdicional, muitas das vezes a execução de seus mandamentos de forma participativa e colaborativa, ensejando a integração de sujeitos processuais além de sujeitos que possam estar nos limites técnicos da relação processual conhecida, normalmente estabelecida entre autor e réu, especialmente quando se fala de políticas públicas, cuja implementação decorre de um conjunto de atos complexos e sucessivos, muitas vezes de natureza permanente, posto que as medidas coercitivas previstas no ordenamento processual pátrio nesses casos estruturantes e

³¹³ SEDLACEK, Federico D. Nuevas herramientas para la ejecución de resoluciones en litigios estructurales: el Case Management anglosajón y la cosa juzgada “dinámica”. Ejecución de resoluciones judiciales – **Revista de Derecho Procesal**, tomo 2013-2, 2013, p. 19.

hipercomplexos muitas vezes tendem a não ser suficientes e a não alcançarem um grau de satisfatividade relevante.

Nessa trilha, segundo Sérgio Cruz Arenhart, citando especificamente caso de ação civil pública estrutural, a legitimidade das soluções consensuais sobre casos versando acerca de políticas públicas depende, sem dúvidas, da permeabilidade das negociações e de interações recíprocas entre as partes bem como depende do acesso nessa negociação da participação de grupos a princípio alheios à relação processual que podem ser atingidos pela decisão e pelo seu cumprimento, bem como depende muitas vezes da necessidade da oitiva de especialistas na matéria tratada na relação estruturante.³¹⁴

Como leciona Eduardo da Fonseca Costa, são muitas as vezes na fase de execução do julgado ou de cumprimento de sentença que fixam determinada maneira de conduzir políticas públicas governamentais que se tem um procedimento mais similar a um roteiro processual comum, que a mim me parece uma situação muito parecida com uma receita de bolo, resumida na seguinte situação hipotética: em dado momento processual a sentença estrutural é estabelecida; logo após inicia-se a fase de cumprimento do julgado, nos autos próprios ou mediante processo de execução à parte; diante da ausência do cumprimento espontâneo pelo réu o juiz comina multa e fixa prazo para execução; em boa parte das vezes o executado não adota as providências pertinentes e cabíveis de maneira satisfatória e o prazo é extrapolado; o exequente peticiona junto ao juízo reclamando do não cumprimento da ordem dada; o executado pede mais prazo; os valores das multas passam a ter cifras mais relevantes e se tornam vultosos, sendo que “a obrigação de fazer continua sendo descumprida ou cumprida de forma parcial ou insatisfatória”.³¹⁵

Nesse ensaio supramencionado, Costa destaca como uma das possíveis causas da morosidade desse cumprimento é justamente a possibilidade da associação da figura do gestor público com a ideia de cumprimento forçado de uma decisão judicial, quase como um estigma negativo e pejorativo, que em nada estimula a cooperação processual, tendo em vista o teor mandamental dessa mesma sentença que, ao fim e ao cabo, reconheceu determinada situação de ilicitude causada por uma conduta, comissiva ou omissiva, do gestor ou do Poder Público, o que acarreta, muitas das vezes, em um custo político elevado sobre a figura do executado, que por vezes prefere protelar no tribunal ou por outros meios de impugnação do que

³¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do TRF 1**, Brasília v. 29 n. 1/2 jan./fev. 2017, p. 73.

³¹⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 109-136, 2016, p. 114.

simplesmente assumir o ônus político e retórico de que o cumprimento de certa política somente ocorreu por meio de determinação judicial coercitiva.

Nesse diapasão, Costa vai afirmar que a imposição e o risco de condenação por crime de desobediência, definido no artigo 330 do CP, ou pelo crime de responsabilidade do prefeito municipal, definido no inciso XIV do artigo 1º do Dec.-lei 201/67, ou ainda pelo crime de desobediência, definido no artigo 26 da Lei 12.016/2009, não são práticas que estimulam o cumprimento espontâneo da decisão judicial.³¹⁶

Ademais, a cominação prévia e abstrata da conduta política como sendo típico ato de improbidade administrativa sob o risco da aplicação de suas sanções também não configura o melhor estímulo para o cumprimento espontâneo das decisões judiciais estruturantes. Nessa mesma esteira, as previsões normativas constitucionais que ensejam a possibilidade de intervenção da União no estado da federação, ou deste em município em razão de descumprimento de decisão judicial também não se afiguram como medidas efetivas e eficazes para convencer o ente político ou a pessoa, física ou jurídica, a dar cumprimento a uma decisão judicial de maneira forçada, de modo que o direito sancionador de esfera cível, assim como as cominações na esfera penal, também parecem não ter grande relevância em sua perspectiva preventiva.

Em síntese, fica evidenciado nesse sentido que a utilização do viés sancionatório ou meramente punitivo do sistema jurídico-processual, através de previsão e estipulação de crimes e penas ou cominações cíveis, tais como perda dos direitos políticos ou a proibição de contratar com o Poder Público, além de multas exacerbadas na esfera da improbidade administrativa, não demonstra ser o mecanismo mais eficiente para se alcançar o cumprimento espontâneo de uma decisão estruturante.

Ainda aqui vale frisar que as medidas judiciais estruturais, que impõem uma revisitação ou elaboração de determinada política pública, carregam um alto grau de complexidade, envolvendo diversos atores e agentes públicos ou privados, acarretando igualmente um dispêndio volumoso de tempo e de energia para terem seu escopo maior efetivado e suas determinações devidamente cumpridas, de modo que, de maneira forçada, a execução se torna na grande maioria das vezes um mecanismo processual moroso e, por vezes, ineficaz.

Assim, ao se versar sobre políticas públicas fixadas em ações judiciais baseadas em um litígio de interesse público, há uma gama vasta de possibilidades a serem verificadas

³¹⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p. 118.

visando a alcançar o cumprimento das determinações sentençiais, contudo, tais como são os processos que tratam de fornecimento de medicamentos, da tutela do meio ambiente, da construção de aterros sanitários e erradicação de lixões, da construção de hospitais, creches, escolas, presídios entre outros, não se torna difícil perceber que são temas extremamente complexos, cuja resolutividade no bojo de um processo judicial demanda muito mais do que uma postura de simples deferência e obediência à decisão judicial, mas exige dos interessados uma postura ativa e eficaz e exige igualmente um direcionamento cooperativo das partes a fim de se dar fiel cumprimento às ordens emanadas nesse tipo de processo.

De outro lado, essa complexidade, por sua vez, muitas vezes consubstanciada em ações cujo objeto principal seja a obrigação de fazer, a de não fazer ou a de entregar coisa, envolvidas de grau relevante de personalismo e de subjetividade, impede, ou ao menos dificulta, que o fluxo comum de uma relação processual de cumprimento de decisão seja seguido de maneira rápida ou breve, inclusive em função das novas relações complexas e efeitos não previstos inicialmente, que, por vezes, surgem como pontos novos, até então imprevisíveis, durante o transcorrer da fase executiva do provimento jurisdicional.

A principal consequência prática dessa complexidade no cumprimento de uma decisão judicial definidora de linhas de direção de políticas públicas, no meu sentir, é justamente a necessidade de se exigir das partes uma postura não conflituosa, e sim dialógica e construtiva, buscando adotar um cumprimento do mandamento sentencial de maneira colaborativa, coordenada e cooperativa, vertente reforçada com o advento do Código de Processo Civil de 2015, quando então se espera do executado/requerido uma postura que não seja de pura resistência, injustificada ou protelatória, em dar cumprimento à ordem judicial que tem contra si e todos os seus desdobramentos, quando, em verdade, essa continuidade da relação processual configura-se como centros de aberturas de espaços bastante propícios para se alcançar um cumprimento cooperativo, quiçá espontâneo, através de instrumentos como as audiências com o executado e seus representantes, buscando-se, ao fim e ao cabo, encontrar a maneira mais eficiente para dar cumprimento à sentença estruturante.

Por essa razão é que Eduardo Costa vai defender como instrumental bastante útil e prático para a implementação de determinações judiciais fixadoras de políticas públicas a utilização de cronogramas na fase de cumprimento efetivo da decisão judicial respectiva, que, segundo o autor, não é prática desconhecida pela doutrina e pela jurisprudência hodiernas,

uma vez tais cronogramas já são encontrados em julgados brasileiros proferidos em processos estruturantes.³¹⁷

Nesse trilhar, vale frisar que para tal desiderato de fixação de cronograma específico da tutela estrutural Costa sugere, dentre outras recomendações: a) reunião do magistrado com as partes, para oitiva de suas opiniões e reflexões sobre o tema, inclusive para permitir a atualização e compreensão adequadas pelo juiz acerca do problema de fundo; b) instauração de rodadas de negociação, com o fulcro de promover a discussão do tema a ser enfrentado e a fixação prévia e ajustada das etapas do cronograma de cumprimento; c) consultas a terceiros especialistas na matéria e no objeto a ser executado no âmbito processual em razão da falta de *expertise* do julgador, fenômeno que é muitas vezes patente nas situações de processos estruturais; d) possibilidade de consulta de setores da sociedade interessados e afetos ao objeto da demanda processual, indo além da conhecida estrutura bilateral do processo.³¹⁸

Essa moldura de cumprimento negociado de decisão judicial definidora de políticas públicas parece estar mais consentânea e em sintonia real não somente com uma perspectiva mais célere e eficiente do processo, sobretudo quando se pensa em termos de sua duração razoável de acordo com os mandamentos constitucionais acerca do tema, mas também se configura como ferramenta de apoio ao debate cooperativo e produtivo, com contraposição saudável de ideias, ainda que opostas e conflitantes, onde todos os envolvidos podem se tornar mais conhecedores da realidade fática subjacente àquela matéria de política pública a ser implementada e se tornarem, com isso, mais sensíveis ao cumprimento efetivo por meio de uma postura cooperativa em vez de dar preferência a um viés de cumprimento forçado do julgado, sujeito a mais variada espécie de multas e sanções processuais.

Ainda nessa esteira acerca da discussão eficiente sobre políticas públicas, envolvendo a temática de processos estruturantes, Costa vê na celebração de ajuste compromissado entre as partes perante o órgão julgador, visando à fixação de um cronograma para dar cumprimento a uma sentença fixadora de atos conjuntos de políticas públicas, uma expressão do negócio jurídico processual, especificamente de negócio jurídico executivo do tipo estrutural, celebrado dentro da relação processual estruturante.³¹⁹ E nessa perspectiva vai além o autor e denomina esse fenômeno como sendo um negócio jurídico estruturante, cujo procedimento irá irradiar efeitos amplos nas mais variadas frentes da realidade fática, sendo que os sujeitos

317 COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 109-136, 2016, p. 122.

318 COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p. 122.

319 COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p. 128.

processuais envolvidos poderão realizar o acompanhamento mais próximo do cumprimento além de desenvolver um monitoramento adequado das fases do cronograma.³²⁰

Assim, essa faceta de negócio jurídico estruturante empresta ao tema uma conotação mais colaborativa e participativa, que vai além das noções de aplicação de multa e utilização do direito sancionador e punitivo, mediante as cominações de crime, ato de improbidade, sanção penal, prisão etc., dando espaço à construção negociada e cooperada do cumprimento de uma decisão judicial em matéria social complexa tal qual é o caso das demandas processuais em litígios de interesse público.

Com essa perspectiva, fica evidente o caráter essencial, no ponto da exigência de postura mais colaborativa das partes na fase de cumprimento de sentença, ou execução processual, da necessidade de haver uma progressiva abertura do ambiente do processo a fim de se tornar um espaço mais capilarizado e que favoreça de maneira eficiente o debate ampliado das questões de interesse mais geral da coletividade, muitas vezes submetidas ao crivo do Poder Judiciário nessas demandas estruturantes.³²¹

Nesse sentido, fica evidente que o cumprimento de sentença que determine medidas ao Poder Público para melhorar as condições dos presídios e cadeias do Brasil não ocorrerá de maneira eficaz e duradoura em processos de índole individual, crivado sob o rito comum ordinário, de relação bilateral, mas se dará no âmbito de processos estruturais e seguirão as balizas fixadas pelo STF ao reconhecer que o sistema carcerário consiste em autêntico Estado de Coisas Inconstitucional, sendo que a execução das medidas impostas no processo constitucional vai necessitar da inexorável colaboração e da inafastável cooperação das partes envolvidas e interessadas a fim de se encontrar o resultado mais útil do processo.

Por fim, é preciso destacar que Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu âmago dispositivos relevantes para a tutela de direitos fundamentais através da implementação de políticas públicas fixadas em processos estruturais tais como a figura da negociação processual, prevista no art. 190 do CPC³²²; a intervenção produtiva e eficaz da figura do *amicus curiae*, conforme artigo 138 daquele mesmo diploma³²³; a promoção de

320 COSTA, Eduardo José da Fonseca. op. cit., p. 129.

321 CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de. **Litigância de interesse público: adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do controle judicial de políticas públicas.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016, p. 60.

322 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

323 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica,

audiências públicas, prevista nos arts. 983, §1º,³²⁴ e 1.038, inciso II³²⁵, consoante ensinam Morato e Freitas.³²⁶

Desse modo, percebe-se claramente que o estado do sistema prisional nacional se trata de uma situação hipercomplexa, cuja resolução demanda providências de vários atores sociais e institucionais, através de posturas cooperativas e colaborativas, mormente quando se está na fase de sua implementação efetiva em sede de execução processual ou cumprimento de sentença.

4.4.4. Policentrismo e participação processuais em um contexto de contraditório ampliado

Nessa abordagem, trago o pensamento de Dierle Nunes e Alexandre Bahia ao defenderem o conceito de policentrismo processual e a participação das partes e sujeitos processuais, tidos como elementos imprescindíveis para a solução adequada de um litígio de interesse público, de maneira resolutiva e eficaz, traduzindo-se em expressão do autêntico processualismo constitucional democrático.³²⁷

Esse policentrismo processual torna em evidência sujeitos outros além do autor, do réu e do juiz em uma relação processual, que irão ser atingidos, ainda que de maneira indireta por aquela demanda processual, e não me refiro aqui aos serventuários, aos peritos do juízo ou demais sujeitos previstos comumente na relação, e sim de terceiros interessados como associações, empresas, entidades públicas, pessoas jurídicas de direito público etc.

A participação processual, por sua vez, entendida como mecanismo que instiga a atuação efetiva e ativa dos sujeitos processuais, em uma relação cooperativa, exige uma postura colaborativa e eficiente das partes e daqueles que tem interesse, processual ou não, naquela demanda, mormente nas fases da execução e implementação da decisão judicial,

órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

³²⁴ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

³²⁵ Art. 1.038. O relator poderá: II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento.

³²⁶ MORATO, Luciana Cecília; FREITAS, Helena Patrícia. Implementação participada de medidas estruturantes na litigância de interesse público para tutela de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Belém, n. 02, v. 5, p. 154-173, jul./dez., 2019, p. 167.

³²⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010, p. 83.

ainda que não tenha sido a sentença de mérito acobertada pelo manto da coisa julgada, permitindo a colaboração policêntrica das partes ainda na fase de cumprimento da sentença estruturante.

Assim, como asseveram Nunes e Bahia, a noção de processualismo constitucional democrático configura uma concepção teórica válida que busca imprimir uma tendência dialógica e participativa nas relações processuais modernas, especialmente aquelas que tratam de implementação de políticas públicas, com destaque para o necessário resgate do papel constitucional do processo como ferramenta de formação das decisões e da construção e do fortalecimento da cidadania.³²⁸

Nesse mesmo trilhar de ideias e de concepções, segundo Fachin e Shiner mann para se compreender o processo estrutural é necessário ter em mente alguns contornos a serem definidos nas sentenças estruturantes, que tocam conceitos como (i) a competência preferencial para prolação e execução destas decisões; (ii) o fundamento processual da fase de conhecimento e execução; e (iii) a noção ampliada de contraditório e representação que deve orientar este processo.³²⁹

Além das reformulações sobre o conceito de partes processuais e sua participação na relação processual, é preciso também compreender os processos estruturantes a partir da perspectiva de uma noção ampliada do princípio constitucional do contraditório processual em uma dimensão menos conhecida.

É que o processo coletivo, que normalmente é proposto, em sua gênese, por um órgão ou entidade públicos, via de regra afasta da relação processual a participação direta do grupo social cuja tutela de direitos se quer ver garantida através de provimentos jurisdicionais estruturantes, o que ocorre em função do instituto da substituição processual, segundo o qual um sujeito processual pode demandar direta e pessoalmente em juízo direito pertencente a outrem, e isso ocorre em uma lógica muito semelhante ao rito da tutela individual, ou seja, um processo normalmente bipolarizado, marcado pela atuação de autor que tem contra o réu uma pretensão resistida.

Para Meireles e Salazar, é indispensável que a Ciência Processual e o Direito Processual Civil acolham em suas reflexões e no seu repertório formulações e perspectivas úteis que ultrapassem a visão exclusiva dos direitos individuais e da sua respectiva vinculação e identificação em favor de sujeitos individualizados e específicos, porquanto essa maneira de enxergar o fenômeno processual não se aplica aos litígios de interesse público, manifestados

³²⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *op. cit.*, p. 83.

³²⁹ FACHIN, Melina Girardi; SHINERMANN, Caio Cesar Bueno. *op. cit.*, p. 228.

pelos processos estruturais, e reduz a complexa tessitura social, ainda que esse movimento individual e limitado do ângulo de tratamento das relações processuais se apresente como uma visão que se mostre cabível e eficiente para grande parte dos litígios processuais fincados no direito privado.³³⁰

Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart vai aduzir que o processo estruturante vai prezar pela reconstrução, ou releitura, da noção do princípio do contraditório, que deverá ser analisado como direito de efetivamente contribuir para o convencimento do julgador, não se limitando a partes de um conflito meramente abstrato.³³¹

Para Cruz, as decisões estruturantes exigem do operador e do estudioso a elaboração de mecanismos de fiscalização e de diálogo na implementação dos provimentos jurisdicionais, que vão além dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas, perpassando outros sujeitos não-processuais, grupos de especialistas, tais como foi o caso do grupo de assessoramento técnico, formado por representantes especialistas das partes processuais e por sujeitos externos ao processo, ligados à questão ambiental, no processo que reconhecido como a ACP do Carvão, citado anteriormente, sendo que aquele grupo técnico tinha por principais funções propor estratégias, métodos e técnicas para a recuperação ambiental da área degradada pela exploração e extração irregular de carvão.

Em verdade, mecanismos tais como o referido grupo de assessoramento técnico constituem uma das formas comuns já identificadas nos Estados Unidos, por exemplo, de alcançar um direcionamento mais efetivo na condução de um conjunto de demandas judiciais, ou até mesmo uma determinada política pública a partir de uma decisão judicial estruturante, conforme nos contam Cabral e Zaneti Júnior.

Segundo os citados professores, a figura das *claim resolution facilities*, por exemplo, no Brasil espelhadas em casos como a Fundação Renova, constituída a partir de termo de ajustamento celebrado com as empresas Vale e a Samarco em razão do desastre ambiental ocorrido na cidade mineira de Mariana, tem idade de ao menos vinte anos na experiência processual norte-americana e podem ser caracterizadas como entidades ou infraestruturas extra-estatais “criadas para processar, resolver ou executar medidas para satisfazer situações

³³⁰ MEIRELES, Edilton; SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. Decisões estruturais e o acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, n. 02, v. 3, p. 21-38, jul./dez., 2017, p. 36. Acesso em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2454> Acesso em: 08 jun. 2021.

³³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do TRF 1**, Brasília v. 29 n. 1/2 jan./fev. 2017, p. 73.

jurídicas coletivas que afetam um ou mais grupos de pessoas”, pretendendo fornecer uma alocação mais eficiente da prestação jurisdicional.³³²

Ocorre que as *claim resolutions facilities* dispõem de poder cognitivo e decisório de relações litigiosas entre partes interessadas, analisando diretamente razões fáticas e jurídicas apresentadas a seu julgamento e decidindo a respeito, configurando o que os autores vieram a chamar de “tribunais extrajudiciais”, sendo bastante relevantes que tais entidades estejam caracterizadas por elementos como “independência, imparcialidade das entidades, acompanhamento dos órgãos públicos responsáveis e controle eventual pelo Poder Judiciário”.³³³

Segundo os professores, “as *facilities* não servem apenas para direitos individuais homogêneos, mas também para direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e para a tutela das situações que caracterizem casos repetitivos”.³³⁴

Entretanto, no caso do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil penso que a instituição das *claim resolution facilities* merece uma reflexão maior antes de ser admitida como solução possível, posto que as ordens que criam uma população carcerária no país decorrem de decisões de juízes estatais, de modo que poderá haver conflito direto entre as decisões de eventuais mecanismos de solução de controvérsia extrajudicial com a competência estatal jurisdicional que influi diretamente em toda dinâmica do sistema prisional nacional.

De todo modo, além de organismos especializados, é necessário estimular a participação de cidadãos comuns interessados na causa ou diretamente envolvidos na resolutividade da demanda discutida no âmbito do Poder Judiciário, permitindo, inclusive, a possibilidade de acesso a grupos sociais organizados, carentes de personalidade jurídica, bem como a organizações não-governamentais, especializadas no tema discutido no processo estrutural.

Por assim dizer, parece bastante acertada a concepção segundo a qual se percebe que os litígios estruturais exigem o estabelecimento e o desenvolvimento de um processo participativo e de natureza policêntrica, quer dizer, que tenha seu centro formado por múltiplos sujeitos processuais, com o fito de ser capaz de alcançar a tutela efetiva de uma gama diversa de interesses existentes por trás de um conflito de interesse público,

³³² CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, p. 445-483, jan., 2019, p. 02. pdf.

³³³ Idem. Ibidem, p. 03.

³³⁴ Idem. Ibidem, p. 04.

estabelecendo, assim, uma relação dialógica, interativa e contínua para a concretização de direitos humanos e fundamentais, para que, ao fim, seja possível a quebra útil da lógica processual individual, marcada pela sua faceta bipolar que ainda domina a seara processual moderna.³³⁵

O policentrismo acima destacado é consequência imbricada da complexidade do litígio estrutural, na medida em que demanda do julgador a condução do processo de modo a não tratar os sujeitos processuais da lide estruturante simplesmente através da dicotomia autor e réu, como é o caso das causas tipicamente bipolarizadas, pois se torna imperioso ao Estado-juíz evidenciar que o litígio de interesse público detém uma gama variada e diversa de sujeitos processuais interessados, sendo preciso conferir a esses atores interessados o mesmo patamar de protagonismo processual.³³⁶

Essa efetivação do contraditório ampliado nessas demandas judiciais do tipo estruturante pode ocorrer por diversos mecanismos, tais como a manifestação direta nos autos através de causídico ou outro órgão com capacidade postulatória regular, mas também através das já mencionadas audiências públicas, instituto de previsão expressa no CPC atual, em mais de um dispositivo, tal qual os artigos 983, §1º, e 1.038, inciso II.

Com a referida ampliação do debate para além das partes processuais torna-se possível não somente ao juiz ou ao tribunal terem uma noção mais ampla do debate em torno da questão que se põe em julgamento, mas também permite muitas vezes à sociedade como um todo orgânico ter conhecimento dos posicionamentos das mais diversas entidades e organizações sobre uma dada matéria, alimentando em bastante intensidade a publicidade de tais julgamentos, o que pode acarretar em algum grau de legitimidade democrática da decisão final de mérito.

4.4.5. Flexibilização procedimental

Inicialmente, para se compreender a noção de flexibilização do procedimento no direito processual é preciso atentar o leitor da importância do próprio formalismo processual, que surge e funciona muitas vezes como parâmetro de segurança e de previsibilidade da

³³⁵ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. (orgs.) **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 369.

³³⁶ NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. op. cit., p. 372.

relação mantida em uma ação judicial, permitindo prever comportamentos e planejar posturas e providências dentro do processo.

Outrossim é relevante frisar que a concepção sobre o formalismo processual e a sua respectiva necessidade de adequação devem nortear não apenas o processo judicial civil, mas também precisa ganhar espaços nas esferas do processo penal, do processo administrativo e do processo legislativo brasileiros.

Nesse sentido, ressaltando a importância do formalismo processual, Fredie Didier vai apresentar a relevância desse tema na delimitação dos poderes, faculdades e deveres das partes, dos juízes e dos demais sujeitos processuais, permitindo a coordenação adequada da sua atividade, ordenação do procedimento regular e organização dos atos e das etapas do processo judicial, com objetivo evidente de atingir as suas finalidades primordiais. Logo, para Didier, funcionando como um conjunto de regras e princípios que disciplinam a atividade processual, o formalismo detém papel de profunda relevância no contexto do estudo da tutela jurisdicional.³³⁷

Logo, não é incomum identificar corrente doutrinária admoestando que o formalismo processual é ferramenta técnica indispensável ao regular desenvolvimento do processo, posto que as formas processuais e as fases procedimentais estão vinculadas a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência na condução do processo, sendo que o respeito aos seus primados representa uma garantia de andamento regular e efetivo do devido processo legal e da garantia e do respeito aos direitos das partes.³³⁸

Nesse intento de ideias é possível identificar a relevância do formalismo processual, consubstanciado em um conjunto de regras e princípios processuais que regem o transcorrer regular da relação jurídica processual, tornando este devido, legal e justo. Todavia, a realidade prática, especialmente aquela advinda dos litígios complexos de interesse público, denota que é preciso lançar luzes muitas vezes no formalismo em nome da adequação da técnica processual à realidade posta nos autos.

Assim, é verossímil afirmar que existe relação da adequação processual com a instrumentalidade do processo, bem como entre essa adequação com a efetividade do processo. Como assevera Didier, o princípio da adequação em sua relação com a

337 DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-_%20formatado.pdf Acesso em: 08 jun. 2021.

338 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, n. 03, v. 82, jul./set., 2016, p. 165. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/96971/2016_gajardoni_fernando_principios_adequacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 08 jun. 2021.

instrumentalidade do processo surge para reiterar que o processo é instrumento de definição (certificação), proteção (asseguração) e realização (efetivação) do direito material estabelecido anteriormente, sendo essa a síntese do seu escopo jurídico, embora não seja conveniente olvidar as demais funções do processo como a pacificação social e a tutela das liberdades públicas, por exemplo.³³⁹

Outrossim, vale aqui frisar que a ideia de adequação não é cabível e aplicável apenas ao procedimento e seus meandros, mas também se configura como relevante gizar que a adequação precisa incidir sobre a própria tutela jurisdicional, em razão de essa tutela estar adequada aos comandos sociais e à vontade legal e democrática das partes, apresentada na relação processual, sendo o procedimento apenas mais uma forma de se encarar este fenômeno. Logo, é correto aduzir que o princípio da adequação do procedimento nada mais é senão que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional.³⁴⁰

Até esse momento é relevante que o estudioso não perca de vista os primados de que a relação processual, com suas regras, formas e princípios está sujeita às intempéries e idiosincrasias da realidade prevista em cada caso concreto de modo que a maleabilidade e a adaptabilidade do procedimento a essas circunstâncias e condições se revela como mecanismo de direcionamento da tutela jurisdicional buscando algum nível de efetividade adequada.

Então, não apenas o procedimento deve se apresentar como adequado, mas também a própria atividade jurisdicional, de modo que os seus provimentos e a efetiva adjudicação sejam meios legítimos de garantia, proteção ou afirmação de direitos materiais, mormente quando se fala de direitos humanos ou fundamentais.

Galeno Lacerda, em artigo denominado “O código como sistema legal de adequação do processo” atentou para a natureza dinâmica e instrumental do processo como força propulsora do aparecimento e do desenvolvimento do princípio da adequação, decorrendo esse justamente da natureza dinâmica e instrumental do processo.³⁴¹

Para o autor, o princípio da adequação apresenta um tríplice aspecto: 1) objetivo, que circunda os pedidos e varia de acordo com natureza do objeto litigioso, matéria, valor da causa, lugar do fato ou situação de urgência; 2) subjetivo, que determina a natureza do procedimento de acordo com capacidade, incapacidade, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, presentes no litígio; e 3) teleológico, que classifica a adequação frente à finalidade

339 DIDIER JR., Fredie. op. cit. 12.

340 DIDIER JR., Fredie. op. cit. 16.

341 LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 252.

processual almejada, tais como se representa nos processos de conhecimento, execução, cautelar, e nos casos dos juizados especiais.³⁴²

Sob a égide do CPC de 1973, Lacerda aduzindo sobre os aspectos da adequação vai afirmar que, com efeito, o código de processo, na verdade, representa o sistema legal de adequação do processo, como instrumento útil aos sujeitos que dele se utilizam, ao objeto sobre o qual a relação processual repousa e aos fins da respectiva função representada pela atuação jurisdicional em determinado caso.³⁴³

Essas considerações permitem ao estudioso refletir mais sobre a relevância do direito material garantido nas regras e nos princípios jurídicos estabelecidos e vigentes, especialmente quando eles se apresentam com fundamento e respaldo constitucional, do que a forma e a regra da técnica processual por si mesma, mas não no sentido de que essas últimas não detenham importância no sistema de direito positivo no Brasil, mas sim em função de a natureza material da prestação jurisdicional precisar estar sempre em elevada atenção às especificidades de uma relação jurídica processual, nem que para isso seja necessário descumprir em algum grau a letra da norma técnica em benefício de um maior nível de adequação da adjudicação.

Veja que os conceitos de flexibilidade procedimental e de adequação processual, embora não se confundam, posto que tratam de causa e de consequência, sendo a flexibilidade a consequência necessária e inarredável da adequação, em muito se aproximam, de forma que os estudos de ambos os institutos muitas vezes andam de mãos dadas, sendo essa uma constatação factível a partir da leitura das próximas passagens neste trabalho.

Para Gajardoni e Souza, o chamado princípio da adequação processual representa a imposição sistemática voltada ao legislador brasileiro com o intuito de serem construídos modelos procedimentais sólidos, o que não significa rígidos ou imutáveis, mas aptos para a tutela especial de certas partes processuais ou do direito material protegido, enquanto que o princípio da adaptabilidade (da flexibilização ou da elasticidade processual), seguem os autores, representa a atividade de o juiz de flexibilizar o procedimento inadequado na condução de uma relação processual válida.³⁴⁴

Todavia, preciso aqui frisar que há doutrinadores, como Gajardoni e Souza, citados acima, que preferem fazer uma distinção conceitual e técnica entre os princípios da adequação processual e da adaptabilidade processual, contudo essa diferenciação pouco importa a este

³⁴² LACERDA, Galeno. op. cit., p. 255.

³⁴³ LACERDA, Galeno. op. cit., p. 258.

³⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. op. cit., p. 165.

trabalho, razão pela qual não irei adotá-la com profundidade nem esmero e assumirei os dois como sinônimos.

O que de fato importa nesse momento é entender que existe um nível de aplicação subsidiária do princípio da adaptabilidade posto que ele, até o surgimento e o desenvolvimento da doutrina processual moderna, representada sobretudo pelo CPC/15, incidia basicamente nos casos em que o legislador ordinário não havia elaborado especificamente um procedimento individualizado para a tutela de direito de determinada natureza ou de determinada parte processual com essa ou aquela característica, como se pressupõe ter ocorrido com os procedimentos especiais.³⁴⁵

Segundo os autores, no anteprojeto elaborado para o CPC/2015, buscava-se substituir o modelo rígido do CPC/73, onde a flexibilização legal tinha caráter meramente alternativo e subsidiário, pelo sistema da flexibilização legal genérica, onde constava a previsão inicial de redação para o art. 107, V, do anteprojeto estabelecendo que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

Contudo, diante da forte crítica e resistência aplicadas pela da comunidade jurídica, ansiosa pelo primado da segurança jurídica, correndo o risco de que, uma vez operacionalizada a flexibilização procedimental de maneira aberta e abstrata, fosse perdido o controle do curso processual e da sua respectiva nota de previsibilidade, e receosa de possíveis abusos com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento, o citado dispositivo não foi aprovado.³⁴⁶

Logo, a previsão legal genérica para aplicação da adequação processual não foi contemplada no CPC/2015, porém não é válido afirmar que o citado princípio não tem previsão no mesmo diploma processual brasileiro. Isso porque embora não exista no ordenamento brasileiro uma cláusula geral expressa que permita a adequação processual em todos os tipos de processo e de procedimento, como, por exemplo, existe no CPC de Portugal, que traduz o princípio expressamente no art. 265-A do CPC português, ao aduzir que quando a tramitação processual legal não se adequar às especificidades concretas da causa, deverá o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de atos processuais que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações, é possível identificar

³⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. op. cit., p. 174.

³⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. op. cit., p. 176.

dispositivos legais no CPC/15 brasileiro que permitem algum tipo de adequação processual. Senão, vejamos.

Os dispositivos processuais que acudem à aplicação da adequação, que em grande nota se traduz no conceito de flexibilização processual, estão espalhados pelo CPC/15, e não em uma única e exclusiva cláusula genérica e aberta de adequação e flexibilidade, podendo serem citados os seguintes dispositivos do CPC/15: art. 139, VI³⁴⁷, o art. 297³⁴⁸, art. 373, §1º³⁴⁹, e art. 992³⁵⁰.

Nesse sentido, fica evidente que a legislação processual brasileira vigente na atualidade adotou o princípio da flexibilidade em suas três vertentes mais conhecidas: judicial, legal e convencional.

Os dispositivos acima referidos, art. 139, VI, o art. 297, art. 373, §1º e art. 992, configuram-se como cláusulas de flexibilidade judicial, sendo que a regra de adequação acima referida no art. 139, VI, do CPC limita a flexibilização procedimental a duas hipóteses: a) para o fim de conceder aumento de prazos, não sendo permitida a diminuição de prazos de maneira unilateral pelo juiz; e b) no caso de inversão da produção dos meios de prova, sendo que Gajardoni e Souza classificam esta última como uma previsão sem sentido algum, já que o art. 361 do CPC/2015 já estabelece ser a ordem de produção de provas em audiência um rito de natureza puramente preferencial, e não absoluto.³⁵¹

Vale também referir que além das próprias hipóteses previstas em lei no art. 139, inciso VI, se configurarem como limites à possibilidade de flexibilização do procedimento, a doutrina entende prudente identificar outros limites a esse movimento flexibilizador, tais como: 1) finalidade da medida, posto que toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, será possível a variação da forma prevista no código de ritos; 2) para assegurar o contraditório útil e eficaz, uma vez que sendo vedado ao magistrado tomar as partes de surpresa com determinada providência, qualquer alteração

³⁴⁷ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

³⁴⁸ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

³⁴⁹ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

³⁵⁰ Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

³⁵¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. op. cit., p. 177.

procedimental não prevista no *iter* estabelecido pela lei vai depender da plena participação e do conhecimento prévio pelos demais sujeitos processuais, até para o fim de conferir previsibilidade para as demais etapas procedimentais; 3) a flexibilização vai exigir motivação válida pelo magistrado, a fim de permitir o conhecimento dos motivos determinantes da regra flexibilizatória às partes e permitir o controle do ato processual mediante os meios de impugnação disponíveis.³⁵²

Quanto à flexibilização legal, vou novamente me valer das lições de Didier.

Segundo o professor baiano, em obra escrita em conjunto com Leonardo Cunha e Antônio do Passo Cabral, o CPC/15 não apenas remodelou as projeções processuais anteriores a partir da inserção da autorização para a negociação processual, mas também abalizou verdadeira novidade ao traçar parâmetros para flexibilização legal, que foram estatuídos no artigo 327, §2º³⁵³ e no artigo 1.049, *caput*³⁵⁴, sendo relevante salientar, como fazem os autores, que os procedimentos especiais podem ser classificados em obrigatórios ou opcionais, pois a esses se aplicam as determinações que permitem a conversão do rito especial em rito comum.³⁵⁵

A partir de tais dispositivos, no âmbito dos procedimentos especiais, tais como ações de inventário, partilha, consignação em pagamento, ação possessória etc., se torna plenamente viável a transmutação do rito previsto inicialmente para a forma especial de condução do processo para aquela prevista no rito comum ordinário.

Essa conformação apontada por Didier, Cabral e Cunha se fortalece com o entendimento de que os procedimentos especiais precisam não apenas servir ao propósito da adequação, mas também devem se ajustar às necessidades das partes, sendo que essa mudança de um modelo de procedimento especial rígido para um procedimento comum flexível pode ser encarada como um fenômeno de tendência mundial em discussões sobre desjudicialização

³⁵² GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. op. cit., p. 180.

³⁵³ Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

³⁵⁴ Art. 1.049. Sempre que a lei remeter a procedimento previsto na lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código. Parágrafo único. Na hipótese de a lei remeter ao procedimento sumário, será observado o procedimento comum previsto neste Código, com as modificações previstas na própria lei especial, se houver.

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: Juspoivm, 2018, p. 40.

dos conflitos de interesses, utilização racional dos processos e reestruturação da organização judiciária do Estado.³⁵⁶

Finalmente, além das visões de flexibilização legal e judicial do procedimento, o CPC de 2015 tratou de trazer uma das previsões mais festejadas da processualística moderna, quando previu no art. 190 o negócio jurídico processual, como modelo apto de flexibilização convencional dos ritos procedimentais³⁵⁷.

Em verdade, sobre o tema da flexibilização convencional, Fredie Didier já trazia a visão antecipada daquilo que seria incorporado pelo art. 190 do CPC/2015, ao citar Carlos Alberto de Oliveira, ao sugerir, ainda na década de 90, uma reforma legislativa processual, com o fito de estabelecer o princípio da adaptabilidade, denominado à época pelo autor de princípio da adequação formal, como princípio geral do processo civil, permitindo ao juiz, uma vez tendo o consentimento das partes, amoldar a ritualística processual às especificidades da causa todas as vezes que a tramitação prevista na lei não se adaptar adequadamente às exigências práticas apresentadas pela demanda aforada.³⁵⁸

Segundo Didier, o art. 190 do CPC funciona como uma cláusula geral de onde é extraído o subprincípio da atipicidade da negociação processual, assim chamado em razão de servir “à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo.”³⁵⁹

Esse negócio processual é atípico, posto que não formatado previamente pela lei, apenas por ela previsto e autorizado, e tem por objeto as situações jurídicas processuais, de ônus, faculdades, deveres e poderes das partes, além de também terem como objeto determinado ato processual, não se confundindo como negócio sobre o direito litigioso, já que esse é a autocomposição. Nas palavras de Fredie Didier, “negocia-se sobre o processo, alterando suas regras e não sobre o objeto litigioso do processo.”³⁶⁰

Percebe-se aqui que a necessidade de que os ritos e as fórmulas previstas na legislação processual estejam adequadas à realidade fática não é tão recente assim, nem se apresenta

³⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., p. 81.

³⁵⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

³⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento.** Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_%20formatado.pdf Acesso em: 08 jun. 2021.

³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspoivm, 2018, p. 29.

³⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais.** Salvador: Juspoivm, 2018, p. 30.

como algo desconhecido e inesperado no sistema processual brasileiro, quando em verdade de há muito se falava na doutrina, como visto na acima, da necessidade de se aplicar a adequação e a flexibilização procedimentais na prática forense nacional.

O desenvolvimento dessas ideias sobre flexibilização procedimental são relevantes para o desenvolvimento da tese aqui construída posto que, além de figurar como tema macroprocessual no qual podem ser inseridas as sugestões e apontamentos de reconfiguração do processo individual para a figura do processo estruturante, como abordei anteriormente quando tratei dos casos de competência adequada e capacidade institucional, das sentenças genéricas, da mitigação do princípio da adstrição do juiz, da execução negociada de sentença e do negócio jurídico estruturante, do policentrismo e da comparticipação processuais em um contexto de contraditório ampliado, serve como mecanismo apto a não aprisionar o julgamento do STF, nem dos juízes nem dos pensadores que trabalham com o tema do ECI, no objetivo de implementar, na prática, medidas estruturantes que visem à melhoria do sistema prisional brasileiro.

Esse tema de processos estruturantes e as suas características modeladoras, tais como a flexibilização das normas processuais frente às regras de regulamentação dos conflitos individuais, já foi objeto do direito em experiências alienígenas e sobre algumas delas irei tratar a partir de então.

4.5. Processos estruturantes no direito comparado

A discussão acerca de processos estruturantes, como visto anteriormente, remonta à década de cinquenta, considerando sobretudo o contexto da jurisprudência norte-americana e remontando a discussão às suas origens em *Brown vs. Board of Education*, bem como os sucessivos casos desenvolvidos naquele país.

Quando analisamos os elementos componentes do processo estruturante, vale a pena ter em vista as conceituações emprestadas ao tema por Mariela Puga, destacando entre esses elementos:

- (1) *La intervención de múltiples actores procesales;*
- (2) *Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.*
- (3) *Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.*

(4) *Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.*

(5) *La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.*

(6) *Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.*

(7) *Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.*³⁶¹

Percebe-se da exposição desses elementos apontados pela autora que o conceito de processo estruturante em muito se aproxima da noção de Estado de Coisas Inconstitucional, ao menos na roupagem mais comum e mais conhecida deste, familiarizada a partir dos julgados formalizados pela Corte Constitucional da Colômbia, contudo nem todo processo estrutural irá se configurar em um caso de ECI, mas entendo que todo caso de ECI, uma vez levado à judicialização para fins de sua solução ou superação, se apresentará como um litígio de interesse público discutido no seio de um processo do tipo estrutural.

Longe de grandes dúvidas, é possível identificar nos trabalhos daquela corte latino-americana uma atuação pulsante em matéria de processos estruturantes, sendo possível afirmar que, após serem analisadas algumas das suas principais decisões nesse tipo de adjudicação, o órgão constitucional evoluiu sua jurisprudência na matéria para, no decorrer do tempo, emitir uma maior quantidade de decisões dentro de um mesmo processo; prolatar essas decisões com maior nível de detalhamento e especificidade; direcionar muitos comandos e requisições não somente às autoridades públicas, mas também a entidades da iniciativa privada; realizar uma maior inserção de autoridades públicas e agentes privados no monitoramento do cumprimento na fase de execução do julgado; e direcionar apelos jurisdicionais às instâncias públicas legislativas.³⁶²

Resgatando, nessa senda de ideias, a experiência da Colômbia, berço da roupagem atual sobre a noção de Estado de Coisas Inconstitucional, conhecida amplamente em doutrina e jurisprudência, passo aqui a versar sobre um dos principais casos de processos estruturantes na história recente daquele país.

4.5.1. Colômbia: comentários acerca da sentença T-025/2004

³⁶¹ PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, n. 02, a. 1, p. 41-82, nov., 2014. p. 46. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf Acesso em: 08 jun. 2021.

³⁶² PORFIRO, Camila. A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia em matéria de litígios estruturais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 63, v. 16, p. 129-146, out./dez., 2018, p. 130.

Na sentença T-025/04³⁶³, talvez a mais relevante na matéria ECI, a Corte Constitucional colombiana destaca as principais características para a configuração de uma situação perene de inconstitucionalidade, em caso que diz respeito à situação alarmante de várias pessoas que foram deslocadas (expulsas) de suas moradias em razão da violência local e de outros fatores alheios às suas vontades, destacando-se entre aquelas características a ocorrência de: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais em detrimento a um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos referidos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais que podem depender da alocação de recursos públicos e da correção das políticas públicas existentes, dentre outras providências; d) potencialidade de congestionamento da justiça, acaso ocorra procura sistemática, recorrente e individual ao Poder Judiciário para solucionar tal questão.

A fim de compreender melhor o panorama no qual se desenvolveu a citada decisão daquela corte constitucional, é preciso destacar que, nas últimas décadas, parte do povo colombiano conviveu com um conflito armado intenso envolvendo a atuação de grupo paramilitar conhecido como FARC – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – que atuava em busca do poder econômico e político e pelo reconhecimento por parte do Estado colombiano da legitimidade e do espaço livre de atuação para membros do referido grupo, que teve em suas origens mais remotas próximas ligações ao grupo denominado ELN – Exército de Libertação Nacional – guerrilha paramilitar mais antiga do que as FARC e também atuante naquele país.

O fato é que nas décadas de oitenta e de noventa, e no começo dos anos 2000, a atuação violenta das FARC, do ELN e das forças públicas de segurança da Colômbia instaurou no país uma espécie de conflito armado intenso que resultou na morte de milhares de pessoas, principalmente de civis, e criou um movimento de deslocamento forçado de pessoas e de famílias desalojadas de seus lares, muitos deles situados em zonas rurais do país, e de suas comunidades à medida que o conflito se instalava em suas cercanias e vizinhanças.

Com o desalojamento de várias pessoas em razão desses conflitos armados, instalou-se naquele país um cenário desolador em que famílias inteiras passaram a se ver sem fonte de renda, sem alimentos e sem moradia digna para se fixarem e o Estado colombiano não dava

³⁶³ COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

conta de cuidar de todas essas famílias, muito menos de suprir as necessidades mais básicas das pessoas deslocadas.

Com isso, a ausência de política assistencial do governo colombiano ficou patente e muitas pessoas passaram a levar suas demandas pelo asseguramento de direitos mais básicos para a conformação da sua cidadania junto aos tribunais do Poder Judiciário, o que resultou em um conjunto intenso de sentenças condenatórias, impondo ao Poder Público obrigações assistenciais, visando à concessão de moradia, alimentos, renda e proteção a muitas dessas famílias desalojadas.

Ocorre que o grau de cumprimento e de eficácia de muitas dessas decisões deixava a desejar, mantendo boa parte da população, inclusive os jurisdicionados demandantes, sem a proteção social adequada, até que a questão chegou na Corte Constitucional daquele país, onde foram consolidados vários casos e definidas providências de ordem de políticas públicas para a população deslocada.

Frise-se, de passagem, que a sentença T-025/2004 não foi a primeira da Corte Constitucional a lidar com a temática dos *desplazados* colombianos, posto que, em 2000, nos autos do processo SU-1150, aquele órgão jurisdicional tivera a oportunidade de se manifestar em um conjunto de casos de famílias que foram expulsas de seus lares em razão das atividades ilícitas e violentas praticadas por grupos armados naquele país, mas também por outros fatores, tais como a possibilidade de risco potencial por desastres naturais, por exemplo.³⁶⁴

Desse modo, ficam mais esclarecidos o contexto e a razão pelos quais a figura jurídica do processo estrutural surgiu na Colômbia, o que não ocorreu apenas nos casos dos deslocamentos forçados, mas também em outras esferas de direitos sociais, com o objetivo de cobrir as deficiências e desigualdades que a execução de políticas públicas não o fazia, envolvendo as mais diversas naturezas de direitos fundamentais a serem protegidos, acarretando a consequência de que muitas das providências adotadas pelo Poder Público daquele país não estavam de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição Colombiana de 1991, mas, pelo contrário, muitas dessas providências violavam repetidamente uma série de direitos civis, políticos e sociais no país, gerando uma crise profunda na ordem jurídica e social.³⁶⁵

³⁶⁴ ABRISKETA, Joana. Los estándares normativos internacionales y la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana: su incidencia en la población internamente desplazada. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 10, v. 10, p. 149-167, 2010, p. 160.

³⁶⁵ IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre Iglesias et al. **Litigio estructural en América Latina: génesis y tendencias del constitucionalismo progresista**. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015, p. 31.

O deslocamento interno na Colômbia não se assemelha totalmente à situação de refugiados em outros países do mundo, onde geralmente o deslocamento massivo ocorre por uma única ação armada significativa, porém, no citado país latino, o deslocamento ocorreu normalmente de maneira individual e por grupo familiar, a partir de ameaças ou de assassinato de um chefe de família por atores do conflito armado, acarretando como consequência o movimento de saída por parte dos familiares sobreviventes. Como resultado dessa dinâmica tem-se que a população deslocada aumentou marginalmente ao longo dos anos e a magnitude do problema só se tornou visível às autoridades após anos desta estratégia de violência replicada em território colombiano.³⁶⁶

Assim, a *sentencia* T-025 de 2004, proferida a partir do caso conhecido dos deslocados internos em razão do conflito armado (*desplazados*), onde se fincou mais uma vez a rotulagem de Estado de Coisas Inconstitucional, é tida como uma decisão paradigmática em razão do relativo sucesso na efetiva resolução do litígio estrutural, em razão de que, neste caso, a Corte Constitucional emitiu diversas ordens flexíveis a fim de promover as medidas de cidadania em favor dos desalojados, deixando para os entes representativos do Estado a formulação das políticas públicas específicas para amparo dessa população vulnerável.

Além disso, naquele julgamento a corte reteve a sua jurisdição a fim de acompanhar de perto e monitorar o efetivo cumprimento de seus mandamentos, e determinou a realização de audiências públicas periódicas, com a participação dos integrantes dos órgãos governamentais, de organismos da sociedade civil e de pessoas interessadas na questão, com o fito de alcançar o melhor nível de deliberação sobre as ações adotadas e o pretense sucesso da sua implementação.³⁶⁷

Para Caballero e Fernández, a corte da Colômbia no citado julgamento, também conhecido como “macro sentença” dos deslocados, exaltou o relevante esforço legislativo realizado no país para enfrentar a complexa e delicada situação dos desalojados, que em um primeiro momento não eram vistos como vítimas da atuação dos grupos guerrilheiros atuantes no país, e somente após muito esforço legislativo e da jurisdição constitucional passaram a serem vistos dessa forma.³⁶⁸

³⁶⁶ URUEÑA, René. Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance. In: DAVIS, Kevin et al. (ed.). **Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings**. Oxford: University Press, 2012, p. 257.

³⁶⁷ KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. op. cit., p. 148.

³⁶⁸ CABALLERO, Jackeline Cecilia Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. Os deslocados forçados internos no estado de coisas inconstitucional: um asunto pendiente. **Prolegómenos: Derechos y valores**, n. 35, v. 18, p. 121-134, 2015, p. 126. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5331203> Acesso em: 08 jun. 2021.

A situação dos deslocados internos da Colômbia demonstrava elevado grau de gravidade e de desumanidade da situação na forma que se encontrava, onde a vulneração a direitos econômicos e sociais eram latentes e envolviam as condições de vida precárias das famílias que deveriam enfrentar em razão de serem forçadas a se mover de sua origem, por causa do perigo iminente para suas vidas e sua integridade para um ambiente impessoal, desconhecido e intimidante, de permanência em lugares que não eram seus lares habituais nem seu local de trabalho, onde ficavam evidenciados alarmantes níveis crescentes de pobreza extrema alcançada por numerosos deslocados, fato que impedia a satisfação de suas necessidades mais essenciais, sem contar com as dificuldades impostas aos deslocados pelo fato de serem muito numerosos e com isso passavam a se encontrar em grandes dificuldades inclusive para se registrar como deslocado para acessar os benefícios sociais disponíveis, além de sofrerem discriminação por causa de possíveis doenças.³⁶⁹

Nessa esteira é conveniente salientar, em resumo, que a situação das famílias deslocadas na Colômbia, principalmente a partir dos anos 80, embora haja registro de deslocamentos forçados em anos anteriores, configura-se em registro de alarme e de risco em razão da ausência de proteção social e de descumprimento dos preceitos mais básicos da Constituição daquele país, especialmente no que diz respeito à efetivação e ao respeito de direitos humanos e fundamentais.

Devido à relevância do caso dos deslocamentos forçados, consequência de um conflito armado histórico, com gritantes pretensões políticas e econômicas, e à experiência da corte com casos anteriores em que se foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, o órgão jurisdicional referido apresentava no julgamento da sentença T-025/2004, um grau de maturidade jurisprudencial suficiente e adequado para promover medidas estruturantes mais acertadas e precisas, sem repetir, necessariamente, os erros dos processos estruturais anteriores julgados pela corte em outras matérias de políticas públicas e sociais.

Segundo Kozicki e Broocke, o sucesso da sentença T-025/2004 na superação das falhas estruturais, muitas vezes ligadas à noção de bloqueios políticos e institucionais que giravam em torno da situação de emergência humanitária dos desalojados colombianos, deveu-se sobretudo ao ativismo dialógico da Corte Constitucional colombiana, que, não apenas adotou medidas efetivas de transformação do sistema mal gerido, mas também promoveu a colaboração ativa e o diálogo eficiente entre os diferentes representantes dos

³⁶⁹ ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. La dimensión Jurídica del Estado de Cosas Inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. *Diálogos de saberes*, Bogotá, n. 45, p. 89-106, jul./dez., 2016, p. 94.

poderes constituídos, possibilitando uma deliberação democrática sobre problemas públicos enfrentados naquele julgamento.³⁷⁰

Ainda segundo as autoras, a prática dialógica entre os poderes colombianos, a fim de superar a omissão sistemática no caso dos deslocados internos bem como superar a falta de coordenação entre as instituições relevantes, e a implementação de um processo presente de monitoramento contínuo de graus de cumprimento da sentença da corte favoreceram o debate surgido no seio da execução das políticas públicas necessárias em favor dos deslocados, mediante a atuação de uma ampla variedade de atores governamentais e não governamentais, discutindo sobre como os procedimentos administrativos deveriam ser adotados a fim de alcançar uma maior resolutividade para a decisão judicial e como a implementação das políticas públicas reais para concretização dos direitos sociais envolvidos deveria ocorrer, tendo nisso o paradigma daquilo que Gargarella denomina de “constitucionalismo dialógico”.³⁷¹

Depreende-se da citada narrativa que o caso da sentença T-025/2004 tem relevância e importância de destaque na seara dos processos estruturais, em favor de direitos humanos e fundamentais, especialmente aqueles visando à adequada assistência a pessoas e famílias menos favorecidas, e o seu conhecimento bem como a análise de seus acertos e de suas falhas, no contexto de um processo no qual ficou reconhecida a situação de inconstitucionalidade estrutural, auxiliam o desenvolvimento do presente trabalho no sentido de permitir comparações e formatações adequadas para o modelo de ECI adotado no direito brasileiro da atualidade.

Passarei a me deter um pouco mais sobre aquela sentença da corte colombiana e seus efeitos e desdobramentos nos próximos tópicos.

4.5.1.1. Origens, fundamentos e dispositivo da sentença

Como manifestei na primeira parte deste trabalho, a figura do Estado de Coisas Inconstitucional não surgiu pela primeira vez com a sentença T-025/2004 da Corte Constitucional da Colômbia, e nem ela foi o último provimento jurisdicional daquele órgão a identificar tal ocorrência situacional de um estado fático naquele país. Todavia, ela foi paradigmática em relação ao seu conteúdo, ao grau de pessoas envolvidas naquela situação de vulnerabilidade, bem como nos desdobramentos e efeitos da decisão.

³⁷⁰ KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. op. cit., p. 163.

³⁷¹ KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. op. cit., p. 163.

De fato, com a prolação da sentença T-025 de 2004, a Corte Constitucional colombiana protegia, em média, os direitos de cerca de 1.150 núcleos familiares da população de deslocados, com uma média de 4 pessoas por núcleo familiar, e composto geralmente por mulheres chefes de família, pessoas idosas e menores de idade, além de indígenas, demonstrando que o grupo social submetido aos malefícios daquele deslocamento forçado era formado sobretudo por pessoas mais vulneráveis dentro do substrato social comum.³⁷²

Consoante aduzem Chevitarese, Santos e Graça, aquela corte constitucional, no referido caso, aprofundou-se demasiadamente nas principais falhas estruturais da política pública de atendimento às vítimas do deslocamento forçado, sendo possível identificar tais falhas nas fases de definição da agenda, da formulação da política, da implementação e da avaliação dos atos necessários para o cumprimento adequado da decisão.³⁷³

Ainda segundo os mencionados autores, durante a fase de cumprimento da sentença T-025/2004 foi identificada a baixa alocação de recursos financeiros e orçamentários para custeio assistencial dos deslocados e diante desse diagnóstico, a corte determinou ao Estado colombiano: (i) a elaboração célere e eficaz de um plano de ação que garanta os direitos mais básicos dos deslocados; (ii) a disposição eficiente de recursos financeiros para garantir esses direitos fundamentais; e (iii) a alteração e extinção das práticas institucionais declaradas inconstitucionais naquele julgamento principal, sendo que, diferentemente dos casos anteriores em que a Corte Constitucional reconheceu a existência de ECI, na sentença T-025/2004, após proferir a decisão, a corte manteve sua jurisdição sobre o cumprimento das ordens proferidas, a fim de acompanhar de perto a execução efetiva do julgado e a implementação adequada das políticas públicas em favor dos deslocados.³⁷⁴

O texto da sentença T-025/2004 é extremamente complexo, exatamente com a natureza da causa posta em julgamento, entretanto ousou trazer à colação parte do trecho de seu dispositivo, dada a sua relevância para a temática desenvolvida neste trabalho:

IV. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,
RESUELVE

³⁷²COCK, Vanessa Suel. El estado de cosas de inconstitucionalidad. *In*: STEFAN, Jost. **20 Años de la Constitución Colombiana**: logros, retrocesos y agenda pendiente. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 207.

³⁷³CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. op. cit., p. 222.

³⁷⁴CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. op. cit., p. 222.

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

SEGUNDO.- COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.

c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.³⁷⁵

Além desses trechos, a sentença T-025/2004 segue com outras dezenas de comunicações e determinações a diversas autoridades públicas do país com o escopo de assegurar condições mínimas para o cumprimento efetivo da decisão, sendo possível extrair da passagem acima a dimensão do problema no que diz respeito à latente situação de vulnerabilidade social ampla, sem que houvesse até então por parte das autoridades públicas estatais uma resposta eficiente para sanar e superar aquele quadro situacional caótico e deveras problemático.

³⁷⁵ COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

Como dito, uma das mais relevantes inovações verificada na T-025/2004 foi justamente a manutenção da jurisdição da corte julgadora mesmo após a prolação do comando sentencial, ocasião em que o tribunal registrou que o julgamento do caso, por si só, não daria solução efetiva ao ECI, razão pela qual nos anos seguintes à decisão o órgão cuidou para ver alcançada a implementação efetiva do julgado por meio de um procedimento de acompanhamento duradouro, público e dialógico, entre os anos de 2004 e 2010, quando foram realizadas cerca de quatorze audiências públicas e proferidas outras 84 decisões, que chamarei aqui de decisões em cascata, como ensinado por Arenhart, com a finalidade de dar força propulsora às ordens lançadas na T-025/2004, solicitando informações precisas junto às autoridades públicas responsáveis pelo cumprimento da decisão em busca de conhecimento acerca das ações concretamente executadas, permitindo ainda à corte acompanhar questões específicas, dirimir conflitos e dúvidas surgidas no seio da execução e estabelecer indicadores precisos para aferir o grau de efetivação dos direitos da população deslocada estatuidos da decisão judicial.³⁷⁶

Segundo Caballero e Fernández, com esse movimento de reter a própria jurisdição para a fase de execução do julgado, a Corte Constitucional colombiana buscava evitar a concessão de ajudas de emergência ou auxílios temporários por parte dos agentes estatais responsáveis diretos pelo cumprimento das determinações da corte, quando, em verdade, almejava o órgão jurisdicional daquele país que fossem cumpridas as suas determinações ou ao menos criadas as diretrizes mínimas necessárias que permitissem encontrar soluções definitivas para aquela tragédia humanitária.³⁷⁷

Essas diretrizes mais básicas da sentença marcaram bastante a realidade política e institucional daquele país nos anos posteriores ao seu proferimento, exigindo um debate dialógico e a permanente construção de soluções e alternativas aos problemas identificados pela Corte Constitucional no julgado. Para isso, entretanto, foi necessário instaurar uma instância própria, dentro do órgão jurisdicional citado, para acompanhar as minúcias do cumprimento da decisão. Vejamos algumas notas do desenvolvimento dessa nova etapa do processo a partir de então.

4.5.1.2. Execução da sentença T-025/04 e os autos de seguimiento

³⁷⁶ CURSINO, Bruno Barca. op. cit., p. 97-98.

³⁷⁷ CABALLERO, Jackeline Cecilia Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. op. cit., p. 127.

Como visto, a sentença T-025 de 2004, talvez seja a mais relevante na matéria de cumprimento de políticas públicas e reconhecimento da situação de Estado de Coisas Inconstitucional, já que diz respeito a fato emergente e danoso no qual viviam várias pessoas e famílias que foram retiradas ou simplesmente expulsas de suas residências, lares e regiões de origem, através de um movimento marcado por intensa violência e ameaças em razão dos conflitos armados vividos no país, configurando um êxodo local bastante peculiar daquele país, denominado comumente de *desplazamiento*.

Após uma fase inicial do processo judicial marcada por inúmeros obstáculos para acompanhar o cumprimento estrito da decisão citada, o órgão jurisdicional colombiano iniciou o exercício de um monitoramento mais próximo do cumprimento da sentença através da criação de uma câmara de acompanhamento que trabalhou bastante com um instituto processual denominado *autos de seguimiento*, no qual o órgão colombiano manteve sua jurisdição constitucional a fim de acompanhar e monitorar adequadamente a implementação das políticas públicas em favor dos *desplazados*.

Essa figura dos *autos de seguimiento* está prevista no decreto n. 2.591 de 1991, artigo 27, que afirma “*el juez (...) mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza*”, servindo esse dispositivo como mecanismo legislativo que deu suporte à criação de órgão especial de acompanhamento da sentença dentro da própria Corte Constitucional, que detinha competência para averiguar as providências adotadas pelos órgãos públicos em cada um dos pontos indispensáveis fixados para assegurar o gozo dos direitos fundamentais da população deslocada, firmados e reafirmados pela sentença T-025/2004, bem com objetivava minorar os efeitos dos atos violentos e ameaçadores que foram responsáveis pelo deslocamento forçado de parte da população colombiana.

Nesses autos de acompanhamento, algo semelhante à figura do processo de execução ou à fase de cumprimento de sentença, institutos bem conhecidos no direito processual brasileiro, o órgão judiciário colombiano requisitou por várias ocasiões relatórios minuciosos e esclarecedores, cuja atribuição para emissão era muitas vezes das autoridades públicas locais responsáveis por dar cumprimento às providências estabelecidas na sentença T-025/04. Desse modo, a Corte Constitucional exercia, assim, um monitoramento mais próximo da realidade e atento à efetividade das providências adotadas pelo Poder Público em busca dos resultados almejados por ocasião do julgamento principal.

Cito aqui, a título de exemplo, o auto de acompanhamento n. 219/2011, em que foi realizada análise mais ampla do nível de execução fidedigna da sentença T-025/2004,

especialmente no que atine ao nível de atenção dado pelo Poder Público, principalmente através do Poder Executivo, à população deslocada. Na ocasião, vale frisar, a corte constitucional determinou que o governo do país procedesse com as medidas imprescindíveis para retificar as lacunas em matéria de política pública para a prevenção do deslocamento forçado e para a garantia dos direitos à verdade, justiça, reparação e não repetição dos atos violentos que resultaram no êxodo massivo da população daquele país.

Além disso, naquele mesmo processo de acompanhamento, foi firmado pelo órgão jurisdicional constitucional o dever de o Estado colombiano adotar um mecanismo de participação efetiva e democrática para organizações não governamentais surgidas no seio da população deslocada, além do dever de adotar medidas para verificar o progresso legítimo na garantia dos direitos à saúde e à educação dessas pessoas, como direitos mais básicos de uma população nacional.

Outros *autos de seguimiento* que se encontram em doutrina é o de n. A-008 de 2009, pelo qual a corte reconheceu que o ECI persistia em razão do deslocamento interno forçado ainda patente em algumas localidades e, ao mesmo tempo em que em um dos dispositivos do julgamento executivo aquela corte requisitou junto ao representante da entidade responsável pela coordenação do sistema nacional de atenção à população deslocada da Colômbia que demonstrasse que não haveria mais resquícios do ECI naquela localidade citada nos autos, ou seja, o tribunal reconheceu a persistência da situação de Estado de Coisas Inconstitucional, e ordenou que o governo local provasse que aquele não existia, de fato.³⁷⁸

Nesse sentido, um dos pontos defendidos nesse trabalho é que a adoção da sistemática de cumprimento negociado das sentenças estruturais relativas ao sistema prisional brasileiro, e me refiro não apenas às decisões da ADPF 347, mas também a todas as outras sentenças estruturais proferidas em processos estruturantes ou em processos ordinários, ainda que proferidas por órgãos colegiados, configura mecanismo ideal para a solução de problemas tão recorrentes, difusos, perenes e complexos como são aqueles que perpassam a lógica de processos estruturais, tal qual o caso do sistema prisional brasileiro.

Ademais, a execução negociada, quando atrelada a um acompanhamento judicial adequado, como fez a Corte Constitucional da Colômbia através dos *autos de seguimiento*, seja através de audiências públicas, seja através da cobrança sistemática da produção de relatórios precisos e fidedignos com a situação vivida em cada localidade, desde que contem

378 PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho público Iberoamericano**, n. 1, p. 243-264, out., 2012, p. 251.

com a participação efetiva de todos os atores responsáveis pelo cumprimento da decisão, apresenta-se como uma medida facilitadora da construção de um processo de melhorias permanentes das condições das prisões do país.³⁷⁹

Irei retomar essa discussão na última parte deste trabalho.

O fato relevante que aqui importa gizar nesse momento é que esse mecanismo processual que instaurou uma instância de acompanhamento na própria corte teve como consequência a vinda de entidades externas para o processo, tais como as unidades colombianas de proteção social e as organizações não governamentais de defesa de direitos de pessoas em risco, acarretando inclusive a criação de uma comissão técnica interdisciplinar para acompanhamento do cumprimento do julgado e para orientação da corte na identificação das necessidades da população atingida por aquele flagelo, bem como acarretando no auxílio para determinação de parâmetros a serem observados nas fases subsequentes do cumprimento da decisão judicial e na revisão do progresso para a garantia e proteção dos direitos fundamentais dos deslocados.³⁸⁰

Esse fenômeno de implementação das ordens proferidas no caso em epígrafe foi apelidado por César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco como “sentença em movimento”, algo muito parecido com o conceito de “sentença em cascata” defendido por Sérgio Cruz Arenhart, sendo que, como visto, os dois instrumentos processuais fundamentais utilizados pela corte para dar efetividade a esse tipo de provimento sentencial foram as audiências públicas e os *autos de seguimiento*, somados à coordenação de trabalhos de monitoramento por uma câmara de acompanhamento instalada na Corte Constitucional colombiana apenas para acompanhar o desenvolvimento do caso.

Como asseverado por Chevitarese, Santos e Graça, os processos de acompanhamento da execução da sentença T-025/2004 podem ser visualizados em três fases distintas: (i) a primeira, vai de 2004 até 2006, sendo caracterizada por ordens judiciais mais genéricas para implementação das correções imediatas, cabíveis a cada instituição pública responsável no âmbito da política pública de assistência aos deslocados; (ii) a segunda, compreendida entre os anos de 2007 e 2008, marcada pela criação de indicadores com o escopo de medir o progresso das políticas públicas de proteção e o nível de comprometimento e de efetividade da atuação de cada ator envolvido com a proteção dos direitos dos deslocados; (iii) e,

³⁷⁹ LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Processos estruturais, sistema prisional brasileiro e execução negociada de sentença judicial. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 91, n.2, p. 170-186 set. 2020, p. 184. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248169>. Acesso em: 25 out. 2020.

³⁸⁰ CABALLERO, Jackeline Cecilia Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. op. cit., p. 128.

finalmente, a terceira, destacada a partir do ano de 2008, sendo responsável pelo monitoramento mais próximo dos entes públicos no cumprimento das políticas públicas relativas aos deslocados, sendo que, no total, como dito, entre 2004 e 2010, foram instituídos 84 *autos de seguimiento* para acompanhar o desenvolvimento das medidas adotadas para cumprir as determinações da sentença e amenizar os efeitos nefastos do desalojamento forçado de tantas famílias colombianas.³⁸¹

Segundo os autores supramencionados, a prolação de ordens estruturais exigiu da Corte Constitucional da Colômbia a alocação adequada e racional de pessoal, juízes e servidores, posto que naquele julgado os três magistrados autores da sentença T-025/2004 foram responsáveis por manter jurisdição sobre o caso após o seu proferimento, o que ocorreu por meio de requerimentos feitos por oficiais, instituições de controle e grupos sociais organizados, nos *autos de seguimiento*, além da realização das audiências públicas para discutir a situação. Além disso, aquela corte mobilizou vários funcionários para trabalharem exclusivamente no monitoramento das ordens emanadas nos *autos de seguimiento*, sendo instituída uma comissão de monitoramento, composta de ex-magistrados e líderes de grupos sociais organizados, com o objetivo precípuo de fiscalizar o cumprimento das ordens e de auxiliar a elaboração e o cumprimento das políticas públicas fixadas pela corte naquele julgamento.³⁸²

Fica do exposto a impressão de que as providências adotadas pela Corte Constitucional da Colômbia são complexas e não se exauriram com a mera prolação da sentença principal, sendo necessário instalar uma instância específica de acompanhamento. Essa é a forma mais eficiente para obter resultados práticos satisfatórios no âmbito dos processos estruturais modernos, e, embora no caso colombiano aqui retratado não se referisse às condições de presídios e cadeias públicas, tem viés muito aproximado com aquele adotado em outros países para lidar com o sistema prisional. Refiro-me ao sistema prisional dos Estados Unidos e o desencadeamento de processos judiciais voltados a discutir e reformular as condições encontradas nas unidades prisionais naquele país. É sobre isso que trato nos próximos itens.

4.5.2. *Estados Unidos e o processo estruturante no sistema prisional*

³⁸¹ CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. op. cit., p. 223.

³⁸² CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. op. cit., p. 225.

Os Estados Unidos, desde há muito, destaca-se por ser uma potência mundial, em vários aspectos, tais como no desenvolvimento econômico ou nos resultados em competições esportivas internacionais. Ocorre que o país também é uma grande potência quando o assunto é aprisionar pessoas, e não vejo nisso razões para levantar bandeiras de orgulho. As estatísticas para aquele país são bem claras, despertando a atenção de muitos estudiosos.

Entre 1980 e 2009, o número total de pessoas privadas de liberdade, somando as prisões do sistema da justiça federal e da justiça distrital, aumentou em cerca de 361%, enquanto que a população total do país cresceu cerca de 35% durante o mesmo período de tempo. Em 2010, o número de presos em alguma forma de custódia penal estatal – prisão definitiva, prisão preventiva, liberdade condicional, ou controle da comunidade - totalizou cerca de 7,1 milhões de pessoas, algo correspondente a aproximadamente 2,3% da população do país, sendo que, proporcionalmente, esse número significava cerca de 743 pessoas custodiadas por cada 100 mil habitantes, enquanto na Rússia e China essa proporção era de 568 e 122 por 100 mil habitantes, respectivamente.³⁸³

Segundo Nauman, traduzindo o sentimento contraditório em um país de tantas conquistas, mas ao mesmo tempo marcado por uma realidade tão nefasta, “*indeed, if incarceration were an Olympic event, the United States would win gold*”.³⁸⁴

Veja o leitor atento que os números prisionais dos Estados Unidos em anos anteriores não são os melhores, mas configuram entre os maiores do mundo, baseado em formações de superlotações intensas, cujas consequências não eram desconhecidas: falta de higiene e salubridade no ambiente de permanência e repouso, ausência de alimentação adequada, ocorrência de contrabando e tráfico de drogas no interior das unidades, práticas de violência física e psíquica contra os detentos, dentre outros.

Para tentar vencer esse problema, decisões judiciais unilaterais, meramente impositivas e afastadas de um diálogo prévio e permanente com os atores públicos e privados atuantes no sistema prisional, não parecem configurar uma saída eficiente, justamente em razão da complexidade da causa e dos inúmeros fatores sociais, econômicos, culturais e jurídicos que estão subjacentes a essa realidade.

Cito para o conhecimento desse tipo de providência o modelo decisório inserido no contexto da *prison reform litigation* no caso *Pugh vs. Locke*, no qual, após uma longa instrução processual, o magistrado de piso proferiu decisão extremamente detalhista,

³⁸³ NAUMAN, Steven. *Brown v. Plata: renewing the call to end mandatory minimum sentencing*. **Florida Law Review**, v. 65, p. 855-893, 2013, p. 873.

³⁸⁴ NAUMAN, Steven. *op. cit.*, p. 874.

determinando em minúcias quais seriam as providências estruturais que deveriam serem adotadas pelo Poder Público e outros atores no cotidiano do estabelecimento prisional, surgindo como uma ordem judicial desenvolvida de maneira unilateral pela decisão de um órgão jurisdicional, baseada e construída em um modelo individualista de processo, no qual o julgamento é praticamente realizado a partir da colheita das provas na fase processual do conhecimento, sem que houvesse um engajamento significativo das partes no detalhamento e na composição das determinações da sentença.³⁸⁵

A litigância estruturante em matéria prisional nos Estados Unidos se popularizou nas décadas de oitenta e de noventa, resultando em um movimento conhecido com *prison reform litigation*, onde por diversas vezes órgãos do Poder Judiciário, especialmente os distritais e o federal em suas instâncias inferiores, passaram a impor ao Estado diversas obrigações de melhorias para o sistema prisional que, em uma perspectiva mais genérica, era caracterizado por um estado latente de superlotação.

Em contrapartida, o Poder Legislativo do país buscou impor um freio às decisões judiciais estruturais naquela matéria e fez editar a *Prison Litigation Reform Act (PLRA)*, formalizada em 1996, cujo objetivo primordial era limitar os poderes dos magistrados nesses litígios, determinando, entre outras coisas, que as decisões judiciais em matéria de reforma prisional deveriam ser adequadas aos fins que se destinavam, sendo o menos intrusivas possível na estrutura da administração pública e deveriam ser limitadas àquilo que fosse suficiente para proteger e assegurar o direito que estivesse sendo violado no sistema penitenciário.

Além disso, a lei determinava que as decisões estruturantes prisionais tivessem uma clareza pontual entre os custos e os benefícios da reforma estrutural almejada e impunha que qualquer impacto negativo no orçamento administrativo público e na atividade administrativa cotidiana deveria ser adequadamente analisado. Ademais, de maneira muito inusitada, a referida lei limitou a dois anos o tempo de duração de uma ordem judicial em processos de reforma prisional.

Segundo Violin, a lei exigia do magistrado a realização de um juízo de ponderação muito difícil de ser apurado aprioristicamente, posto que deveria ser realizado antes de a própria legislação definir um *standard* de cumprimento. Em síntese, segundo o autor: “a

³⁸⁵ STURM, Susan P. op. cit., p. 1.357.

norma é pouco eficaz porque combate a vagueza de cláusulas gerais por meio de outra norma igualmente aberta a conceitos jurídicos indeterminados.”³⁸⁶

Em *Brown vs. Plata* essa matéria recebeu um destaque muito interessante, posto que a PLRA foi bastante utilizada pelo Poder Público na tentativa de impedir decisões judiciais que modificassem drasticamente as condições das prisões, inclusive nos quesitos mais técnicos e internos da atividade administrativa.

O voto do ministro Kennedy da Suprema Corte no citado caso é bastante elucidativo, posto que reconhecia a importância da legislação federal que limitava a intrusão judicial na matéria prisional, mas, ao mesmo tempo, reservava uma margem de abertura funcional para atuação dos tribunais federais como sendo detentores de autoridade final sobre a manutenção das condições prisionais quando estas violassem direitos constitucionais dos presos, admitindo que a PLRA não poderia funcionar como limite à imposição de medidas às autoridades governamentais quando os tribunais fossem instados com casos complexos em matéria de prisões, não devendo ser vista aquela legislação como um proibidor peremptório da atuação judicial, posto que a PLRA destinava-se, de fato, a limitar o poder dos tribunais federais a um "recurso de último recurso", uma espécie de última palavra sobre o tema, sendo reconhecida pelo legislador a situação de que os tribunais poderiam ser, de fato e de direito, a última salvaguarda dos direitos constitucionais dos presos e um baluarte importante para limitar a superlotação.³⁸⁷

Um dos problemas fundamentais do PLRA, como dito, é a falta de uma especificação criteriosa e um conjunto de padrões estabelecidos pela própria lei que pudessem ser seguidos em decisões judiciais sobre matéria de reforma prisional, como visto mais acima. Porém, esses padrões poderiam ser obtidos tais como aqueles contidos no *Manual of Correctional Standards* publicado pela *American Correctional Association*, uma organização formada por administradores de prisões e voltada a discutir experiências e providências na gestão de unidades prisionais norte-americanas, sendo que em *Holt v. Sarver*, por exemplo, podem ser extraídas influências dessa publicação técnica, onde os dez temas contidos no manual prisional elaborado por aquela organização são passíveis de serem identificados na decisão de

³⁸⁶ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 169.

³⁸⁷ PARSONS, Joseph N. op. cit., p. 107.

Holt, sendo que muitos dos *standards* recomendados por aquela associação foram incluídos na decisão.³⁸⁸

Desse modo, a litigância estrutural em matéria prisional naquele país não é, como visto, simples de ser analisada, levando em consideração, inclusive, a complexidade da forma federativa daquele Estado, com tantas idiossincrasias entre indivíduos e instituições, e a existência simultânea de esferas estaduais de poder com ampla gama de atribuições e funções no arranjo institucional, inclusive em matérias legislativas e judiciárias.

Em razão disso irei me limitar a comentar dois casos norte-americanos inseridos na temática da *prison reform litigation* pela importância que apresentaram na matéria, ambos com estruturas semelhantes nos seus objetivos maiores que circundaram os julgamentos, mas também diferentes em muitos pontos específicos de suas essências, por diversos motivos. São eles os casos de *Brown vs. Plata*, oriundo do estado da Califórnia, e de *Holt vs. Sarver*, advindo do estado do Arkansas. Passarei a deles tratar a partir de então.

4.5.2.1. Sistema prisional no estado da Califórnia

Os Estados Unidos, assim como o Brasil, são muito conhecidos na comunidade mundial pela sua numerosa população carcerária, resultado de inúmeros fatores de ordem jurídica, política, econômica e social, cuja análise é extremamente complexa e não tem cabimento nas pretensões desse trabalho, mas o que impende nesse momento salientar é que o estado da Califórnia é um dos entes daquela federação alienígena que mais merece destaque na temática.

É que, nesse sentido, foi paradigmática a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que, em maio de 2011, no caso conhecido como *Brown v. Plata*, iniciado em 2001, determinou àquele estado da federação o dever de reduzir sua população prisional ao limite de 137,5% da sua capacidade oficial como forma de remediar a violação de direitos constitucionais decorrentes da superlotação ali identificada.³⁸⁹

Para Caciado, a Califórnia, figurou por muito tempo como centro das discussões sobre o encarceramento em massa nos Estados Unidos da América, e desempenhou papel

³⁸⁸ VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 174.

³⁸⁹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. **Brown, governor of California, et al vs. Plata et al.** 23 May. 2011. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2021.

tradicional de farol e de bússola que apontam a direção a seguir pelos governos locais no resto do país.³⁹⁰

As prisões do estado da Califórnia, à época dos fatos, foram projetadas para abrigar uma população carcerária de cerca de 80.000 detentos, mas no momento do julgamento pela Suprema Corte, a quantidade de pessoas presas no estado era quase o dobro do número previsto para sua capacidade. Essa realidade já havia sido objeto de análise pelo Poder Judiciário em graus de jurisdição inferiores daquele país anos antes do julgamento supramencionado. Cito aqui os precedentes oriundos das duas ações coletivas federais que chegaram àquela corte superior.

Em *Coleman v. Brown*, iniciado em 1990, o tribunal distrital concluiu que os prisioneiros com doenças mentais graves não recebiam os cuidados mínimos necessários à manutenção digna de permanência nas unidades prisionais, sendo que para sanar a referida situação foi designado um *master* especial, espécie de interventor, para acompanhar o cumprimento de medidas judiciais visando ao melhoramento do sistema prisional à época, porém, 12 anos depois, foi-se verificado que o estado dos cuidados de saúde mental nas prisões da Califórnia estava se deteriorando devido à superlotação carcerária em vez de melhorar.

Além do citado caso, a outra ação coletiva federal que foi julgada em primeiro grau nos inícios dos anos 2000, também contra o estado da Califórnia, foi o conhecido *Brown vs. Plata*, iniciado em 2001, quando o estado admitiu a ocorrência de deficiências no atendimento médico em favor dos presos, o que estaria violando a Oitava Emenda à Constituição, que veda a imposição de penas degradantes ou cruéis no país, razão pela qual foram determinadas, em primeiro grau de jurisdição, um conjunto de medidas a serem adotadas pelo Poder Público com o fito de sanar a situação de grave violação de direitos fundamentais. Ocorre que até 2005 as medidas não surtiram os efeitos delas esperados, sendo que o interventor designado para o caso relatou que as condições de melhoria das unidades passava necessariamente pela redução do encarceramento massivo e a redução da superlotação.

Como visto, os problemas estruturais identificados em *Plata* e *Coleman*, não foram resolvidos de maneira satisfatória, pois em muito dependiam para solucionar o problema da redução da superlotação das unidades, razão pela qual os demandantes dos processos *Coleman* e *Plata* moveram seus respectivos direitos recursais distritais a um painel formado

³⁹⁰ CACICEDO, Patrick. op. cit., p.06.

por três juízes, nos termos da Lei de Reforma de Litígios de Prisão de 1995 (PLRA), para obterem ordem judicial determinando a redução da população carcerária no estado.

O que ocorreu foi que os juízes de primeiro grau de *Brown vs Coleman* e de *Brown vs Plata* deram provimento às ações iniciais de piso, mas o caso subiu ao tribunal formado por três juízes, com base naquela lei acima referida, onde ficou determinado que o estado deveria reduzir sua população carcerária em 40 mil presos, no prazo máximo de 02 anos. Após uma consolidação dos processos, em espécie de conexão processual, o estado da Califórnia apelou da decisão colegiada e os autos chegaram para julgamento na Suprema Corte dos Estados Unidos, onde depois de serem ouvidos especialistas e representantes das partes, a Suprema Corte ordenou que o estado da Califórnia reduzisse sua população carcerária para 137,5% da capacidade constatada no momento do julgamento, no exíguo prazo de dois anos.

Além disso, ainda no julgamento supramencionado a corte, ao constatar que o problema da superlotação carcerária somente seria reduzido se a capacidade das unidades prisionais pudesse ser aumentada por meio de novas construções adequadas, o tribunal ordenou ao estado da Califórnia que formulasse um plano de conformidade e adequação das estruturas e condições de manutenção das unidades prisionais, e submetesse esse mesmo plano à aprovação do tribunal.

Em seu recurso, o estado da Califórnia argumentava que uma saída mais segura do que reduzir nominalmente o número de presos seria a construção de novas unidades, as transferências de presos para outros estados ou a contratação de mais médicos para dar suporte na assistência à saúde dos detidos, o que, a princípio, parecia ser uma tese factível no órgão supremo, sobretudo quando se pensava que era necessário dar ao estado um espaço suficiente para encontrar mecanismos estruturais e fazer planos para corrigir as violações de direitos de forma eficaz e consistente com as políticas públicas, entretanto a ineficiência californiana em cumprir determinações anteriores de elaboração de planos para adequar a capacidade das unidades prisionais tornou o uso de remédios judiciais menos invasivos pouco atrativo, razão pela qual a Suprema Corte concluiu que o único mecanismo acessível e eficiente era ordenar ao Estado que reduzisse sua população carcerária.³⁹¹

Ainda nas análises dos argumentos da Califórnia no caso, referindo-se, por exemplo, ao fato de que a ordem do tribunal local atingiria muito mais presos do que aqueles que estavam representados no recurso levado à Suprema Corte, tem-se o fundamento da impossibilidade de elevada intrusão do Judiciário em políticas públicas prisionais, violando a

391 NAUMAN, Steven. op. cit., p. 881.

PLRA, que afirma que uma decisão de um tribunal federal em matéria de melhoria do sistema prisional deve ser elaborada de forma restrita, não se estendendo além do necessário para corrigir a violação em tela e deve ser minimamente intrusiva, ou seja, deve estabelecer apenas o mínimo necessário para corrigir a situação. Contudo, em seu voto, o ministro Kennedy rejeitou o argumento afirmando que a restrição da medida judicial para uma violação de direitos constitucionais não é inválida simplesmente porque apresenta efeitos colaterais, sendo que “*the violations found by the two court-appointed officials were systemic, and therefore a systemic remedy was appropriate.*”³⁹²

Segundo Parsons, enquanto a Suprema Corte enfatizou fortemente a necessidade de se respeitar o papel da PLRA em limitar o nível da intervenção judicial em casos de litígios prisionais, deixando espaço para apreciação e deliberação para a Administração Pública, o órgão constitucional também reafirmava o dever de os tribunais federais em acompanharem o cumprimento de suas decisões estruturais, sendo correto afirmar, ainda segundo o autor, que, tendo em vista o estado deplorável das prisões norte-americanas como um todo, a decisão da Suprema Corte em *Plata* pode ter efeito significativo sobre o papel desempenhado pelos tribunais na obediência ao dever de impedir penas cruéis e degradantes, direitos consagrados na Oitava Emenda e na prescrição de métodos de melhoria do sistema através de suas decisões estruturais.³⁹³

A decisão de *Brown vs Plata* tem papel de destaque no sistema judiciário e político daquele país, justamente por representar o estado de tensão entre o nível de invasão do Judiciário sobre políticas públicas prisionais, que, aliás, era bem restrito naquele país, em virtude da legislação restritiva representada na PLRA, e a necessidade de garantir direitos constitucionais da população carcerária, onde acabou prevalecendo o senso de que a Suprema Corte Constitucional do país deveria proteger a pessoa humana, ainda que contra ela pesem condenações ou ordens judiciais restritivas de direitos.

4.5.2.2. Sistema prisional no estado do Arkansas

Também foi com *Holt vs. Sarver*, no estado do Arkansas, que se viu o sistema prisional de determinada unidade da federação norte-americana ter sua constitucionalidade impugnada judicialmente, em um movimento mais amplo e complexo denominado *prison law*

³⁹² PARSONS, Joseph N. A constitutional and political highwire act: the role of *Brown v. Plata* in solving America's prison crisis. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 75, p. 99-120, 2013, p. 108.

³⁹³ PARSONS, Joseph N. op. cit., p. 110.

litigation, que se popularizou nos Estados Unidos nas últimas décadas do século XX, onde, poucos anos depois do surgimento de *Holt*, vários outros estados norte-americanos passaram por litígios processuais similares.

Como aduz Violin, *Holt vs. Sarver* não se trata do julgamento de um único caso ou processo, mas sim de um conjunto formado por pelo menos seis causas distintas e correlatas: *Holt vs. Sarver I*, *Holt vs. Sarver II*, *Holt vs. Hutto*, *Finney vs. Arkansas Board of Corrections*, *Finney vs. Hutto* e *Finney vs. Mabry*.³⁹⁴

Segundo Weaver, citando o caso específico de *Hutto vs. Finney*, um dos casos que discutia as péssimas condições das prisões do Arkansas, o sistema prisional daquele estado era considerado como “*a dark and evil world completely alien to the free world*” e embora a superlotação fosse uma realidade ainda presente, o sistema prisional continuava a receber um elevado número de novos prisioneiros, que eram frequentemente “*subjected to punishments, including ‘punitive isolation’, that the Court described as ‘cruel, unusual, and unpredictable’*.”³⁹⁵

Em verdade, as prisões onde se encontravam os litigantes do caso *Holt* eram originárias de fazendas no estado do Arkansas, onde se fixaram as prisões de *Cummins* e de *Tucker*, onde os presos eram obrigados ao trabalho interno extenuante, trabalhando no campo seis dias por semana, por cerca de dez horas por dia, no semeio, plantio e colheita, sem direito a receber roupas adequadas da administração prisional para os dias de inverno e de chuva, sendo muito comum as práticas nocivas de abusos sexuais, contrabando de drogas, álcool e armas, além da ocorrência de diversos crimes violentos, onde, entre 1967 e 1969 foram contabilizados cerca de 17 ocorrências de esfaqueamento nas unidades e vários casos de homicídios contra detentos.³⁹⁶

O chefe da Comissão de Correções Robert Sarver passou a ser, em 1969, o responsável pela unidade prisional de *Cummins* e foi durante a sua gestão que a judicialização da gestão do sistema prisional do Arkansas passou a ter maior intensidade, sobretudo em razão das péssimas condições da prisão solitária, além da negativa de tratamento médico e dentário aos internos e da falta de condições do estado do Arkansas em proteger a vida e a integridade física dos detentos mediante um sistema próprio e eficiente de segurança, posto que muitos episódios de violência eram registrados no local.

³⁹⁴ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, p. 501-550, 2019, p. 503.

³⁹⁵ WEAVER, Russel. op. cit., p. 1.621

³⁹⁶ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, p. 501-550, 2019, p. 509.

Toda essa situação desastrosa acarretou na conjugação e ajuizamento de uma *class action*, onde no polo passivo constava o referido chefe Robert Sarver, sucessor de Thomas Murton, e no polo ativo estavam os presos Lawrence Holt, que deu nome ao caso como conhecido mais popularmente, além dos detentos Travis Fields e George Overton.

Holt vs. Sarver se diferencia em certo grau e medida de *Brown vs Plata* primeiramente no que diz respeito ao período em que se desenvolveram, sendo aquele no início dos anos 2000 e este a partir do final da década de 60, precisamente no ano de 1969. Além disso, em *Holt* a Suprema Corte tem participação bem menor e bem menos intrusiva nas atribuições constitucionais do Poder Público, posto que se limitou a declarar como válidas as decisões judiciais de graus inferiores, do que aquele papel desempenhado pela corte em *Brown vs. Plata*, quando então aquele órgão determinou medidas estruturantes mais incisivas para tentar resolver o problema da superlotação carcerária.

A gestão judicial dada ao problema das prisões do Arkansas em *Holt vs Sarver* teve início ainda em *Holt vs. Sarver I*, em 1969, quando então com a inovadora decisão do juiz J. Smith Henley foi reconhecida por um órgão do Poder Judiciário a inconstitucionalidade sistêmica do sistema prisional existente naquele estado, razão pela qual se estabeleceram várias diretrizes para a humanização das suas unidades prisionais, determinando-se o dever de serem apresentados relatórios periódicos a respeito da execução de tais medidas.³⁹⁷

Nesse caso *Holt I*, o juiz Henley, em verdade, segundo Jordão Violin, adotou uma decisão do tipo autocontida, já que reconheceu o grau de autonomia para o estado do Arkansas conformar a realidade prisional instalada, admitindo e reconhecendo a falta de orçamento público estatal para adotar uma mudança brusca na administração do regime prisional, razão pela qual Henley determinou que o Estado apresentasse um plano de ação, no prazo de 30 dias, além de relatórios sobre o cumprimento desse plano.³⁹⁸

Entretanto, como é de conhecimento da experiência prática vivida com causas hipercomplexas e pelos relatos aqui trazidos no âmbito de processos estruturais, cujas decisões e medidas dependem de complexo e demorado processo de implementação, *Holt* voltou novamente às mãos do juiz Henley, desta feita para novo julgamento de mérito e adoção de medidas estruturais mais incisivas.

Assim, cerca de um ano após aquela decisão, o juiz J. Smith Henley determinou ao comitê prisional do Arkansas a criação de um novo plano de ação no processo que ficou

³⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013. pdf.

³⁹⁸ VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, p. 501-550, 2019, p. 516.

conhecido como *Holt vs. Sarver II*, com o mesmo macro-objetivo da decisão anterior, qual seja, evitar a imposição de penas cruéis e degradantes no sistema prisional do Arkansas, sendo que a discussão na esfera processual ainda iria se prolongar por aproximadamente cerca de 12 longos anos.³⁹⁹

Em *Holt II*, Henley determinou a reunião de oito *class actions* ajuizadas pelos detentos das unidades, o que acarretou em um processo com causa de pedir bastante aberta, e com pedidos mais fluidos do que aqueles apresentados em *Holt I*, e assim, em 1970, um ano após o ajuizamento da primeira ação, foram declaradas inconstitucionais as condições dos presos encontrados em *Tucker e Cummins*, onde novamente o julgador determinou ao Estado o dever de apresentar um novo plano de ações, mas desta vez fixou requisitos mínimos esperados para o sistema prisional: 1) extinção da figura dos *trusties*, muito semelhantes às figuras dos “chaveiros”, comum no atual sistema prisional brasileiro; 2) divisão dos barracões em unidades celulares menores para comportar mais adequadamente os detidos; 3) construção de mais unidades de isolamento e adequação da alimentação de tais unidades; 4) dessegregação racial nas duas unidades.⁴⁰⁰

Além dessas características, Jordão Violin traz um panorama bastante interessante para se compreender a lógica por trás de *Holt I* e *Holt II*. É que, enquanto no primeiro julgamento as demandas visavam à eliminação da exigência cruel de que os presos para receberem comida adequada e medicamentos teriam que pagar propinas ou venderem o próprio corpo, no segundo caso a preocupação estava mais centrada no fornecimento de serviços médicos e odontológicos adequados e suficientes. Enquanto na primeira demanda o objetivo maior era evitar o uso da tortura e das punições corporais nos estabelecimentos prisionais, a definição dos parâmetros mínimos de um processo disciplinar justo e devido estava na pauta de discussão principal em *Holt II*.⁴⁰¹

Além da citada discussão, em *Holt II*, em sede recursal, o órgão colegiado da Corte do 8º Circuito sugeriu ao juiz Henley a designação de fiscais para realizarem o monitoramento direto do cumprimento das decisões nas unidades prisionais, o que ajudou a popularizar a figura do *special master*, conhecido também por *visiting committee*, uma espécie de auxiliar

399 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013. pdf.

400 VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, p. 501-550, 2019, p. 521.

401 Ibidem, p. 524.

do juízo inserido dentro da estrutura que se pretende ver reformada, e que tem previsão legal no *Federal Rules of Civil Procedure* daquele país.⁴⁰²

Em *Holt* apenas em 1978, após um acordo entre as partes do processo para se alcançar uma solução definitiva e consensual no caso, foi nomeado um *special master* pelo juiz Thomas Eisele, que sucedeu Henley na condução da causa, e em agosto de 1982, portanto mais de 13 anos após o início da causa, Eisele extinguiu o processo.

Vale aqui frisar, como fazem Pinho e Côrtes, que as medidas sentenciadas acima destacadas determinadas pelo juiz Henley foram acompanhadas de uma série de providências e diligências encetadas simultânea e ininterruptamente pelo magistrado de primeiro grau, tais como visitas periódicas aos presídios, confecção de relatórios pormenorizados e a determinação e realização de audiências para verificação do atendimento da ordem exarada pela corte.⁴⁰³

Depreende-se do caso acima que a experiência norte-americana de provimentos estruturantes em matéria de direito prisional envolveu profundamente as cortes distritais e os juízes originários das causas como sendo as instâncias mais adequadas à fixação dos provimentos jurisdicionais estruturais, que tinham como objetivo macro a superação da inconstitucionalidade da situação posta, sendo que os objetivos de micronível, nos quais se estabeleciam as medidas mais específicas para evitar a manutenção do estado de degradação das pessoas nas prisões, eram, com ainda mais razão, firmados pelos órgãos jurisdicionais locais à medida que as políticas públicas iriam se efetivando em cumprimento à decisão judicial inicial e uma postura dialógica com o Poder Público executor ia se estabelecendo.

⁴⁰² Ibidem, p. 527.

⁴⁰³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. op. cit., p. 239.

5 QUARTA PARTE – UMA PROPOSTA PARA A SUPERAÇÃO DO ECI BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E DA UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS ESTRUTURANTES

5.1. Interação dialógica como ferramenta de superação do ECI no Brasil

O conceito de diálogo institucional utilizado neste trabalho é bastante amplo, pois trabalha com noções que ligam atores pertencentes a diferentes instituições dentro do mesmo aparato de ordenamento jurídico, como membros de poder ou integrantes de órgãos independentes, mas também alcança entes ou organismos que não pertencem à mesma ordem jurídica interna de um Estado específico, entretanto mantém entre si e com aqueles uma relação de interação mútua e construtiva, visando a definir casos jurídicos submetidos à adjudicação e solucionar problemas individuais e ou sociais, especialmente aqueles de índole estrutural.

Além disso, esses diálogos não podem ser vistos apenas pelo prisma do seu conteúdo constitucional, especialmente quando se tem em vista a noção material de conceitos da Constituição, mas também deve abarcar instrumentos jurídicos de ordens jurídicas diversas, que se situam em uma esfera infraconstitucional, tendo nisso a visão de pirâmide normativa entre normas constitucionais e demais tipos de atos normativos do Poder Público.

Desse modo, vou preferir aqui utilizar a noção de diálogos institucionais, dos quais os diálogos constitucionais são espécie, não se tratando exatamente de sinônimos, sendo aqueles caracterizados a partir da interação entre entidades ou órgãos pertencentes a uma mesma ordem jurídico-positiva ou entre entes de uma ordem interna com órgãos pertencentes a outras esferas normativas estrangeiras, sejam de caráter local, como é o caso dos demais países detentores de um ordenamento jurídico próprio, sejam de caráter internacional, como é o caso dos organismos regionais de direitos humanos.

Ademais, as doutrinas que legitimam a utilização desses diálogos institucionais, como visto na segunda parte deste trabalho, são bem variadas e essa variação decorre não apenas quando elas, as doutrinas, analisam os tipos objetivos de relação dialógica entre instituições, tendo com isso o mesmo objeto de estudo e de comparação, mas também quando analisam os tipos diferentes de sujeitos envolvidos na relação dialogal a partir de perspectivas e marcos teóricos diferentes. Assim, podemos entender as classificações das teorias dialógicas de acordo com o sujeito dialogante, que poderia nominarmos de corrente subjetiva dos

diálogos institucionais, em contrapartida de perspectivas que classificam os diálogos a partir do objeto que conduz a interação, facilmente compreendidas como correntes objetivas dos diálogos institucionais

Em outras palavras, as noções de diálogos institucionais podem variar não apenas em função dos atores envolvidos na relação interativa e dialógica, mas também podem variar de acordo com o critério objetivo-teórico utilizado para a compreensão e análise dessa mesma relação.

A visão de diálogos institucionais que irei me utilizar nessa passagem do trabalho não envolve apenas as relações, muitas vezes tensas, entre órgãos dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo do Brasil, mas também alcança aquelas interações que envolvem órgãos jurisdicionais de ordens normativas do exterior, sejam órgãos de atuação local, sejam organismos internacionais de atuação com âmbito regional, como é o caso da CtIDH e da CIDH.

Isso porque não é desconhecida a amplitude e a importância dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolvidos e apresentados nos últimos anos no âmbito do SIDH, sobretudo em questões que dizem respeito às liberdades individuais, direitos sociais, questões de gênero, defesa das minorias, proteção da infância e juventude entre outros, sendo preciso acentuar como uma das estratégias de atuação para mitigação dos efeitos do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil as deliberações dos organismos regionais de defesa e garantia de direitos humanos.

Essa atuação em nível de Sistema Interamericano de Direitos Humanos acarreta no surgimento de uma dupla camada de proteção dos direitos humanos no continente: a proteção de índole constitucional, baseada no direito positivo, de índole interna e nacional, e a proteção convencional, de natureza regional e internacional, geralmente alicerçada em tratados de direitos humanos e fundamentais, o que deveria levar, em tese, magistrados nacionais e regionais a se moverem em uma mesma direção, construindo-se “uma perspectiva dialógica de cooperação coordenada e construtiva” de direitos e soluções jurídicas para os problemas enfrentados pelos juízes e tribunais.⁴⁰⁴

Também é possível constatar que, quando comparada com a produção da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana tem se debruçado com mais constância sobre violações de direitos decorrentes de períodos ditatoriais vividos no

404 PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez., 2019, p. 11. pdf.

continente latino-americano nas últimas décadas, além de desafios envolvendo o fortalecimento das instituições jurídicas locais e casos envolvendo a justiça de transição, enquanto, de outro lado, a Corte Europeia envolve-se com mais frequência com processos relacionados a direitos civis, questões de privacidade e de direito de família.⁴⁰⁵

Os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos e os que aceitaram a produção dos julgados da corte regional do SIDH constituem um bloco continental que demonstra, em tese, preocupação com as questões mais difíceis e delicadas ligadas ao ideal humanista, embora não faltem casos de desconsideração por parte dos mesmos países nativos dos ditames normativos da referida convenção, bem como não faltam casos práticos em que as decisões da corte regional não foram efetivadas na prática por alguma espécie de resistência daquelas nações. Sobre esse tema trato mais à frente, no próximo item.

Entretanto, por ora vale frisar que, embora se espere certo nível mínimo de recepção e de cumprimento das decisões produzidas no âmbito das cortes regionais de direitos humanos pelos países que se submetem à sua jurisdição, é fato que não são poucos os casos em que não é concretizada essa recepção e esse cumprimento esperados. Insta também acentuar nessa passagem que esse choque frontal e antagônico entre jurisdição regional e jurisdição local não é exclusivo do sistema latino-americano de direitos humanos e fundamentais.

Analisando esse tema e investigando um caso envolvendo a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional Alemão, Virgílio Afonso da Silva defende que é possível haver rejeição das decisões supranacionais, porém o ônus argumentativo para fazê-lo é enorme para a jurisdição nativa que assim se manifesta em suas deliberações, pois a tensão existente entre essas duas ordens, regional e local, pode ter o efeito benéfico de incluir mais parâmetros concretos para a aplicação do direito – e o respectivo sopesamento – no âmbito nacional.⁴⁰⁶

Entretanto, não obstante a existência em alguns casos dessa lógica de desobediência, é possível afirmar que cresce no seio do continente sul-americano o intercâmbio de ideias e de

405 FACHIN, Melina Girardi; ROBL FILHO, Ilton Norberto & TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. The Inter-American and European contexts of human rights protection: a brief comparative analysis of regional courts' decisions. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, vol. 61, nº 3, p. 67-89, 2016. Disponível em: DOI: 10.5380/rfdupr.v61i3.48742). Acesso em: 05 set. 2018.

406 SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 110-111.

aceitação dos conteúdos jurídicos produzidos no âmbito regional, tanto pela CtIDH quanto pela CIDH.

Em outras palavras: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, após a celebração da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, tem tido papel cada vez mais relevante na formação jurídica do continente americano, inclusive da América do Sul, atuando e solucionando casos de expressividade e de importância internacional, e por isso a análise de suas deliberações e o cumprimento das mesmas não são importantes somente como fonte de discussão dos problemas ora postos, mas também constituem mecanismo inafastável para tentativa de superação do estado inconstitucional e aviltante em que se encontra o sistema prisional brasileiro atual.

Evidentemente, além da necessária persecução do diálogo entre os órgãos jurisdicionais brasileiros e os organismos regionais de direitos humanos, que se afigura naquilo que Marcelo Neves chamou de diálogo transconstitucional, a perspectiva dialógica tratada neste trabalho também alcança as relações entre os poderes instituídos no Brasil, e aqui com destaque exposto ao Judiciário, Legislativo e Executivo, por serem os principais diretores da condução da política prisional brasileira.

Aqui exsurge a problemática tensão entre os poderes instituídos do país, onde se avançam as rotulagens e as críticas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o chamado ativismo judicial e suas mais diversas variantes, como vertente catalisadora de algum tipo de supremacia judicial no país, em rota de colisão direta com vieses de supremacia do Parlamento ou, embora não tenha sido detalhada na proposta que aqui expus, algum retorno à supremacia do Executivo.

Finalmente, também não se pode olvidar que além dos diálogos entre cortes locais e organismos internacionais de direitos humanos e além do diálogo entre os poderes constituídos, a proposta ora apresentada também busca encontrar, na perspectiva de diálogo entre jurisdições de cortes de países distintos, que aqui também pode ser encarada como uma faceta da doutrina transconstitucional, mecanismos e ferramentas que sejam úteis a apresentar soluções possíveis ao problema do ECI brasileiro da atualidade.

5.1.1. Os diálogos institucionais e transconstitucionais como mecanismos de suporte a uma teoria da superação

Como já tive a oportunidade de manifestar anteriormente nesse trabalho, pressuponho que temos como configurada a espécie “migração de ideias constitucionais”, de

acordo com o modelo apresentado por Virgílio Afonso da Silva, como figura representativa de um tipo de diálogo constitucional do gênero “integração discursiva”, no caso do reconhecimento pelo STF da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tomando como base para essa integração discursiva constitucional o conceito de ECI derivado e desenvolvido pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia para aquela figura durante alguns julgamentos.

Além disso, podendo categorizar o conceito de maneira multidisciplinar e por perspectivas teóricas distintas, embora próximas, entendo que essa migração de ideias constitucionais representa também um exemplo da aplicação do diálogo transconstitucional, na esteira do citado pensamento do professor Marcelo Neves, posto que a importação da figura do ECI pelo STF no julgamento da ADPF n. 347 foi alicerçada em uma ordem jurídica exterior à brasileira, retirando, de maneira bastante saudável e proveitosa, do ponto de vista teórico, da experiência colombiana uma ferramenta bastante útil para o desenvolvimento das discussões acerca do tema sistema prisional nacional.

Oportunamente, preciso frisar que essa migração de ideia constitucional transconstitucional, em uma categorização conceitual que acopla e conjuga os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva com pensamento técnico e doutrinário aqui já apresentado da teoria de Marcelo Neves, não engessa o conceito retirado da fonte originária colombiana de ECI a ponto de ele não ser passível de receber modificações ou adaptações no movimento de integração e de recepção na ordem jurídica brasileira, justamente porque se estivesse a se tratar de figura rígida, sem espaços para influências das particularidades locais, estar-se-ia a tratar da figura do empréstimo constitucional e não do conceito de migração de ideia constitucional.

Esse movimento de migração de uma ideia constitucional elaborada inicialmente por outra corte constitucional latino-americana pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro não pode acorrentar o operador aos limites e às margens do conceito como desenvolvido na sua origem, sob risco de se tornar no país importador uma figura meramente ilustrativa, sem capacidade adaptativa, muito menos resolutividade e aplicabilidade práticas.

Com isso quero deixar claro ao leitor que o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, importado pelo STF da experiência da Corte Constitucional da Colômbia, é perfeitamente adaptável à realidade brasileira e não está amarrado aos limites, conceituais e práticos, desenvolvidos pelo órgão de origem na nossa corte vizinha da América Latina, sendo plenamente viável e possível que o conceito referido, suas características e, principalmente, as medidas estruturantes que para a sua mitigação ou superação devem ser proferidas, possam se adaptar às particularidades do caso brasileiro.

Isso pois, se do contrário fosse, quer dizer, se aqui estivesse eu a falar sobre o conceito de empréstimo constitucional de natureza puramente “copiar e colar”, deveríamos, por uma questão de honestidade intelectual e teórica, resgatar a noção do ECI colombiano no que diz respeito ao sistema prisional daquele país, já que a referida teoria também foi aplicada na citada temática pela corte colombiana, porém não é desconhecida a experiência do país vizinho na forma como cuidou e vem cuidando de sua estrutura penitenciária, o que fatalmente nos levaria a acreditar que a importação do ECI pelo STF estaria, inexoravelmente, fadada ao mais rotundo fracasso, que acredito em e aqui defendo não ser o caso.

Assim, fica claro que, no desenvolvimento prescritivo que essa parte da tese busca a partir de agora desenvolver, a noção do ECI retirada da experiência colombiana pelo STF para julgar a ADPF n. 347 é plenamente adaptável à realidade brasileira, não apenas no seu conceito, muito embora a definição tomada pela Suprema Corte brasileira seja praticamente a mesma que, conceitualmente, adotou a corte colombiana nas mais diversas oportunidades que teve em sua jurisdição constitucional, mas, principalmente, nas suas consequências e na definição da natureza das providências a serem adotadas pelas autoridades públicas para alcançarem a sua superação.

Maldonado prefere abordar o tema dos diálogos institucionais a partir da perspectiva do “transplante jurídico”, destacando sua influência pelo mundo jurídico desde épocas remotas e destacando também que na América Latina em muito se tem utilizado tal instituto, baseado, segundo o autor, em um mecanismo de importação e exportação do direito e dos seus institutos e das definições jurídicas correlatas, sendo o continente uma terra fértil para os transplantes jurídicos vindos não apenas do Norte Global, mas também das organizações internacionais.⁴⁰⁷

Segundo o autor, a noção mais moderna desses transplantes não pode se limitar apenas aos atos expedidos e recebidos por agentes públicos, posto que os indivíduos também se movimentam entre estados e países diferentes, carregando com si concepções jurídicas e normativas que podem influir na conformidade normativa dos estados de destino, além de que 1) não se pode defender que aquilo que se transplanta seja apenas necessariamente regras jurídicas, mas também se deve compreender também como objetos dos transplantes jurídicos a possibilidade de transplantes de desenhos institucionais, ideologias e modelos teóricos descritivos ou normativos; 2) é preciso se ter em mente que o próprio objeto do transplante pode sofrer alterações transformadoras no movimento de sua transferência no Estado de sua

⁴⁰⁷ MALDONADO, Daniel Bonilla. Teoría del derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Teoría del derecho y transplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009, p. 13.

recepção, de modo a permitir uma mudança adaptativa no objeto transplantado; e, finalmente, 3) a aplicação de transplantes jurídicos pode implicar na possibilidade de interações de mão dupla entre o agente importador e o agente exportador, não havendo de se falar em movimento unidirecional.⁴⁰⁸

Essa perspectiva dialógica, lembra-se o leitor atento, não se limita ao debate e à interação entre cortes de países distintos, mas também está acoplada na recepção das noções e determinações do direito interamericano pelos órgãos jurisdicionais locais, o que também configura uma das cadeias de concepção de transconstitucionalismo no sentido emprestado por Marcelo Neves na sua obra referida anteriormente.

Além do transconstitucionalismo, há quem reconheça na presença de diálogos entre instituições a formação de uma verdadeira jurisdição transnacional, caracterizada como um bem intercambiável, capaz de transpor fronteiras geográficas em uma espécie de movimento de exportação e importação, transportando conceitos e provimentos jurídicos de uma dada esfera nacional para outra, em uma direção quase que circular e constante, que recursivamente alcança a esfera internacional e retorna novamente à ordem local para produção de efeitos esperados.⁴⁰⁹

Esse movimento transnacional também vai funcionar, prossegue Luis Araújo no seu texto, como ferramenta de efeito de desarticulação dos órgãos do Poder Judiciário como tradicionalmente conhecidos para inseri-los em uma nova configuração jurisdicional de plano global, dissociada da noção de soberania nacional, gerando uma consciência coletiva da ocorrência de um movimento de interdependência cada vez mais fortalecido e cada vez mais presente, cujo ponto de base é a ordem jurídica local, mas o objetivo final é a construção de um sistema transnacional de jurisdição.⁴¹⁰

Esse pensamento de formação e reconhecimento de uma jurisdição transnacional apresentado por Araújo é bem relevante, e será retomado mais à frente, contudo desde já é preciso entender que o transnacionalismo jurisdicional difere do transconstitucionalismo de Marcelo Neves posto que aquele trabalha basicamente com concepções e provimentos jurisdicionais, ainda que se trata de decisões de organismos regionais de defesa de direitos humanos, enquanto a perspectiva transconstitucional reforça a ideia de que a noção intercambiante de formação da racionalidade jurídica e a construção dos seus respectivos

408 MALDONADO, Daniel Bonilla. op. cit., p. 17-18.

409 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, a. 8, n. 39, p. 226-252, jan./mar., 2014, p. 227.

410 ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, a. 8, n. 39, p. 226-252, jan./mar., 2014, p. 228.

provimentos pode ser formada inclusive por fontes extra-jurídicas, tais como os costumes de povos nativos, por exemplo.

Ressaltada a diferenciação, ainda que de maneira breve, entre o transnacionalismo e o transconstitucionalismo, precisa o leitor atento compreender o ponto em comum que ambas as perspectivas adotam, sendo esse o ponto mais relevante para esse trabalho: ambas as concepções sugerem, reconhecem e estimulam a possibilidade de formação de uma racionalidade jurídica que vá além dos conceitos, normas e técnicas formadas em uma base jurídica e constitucional de uma dada localidade, permitindo a construção de decisões e atos jurídicos de natureza intercambiante, exigindo, com isso, reformulações constantes em conceitos jurídicos básicos, como a própria ideia de soberania. Sobre esse tema voltarei a tratar mais à frente.

De outra banda, na esteira de um pensamento crítico à concepção transconstitucionalista, Octaviano Arruda reconhece que o transconstitucionalismo é uma resposta funcional às condições que se observam no Estado contemporâneo, colocada em razão da multiplicidade e da diversidade da natureza dos conflitos entre pessoas e instituições, e da respectiva dificuldade de controle e contorno dessas situações por parte dos entes julgadores estatais oficiais, sendo que muitas vezes uma ordem jurídica interna e determinada não vai apresentar “as condições racionais para oferecer uma resposta clara ao problema. E, modernamente, a solução é a busca de resposta em outros ordenamentos, implicando uma troca transversal de racionalidade.”⁴¹¹

A nota transconstitucional ínsita ao diálogo entre instituições distintas, especialmente quando elas se encontram sob o respaldo de normas pertencentes a ordenamentos jurídicos alheios, decorre justamente do fato de que ao termos em análise as notas essenciais do transconstitucionalismo perdemos de vista e de horizonte a possibilidade de utilização de uma cadeia normativa hierarquizada, muito ao estilo kelseniano normativista, conjugada por regras e princípios que devem encontrar em uma norma superior o fundamento último de sua validade em um sistema escalonado como uma regra pressuposta por um sujeito cognoscente transcendental.⁴¹²

Inobstante essas críticas ao pensamento transconstitucional, busco aqui deixar lembrado que o transconstitucionalismo apregoa a noção de diálogo entre ordens jurídicas distintas, embora não seja seu requisito, nem sua consequência, a construção de um consenso discursivo entre as ordens normativas cambiantes, podendo também se falar em adaptação

⁴¹¹ ARRUDA, Octaviano Padovese. Da razão do transconstitucionalismo à defundamentação do transconstitucionalismo: a violência de um novo paradigma. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, p. 213-239, jan./jul., 2012, p. 215.

⁴¹² ARRUDA, Octaviano Padovese. op. cit., p. 220.

transconstitucional através do dissenso entre os sujeitos atuantes, que não estejam necessariamente acopladas sob o mesmo manto constitucional, para se alcançar a solução de problemas complexos e diferenciados, sendo muitas vezes possível identificar parâmetros de fundamentos para julgamentos transconstitucionais no direito internacional ou até mesmo nas normas costumeiras de comunidades alheias à esfera do direito positivo, tais como os casos de costumes indígenas, por exemplo.

Nesse sentido, as noções jurídicas concebidas no seio do Sistema Interamericano e as deliberações de seus órgãos integrantes, como elementos de funcionamento implícito de uma teoria transconstitucional, são de relevante importância e aplicação no direito nativo, não se podendo olvidar, como asseveram Borges e Piovesan, que o ordenamento jurídico interamericano em matérias de direitos humanos não se restringe à Convenção Americana, mas se expande pela jurisprudência da CtIDH, pelas deliberações da CIDH, e por outros documentos e elementos de interpretação de cunho internacional na esteira da proteção aos direitos humanos, “conformadores do bloco de convencionalidade, alcançando, mesmo, todo um *corpus iuris* interamericano a se projetar nas constituições nacionais.”⁴¹³

Com esse passo de ideias, mister destacar que a atuação da CtIDH, além de poder ser objeto de um transplante jurídico, como prefere falar o autor colombiano Daniel Maldonado, ou de um diálogo institucional, como prefiro aqui emprestar, com as cortes locais, a fim de se construir um modelo intercambial para construção de deliberações e elaboração de provimentos jurisdicionais em defesa de direitos humanos, serve ela mesma, a atuação da CtIDH, como um exemplo de atividade dialógica e interativa, fundamentada na constante busca pelo diálogo com aquilo que é produzido por outros órgãos e experiências locais e internacionais.

É que, segundo Catherine Maia, aquela corte regional interamericana tem apresentado em suas deliberações e resoluções o uso constante de referências regulares a fontes que vão além do SIDH, na busca pela orientação e pela construção de alternativas para os casos que lhes são submetidos para análise. Segue a autora nesse trabalho afirmando que a CtIDH não apenas constrói suas deliberações dialogando com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por exemplo, mas também com outros órgãos judiciais, ou quase-judiciais, tais como a Corte Internacional de Justiça e o Comitê de Direitos Humanos, além de, por vezes, trabalhar com deliberações que fazem referência a argumentos jurídicos manifestados em

413 PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. op. cit., p. 12.

sintonia com o direito que é construído pela jurisprudência dos tribunais constitucionais dos estados membros da OEA.⁴¹⁴

Nessa toada de ideias, é preciso também destacar que essa construção de diálogos institucionais já existe e é praticada por alguns órgãos jurisdicionais brasileiros em algumas oportunidades, especialmente o STF, não sendo a figura do ECI o único exemplo retirado da jurisprudência daquela corte constitucional.

Cito aqui novamente Luis Cláudio de Araújo quando em artigo especializado sobre o tema trata de vários exemplos onde foram elaborados provimentos jurisdicionais que dialogavam com a construção jurídico-normativa elaborada por outros entes e órgãos: 1) RE n. 511.961, analisado em 2009, que julgou como sendo indevida a exigência de diploma de curso superior para o exercício da função de jornalista, indo ao encontro da jurisprudência da CtIDH na opinião consultiva n. 05; 2) no julgamento do *habeas corpus* n. 87.585, analisado em 2008, onde o STF adotou o *status* supralegal do Pacto de São José da Costa Rica em território nacional para impedir a prisão civil do depositário infiel; e 3) no julgamento do *habeas corpus* n. 82.424, julgado em 2003, onde a corte suprema brasileira se utilizou de precedentes internacionais para firmar o entendimento de considerar como crime de racismo a publicação de obra de conteúdo antissemita.⁴¹⁵

Diante dessas ponderações, percebe-se a importância da comunicação dialógica entre órgãos judiciais de origem local, regional ou internacional na construção de alternativas para seus provimentos decisórios, de modo que também se percebe que a referida técnica não é de todo uma novidade no sistema jurídico desenvolvido no Brasil, sendo possível identificar alguns casos de intercâmbio de ideias jurídico-normativas pelas cortes brasileiras na formalização de seus julgamentos.

De todo modo, fica evidente que o escopo primordial da tese, em apresentar uma possível proposta de arranjo institucional e jurídico de atuação entre atores jurídicos e políticos distintos, de origem local e internacional, para buscar a superação, ou ao menos um grau maior de mitigação, dos efeitos do ECI brasileiro, não pode ser compreendido e desenvolvido sem atentar às noções precípua de diálogos institucionais, como aparato teórico necessário e suficiente a tornar aptas as sugestões que aqui se apresentam.

⁴¹⁴ MAIA, Catherine. Consagração de Direitos Humanos Imperativos: Reavivar o Diálogo entre os Tribunais Internacional e Regionais. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 20, p. 81-96, dez., 2020, p.88. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/423>. Acesso em: 11 jun. 2021.

⁴¹⁵ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, a. 8, n. 39, p. 226-252, jan./mar., 2014, p. 236.

A partir de então, tratarei de uma das formas pela qual esse diálogo deve se manifestar como estratégia útil ao desenvolvimento de um debate pela aplicação e desenvolvimento de uma teoria da superação do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro. Refiro-me ao cumprimento estrito pelos órgãos locais, especialmente aqueles de natureza jurisdicional, dos ditames contidos nas resoluções e nas deliberações dos organismos regionais de direitos humanos, notadamente a CtIDH e a CIDH, que, como visto anteriormente, por várias vezes tiveram a oportunidade de se manifestar sobre o sistema caótico da realidade prisional e carcerária brasileira, bem como as consequências tortuosas dessa situação para a sociedade e para os indivíduos encarcerados no país.

5.1.2. Exequibilidade das deliberações da CtIDH como parte integrante da estratégia de superação do ECI

Luis Cláudio de Araújo leciona de maneira bastante elucidativa que na complexa sociedade contemporânea, o processo de desenvolvimento da tutela jurisdicional deve ser promovido mediante um diálogo trabalhado a partir da projeção das cortes transnacionais, acarretando em um movimento de reformulação da compreensão clássica da noção de jurisdição, a partir da mudança no paradigma utilizado pelo direito positivo local para a formulação de seus provimentos, onde prevalece “a ideia de que a jurisdição interna passa a ser legitimamente exercida tendo em conta a visão de uma justiça transnacional, arquitetada em uma cadeia de reconhecimento universal.”⁴¹⁶

Esse diálogo, posto acima como sendo transnacional, embora aqui eu prefira utilizar simplesmente a terminologia diálogo institucional, é formulado a partir das mais variadas perspectivas institucionais e teóricas e tem como seus atores órgãos de natureza local atuando entre si, dentro de uma mesma ordem jurídica interna, órgãos jurisdicionais locais de um país interagindo com juízes ou tribunais de outros países igualmente soberanos, ou aqueles mesmos órgãos locais e os organismos internacionais ou regionais de formação jurisprudencial, mormente aqueles que tratam da matéria de direitos humanos.

Sobre esse último aspecto é que desenvolvo a presente passagem, especialmente tendo em conta a noção de que, embora uma vez estabelecida a premissa de que os diálogos institucionais entre os órgãos constitui ferramenta indispensável à formação de soluções jurídicas para problemas nacionais, objeto de tutela judicial, muitas das vezes esse diálogo

⁴¹⁶ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. *Revista da AGU*, Brasília-DF, a. 8, n. 39, p. 226-252, jan./mar., 2014, p. 233.

não é praticado quando determinado Estado, e todo o seu aparato institucional e orgânico, é condenado através de deliberações por parte dos organismos internacionais, especialmente aqueles que lidam com a temática dos direitos humanos, aqui me referindo mais diretamente aos diversos provimentos condenatórios proferidos pela CtIDH que o Estado brasileiro tem contra si, mas que normalmente se apresentam como deliberações não cumpridas nem na maneira e nem no prazo estabelecidos pela corte regional.

Conforme leciona Góngora Mera, a forma de relação entre as cortes constitucionais da América Latina e a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem passado por muitas mudanças nos últimos tempos, basicamente por dois fatores bem distintos, porém aproximadamente interligados.

O primeiro motivo se consubstancia a partir de uma mudança de atitude e de autoanálise da própria corte regional, pois a CtIDH tem abandonado o modelo tipo ‘caixa negra’ de atuação, onde, uma vez verificada a situação de violação aos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos, aquele organismo regional se limitava a proferir ordens meramente genéricas em face dos estados membros, para passar a adotar atualmente uma postura mais proativa frente aos órgãos internos do estado condenado, sejam eles de natureza legislativa, executiva ou jurisdicional, e mais atualmente vem se manifestando de modo a fixar diretrizes específicas e mandamentos diretos de fazer ou deixar de fazer para tais órgãos locais, e até mesmo ordens de pagar, conforme veremos mais à frente, sendo esse tipo de condenação o que normalmente é cumprido com mais facilidade pelo Estado brasileiro.⁴¹⁷

De outra ponta, desta feita analisando a questão do ponto de vista do comportamento sistêmico dos órgãos de jurisdição local, o autor colombiano destaca o posicionamento recente cada vez mais comum entre as cortes constitucionais do continente latino-americano reconhecendo gradativamente a relevância dos julgados da CtIDH, ainda que não tratem de deliberações que digam respeito direta e exclusivamente ao estado a que pertence o órgão jurisdicional de âmbito local, e esse reconhecimento de importância pelos órgãos locais se apresenta como fenômeno que está em muito relacionado à expansão regional da doutrina do bloco de constitucionalidade, pelo qual alguns tratados de direitos humanos podem ser

417 MERA, Manuel Eduardo Góngora. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (eds.): **La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?** México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 404.

recebidos na ordem jurídica interna como normas de natureza e hierarquia constitucionais plenamente válidas e vigentes.⁴¹⁸

Assim, partindo do pressuposto que o diálogo entre as cortes locais latino-americanas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos se encontra em processo de evolução, como faz crer o autor colombiano na passagem acima referida, não é menos certo afirmar que ainda é possível encontrar resquícios de resistência em juízes, tribunais e em órgãos dos poderes Executivo e Legislativo de uma ordem normativa interna determinada em receber, em aceitar e, o que é mais grave, em cumprir estritamente as deliberações e resoluções dos organismos internacionais de direitos humanos.

Perceba-se que ao receber um ato deliberativo oriundo de uma corte regional, cuja competência e jurisdição foi reconhecida, o Estado federativo deve com essa decisão adotar uma postura de diálogo e de reconhecimento, de modo a promover seu cumprimento adequado, sendo essa a situação que pode ser utilizada para entender o estado inconstitucional do sistema prisional brasileiro, uma vez que já há, como relatei anteriormente neste trabalho, uma série de provimentos da CtIDH e da CIDH em matéria de regime penitenciário, condenando o Estado brasileiro a adotar diversas providências em favor da garantia e do respeito aos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.

Mônia Clarissa Leal e Fernando Roberto Alves, escrevendo a respeito da integração entre o direito local e as decisões das cortes regionais, principalmente no tocante à grandeza de importância da atuação de uma corte regional de direitos humanos na América do Sul, pugnam pela ocorrência de um papel relevante desempenhado pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, inclusive na defesa de direitos sociais, e que não deve apenas se limitar a proferir condenações contra os estados para indenizar vítimas de violações e transgressões de direitos básicos do cidadão, mas que deve também impor medidas efetivas para a assunção da responsabilidade do Estado por ditas violações, evidenciando, desse modo, a “incorporação da noção do ‘dever de proteção’ como pilar de sustento dos fundamentos que determinam a obrigação do Estado de assegurar e promover os direitos humanos e fundamentais.”⁴¹⁹

418 MERA, Manuel Eduardo Góngora. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (eds.): **La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?** México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 404.

419 LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. A utilização da noção de “dever de proteção” pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Observatório da jurisdição constitucional latino-americana: desafios e perspectivas do controle de convencionalidade pelos tribunais constitucionais.**

Ainda no rastro do pensamento da citada professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, ao analisar a produção jurisdicional da Corte Interamericana em casos de violações de direitos humanos, alega a autora existir verdadeiro caso de ativismo judicial nas decisões que condenam estados latino-americanos em indenizar as vítimas daqueles tipos de transgressões, e, especialmente, nos mandamentos de elaboração de políticas públicas de preservação da memória e de fortalecimento da verdade.

Essa é a concepção que a professora fez ao analisar a condenação do Brasil pela citada corte regional no caso conhecido como Guerrilha do Araguaia (também conhecido como caso “Gomes Lund X Brasil”), por fatos ocorridos durante a época da ditadura militar vivida no país.⁴²⁰

Referindo-se ainda ao ponto acima descrito, a respeito de julgamentos de atos violadores de direitos humanos praticados por indivíduos e por estados nacionais, é preciso ter em mente que esse tipo de julgamento contribui para o fortalecimento da democracia, especialmente na América do Sul, e em nada desautoriza a autodeterminação do país frente a outros estados ou a organismos internacionais.

Sobre isso destaca-se o pensamento de Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling, em estudo especializado sobre o tema, ao aduzirem que, embora haja correntes doutrinárias em sentido contrário, o impacto causado pelos julgamentos de direitos humanos na América Latina não significa ameaça à democracia no continente e não colabora em nenhuma medida para o crescimento vertiginoso e descompensado de violações de direitos humanos e fundamentais no continente.⁴²¹

Um dos principais pontos de discussão e divergência no que atine à necessidade de observância obrigatória das deliberações da CtIDH e da CIDH pelos estados membros do OEA gravita em torno das noções e defesas argumentativas construídas acerca do conceito clássico e ainda vigente de soberania do Estado, razão pela qual, em relação ao problema

ALCALÁ, Humberto Nogueira; ZELADA, Liliana Galdámez; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 267.

⁴²⁰ LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. Disponível em: DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>. Acesso em: 03 ago. 2018, p. 134-135. Em outra obra, ainda no que diz respeito ao ativismo judicial, a professora da Universidade de Santa Cruz do Sul vai afirmar que o ativismo não se confunde com a judicialização da política, embora sejam conceitos interdependentes. LEAL, Mônia Clarissa Henning. A jurisdicción constitucional entre judicialización e ativismo judicial. In: MORAES DA COSTA, Marli Marlene; LEAL, Mônia Clarissa Henning (orgs.). **Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 232-233. No mesmo sentido é o entendimento da professora Flávia Lima Santiago. Cf: LIMA, Flávia Santiago. Ob. cit. p. 224.

⁴²¹ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. **Journal of peace research**, vol 44, n. 04, 427-445, 2007, p. 427.

citado, como um dos possíveis empecilhos à consecução da comunicação interativa entre cortes locais e regionais, vale a partir de então tecer algumas considerações pontuais.

A questão dos diálogos institucionais (constitucionais, transnacionais ou transconstitucionais, a depender do ponto de vista pelo qual se analisa a interação e da perspectiva teórica adotada), via de regra, esbarra em um problema constante e rotineiro, principalmente quando se trata de cogitar a aplicação de decisão emanada de organismos regionais para cortes locais domésticas: as barreiras e os limites impostos pelo conceito de soberania de determinado Estado como redoma legitimadora de uma possível escusa e negativa frente ao reconhecimento de uma decisão regional, especialmente aquelas que detêm natureza condenatória.

Com efeito, antes de aprofundar qualquer discussão sobre esse tema é fundamental ao pesquisador e ao estudioso realizar um questionamento mais amplo da problemática do conceito de soberania estatal como mecanismo impeditivo de aceitação de normas e decisões oriundas de órgãos internacionais, sobretudo quando se trata de efetivação e garantia de direitos humanos e fundamentais.

A proposta resolutiva para a celeuma perpassa por certa flexibilização do conceito de soberania, com o fulcro de permitir a interação de ordens jurídicas distintas, envolvendo o aparato jurídico local e as respectivas normas de direito positivo em face de decisões de organismos internacionais de proteção e defesa dos direitos humanos, sendo essa flexibilidade surgida a partir do próprio conceito de cidadania global, como perspectiva desenvolvida sobretudo a partir do pós-guerra da década de quarenta.

Para tanto, a partir dessa concepção mais teórica de cidadania global, construída pela comunidade internacional décadas atrás, o ser humano passa a ser encarado como sujeito de direitos na ordem internacional, construindo-se para a defesa desse *status* todo um sistema normativo de proteção em nível global, regional e local, que compõem um todo integrado e atuante em favor do cidadão, implicando na flexibilização da soberania clássica dos estados, que passaram a ter contra si decisões e intervenções internacionais estabelecidas, que vêm do além dos muros de seus territórios e de seus limites geográficos em prol da proteção dos direitos humanos e fundamentais.⁴²²

Vislumbra-se, nesse esteio, que a relativização do conceito de soberania acaba legitimando a atuação dos organismos supranacionais de direitos humanos, os quais podem e devem atuar além das fronteiras físicas e jurídicas estabelecidas pelas normas locais

422 LACERDA, Andrey Felipe. O diálogo entre cortes na proteção regional dos direitos humanos: caso Gomes Lunde e ADPF nº 153. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 105-131, jan./jun. 2014, p. 112.

domésticas, de maneira a conferir eficácia universal às políticas de direitos humanos e fundamentais, logicamente de maneira inclusiva e emancipatória em favor da construção de cidadania e da efetivação de direitos.⁴²³

Ademais, a relativização da noção de soberania estatal exsurge em matéria de direitos humanos limitando o poder de atuação dos estados soberanos, posto que a proteção jurídico-humanitária conferida aos cidadãos é realizada pela própria comunidade internacional no momento de definição de princípios e regras estabilizadores e reconhecedores de direitos fundamentais e humanos, o que muitas vezes ocorre através da edição de tratados de direitos humanos, que, de seu turno, por muitas vezes são reconhecidos pela ordem jurídica interna de muitos países membros.

Retornando à questão da ausência de cumprimento das deliberações dos organismos internacionais de direitos humanos pelo Estado brasileiro, reafirmo aqui o entendimento de que a exequibilidade das deliberações dos órgãos do SIDH, especialmente da CtIDH, configura-se como parte integrante e indispensável da estratégia de superação do ECI identificado no sistema prisional no país.

Nessa senda de pensamentos, não são desconhecidos os casos em que a República Federativa do Brasil recebeu condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos por situações de violação a direitos fundamentais de cidadãos brasileiros, e por isso irei citar apenas alguns deles para dar força aos argumentos expendidos nesse trabalho a respeito da importância que repousa na ideia de que esses provimentos devem ser cumpridos pelos estados condenados.

Antes, porém, é precioso destacar que alguns pensadores emprestam à recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caráter de *soft law*, isto é, norma jurídica desprovida de teor cogente, mas que teria, contraditoriamente, natureza para ser seguida e cumprida obrigatoriamente pelos países membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que entendem aqueles autores que as deliberações da CIDH estabelecem condutas, princípios ou *standards* aplicáveis à comunidade internacional e que, por força dos tratados de direitos humanos assinados e ratificados pelos estados, do respeito à boa fé das obrigações deles derivadas, exigiriam o cumprimento das recomendações da CIDH.⁴²⁴

⁴²³ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Em busca da legitimação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: a superação dos discursos relativistas e universalistas e o esvaziamento do conceito tradicional de soberania. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, Fev./Mai., p. 67-92, 2012, p. 87.

⁴²⁴ LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos e o direito humano de migrar. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba,

Inobstante as ponderações acima, tenho que as recomendações da CIDH, inclusive seus provimentos cautelares, não dispõem da mesma força de exequibilidade que surge nas decisões da CtIDH, embora isso não signifique que o Estado tenha carta branca para simplesmente ignorar ou descumprir as recomendações da comissão interamericana, posto que as deliberações desta última gozam de caráter preventivo de inegável relevância a impedir resultados mais negativos no gozo de direitos humanos, além de se apresentarem como instrumentos de diretriz de atuação válida, cuja reconhecibilidade foi assumida pelos países membros no momento da adesão ao Pacto de São José da Costa Rica.

Em relação às decisões e deliberações da Corte Interamericana, parece ser menos controverso em doutrina que suas decisões são dotadas de cogência necessária para alcançar os estados condenados: “as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são obrigatórias para os Estados que fazem parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, eis que acataram a sua competência, devendo o Estado cumprir as suas determinações.”⁴²⁵

No âmbito do SIDH é importante ressaltar que, nos termos do art. 44 do regulamento da CIDH, havendo decisão da CIDH apontando que determinado estado não cumpriu suas recomendações, quando devidamente aprovadas e comunicadas aos interessados e ao ente público envolvido, o caso deverá ser submetido à CtIDH, com isso fica esclarecido que as recomendações da CIDH, embora tenham força persuasiva e necessitem ser observadas pelos Estados membros em razão de uma coerência sistêmica pelo Estado, justamente por ser reconhecedor dos direitos humanos e dos seus mecanismos regionais de proteção, não dispõem de força cogente necessária, diferentemente do que colocado por alguns autores como acima referido, sendo que por eventual descumprimento caberá a CIDH acionar a CtIDH, cujas decisões, estas sim, gozarão de mecanismos de exequibilidade próprios para sua implementação e cumprimento forçado no Estado membro.

Em relação aos casos em que houve condenação do Estado brasileiro pela CtIDH, é válido destacar entre eles os casos seguintes: 1) *Damião Ximenes Lopes vs. Brasil*, julgado pela corte em 2006, que busca a proteção de pessoas portadoras de deficiência mental; 2) *Escher vs. Brasil*, analisado em julho de 2009; 3) *Garibaldi vs. Brasil*, analisado em setembro de 2009; 4) *Gomes Lund vs. Brasil*, de 24 de dezembro de 2010, conhecido como o caso da *Guerrilha do Araguaia*, sendo este último citado o primeiro no qual foram impostas

v. 26, n. 1, p. 184-210, jan./abr., 2021, p. 199. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1744>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴²⁵ GOMES, Eduardo Biacchi; MARQUES, Simone dos Reis Bielecki. A jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade das decisões no ordenamento jurídico brasileiro: o caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (limites e possibilidades). **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, a. 17, n. 1, p. 139-157, jan./jun., 2017, p. 148.

obrigações de fazer aos três poderes da República Federativa do Brasil, bem como ao Ministério Público Federal; 5) Herzog vs. Brasil, julgado pela Corte em março de 2018, que condenou o Estado brasileiro em razão da ausência de investigação e de julgamento dos responsáveis pela tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog em 1975, durante o período da ditadura militar no país.

O que se depreende, de maneira geral, no cumprimento das decisões da CtIDH pelo Estado brasileiro é que as imposições pecuniárias, reconhecidas através de decretos da Presidência da República, autorizando a Secretaria Especial de Direitos Humanos a realizar as gestões necessárias e a efetuar os pagamentos determinados pela CtIDH, com base na existência de previsão orçamentária específica, são normalmente quitadas pelo Poder Público condenado, assim como outras obrigações tais como a criação de comissão da verdade, da formação da legislação federal de acesso à informação e das notas de reconhecimento de culpa pelo Estado, ainda que cumpridas fora do prazo estipulado inicialmente pela corte regional, todavia as imposições de investigação, acusação e condenação de pessoas e autoridades públicas têm sido providências no qual se apresenta um nível maior de dificuldades para se obter o fiel e necessário cumprimento.

Para Taís Pereira, uma das possíveis razões que justificam essa dificuldade de o Estado brasileiro cumprir integralmente as deliberações da CtIDH pode se dar em virtude da ausência de um órgão específico dentro do SIDH com a função precípua de supervisionar o cumprimento das decisões da corte, tal como ocorre no Sistema Europeu de Direitos Humanos, onde tal função cabe ao Comitê de Ministros.⁴²⁶

Pois bem, uma vez fixadas essas premissas, retorno aos casos que epigrafei nas partes anteriores deste trabalho quanto aos casos brasileiros em que a CtIDH proferiu deliberações contra o Estado nacional em situações de violações de direitos humanos e fundamentais em unidades prisionais brasileiras, para gizar que aquelas deliberações precisam ser cumpridas não apenas em razão da aceitação do Brasil em tratados internacionais de direitos humanos ou do reconhecimento pelo Estado brasileiro da jurisdição da corte regional, mas, além desses motivos, tal desiderato se faz necessário posto que se apresenta também como uma das medidas que auxiliam na mitigação do ECI no país e na busca pela superação de seus diversos efeitos nefastos na sociedade brasileira.

Então, é preciso inserir as diretrizes fixadas pela CtIDH a fim de reduzir a população carcerária e apurar e julgar casos de violência ocorridos no sistema prisional de Pedrinhas, no

⁴²⁶ PEREIRA, Taís Mariana Lima. Cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. **Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 315-348, jul./dez., 2013, p. 343. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546933>. Acesso em: 12 jun. 2021.

estado do Maranhão; é preciso respeitar os direitos dos presos e computar em dobro o período que eles passaram cumprindo pena no Complexo do Curado, em Pernambuco; faz-se necessário rever e melhorar as condições de higiene, de assistência médica e de segurança das pessoas privadas de liberdade no presídio Central de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul; também é preciso que o Estado resolva a questão de falta de água potável, comida adequada, material de higiene e medicamentos no “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, integrante do complexo “Bangu”, no estado do Rio de Janeiro entre outras medidas.

Todas essas providências foram emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos quando do julgamento dos diversos casos brasileiros submetidos à sua jurisdição, sendo que o cumprimento estrito daquelas determinações, sem sombra de dúvidas, irá contribuir na melhoria das unidades prisionais do país, diminuindo o número de pessoas presas, reduzindo o nível de degradação em que se encontram os presos de tais penitenciárias e arrefecendo de maneira significativa o grau de violação aos direitos humanos e ao princípio da dignidade da pessoa humana no sistema carcerário nacional.

Entretanto, duas questões se mostram muito relevantes de serem discutidas nessa oportunidade. A primeira é saber qual o mecanismo processual, seguindo a ritualística positiva brasileira, para dar cumprimento às decisões da CtIDH. A segunda gravita em torno de perquirir se a lógica dos processos estruturantes, com as flexibilizações processuais aqui referidas, poderiam também encontrar espaço nos procedimentos de cumprimento dos julgados internacionais referidos na pergunta anterior.

Em relação à primeira pergunta, o Pacto de São José da Costa Rica propugna em seu artigo 68 a forma como deverá ser cumprida a decisão da CtIDH no direito interno, aduzindo que “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” e que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

Então, o procedimento de execução de sentença da CtIDH, na parte que disser respeito à obrigação de pagar, deverá seguir o rito dos artigos 534 e 535 do CPC/15, que tratam do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública, sendo a competência fixada na justiça federal, acaso a União se afigure no polo passivo da execução, ou na justiça comum estadual, se a execução for movida contra estados da federação.

Por outro lado, sendo de fazer ou não fazer a obrigação estabelecida pela corte regional, o procedimento de cumprimento de sentença ocorrerá segundo os moldes

estabelecidos nos artigos 536 e 537 do CPC/15, que tratam do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer.⁴²⁷

Compreendo também que a competência processual se fixa de acordo com a natureza da providência estabelecida pela CtIDH cujo cumprimento irá se requerer pela via judicial, não sendo válido o argumento de que, de maneira apriorística, toda e qualquer decisão da CtIDH deverá ser julgada necessariamente na justiça federal, evitando uma leitura apressada do art. 109, inciso III, da Constituição Federal, pois muitas das obrigações impostas nas deliberações da CtIDH devem ser cumpridas por órgãos, autoridades ou pessoas jurídicas de direito público estaduais.⁴²⁸

Entendo ainda que, em matéria prisional, os municípios não detêm obrigação quanto ao cumprimento de pagamento de valores pecuniários por reparação às vítimas, sendo que esse tipo de condenação acarreta no surgimento de uma obrigação solidária estando entre devedores a União e estados federativos. Também defendo que os municípios não são parte legítima para figurarem como réus para a execução de algumas das deliberações e condenações de obrigação de fazer ou não fazer fixadas pela corte, tais como a fixação ou realização de melhorias de infraestrutura das cadeias ou presídios, tendo em vista serem obrigações típicas dos estados ou da União, sendo estes entes, via de regra, os mantenedores e gestores das unidades prisionais do país.

Em relação à necessidade de a decisão da CtIDH passar por uma etapa prévia de homologação, como se fosse título executivo judicial de natureza de sentença estrangeira, a exigir eventualmente a homologação do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que determina o art. 515, VIII, do CPC⁴²⁹, é prevalecente o entendimento de que às decisões da CtIDH não se aplica o conceito de “sentença estrangeira” como definido no dispositivo referido. Ademais, propugno que o art. 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969⁴³⁰ detém eficácia supralegal e, portanto, prevalece sobre tal dispositivo do CPC, razão pela qual se torna desnecessária a homologação pelo STJ.

⁴²⁷ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

⁴²⁸ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

⁴²⁹ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁴³⁰ Artigo 68. 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Em relação à segunda questão que levantei, a respeito da aplicação da roupagem dos processos estruturais nas ações de cumprimento de sentenças da CtIDH, entendo que a resposta à mesma deve ser positiva, tendo em vista o grau de complexidade intrínseco no teor das decisões da CtIDH em matéria de sistema prisional, com fixação de obrigações das mais variadas naturezas, envolvendo um conjunto de órgãos e de atores distintos, não se mostrando prático ou factível a mera instalação de uma instância de execução sem espaço para uma interação dialógica entre os interessados e os entes públicos condenados.

É que as decisões envolvendo o sistema carcerário brasileiro, oriundas da Corte Regional de Direitos Humanos são de extrema complexidade quanto às etapas e aos requisitos para seu cumprimento, devendo as mesmas serem antecedidas por audiências e reuniões, aqui tendo papel bastante relevante o Ministério Público, como arena de negociação e discussão acerca das formas e métodos para cumprimento dos julgados da CtIDH, além das próprias audiências no âmbito do processo judicial de cumprimento de sentença, permitindo a atuação não só dos executados e dos exequentes, mas também de todos aqueles que tem atribuições e conhecimentos suficientes e necessários para desenvolver e encontrar as melhores formas de dar cumprimento às decisões emanadas da CtIDH.

5.1.3. A instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça através da Resolução n. 364/2021

É precioso destacar nesse momento que a criação de mecanismos de monitoramento das deliberações dos organismos do SIDH vem sendo uma prática mais comum e atual por parte daquelas entidades, consagrando-se como uma nova sistemática no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Um dos mais recentes que pode ser citado é a Mesa Especial de Assessoria Técnica de Honduras, instalada em novembro de 2019, após a publicação de relatório sobre a situação dos direitos humanos naquele país, com o objetivo de prestar assistência ao Estado de Honduras com o fulcro de alcançar o desenvolvimento de técnicas e soluções que garantam o cumprimento efetivo das deliberações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

De igual monta, é válido citar a criação do Mecanismo Especial de Acompanhamento da Venezuela, também criado em 2019, com o objetivo de assegurar o cumprimento das deliberações da CIDH, bem como de acompanhar o contexto político e institucional vivido no país a fim de assegurar a efetivação e o respeito aos direitos humanos.

Ocorre que as deliberações da Corte Interamericana também necessitam de grau atencioso de monitoramento com objetivo de aferir os diversos graus de cumprimento pelos estados condenados, não sendo o Brasil uma exceção a essa necessidade.

Aqui, acerca do monitoramento das deliberações da CtIDH, vale trazer à tona a constituição pelo CNJ, em janeiro de 2021, da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da CtIDH no âmbito daquele órgão.

Nesse sentido, tendo em vista o art. 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estatuinto que o governo nacional deverá adotar imediatamente as providências cabíveis, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento das obrigações daquele organismo internacional, o CNJ criou através da Resolução n. 364/2021 a referida unidade, no âmbito daquele próprio conselho, vinculando-a ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

Entre suas atribuições, caberá àquela unidade encetar as medidas para acompanhar e “fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro”, além de outras tal qual aquela que aduz caber à referida unidade requerer “informações e monitorar a tramitação dos processos e procedimentos relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁴³¹

Ainda segundo o supramencionado provimento do CNJ, que considerou entre outras razões a criação, pela lei federal n. 12.106/2009, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, caberá à unidade de acompanhamento criada em 2021 criar relatório anual acerca das “providências adotadas pelo Estado brasileiro para cumprimento de suas obrigações internacionais oriundas das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, além da necessária atribuição de “acompanhar a implementação de parâmetros de direitos fundamentais estabelecidos por sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas de Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado brasileiro”.⁴³²

⁴³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 364 de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 31 jan. 2022.

⁴³² Idem, *Ibidem*.

Nesse aspecto, percebe-se que o monitoramento e o acompanhamento dos julgados e das deliberações provenientes da CtIDH passaram a receber atenção especial dos órgãos maiores do sistema de justiça brasileiro, ainda que de um órgão que não detenha atribuição jurisdicional, tal qual o CNJ, permitindo-se, com essa medida e sua rápida leitura, reforçar o entendimento da imprescindibilidade de uma análise mais próxima e de uma observação mais atual e direta da exequibilidade e do cumprimento das deliberações daquele organismo internacional em matéria de direitos humanos e fundamentais, especialmente no caso dos direitos da população presa.

Friso, finalmente, que as decisões do organismo regional de direitos humanos não precisam ser ratificadas pelo STF no âmbito do julgamento de mérito da ADPF n. 347, nem mesmo pelo STJ, nos termos do art. 515, VIII, do CPC, como asseverado acima, posto que estar-se a tratar de esferas de competência jurisdicional bem distintas, embora sejam atuações judiciais de finalidade complementar, posto que a junção do cumprimento das medidas assinaladas pelo STF em conjunto com a exequibilidade das determinações da CtIDH em grande medida irá contribuir para a mitigar o Estado de Coisas Inconstitucional no qual se encontra o estado brasileiro da atualidade.

5.1.4. A figura dos profissionais especialistas (masters) da experiência norte-americana na formação de um espaço policêntrico de interação dialógica

As medidas processuais estruturantes que surgem no contexto de ações judiciais, executando títulos judiciais estabelecidos por juízes de primeiro grau, por tribunais, locais, regionais ou superiores, ou até mesmo títulos expedidos por organismos internacionais que buscam o cumprimento de políticas públicas, demandam um conjunto de providências, inclusive jurisdicionais, inovadoras, construídas a partir de uma perspectiva dialógica de atuação entre os mais diversos atores envolvidos nas etapas processuais necessárias para efetivar o seu cumprimento.

A realização de audiências públicas, por exemplo, apresenta-se como um mecanismo de facilitação na identificação dos métodos e das formas para cumprimento das decisões estruturantes, posto que nelas são construídos espaços de discussão e de debate, onde não apenas as partes processuais podem se manifestar e peticionar acerca de determinado assunto objeto de uma demanda processual, mas também outros atores, públicos ou privados, que

terão oportunidade ímpar de emprestar ao caso suas visões idiossincráticas sobre o respectivo tema.

Tradicionalmente as audiências públicas estavam previstas na legislação brasileira primordialmente na legislação que trata dos processos de controle de constitucionalidade, tais como a lei federal n. 9.868/99, que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade, versando sobre o referido instituto em seu art. 9º, §1º e art. 20, §1º, definindo que uma vez caracterizada a necessidade de que seja realizado algum tipo de esclarecimento de matéria discutida no processo ou de alguma circunstância relevante para o deslinde do caso, ou ainda em casos de insuficiência das informações no processo, deverá o julgador “requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

Previsão idêntica foi estampada no art. 6º, §1º, da lei federal n. 9.882/1999 que trata especificamente dos casos de julgamento de ação de descumprimento de preceito fundamental no STF, exatamente o caso analisado nessa tese, que analisa a ADPF n. 347, onde foi reconhecida a situação do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional do país, em setembro de 2015.

Seguindo esse mesmo trilhar, a legislação processual brasileira mais moderna e recente passou a prever a possibilidade de realização de audiências públicas de uma maneira mais genérica, passível de ser aplicada em outros tipos de relações processuais, como o fez o CPC/15, no artigo 983, §1º,⁴³³ que trata do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como no artigo 1.038, inciso II,⁴³⁴ que trata do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Contudo, além de a possibilidade de realização de audiência pública ser utilizada como expediente adequado para resolução e alcance das medidas estruturais em primeiro grau de jurisdição em relações regidas pelo procedimento comum ordinário do CPC, ainda que não haja previsão legal específica para a consecução do instituto das audiências públicas em processos de tal natureza, considerando que, conforme visto, as previsões legais estão contidas nas leis da ADI, ADC, ADPF e no CPC, na parte que se refere às demandas repetitivas e aos julgamentos dos respectivos recursos em tribunais superiores, considero que

⁴³³ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

⁴³⁴ Art. 1.038. O relator poderá: II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento.

a utilização da figura do especialista *master*, designado pela autoridade judicial que conduz o processo estrutural, consiste em medida adequada e necessária para buscar a amenização dos efeitos negativos do ECI brasileiro.

Nesse sentido, a figura do *master*, que teve espaço no caso *Holt vs. Sarver* para fins de alcançar as melhorias necessárias e fixadas pelo juízo para o sistema prisional do estado do Arkansas, nos Estados Unidos, além de ser uma figura mais comum no sistema jurídico daquele país, apresenta-se como agente importantíssimo para fins de orientar e recomendar ao executado as diretrizes para o cumprimento das decisões judiciais proferidas no âmbito de um processo estruturante.⁴³⁵

Com isso, busco trazer ao caso do ECI brasileiro a possibilidade de atuação de mais um agente, com algum grau de independência em relação ao ente público executado em uma ação estrutural de cumprimento de obrigação visando à superação da situação inconstitucional encontrada no sistema prisional brasileiro, buscando não apenas atuar na orientação das escolhas administrativas para efetivar a decisão judicial, mas também para servir como mais um canal de comunicação entre o mundo e a realidade fática das atividades desenvolvidas pela autoridade executada para aqueles fins citados e o juiz condutor do processo judicial respectivo.

É que o diálogo que deve ser buscado para dar cumprimento a uma decisão ou a um provimento estruturante, durante a fase de cumprimento de sentença ou de execução, tem por bases o conceito de policentrismo processual, referido em partes anteriores deste trabalho, que é marcado por uma multiplicidade de atores atuantes nessas causas complexas em busca de assegurar não só a efetivação do julgado, mas, principalmente, de tratar de encontrar a melhor forma de implementar essa efetivação, de preferência respeitando na máxima possibilidade os direitos humanos e fundamentais identificados como objetos de violação na situação fática que deu ensejo à adjudicação jurisdicional.

Bem verdade que o instituto da intervenção judicial, através da figura própria de um interventor, quer dizer, uma pessoa a mais e, muitas vezes, estranha ao quadro de pessoal das instituições atingidas, pode representar uma afronta à autonomia dessas instituições ou, em um nível mais específico, uma afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, contudo, tenho que em vez de significar uma violação a esse princípio, a figura do *master* pode se apresentar como uma interação dialógica entre os poderes constituídos, e não se confunde com o interventor.

435 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. op. cit., p. 243.

A indicação do citado *master*, vale destacar, deve ser pautada em critérios não somente de ordem subjetiva, isto é, devem ser pessoas com autonomia necessária para passar ao julgador uma imagem de segurança e imparcialidade para permitir o cumprimento adequado das determinações judiciais, mas também deve ser precedida pela análise do conhecimento e da *expertise* da pessoa indicada, sendo muito relevante que o *master* tenha conhecimentos técnicos, oriundo de procedimentos formais ou informais de educação, vinculados à temática posta em trabalho, além de algum grau de experiência com relações no conhecimento dos procedimentos, processos e escolhas realizadas no âmbito da Administração Pública.

Além disso, a figura do terceiro autônomo, retirado da experiência norte-americana da figura dos *masters*, que aqui proponho não se assemelha à figura prevista na Constituição Federal brasileira do art. 36, §1º,⁴³⁶ no seu art. 34 e seguintes, que tratam da intervenção da União nos estados e destes nos municípios em casos específicos, posto que o interventor tem, naquele papel constitucional referido, a função de substituir as autoridades gestoras do ente federativo ou do órgão ou entidade públicas que sofrem a intervenção, enquanto que o *master* não almeja substituir o administrador, mas apenas orientá-lo e com ele dialogar no sentido de alcançar a edição de atos pela Administração Pública que estejam em sintonia com as determinações proferidas em uma demanda estrutural.

A figura do especialista *master*, no sentido que tento empreender neste trabalho, portanto, não tem o papel de decidir nem de executar, mas sim de orientar e recomendar a edição do ato administrativo necessário para dar cumprimento à decisão judicial estruturante que lhe nomeou, ficando sua atuação no entremeio do juiz e do administrador, razão pela qual não pode nem deve ser confundido com a figura do interventor judicial previsto na Constituição Federal, e não pode ser visto, pelos mesmos motivos, como mais um elemento de achatamento, desvinculação ou afastamento do princípio constitucional da separação dos poderes, estatuído no art. 2º do Texto Constitucional.

Explique-se, outrossim, que a figura do *master* não se assemelha com a figura do interventor previsto no artigo 102 e seguintes da lei federal n. 12.529/2011, que trata da possibilidade de o juiz indicar terceira pessoa para interferir diretamente nos atos de gestão de uma empresa que esteja sendo alvo de ação judicial que busque evitar violações ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pelas mesmas razões que ressaltai nos comentários da situação da intervenção entre entes políticos, posto que, assim como nesses últimos casos, na

⁴³⁶ § 1º O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

situação de designação judicial de interventor em empresas a fim de se respeitar o regime de concorrência no país o interventor substitui o gestor na decisão e na execução das atividades empresariais, enquanto que o *master* não tem na sua atuação essa finalidade, como já dito.

Assim, com base na experiência de outros países e culturas, a indicação de pessoa, ou até mesmo de instituição especializada por exemplo, para atuar com o papel de orientar e acompanhar com o maior nível de proximidade possível as atividades do Poder Público voltadas para dar cumprimento aos provimentos estruturais no âmbito do ECI brasileiro, desde que essa indicação seja feita por critérios de ordem subjetiva de confiança e tecnicidade do magistrado, mas também por razões de natureza objetiva, como conhecimento e experiência, pode funcionar como mecanismo de relevante importância para auxiliar na árdua e hercúlea tarefa de superar o Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, não se confundido aquela figura especializada com a pessoa de um interventor judicial.

5.1.5. Interação dialógica no debate brasileiro entre os poderes constituídos perante o ECI prisional

Inicialmente, preciso ressaltar a razão pela qual aqui prefiro debater o tema pelo viés da interação dialógica, em vez de me utilizar de expressão comum entre aqueles que escrevem sobre o instituto como sendo denominado ativismo dialógico. Em essência não vejo muita distinção de natureza intrínseca entre os institutos da interação dialógica, firmadora da proposta dessa tese, e do ativismo judicial do tipo dialógico.

Minha preferência por aquela ao invés deste ocorre em função de um aparato da linguagem e dos respectivos sentidos que das expressões podem se extrair, pois ao falar de ativismo, ainda que dialógico, tem-se como pano de fundo, ainda que de maneira implícita, a ideia de um juiz ativo e essa atuação é pautada, no caso da versão dialogal do ativismo judicial, por uma postura menos invasiva do julgador sobre a atuação dos representantes dos demais poderes, principalmente da Administração Pública.

Por outro lado, a concepção de interação dialógica pressupõe, ao menos no sentido da expressão, uma atuação simultânea, partindo de diferentes sujeitos, bem mais próxima à ideia de policentrismo, onde o centro das decisões processuais não se fixam apenas no papel do julgador, mas sim configura-se um movimento de origem difusa e irradiada entre todos aqueles envolvidos pela busca da superação do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, nas mais várias instâncias e espaços de debate.

Em maneira mais simples, enquanto tenho na ideia de interação a concepção de várias vias de ação compostas por múltiplas direções e sentido, partindo de uma gama variável de atores e agentes, podendo partir dos mais variados pontos dentro da atuação de qualquer dos sujeitos envolvidos na temática, a noção de ativismo dialógico pressupõe, ainda que em medida menor, algum grau de preponderância da atividade judicial, ao menos na fixação das decisões que definem as metas e providências a serem estabelecidas para alcançar o fim que do processo se almeja.

Essa visão policêntrica da situação processual de atuação de atores distintos para buscar alternativas e soluções para mecanismos de fixação e de desenvolvimento de políticas públicas, aliada à noção de interação dialógica, faz com que seja ressaltada a possibilidade de atuação desses sujeitos voltada para buscar soluções aos problemas crônicos envolvidos no debate até mesmo em instâncias e arenas de discussão lançadas fora de uma relação processual estabelecida.

Isso me permite concluir que uma das possíveis esferas de atuação para mitigar os efeitos nefastos do ECI brasileiro pode ocorrer fora de um processo judicial, sem a intervenção do Estado-julgador, através da adoção, por exemplo, de medidas legislativas e administrativas concertadas e consentâneas com a necessidade de reduzir ou minorar as condições de vulnerabilidade massiva de direitos fundamentais encontradas no sistema prisional brasileiro da atualidade, que em muito decorre de uma postura omissiva dos representantes dessas esferas de poder.

Nessa toada vale frisar, inclusive, que a atuação de órgãos independentes poderia facilitar a orquestração e a condução das decisões e dos atos encetados para o fim de superar o ECI instalado no sistema prisional do país, com destaque especial para a atuação do Ministério Público, por exemplo, como um dos agentes dessa atuação, por mais polêmica que essa postura seja, haja vista ser o *Parquet* um dos principais órgãos institucionais responsável pelos requerimentos de condenações criminais e de prisões processuais, o que denota, em algum grau, a participação da instituição no ECI.

Contudo, essa função da atuação do Ministério Público decorre de sua atuação institucional e da conformação dada pela Constituição Federal ao órgão no que diz respeito ao exercício da ação penal e à definição da sua titularidade, balizados por parâmetros de justiça e de cumprimento da legislação, contudo não afasta em hipótese alguma daquele mesmo órgão o dever de garantir e zelar pelo cumprimento de direitos humanos e fundamentais estabelecidos no texto da Constituição, prezando, ainda assim, pela manutenção do Estado

Democrático de Direito, buscando mecanismos judiciais ou extrajudiciais para solução de problemas fáticos envolvidos com esses tipos de direitos.

Isso tudo para ressaltar o seguinte: em tese, a superação do Estado de Coisas Inconstitucional poder-se-ia ocorrer pela atuação exclusiva da Administração Pública, aliada, por exemplo, a um conjunto de providências emanadas legislador brasileiro, com envolvimento de atores institucionais identificados pelo mecanismo de arranjo institucional do ordenamento brasileiro, sem que fosse indispensável a atuação do Estado-juiz, mediante determinações para alcançar aqueles fins.

Ocorre que, como visto, a situação calamitosa das condições da realidade prisional do país não é recente, remontando-se desde o século passado quando se percebia o elevado número de pessoas presas e a existência de uma superlotação, embora menor do que a atual, encontrando neste século XXI exponencial grau de elevação da sua degradação, sendo, justamente por essa razão, aliada à ausência de políticas públicas eficientes e necessárias para superar essa situação por parte da iniciativa dos representantes dos poderes Legislativo e Executivo, necessário instaurar a instância judicial, o que ocorreu por diversas vezes e nos mais variados graus de jurisdição na realidade da jurisprudência brasileira moderna, como citei em outras passagens desse trabalho nos casos em que o STF julgou casos e determinou medidas estruturantes no seio do sistema prisional brasileiro.

Ademais, não é preciso muito esforço investigativo e científico para entender que não se encontram com facilidade discursos e argumentos de natureza político-partidária em favor das medidas estruturais a serem adotadas no âmbito do sistema prisional, de modo que não é fácil em medida alguma identificar, na atualidade, discurso de autoridades políticas em favor da construção de presídios modernos, com baixa ocupação, oferecendo alimentação adequada com uma dieta equilibrada e nutritiva, além de condições de higiene compatíveis com um padrão de vida digno.

Ao revés, cito aqui passagem destacada por Heather Schoenfeld, em trabalho denominado “*Mass incarceration and the paradox of prison conditions litigation*”, refletindo como pode ser a mentalidade de uma autoridade política quando o assunto é sistema prisional e a discussão perpassa pela necessidade de adoção de medidas de melhoria nas condições de vida dos presos:

I want you to know that I am in complete agreement with your position. (...) The Federal Courts have stepped in to legislate conditions in our jails and once again the rights of criminals are vastly superior to those of honest, hardworking, taxpaying, law obeying citizens (...) we might as well sign a contract with the Hilton Hotel to

come in and build and operate our penal system (if you can call it one) (Letter to Rayman Hamlin, President, Florida Sheriffs Association, 5 Feb. 1975).⁴³⁷

Apesar da contundência do relato é difícil afirmar com peremptoriedade que se trata de um pensamento comum e compartilhado por alguns dos representantes da classe política de um estado ou país, contudo essa referência pode dizer muito sobre o fato de não ser comum se avistarem, ao menos no Brasil, campanhas político-partidárias, principalmente nos períodos que antecedem a realização do sufrágio, que apregoem como propostas de governo e de gestão a realização de políticas públicas voltadas para melhorar significativamente a situação dos presídios e cadeias da localidade, posto que essas não são providências muito bem quistas no imaginário popular.

Essa discussão acerca de uma suposta ausência de vontade de legisladores e de administradores públicos em implementar, declarada e espontaneamente, políticas públicas de melhoria do sistema prisional, não pode ser desassociada de uma noção mais abrangente da ideia de interação dialógica que aqui busco apresentar, posto que, embora em muito aqui se fale sobre uma atuação conjunta e coordenada entre a decisão judicial estruturante e a implementação dos atos de política pública para o sistema prisional brasileiro pelo administrador público, não se pode perder de vista a contribuição que o legislador também pode dar nesse processo.

É que, como visto, muito da legislação brasileira pode ser revista e revisitada para reduzir as hipóteses de prisão temporária, reduzir ou precisar mais restritivamente as hipóteses em que se configura caso da proteção à ordem pública como requisito para decreto de prisão preventiva, reduzir o tempo máximo de cumprimento de pena em regime fechado, ou facilitar as condições e requisitos para o condenado alcançar a progressão de regime dentre outras várias medidas possíveis, de modo a se construir uma reformulação processual penal da atual realidade legislativa brasileira que fundamenta muito das prisões ocorridas, para não dizer quase todas, tendo em vista que as hipóteses de prisão administrativa hoje no Brasil é muito diminuta, e dos números massivos de pessoas privadas de liberdade que se encontram em unidades prisionais pelo país.

Além dessas medidas, poder-se-ia falar de busca de atuação do legislador ordinário voltada para a desconstrução do viés segregador havido em alguns tipos penais, apresentando e discutindo projetos de lei alterando dispositivos legais sobre os crimes que se encontram como os principais tipos penais responsáveis pelo encarceramento em massa, como os casos

⁴³⁷ SCHOENFELD, Heather. Mass incarceration and the paradox of prison conditions litigation. *Law and society review*, v. 44, n. 3/4, p. 731-768, 2010, p. 742.

mais comuns de prisão tais como ocorre nos crimes de tráfico de drogas, de roubo, de furto, que, consoante asseveram Carolina Ferreira e Maria Clara Costa, configuram-se como medidas que representam um esforço legislativo na adoção de normas contra o encarceramento massivo, mas ainda assim são consideradas insuficientes para promover o desencarceramento em níveis satisfatórios.⁴³⁸

Essas medidas referidas podem ser adotadas pelo Poder Legislativo independentemente do resultado do julgamento final de mérito da ADPF n. 347, ou de imposições judiciais oriundas de outros processos estruturantes relativos à temática da situação do sistema prisional brasileiro, contudo essas e outras medidas também podem ser determinadas no âmbito daquela ADPF, instaurando no STF, assim, uma via de interação dialógica não somente entre os poderes Judiciário e Executivo, mas também entre os representantes do Estado-juiz com os representantes do Estado-legislador, reforçando-se ainda mais a concepção de um policentrismo multidirecional no âmbito daquele julgamento, favorecendo e estimulando a atuação da mais variada gama de atores institucionais, públicos ou privados, ligados à temática do sistema carcerário nacional.

A conformação dialógica, defendida nessa tese, também encontra guarida e parte de sua origem no próprio julgamento da medida cautelar nos autos da ADPF n. 347 quando se analisa o voto do ministro relator do caso, Marco Aurélio, que apresentou uma proposta de atuação dialógica, a partir de uma visão concebida e desenvolvida na ideia de uma interação institucional múltipla, direcionada a alcançar um objetivo comum mediante a intervenção mensurada, orientada e equilibrada na formulação e implementação de políticas públicas prisionais e em decisões orçamentárias definidas, a partir de “ordens flexíveis”, acompanhada de um necessário e respectivo monitoramento da execução, razão pela qual Lopes e Freire entendem que o ministro relator, em seu voto condutor, buscou apresentar uma proposta de tentativa de solução para a situação de violação massiva e permanente de direitos humanos e fundamentais.⁴³⁹

Essa forma de atuação dialógica entre agentes institucionais é compreendida por Charles Sabel e William Simon como uma visão do experimentalismo judicial visando à definição do controle de políticas públicas no ambiente de processos estruturantes.

Esse experimentalismo consiste em uma espécie de regulação caracterizada por uma gama ampla de governança pública interligada em rede e disponibilizada em uma plataforma multinível de atuação e de atores institucionais, muito comum nas últimas décadas nos

⁴³⁸ FERREIRA, Carolina Costa; COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. op. cit., p. 431.

⁴³⁹ LOPES, Ana Maria D’Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. op. cit., p. 298.

Estados Unidos e na União Europeia, conformando processos de tomada de decisões em diferentes níveis, que não são hierárquicos entre si, nem hermeticamente fechados, mas são interpenetráveis à confluência de pessoas e de instituições, de diferentes níveis e origens que atuam como colaboradores na busca por resultados efetivos exigidos pelas circunstâncias encontradas no caso concreto submetido à análise.⁴⁴⁰

Nessa mesma perspectiva doutrinária, Matheus Serafim e Felipe Braga apoiam que o STF adote a referida teoria do experimentalismo judicial no âmbito do julgamento da ADPF n. 347, posicionando-se de maneira a proporcionar uma força motriz para a consecução das políticas públicas necessárias, retirando os demais poderes e agências públicas da situação de inércia e letargia quanto aos problemas existentes na esfera do sistema prisional, devendo aquela corte constitucional fiscalizar a atuação dos poderes no cumprimento da decisão e dos mandamentos constitucionais correlatos e promover o diálogo institucional baseado na participação ativa de diversos segmentos sociais envolvidos com a busca pelo afastamento do estado de omissão de políticas públicas prisionais, sem que o próprio STF formulasse diretamente essas citadas políticas.⁴⁴¹

Inobstante as vantagens de se adotar tais perspectivas dialógicas, a atuação interativa entre órgãos, instituições, públicas ou privadas, e indivíduos em busca de uma superação do ECI brasileiro não está imune às críticas, sendo possível encontrar uma delas na defesa de que a interação dialógica não seria outra coisa senão uma prática excessiva do já conhecido ativismo judicial, mecanismo que muitas vezes funciona como ferramenta de desestabilização do arranjo institucional e promove com bastante veemência uma interferência indevida entre esferas públicas de atuação, podendo, por essa razão, ser caracterizada como mais uma ferramenta de excesso e de violação ao postulado constitucional que impõe a separação dos poderes constituídos.

Sobre o argumento de um suposto excessivo ativismo judicial na atuação do STF no caso do ECI brasileiro identificado nas condições atuais do sistema carcerário do país, insta voltar a fazer algumas anotações.

⁴⁴⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 117, p. 1016-1101, 2004, p. 1019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 14 jun. 2021.

⁴⁴¹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. O papel da Jurisdição Constitucional nas demandas estruturais: uma análise da ADPF nº 347/DF. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 43, p. 267-292, ago., 2020, p. 285. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.95200> Acesso em: 14 jun. 2021.

Inicialmente, convém salientar que julgamentos proferidos em litígios estruturais não se confundem, necessariamente, com o ativismo judicial, pois este está muito mais ligado à determinada inclinação política de determinado órgão julgador sobre casos que normalmente envolvem políticas públicas ou providências administrativas ou legislativas que essencialmente estão a cargo de outros poderes. Assim, é possível afirmar que nem todo o caso de conformação de um processo judicial estrutural vai revelar, necessariamente, uma manifestação do ativismo judicial.

Desse modo, quando se fala em ativismo judicial, é possível identificar relevante controvérsia para realizar a identificação dos limites prudenciais de uma postura ativista, ou até mesmo do seu reverso, a chamada postura judicial autocontida, revelando-se extremamente adequado tentar explicar como a atuação do Poder Judiciário encontra legitimidade em razão de uma disfunção política da atuação de outros poderes constitucionais, e não em razão de uma mera atividade técnico-política por parte do órgão julgador que analisa um caso concreto.

Trata-se, com efeito, dos limites institucionais esculpidos naquilo que Fredie Didier, Hermes Zaneti e Rafael Oliveira denominaram de esfera do “não decidível que”, que se refere a direitos de liberdade, e de esfera do “não-decidível que não”, que se refere a direitos sociais, sendo possível aos referidos autores, assim, concluir que a “função de garantia, portanto, atua como função contramajoritária, assegurando os limites e vínculos decorrentes do modelo constitucional garantista.”⁴⁴²

Roberto Gargarella insere a discussão da interação entre poderes e atores institucionais no âmbito de processos de natureza estrutural no seio de um novo constitucionalismo dialógico, como uma tendência encontrada em vários países do mundo e também na América Latina, onde se desenvolve sobretudo a partir da atuação das cortes superiores. Segundo o autor:

Asimismo, y aquí reside uno de los principales atractivos de este tipo de soluciones, la propuesta de que los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos “conversacionales” ahuyenta los temores y las críticas relacionadas con la “imposición” de soluciones “desde arriba”, que a veces se ha asociado con la revisión judicial de constitucionalidad (...) Más precisamente, las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o los riesgos de que al “imponer la última palabra”, se afecte el sentido y objeto de

⁴⁴² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n. 1, p. 46-64, jan.-abr., 2017, p. 58. Disponível em: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf Acesso em: 19 out. 2018.

la democracia constitucional (en donde las mayorías deben mantenerse en el centro de la creación normativa).⁴⁴³

Nessa senda de ideias, Gargarella no mesmo ensaio citado vai pugnar que para fazer frente aos problemas atuais identificados no constitucionalismo moderno, tais como o caráter contramajoritário das decisões judiciais e a frágil legitimidade democrática dessas perante os órgãos políticos representativos, as soluções construídas pelos estudiosos e tribunais atuais, concebidas na roupagem de um novo constitucionalismo dito dialógico, buscam adotar mecanismos conversacionais de atuação institucional aliados ao desenvolvimento de um papel maior de protagonismo aos órgãos políticos e à construção de um espaço para consulta aos afetados e interessados na discussão em voga.⁴⁴⁴

Das lições do professor argentino, além destas acima destacadas, onde o autor aponta na direção de uma nova visão de constitucionalismo moderno, indicando a importância precípua dos diálogos na construção de saídas e respostas não somente jurídicas, mas também políticas e sociais para os problemas apresentados de forma crônica na vida em sociedade, é relevante também anotar ser bem necessário que a própria ideia de conversação interativa entre atores institucionais e sociais abra espaço legítimo e efetivo não somente para dar vez e voz àqueles que geralmente estão alijados dos processos judiciais e das decisões políticas fundamentais, mas também por fazer valer muitas das vezes as pretensões de um grupo social menos favorecido.

Nessa mesma perspectiva, atentando ao papel de detentor do poder sobre a agenda política, Sebastián Linares vai conceber o Poder Judiciário como sendo dotado de capacidade de impor às autoridades representativas o dever de tratar e solucionar problemas colocados por interessados em juízo, fazendo isso basicamente de três modos: a) definindo que tipo de situação merecerá ou não a atenção da autoridade representativa; b) determinar àquelas autoridades o dever de tratar da questão, de deliberar sobre possíveis decisões administrativas/legislativas e de tomar efetivamente essa decisão; e c) controlar a execução das decisões tomadas por essas mesmas autoridades.⁴⁴⁵

Apesar de a proposta aqui desenvolvida não ir ao encontro totalmente na descrição acima epigrafada por Linares, especialmente no que diz respeito ao poder de agenda nas mãos do órgão jurisdicional, o autor apresenta um ponto de vista demasiadamente interessante ao afirmar que nas questões estruturais submetidas à análise e ao julgamento do Estado-juiz, a

⁴⁴³ GARGARELLA, Roberto. op. cit., p. 03.

⁴⁴⁴ GARGARELLA, Roberto. op. cit., p. 23.

⁴⁴⁵ LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**, v. 70, n. 3, p. 487-539, jul./set., 2008, p. 510.

finalidade última deste não é pronunciar a última palavra acerca de determinada norma ou conjunto de fatos, mas é sim a finalidade primordial de servir de canal catalisador para a atividade administrativa, e, acrescento também em alguns casos, para a atividade legislativa, com o propósito específico de modificar uma realidade social que é notadamente contrária aos princípios constitucionais e ao respeito aos direitos humanos e fundamentais, que merecem tutela e proteção por parte do Estado: *“en este modelo, pues, el diálogo interorgánico es activado por la Corte, que asume sólo un papel de catalizador del cambio social.”*⁴⁴⁶

Portanto, a ideia da interação dialógica não centraliza a necessidade de buscar um ente institucional ou um grupo social que deverá, necessariamente, ter a última palavra, ou a palavra final, para um problema constitucional posto a julgamento, pois dificilmente a última palavra será a que melhor irá definir o conjunto de providências que deverão ser adotadas para superar situações crônicas de violação a direitos humanos e fundamentais.

Além disso, justamente pela natureza e pela complexidade da situação fática e do processo judicial estruturante em si, dificilmente se identifica quando uma palavra pode ser tida como a última, no sentido cronológico e decisivo para o termo, a versar sobre dado ponto fático, circunstância de direito ou interpretação das normas constitucionais, tendo em vista que as providências necessárias para superação de problemas crônicos havidos no seio de um Estado de Coisas Inconstitucional se prolongam bastante no tempo e no espaço, normalmente estendendo em demasia a duração das etapas de cumprimento da decisão judicial estrutural firmada no âmbito da ação processual.

Assim, melhor do que buscar identificar o detentor da última palavra, se Judiciário, Executivo ou Legislativo, na implementação de políticas públicas e sociais, os processos estruturais dialogais buscam identificar o conteúdo não só da palavra, mas também da frase e do texto por completo, que devem ser escritos pela pluralidade dos agentes, públicos ou privados, que tratam do tema e são ouvidos no âmbito da discussão processual e institucional estabelecida para encontrar saídas para os problemas crônicos enfrentados no âmbito do processo estruturante, a fim de confirmarem e garantirem a fruição e o respeito aos direitos humanos e fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

O problema gritante apontado por Linares, e de certa forma também por Gargarella, é que para esse diálogo ser democrático é necessário que haja um cenário efetivo de inclusão e de participação para proporcionar a deliberação mais adequada, deixando os seus participantes em situação de igualdade argumentativa e decisional, posto que a noção de

446 LINARES, Sebastián. op. cit., p. 512.

democracia deliberativa utilizada pelo autor demanda a possibilidade de todos aqueles potencialmente afetados por determinada decisão poderem participar e expor seus pontos de vista e que cada uma destas opiniões tenha o mesmo valor na determinação e na configuração do resultado final.⁴⁴⁷

Linares, dessa forma, identifica que no âmbito de uma reforma estrutural existe, de fato, a possibilidade de construção de um diálogo interorgânico genuinamente democrático, posto que a decisão estruturante tem viés de uma construção coletiva, uma obra escrita a várias mãos, cujos principais efeitos não são imediatos, dada a necessidade constante de uma reformulação ou implementação de uma política pública, com objetivo de *“planificar, presupuestar, ejecutar y monitorear programas gubernamentales de largo, mediano y corto plazo conducentes a la realización progresiva de los derechos involucrados.”* Assim, arremata o autor, não é o judiciário que detém, necessariamente, a última palavra sobre a situação e sobre o direito em xeque, posto que o responsável por planejar e por executar o programa social determinado continuará a ser o administrador, como representante democraticamente eleito.⁴⁴⁸

Desse modo, na esteira do pensamento acima esposado, é possível aqui se afirmar que a doutrina em prol de uma interação dialógica entre os poderes constituídos e a sociedade civil, no âmbito de um processo de reforma estrutural, não se afasta por completo da ideia de uma democracia deliberativa, tendo em vista que a representação popular pode se fazer presente tanto por meios de dispositivos diretos de manifestação de vontade e de pensamento no âmbito de tais demandas processuais, como os casos de audiências públicas, tanto através das posturas e decisões dos órgãos de representatividade política, especialmente aqueles inseridos no âmbito do Poder Executivo e Legislativo, tendo em vista que o Estado-juiz atua ouvindo esses atores sociais e institucionais, reforçando o viés democrático do processo estruturante.

Nessa discussão acerca do grau democrático dos diálogos institucionais no âmbito de processos estruturantes, ao analisar a experiência brasileira com os referidos temas a professora Vanice Valle vai afirmar que é possível identificar dois pontos distintos, no qual em um deles a sociedade se apresenta como ator direto e engajado, ouvido pelas instâncias de poder constituído especialmente nos casos com algum tipo de complexidade técnica elevada ou alguma questão moral sensível envolvida na discussão travada, e no outro ponto o diálogo interinstitucional funciona mais circunscrito aos entes que representam as esferas de poder,

447 LINARES, Sebastián. op. cit., p. 514.

448 LINARES, Sebastián. op. cit., p. 519.

sendo possível que essa diferenciação possa ser percebida com mais nitidez na maneira como se desenvolve o convite ao diálogo bem como pela ferramenta processual utilizada para construir essa relação dialogal.⁴⁴⁹

Assim, o desenvolvimento de uma interação dialógica entre poderes, onde há espaço para atuação de pessoas da sociedade civil organizada, desvinculadas com atuação direta no Poder Público, configura-se não só como manifestação crítica à ideia de supremacia judicial e de supremacia do Parlamento, afastando-se da famigerada busca de reconhecer quem detém a última palavra no arranjo institucional brasileiro, mas também se apresenta como uma proposta de atuação e de formulação normativa para possibilitar a desconstrução de preponderância entre atores institucionais, investindo em práticas mais saudáveis de cunho dialogal e democrático, respeitando as virtudes e peculiaridades dos poderes no seu agir com a sociedade.⁴⁵⁰

Entretanto, inobstante a importância dessa atuação dialógica entre os poderes, adiro ao pensamento de Miguel Godoy quando afirma que a noção de um sistema de freios e contrapesos pode funcionar justamente como fundamento para impedir a formação de um diálogo institucional no âmbito de processos estruturantes, por exemplo, posto que o argumento, se utilizado indevidamente, vai propugnar a tendência a evitar que toda proposição advinda de outra esfera de poder seja aceita facilmente ainda que no âmbito da interação dialógica, sob a alegação falaciosa de que se apresenta como ingerência indevida ou usurpação de competência constitucional ou de atribuição por outro ente de poder, violando, em tese, o princípio da separação dos poderes.⁴⁵¹

Desse modo, a atividade dialógica e construtiva deve ser pautada tendo em conta que a separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos é balizador da atuação dos atores institucionais envolvidos na busca pela solução de um problema social, tal qual é o caso do ECI brasileiro, mas essa baliza não pode nem deve ser utilizada pelas autoridades públicas envolvidas no caso como parâmetro de recusa infundada de atuação como argumento de autoridade ou como mecanismo de afastamento de uma possível intervenção institucional no âmbito da discussão de alternativas para resolver problemas complexos, comprometedores de uma cadeia de direitos humanos e fundamentais, em um estágio avançado de vulnerabilidade massiva, ocasionada principalmente por omissão dessas mesmas autoridades.

⁴⁴⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez., 2014, p. 82.

⁴⁵⁰ GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 180.

⁴⁵¹ GODOY, Miguel Gualano de. op. cit., p. 183.

Em resumo, não pode a autoridade, administrativa, legislativa e até mesmo a judicial, relevar o argumento de invasão em suas atribuições constitucionais ou da necessidade de aplicação do sistema de freios e contrapesos quando essas mesmas instituições podem ter tido papel de omissão relevante para o resultado em que hoje se apresenta na forma de Estado de Coisas Inconstitucional. Seria algo semelhante a se aproveitar da própria torpeza.

5.2. A execução de política pública a partir de deliberações do STF com o subsídio do processo estrutural

Neste item buscarei comentar a relevância de o Estado de Coisas Inconstitucional ter encontrado guarida no direito brasileiro pela via da atuação do Supremo Tribunal Federal e como é imprescindível que, uma vez instada a necessidade de sua adjudicação, a formação das soluções para o tema do sistema prisional brasileiro seja buscada da maneira mais ampla e dialógica possível, com faceta não apenas de um mero processo de controle de constitucionalidade em abstrato, mas como caso concreto de processo estruturante onde é fundamental a fixação de balizas e parâmetros a serem seguidos em todo o país a fim de superar a trágica situação atual no padrão de vida e de permanência dos encarcerados brasileiros.

Essas soluções, contudo, não podem ser adstritas exclusivamente à forma de direito positivo estabelecida unicamente pela legislação pertinente no que diz respeito à ritualística processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo necessário, como processo estruturante que é, utilizar-se de ferramentas próprias da temática estrutural do processo, a fim de se adotarem postulados já citados como o policentrismo processual, a não adstrição exata da decisão aos pedidos, o contraditório ampliado, o respeito à competência adequada e à capacidade institucional de todos os envolvidos na causa, além do estabelecimento de uma fase própria de monitoramento do cumprimento das decisões emanadas na ADPF n. 347.

Todas essas adaptações citadas, tidas como sendo necessárias para o desenvolvimento adequado do processo de enfrentamento ao ECI brasileiro, bem como para alcançar o resultado principal dele almejado, qual seja, a obediência e a garantia aos primados constitucionais firmadores de direitos fundamentais, sintetizam bem a ideia de flexibilização procedimental, como primado necessário que poderá e deverá ser utilizado no âmbito do julgamento da ADPF acima referida pelo STF.

É sobre esses conceitos típicos dos processos estruturantes, aplicados à lógica da ADPF n. 347, alterando sensivelmente seus princípios e regras de procedimento em favor da consecução finalística do processo, buscando a superação da situação inconstitucional de coisas identificada no sistema prisional brasileiro, que tratarei nessa última parte da tese.

5.2.1. Flexibilização do procedimento e a concretização do controle abstrato de constitucionalidade: além da reclamação constitucional

A discussão acerca da flexibilização procedimental, tratada em item anterior neste trabalho, tem alto grau de relevância para o deslinde da questão do ECI brasileiro no âmbito da ADPF multimencionada.

Isso porque a legislação de regência, a lei federal n. 9.882/99, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, não apresenta todos os elementos necessários para a definição estrutural de um problema tão complexo quanto é o Estado de Coisas Inconstitucional instalado no sistema prisional brasileiro, envolvido de vicissitudes sequer devidamente mensuradas à época da elaboração da legislação processual que rege a matéria citada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Falando nisso, é preciso que fique desde já assente a ideia de que a ADPF n. 347 se apresenta muito mais complexa do que uma mera ação de controle de constitucionalidade, posto que o complexo fenômeno prisional brasileiro tem causas e consequências de efeitos e de configurações muito mais amplas do que aquelas que podem ser estabelecidas em um ato legislativo comum ordinário ou por ato comissivo praticado pelo Poder Público contra o qual não caiba ADI ou ADC, posto que se trata de matéria de índole social, econômica, comportamental, cultural etc., ligadas intrinsecamente ao complexo fenômeno do crime e sua correspondente imediata, a prisão.

Verdade seja que a lei federal n. 9.882/99 apresenta institutos processuais avançados para a época de sua gênese, que por sua vez foram incorporados mais tarde na legislação processual que lhe sucederam, e falo aqui especialmente dos exemplos da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas, previstos respectivamente no art. 6º, §§ 2º e 1º,⁴⁵² da lei

⁴⁵² Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas

federal citada, como institutos processuais típicos de um processo estrutural mais moderno e consentâneo com a realidade nacional, e que estão necessariamente imbricados no julgamento final de mérito da ADPF que versa sobre o sistema carcerário da atualidade brasileira, e por isso mesmo devem ser utilizados de maneira adequada pela Corte Suprema na condução do julgamento daquela ação judicial.

Assim, muito se encontra em doutrina e em jurisprudência sobre a figura dos institutos processuais do amigo da corte e da audiência pública, não restando dúvida alguma da sua utilização imprescindível no âmbito dos processos estruturais, inclusive da ADPF n. 347, posto que se apresentam como elementos que tendem a ampliar o contraditório e reforçar o sentido de policentrismo processual defendido em itens anteriores, como peças fundamentais na engrenagem institucional complexa que deve atuar para alcançar uma resolutividade mais adequada para os problemas sociais crônicos, cujas soluções são demasiadamente complexas, perseguida no âmbito de um processo estrutural.

Cito nessa pegada Kozicki e Broocke, ao afirmarem serem as audiências públicas de monitoramento um instrumento processual que confere legitimidade procedimental às medidas estruturais, podendo elas serem propostas a partir do reconhecimento do ECI em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que promovem rodadas de debates e de deliberações adequadas e pontuais sobre as questões públicas envolvidas com o tema e sobre as ferramentas disponíveis pelos atores envolvidos no processo, construindo-se um espaço público para ampla discussão entre atores governamentais e não-governamentais, razão pela qual, continuam as autoras, longe de ser um instituto meramente informativo e figurativo, a prática de realização de audiências públicas pelo STF merece espaço amplo e irrestrito, inclusive cabendo doses de atenção para o espectro de sua revisitação, abrindo a possibilidade de adoção de uma estratégia dialógica, compatível com o constitucionalismo brasileiro da atualidade.⁴⁵³

Logo, o manuseio das duas ferramentas citadas, *amicus curiae* e audiências públicas, já apresenta, por si, uma vertente da flexibilidade procedimental havida e desenvolvida no seio do processo abstrato de controle de constitucionalidade quando comparado com a legislação processual comum da época, principalmente quando essa comparação tem por base a legislação processual ordinária anterior ao CPC/2015, posto que se tratava de técnicas

com experiência e autoridade na matéria. §2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

453 KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. op. cit., p. 150.

processuais mais afeitas àquele rito processual ordinário, sendo que só mais recentemente tiveram ampliadas as suas hipóteses de cabimento.

Outra vertente processual da flexibilização do procedimento que não pode deixar de ser utilizada pela Suprema Corte no julgamento ora analisado perpassa pela possibilidade de o órgão jurisdicional emitir sentenças genéricas durante a decisão de mérito do caso, bem como se utilize da mitigação do princípio da adstrição do juiz para que não seja necessariamente sua atuação atrelada completamente ao pedido inicial.

Isso porque a possibilidade de sentenças genéricas conformando uma decisão-núcleo no âmbito da fixação do julgamento se apresenta como medida necessária e impositiva, abrindo espaço para o desenvolvimento de outras sentenças posteriores, desta feita com finalidade mais precisa e corpo mais minucioso, adaptado às diferentes realidades e possibilidades identificadas nas etapas processuais seguintes ao proferimento da sentença principal, durante o transcorrer da fase de cumprimento de sentença, configurando-se aquele movimento jurisdicional multimencionado que Sérgio Cruz Arenhart denominou sentenças em cascata.

Dois questionamentos interessantes podem ser retirados dessas colocações: a) por qual razão a sentença final da ADPF n. 347 deve ser uma sentença genérica e não adstrita aos pedidos da petição inicial?; b) por que não deve o tribunal se utilizar da técnica da reclamação constitucional prevista na legislação correlata para os casos de controle abstrato de constitucionalidade em vez de instaurar uma fase de cumprimento de sentença?

Para responder à primeira questão, é preciso voltar ao pedido principal da ação apresentado na petição inicial do PSOL: a) reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) confirmar as medidas cautelares solicitadas na inicial; c) determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, um plano nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional; d) submeter o Plano Nacional referido à análise de vários órgãos públicos envolvidos com a temática da justiça criminal brasileira; e) deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que a corte reputar como sendo necessárias; f) determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado pela corte; g) submeter os planos locais à análise de vários órgãos públicos envolvidos com a temática da justiça criminal brasileira; h) deliberar sobre os planos locais apresentados, para homologá-los ou impor medidas alternativas ou complementares, quando a corte reputar como sendo necessárias; i) monitorar e fiscalizar a implementação do Plano Nacional e dos planos

estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário.

A sentença genérica se faz necessária justamente em razão da complexidade e do grau de minúcias, inicialmente não previsíveis, que podem ser encontradas na fase de cumprimento de sentença, situação que normalmente ocorre em processos de natureza estrutural, de modo que é cognitivamente inviável em uma decisão judicial de efeitos prospectivos buscar alcançar toda a miríade de situações possíveis que serão decorrentes do cumprimento da mesma decisão.

Logo, esses pedidos todos citados na inicial da ADPF n. 347, por mais volumosos e complexos que sejam, não esgotam todas as possibilidades viáveis de providências a serem adotadas pelo STF em sede de sentença no julgamento final da ação, sendo válido, por essa mesma razão, afirmar que a corte não deve ter sua atuação nesse caso circunscrita apenas a avaliar ou não a possibilidade de deferir esses pedidos, sendo possível e necessária a determinação de outras medidas que não estejam elencadas naquele rol extenso do pedido final da petição vestibular.

Assim, em relação ao princípio da congruência, também conhecido como adstrição da sentença ao pedido, no qual, em tese, o juiz não poderia julgar de maneira além ou aquém daquilo que foi requerido na petição vestibular apresentada pelo autor, trata-se de técnica comum e necessária no âmbito dos processos estruturais, como desenvolvi em item anterior deste trabalho.

Além disso, em sede de controle abstrato de constitucionalidade referida técnica já foi utilizada pelo STF nos casos em que a corte reconheceu as figuras da inconstitucionalidade por arrastamento, por exemplo, quando então não apenas a norma impugnada pelo autor na inicial é declarada como inconstitucional, como também o é toda a norma legal diretamente derivada de tais dispositivos que tiveram sua nulidade por inconstitucionalidade declarada pela corte. Cito como exemplo os casos dos julgamentos pelo STF da ADI 437-QO e da ADI 173-MC.

Em relação à utilização do mecanismo processual da etapa do cumprimento de sentença no âmbito de um processo objetivo de controle de constitucionalidade, em vez de se utilizar a reclamação constitucional para os casos de descumprimento do julgado, conforme prevê o artigo 13 da lei federal n. 9.882/99,⁴⁵⁴ instituto que foi albergado também pelo

⁴⁵⁴ Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

CPC/15, em seu artigo 988, inciso III,⁴⁵⁵ a razão decorre justamente pela necessidade de uma postura mais atuante da corte, que supere não apenas as formalidades dogmáticas previstas na legislação ordinária comum, mas também que sejam deliberadas providências que desacomrentem o Judiciário do conhecido princípio processual da inércia do juiz no caso de demandas estruturais que envolvem a implementação de políticas públicas e a defesa de direitos fundamentais.

Logo, esse aspecto do julgado, caracterizado pela instauração de uma instância judicial para acompanhar o cumprimento da sentença, além de se configurar como uma face adequada da flexibilização procedimental, haja vista não estar albergado como previsão normativa na lei federal que rege o procedimento e o processo dessa natureza, tem também a característica de elevar em grau de satisfatividade o fenômeno do julgamento estruturante efetivado no seio da ADPF n. 347, promovendo verdadeira concretização do controle abstrato de constitucionalidade.

Essa instauração de instância se torna necessária, posto que o mero reconhecimento da existência do ECI certamente é medida insuficiente para superar o sistema inconstitucional da situação prisional nacional. Nesse sentido, Trovão e Mollica vão afirmar que, no país, existem remédios e ações constitucionais que tem a aptidão de remediar determinados assuntos que envolvem vulnerações massivas de direitos fundamentais, e que alguns deles alcançam as falhas estruturais existentes no sistema e outras não detêm o mesmo alcance, de modo que simplesmente reconhecer a ocorrência do ECI não impõe na realidade jurídica nacional a modificação do sistema prisional, nem acarreta a alteração substancial dos atos processuais já praticados, sendo, por essas razões, importante destacar que o reconhecimento do ECI precisa ser acompanhado de uma mudança de paradigmas no seio da implementação e da formação de uma agenda sofisticada de políticas públicas.⁴⁵⁶

Logo, o reconhecimento da situação do ECI no sistema prisional brasileiro, ainda que acompanhado de medidas outras, distintas daquelas determinadas no julgamento da medida cautelar na ADPF n. 347, precisa estar acompanhado de outros provimentos de adjudicação adequados para firmar diretrizes e reafirmar competências e atribuições no desenvolvimento de atos, especialmente emanados do Poder Público, para superar aquele estado de coisas, sendo que essas diretrizes somente podem ser monitoradas adequadamente em uma instância

455 Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

456 TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa; MOLLICA, Rogerio. op. cit., p. 115.

própria de acompanhamento processual que vá além da utilização da reclamação constitucional.

Abordarei com mais detalhes no próximo item como se deve desenvolver essa etapa de cumprimento de sentença no STF a partir do julgado de mérito definitivo na sentença que impor providências para a superação do ECI, identificado no sistema prisional brasileiro da realidade presente, irradiadas por todos os estados da federação.

Além da possibilidade de proferimento de provimentos jurisdicionais mediante sentenças em cascata, sendo normalmente iniciado por sentenças genéricas, seguidos de uma fase de cumprimento de sentença no âmbito do processo estruturante aqui debatido, tenho também como reflexo do postulado da flexibilidade procedimental no presente caso a utilização da figura dos já referidos *masters*, importados da experiência do direito norte-americano, figura que não se confunde com o interventor nem mesmo com o perito técnico, previsto no artigo 6º, §1º, da lei n. 9.882/99.

Nesse sentido, novamente citando Kozicki e Broocke, quando analisam a situação estrutural identificada no litígio de interesse público caracterizado na ADPF n. 347, as autoras afirmam a necessidade de que a atuação do STF seja voltada para superar os bloqueios políticos e institucionais que muitas vezes travam uma relação dialógica entre os poderes da República, especialmente no âmbito de processos judiciais de políticas públicas, “promovendo a cooperação entre os Poderes Legislativo e Executivo nos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, bem como o diálogo com a sociedade e o monitoramento do cumprimento e eficiência das medidas adotadas.”⁴⁵⁷

Finalmente, friso aqui a crítica à flexibilidade procedimental retirada de artigo coletivo escrito por Igor Raatz, Natascha Anchieta e William Galle Dietrich, em que, em nome de uma garantística processual, compreendem o próprio processo como sendo um “direito fundamental de resistência”, garantidor da liberdade do indivíduo, que apresenta limitações ao legislador e ao juiz quanto à necessidade de esses assegurarem o cumprimento de garantias e liberdades civis e políticas dos cidadãos.⁴⁵⁸

Ainda continuando com as críticas, arrematam os autores:

Portanto, a possibilidade de o juiz flexibilizar o procedimento instituído em lei, modificando-o a fim de concretizar o direito à tutela judicial efetiva mediante intervenções na área de proteção de direitos fundamentais componentes do devido processo constitui nítida ilegalidade, não se tratando, pois, de intervenção em

⁴⁵⁷ KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. op. cit. p. 173.

⁴⁵⁸ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. Garantística e flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, p. 405-433, mai./ago., 2021, p. 423.

direitos fundamentais ainda que sob o pretexto de estar constitucionalmente justificadas.⁴⁵⁹

Ocorre que a crítica acima, de natureza garantidora sobretudo da liberdade individual, esposada pelos autores apresenta-se como incabível na lógica dos processos estruturantes, posto que nestes os dispositivos processuais flexionados e os mandamentos e ditames legais elasticados são assim trabalhados por estarem inseridos em um contexto processual onde prevalece a necessidade de garantia de direitos sociais, tais quais os de segunda e de terceira dimensões, que estão sendo objeto de massiva vulneração por ausência de implementação de políticas públicas adequadas.

Ou seja, a crítica de viés extramente individualista apresentada pelos autores acima referidos não parece ser cabível à situação dos processos estruturais, que detém viés extramente social.

Procurou a partir de então promover reflexões sobre o entendimento de como devem ocorrer a implementação e a execução dos provimentos estruturantes estabelecidos no seio da ADPF n. 347, o que tentarei fazer também me utilizando dos argumentos técnicos envolvidos no instituto da capacidade institucional, além de me utilizar de institutos processuais oriundos do direito colombiano e do direito norte-americano, identificados na experiência daqueles estados em processos estruturantes que visavam à alteração de determinação situação fática, marcada por massiva violação de direitos, formando um conjunto mínimo de ferramentas que podem ser sacadas pelo tribunal constitucional brasileiro na condução do processo em epígrafe e dos seus desdobramentos respectivos. Vejamos, então.

5.2.2. A capacidade institucional do STF na instauração da instância de acompanhamento de cumprimento da decisão-núcleo da ADPF mediante integração discursiva aos autos de seguimiento da experiência colombiana

Nesta parte do trabalho busco apresentar as razões pelas quais compreendo ser indispensável um desenvolvimento mais duradouro e contínuo da fase de cumprimento do julgamento de mérito estabelecido nos autos da ADPF n. 347, à luz da experiência retirada da Corte Constitucional da Colômbia ao implementar através dos *autos de seguimiento* uma forma especial de execução de sentença, que aqui pode ser conhecida também como “autos de acompanhamento”.

459 RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. op. cit., p. 424.

Garavito compreende a importância dessa etapa de cumprimento acompanhado nos processos estruturais, especialmente no caso colombiano da sentença T-760/08, que fincou diretrizes amplas para modificar as falhas existentes no sistema de saúde pública daquele país vizinho, cuja execução já se prolongava ao ano de 2016, decorrendo mais de sete anos desde o proferimento da sentença principal da causa.

O autor colombiano, um dos principais autores defensores do ativismo dialógico⁴⁶⁰, vai pugnar pela importância do bom desenvolvimento, no âmbito de processos estruturais de interação mútua dialógica, da fase processual de cumprimento de sentença, retirando esse argumento da sua observação sobre o processo estrutural julgado pela Corte Constitucional da Colômbia que definiu medidas de políticas públicas em matéria de direito fundamental à saúde no processo acima referido, quando então, entre os anos de 2004 a 2015, aquela corte constitucional realizou cerca de 22 audiências públicas, já após a sentença de mérito ter sido prolatada, e proferiu cerca de 289 decisões judiciais nos autos de seguimento, através das quais foi ajustando suas ordens anteriores às necessidades surgidas durante a etapa de cumprimento do julgado, sempre buscando alcançar algum grau de progresso. Segundo o autor, naquele caso citado, aquela corte *“ha instaurado, por tanto, un proceso de seguimiento notablemente fuerte.”*⁴⁶¹

Ratificando, nesse feixe de ideias, a importância do acompanhamento e do monitoramento de perto das etapas de cumprimento da decisão de mérito núcleo do processo, Garavito explica que a decisão da mesma corte no caso do sistema prisional colombiano, proferida anteriormente à sentença T-760/08 referente ao sistema de saúde pública do país supramencionada, falhou em muita medida em razão de que *“no incluía ningún mecanismo de seguimiento promovido por la Corte; en lugar de eso, se limitó a solicitarle a la*

⁴⁶⁰ “Hasta ahora, la defensa del activismo dialógico se ha basado en la teoría democrática y el derecho constitucional. En respuesta a las objeciones clásicas contra el activismo judicial, que alegan que carecería en principio de legitimidad democrática y violaría el principio de separación de poderes, los académicos del derecho constitucional y los teóricos de la democracia deliberativa han demostrado razonablemente la naturaleza democrática de las intervenciones judiciales que promueven la colaboración entre las diferentes ramas del poder y la deliberación sobre cuestiones públicas (...) En conjunto, estas y otras contribuciones permiten defender el activismo dialógico porque profundizarían la legitimidad de los regímenes democráticos comprometidos con estándares decentes de bienestar económico.” Cf. GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: MALCOLM, Langford; GARAVITO, César Rodríguez; ROSSI, Julieta (eds). **La lucha por los derechos sociales: Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento.** Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 119.

⁴⁶¹ GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: MALCOLM, Langford; GARAVITO, César Rodríguez; ROSSI, Julieta (eds). **La lucha por los derechos sociales: Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento.** Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 125.

Defensoría del Pueblo y a la Contraloría de la Nación que supervisaran el cumplimiento de la decisión.”⁴⁶²

Em outro artigo sobre o mesmo tema Garavito reforça essa sua concepção de que a abordagem dialógica de casos referentes a direitos econômicos, sociais e culturais fomenta os mecanismos de seguimento do processo de maneira participativa, onde podem se estabelecer as audiências públicas, as comissões de vigilância e monitoramento nomeadas pelo tribunal e os convites à sociedade civil organizada e aos órgãos do Poder Público para apresentarem informações relevantes sobre o caso e para participarem dos debates promovidos pelo órgão jurisdicional dentro do processo.⁴⁶³

Tudo isso se apresenta a reforçar ainda mais a importância da fase do cumprimento do julgado, que precisa de monitoramento e acompanhamento específicos realizados por órgão adequado, cuja atribuição seja definida pelo próprio STF no julgamento de mérito do processo da ADPF n. 347.

Logo, adotando a teoria dos diálogos institucionais, aqui tomo emprestado os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva e o conceito que desenvolveu de integração jurídica discursiva na espécie migração de ideias constitucionais, é possível afirmar, segundo as experiências colombianas que foram mais efetivas justamente pela aplicação de um monitoramento expressivo dos julgados da Corte Constitucional, que o STF poderá instaurar sua instância de acompanhamento do cumprimento de sentença, trazendo a ideia constitucional dos *autos de seguimiento* da corte colombiana, inaugurando um espaço público e permanente de diálogo entre atores institucionais e sociedade civil com o fim de dar cumprimento às decisões emanadas nos autos da ADPF n. 347.

Nessa fase de cumprimento de sentença final de mérito estabelecida no julgamento do caso do ECI brasileiro no âmbito do STF, esta corte poderá se socorrer dos dispositivos do CPC previstos nos arts. 534 e 535, uma vez determinada obrigação de pagar quantia certa pela fazenda pública no julgamento da ADPF n. 347, bem como dos dispositivos dos arts. 536 e 537, que tratam do cumprimento de sentença que reconheça a obrigação de fazer ou de não fazer, mas também lhe será mais útil a aplicação de mecanismos de natureza mais negocial do que estes de natureza impositiva, tais como os instrumentos já falados das audiências públicas,

⁴⁶² GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: MALCOLM, Langford; GARAVITO, César Rodríguez; ROSSI, Julieta (eds). **La lucha por los derechos sociales: Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento**. Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 126.

⁴⁶³ GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, dez., 2013, p. 07.

do *amicus curiae*, do *specialist master*, bem aos termos das experiências colombiana e norte-americana de processos estruturais.

Assim, adotado esse viés dialógico de cumprimento da decisão de mérito na ADPF n. 347, mediante a instalação de uma instância de acompanhamento e fiscalização própria, o STF poderá obter resultados mais satisfatórios na execução das medidas de políticas públicas pelos entes políticos responsáveis, necessárias para alcançar em alguns graus a superação do Estado de Coisas Inconstitucional havido no sistema prisional brasileiro, e para isso os diálogos institucionais devem se valer não somente da execução compartilhada na fase de cumprimento, mas também devem expressar a utilização adequada e adaptada de institutos jurídicos de outras vertentes.

Esses institutos disponíveis para utilização na etapa de cumprimento da sentença podem ser aqueles comuns à fase de conhecimento no julgamento do próprio processo constitucional da ADPF (audiências públicas e *amicus curiae* do art. 6º da lei 9.882/99), além de institutos de outros ramos do direito, tal como os de direito processual (artigos 534 a 537 do CPC/15), de outras jurisdições locais (*autos de seguimiento* do direito colombiano e os *masters* dos processos estruturais norte-americanos), e também de institutos e experiências dos órgãos regionais de direitos humanos (tais como as resoluções da CtIDH nos casos do Complexo do Curado, de Pedrinhas, do Presídio Central de Porto Alegre entre outros).

Todos esses mecanismos devem funcionar em um ambiente estruturado de uma arena de acompanhamento de cumprimento do julgado, a partir de onde se ouvem os diversos sujeitos processuais atuantes, os institucionais, públicos ou privados, e os particulares da sociedade civil, e à medida que as providências vão sendo adotadas será possível à Corte Constitucional aferir o grau de resolutividade e de efetividade de sua decisão de mérito, sendo ainda possível a prolação de diversas outras sentenças/decisões alinhadas às especificidades processuais identificadas em cada uma das fases de cumprimento.

Em relação à referência da necessidade de o STF também tomar de empréstimo as decisões e resoluções da CtIDH em matéria dos casos prisionais brasileiros analisados por aquele organismo internacional, como mais uma ferramenta de diálogo institucional, sendo aqui mais convincente falar de um diálogo transconstitucional, também vale destacar o mecanismo de cumprimento daquelas próprias decisões oriundas da CtIDH.

Assim, embora não seja proposta deste trabalho suscitar o dever do STF em promover o acompanhamento das decisões da CtIDH, especialmente nos casos em que se trata de violações a direitos humanos nas unidades prisionais brasileiras, por se tratar de jurisdições diversas, com peculiaridades precisas e distintas, cujas determinações para cumprimento

respeitam a lógicas específicas e as sanções para o respectivo descumprimento também não se assemelham tanto, é possível identificar um ponto de semelhança igualmente relevante dessa comparação.

É que, como dito em outras oportunidades nessa pesquisa, muitas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos padecem do descumprimento integral pelo Estado brasileiro, valendo destacar que além das decisões promovidas nos casos contenciosos julgados pela CtIDH, há também diversos provimentos e medidas provisórias expedidos pelo referido organismo internacional que tratam do sistema prisional brasileiro.

Enquanto que os casos contenciosos mais conhecidos foram julgados por sentença da CtIDH, nos quais podemos citar Gomes Lund, Herzog, Garibaldi, Escher, e Damião Ximenes Lopes, as medidas provisórias julgadas pela corte foram normalmente proferidas por resoluções, sendo essas as mais comuns que condenaram o Estado brasileiro a uma série de providências no âmbito do sistema prisional, como referido anteriormente sobre os casos do Complexo do Curado, unidades prisionais de Pedrinhas, Presídio Central de Porto Alegre entre outros.

Tanto as resoluções quanto as sentenças da CtIDH podem ter seu cumprimento monitorado, lembrando que além desses dois tipos de provimentos também pode aquela corte proferir opiniões consultivas através de pareceres, sendo que, nos termos do art. 69.1 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a supervisão das sentenças e das resoluções da Corte ocorrerá mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações feitas nesses relatórios pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pelas vítimas ou por de seus representantes. Ademais, quando julgar oportuno, a Corte emitirá resoluções sobre o cumprimento da sentença e dará o caso por concluído quando verificar que o Estado tenha cumprido satisfatoriamente com as suas determinações.

Embora a regra referida de instauração de instância de acompanhamento do cumprimento da sentença tenha sido estabelecida mediante regulamento interno da CtIDH, pesando sobre ele as críticas de que não disporia de coercibilidade ou validade, porquanto seria necessário se tratar de mecanismo referendado pela própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, prevalece o entendimento que pugna pela validade do citado dispositivo, pois quando os estados nacionais reconheceram a competência contenciosa da corte estavam

automaticamente consentindo com os mecanismos necessários para alcançar o cumprimento das sentenças e resoluções daquele órgão regional.⁴⁶⁴

Logo, percebe-se que, diferentemente do sistema regional europeu de proteção de direitos humanos, o sistema interamericano não criou órgão específico apenas para acompanhar e fiscalizar o cumprimento das sentenças da CtIDH pelos estados responsabilizados em tais atos jurisdicionais, tendo em vista que a própria Convenção Americana não estabeleceu tal comissão, e nem mesmo o regulamento interno da CtIDH prevê a instituição de uma comissão, câmara ou órgão específico para tal finalidade, mas apenas salientou a necessidade de envios periódicos pelos estados de relatórios minuciosos acerca da execução do julgado daquele regional.

Estudando o caso *Damião Ximenes Lopes*, em que houve condenação do Estado brasileiro por sentença proferida pela CtIDH, Fernanda Lima e Marina Teixeira afirmam que naquele caso tornou-se evidente que os primeiros capítulos da sentença, que foram integralmente cumpridos, diziam respeito justamente àqueles que não demandaram articulações institucionais complexas, tais como a obrigação de reparação pecuniária, já que foi de execução direta da União, tornando o cumprimento menos denso e dificultoso, razão pela qual os pagamentos foram efetivados pelo Estado.⁴⁶⁵

Assim, diante de tais constatações, pela via dos diálogos institucionais entre esferas de jurisdição distintas, compreendo viável e recomendável que o STF adote preceitos dos julgamentos realizados pela CtIDH nos casos de resoluções formalizadas contra o Estado brasileiro em matéria do sistema prisional, embora isso não queira dizer que deverá a corte constitucional brasileira promover a execução ou o cumprimento de tais resoluções.

De outra ponta, a partir dos comentários acima elencados, é igualmente preciso destacar que ambos os tribunais, o STF e CtIDH, não possuem a eles atrelados órgãos ou comissões que integrem uma instância de acompanhamento dos seus julgamentos, sendo essa uma providência necessária àquela corte regional para obter o cumprimento mais adequado de seus provimentos, enquanto que o tribunal brasileiro poderá, por si mesmo, através dos mecanismos processuais acima referidos, instaurar uma instância própria de acompanhamento do cumprimento do julgado da ADPF n. 347.

⁴⁶⁴ KINDERMANN, Milene Pacheco; COMASSETTO, Lucas Vicente. Supervisão de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso *Gomes Lund* e outros. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 08, n. 15, p. 173-183, ago./dez., 2017, p. 178. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/5131 Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁶⁵ LIMA, Fernanda da Silva; TEIXEIRA, Marina Raupp. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os desafios da implementação das decisões da Corte IDH no Brasil: um estudo do caso *Damião Ximenes Lopes*. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 2, p. 117-141, jul./dez., 2018, p. 134. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/7324> Acesso em: 15 jun. 2021.

Desse modo, fica esclarecido que o STF deve ser encarado ele mesmo como instância preferencial para monitorar o cumprimento da decisão de mérito da ADPF n. 347, embora possa a corte delegar atos específicos de acompanhamento de cumprimento do julgado a partir do conceito de competência adequada e de cooperação nacional processual, em vez de o STF constituir um órgão jurisdicional à parte para tal finalidade, bem como acompanhar a efetividade das decisões posteriores proferidas na fase do cumprimento de sentença, posto que, à míngua de previsão legal de um procedimento de tal monta no julgamento de controle concentrado de constitucionalidade, é a corte constitucional brasileira a mais apta a prover análises acerca do cumprimento do seu próprio julgamento em razão de ser, nesse caso concreto do ECI brasileiro, o órgão dotado de capacidade institucional para tal desiderato.

Nesse sentido, prefiro aqui falar em instância de acompanhamento, que não tem necessariamente o mesmo significado de órgão de execução da decisão, posto que esta poderá se desenvolver entre entes e órgãos distintos, sendo factível que o acompanhamento, por sua vez, ocorra de maneira adequada em autos específicos para tal finalidade, que não a reclamação constitucional, e independentemente de ser o STF instado por interessado, devendo, de ofício, instaurar o monitoramento do cumprimento do julgado núcleo.

Logo, seguindo o pensamento de uma capacidade institucional em favor do STF para a instauração de instância de monitoramento e fiscalização do cumprimento do julgado, será possível compreender que *“los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos.”*⁴⁶⁶

Outrossim, vale aqui frisar que a noção de capacidade institucional em favor do STF como instituição para conduzir a etapa de cumprimento de sentença do processo estruturante do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro não implica dizer que sempre e sempre aquela corte brasileira será o melhor órgão institucional cuja preparação é a melhor para seguir executando até a mínima providência ou até mesmo acompanhando a efetivação prática das decisões que forem emanadas da própria corte, devendo, em verdade, essa instância apenas ser instaurada em situações excepcionais tais como decisões de controle de constitucionalidade que impliquem reformulações de políticas públicas e envolvam outros poderes em seu cumprimento, quando então, normalmente, a capacidade institucional do STF parece tornar aquele tribunal o mais eficiente para acompanhar tais cumprimentos.

⁴⁶⁶ GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: MALCOLM, Langford; GARAVITO, César Rodríguez; ROSSI, Julieta (eds). **La lucha por los derechos sociales: Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento**. Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 128.

Por essa mesma razão também aqui não se pode dizer que a capacidade institucional do STF em acompanhar seus julgamentos em tal matéria vai fazer com que aquela corte substitua os demais poderes na expedição de atos de execução das políticas públicas necessárias para superar o Estado de Coisas Constitucionais, posto que as reformulações dessas políticas perpassa por uma esfera intensa de debates e de interação dialógica, como etapas prévias para sua definição, sendo as minúcias de cada etapa do cumprimento realizada segundo o arranjo institucional adequado, conforme se estabelece nos próprios autos de cumprimento do julgado e conforme é regulado pela própria Constituição Federal.

Vale frisar que Abraham, Castro e Farias concebem a aplicabilidade regular da teoria das capacidades institucionais no âmbito do julgamento pelo STF do recurso extraordinário n. 592.581, ao defenderem o conceito daquela capacidade a partir da identificação da instituição melhor preparada para interpretar um texto normativo a fim de concretizar um direito fundamental, sendo que, por aquele argumento, seguem os autores, o “STF poderá consolidar de vez esta posição proativa da Corte Suprema diante das reiteradas omissões do Estado brasileiro.”⁴⁶⁷

Friso novamente, entretanto, que a proposta aqui formulada não tenta tornar o STF o principal executor das políticas públicas brasileiras, ainda que essas sejam determinadas em processos que passem por aquele tribunal, pois essa aferição é muitas das vezes contingente, conforme discutido aqui quando dos inícios dos debates sobre capacidades institucionais em itens anteriores.

Evidentemente que existem críticas a essa possibilidade de ter o STF como condutor das melhorias no sistema prisional, baseando-se a corte brasileira na experiência de cortes estrangeiras no âmbito de processos estruturais. A crítica de Breno Magalhães é contundente e merece a transcrição:

Debater o sistema carcerário exige uma reflexão social muito mais profunda sobre o papel do presídio, da pena de reclusão e do direito criminal, incapaz de ser posta a cabo por decisões judiciais, não importa o quão bem-intencionadas ou escoradas em doutrinas estrangeiras de eficácia duvidosa. A solução para os problemas do sistema carcerário não estará nas mãos da Suprema Corte, mesmo que essa se pretenda aberta ao “diálogo” e à participação dos demais poderes na formulação de novas políticas públicas, que fracassarão igualmente se permanecerem ancoradas na lógica do encarceramento.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 14, n. 2, p. 18-51, 2016, p. 46. Disponível em: <https://doi.org/10.32586/rcda.v14i2.330> Acesso em: 15 jun. 2021.

⁴⁶⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. op. cit., p. 22.

Desses argumentos, podem surgir contra-argumentos apontando que essa determinação da condução da política pública prisional diretamente pelo STF poderá tornar inviável a prática quotidiana das demais atividades jurisdicionais daquele tribunal constitucional, revertendo totalmente a lógica da separação dos poderes, posto que o órgão, por ser corte de apelação, órgão de julgamento originário de matérias penais e daquelas que possam causar risco federativo, além de deter competência para controle de constitucionalidade, não teria condições de acompanhar de perto cada passo dado durante o cumprimento da sentença por cada um dos estados da federação e também da União, em suas respectivas unidades prisionais e que fossem abarcadas pela carga decisória do julgamento.

Ocorre que a instauração da instância de acompanhamento não significa a criação de um órgão de execução da política pública. O que busco asseverar aqui é que o STF deverá, de ofício, por um movimento em que é detectada a violação grave à sua determinação central no julgamento da ADPF n. 347, trazer o caso à sua análise e deliberar acerca do citado descumprimento, determinando aos entes, órgãos e indivíduos responsáveis as medidas necessárias para cumprir a ordem judicial e assegurar a defesa dos direitos fundamentais nela protegidos.

Outros críticos ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF, como tese factível e formada a partir da imposição de determinações aos demais poderes do Estado, reconhecem como inviável a importação de tal figura colombiana, posto que se tem em mente a análise da “carga de irracionalidade que recai sobre essa situação, em função da falta de eficiência de que podem estar revestidas as decisões, uma vez que não consideram as externalidades negativas que podem proporcionar.”⁴⁶⁹

Ainda nessa esteira crítica à migração da ideia constitucional do ECI colombiano pelo STF para aplicá-la ao sistema prisional brasileiro, Rosa e Carmo, baseando-se nos primados de uma análise econômica do caso e asseverando as externalidades negativas e a condição de assimetrias de informações, como vieses das falhas de mercado, vão propugnar que a “aplicação da teoria do ECI é reprovada pela análise econômica do Direito, pois as decisões por ela amparadas são revestidas de irracionalidade, o que resulta em soluções pontuais diante da amplitude dos problemas sociais comuns aos países em desenvolvimento”, o que, ainda segundo os autores, poderia ocasionar uma série de externalidades negativas com proporções muito superiores aos benefícios que a teoria buscou encontrar.⁴⁷⁰

469 ROSA, André Luís Cateli; CARMO, Valter Moura do. op. cit., p. 196.

470 ROSA, André Luís Cateli; CARMO, Valter Moura do. op. cit., p. 198.

Inobstante o peso das críticas acima citadas, tenho que elas não prevalecem porque a análise econômica do direito não se presta para, com eficiência, embasar argumentos tão complexos quanto aqueles levantados em uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional, que no Brasil foi reconhecido no sistema prisional, sendo o fenômeno da prisão um fato extremamente complexo que não será apenas resolvido pelo viés econômico da situação do país e da sociedade brasileira como um todo.

5.2.3. A atuação de juiz designado para delegação de atos de cumprimento do julgado a partir do conceito de competência adequada e de cooperação nacional processual

O argumento da delegação da competência do STF para o juiz de primeiro grau é encontrado em Fachin e Shinermann, ao defenderem a ideia que após a fixação da decisão pelo tribunal constitucional, caberá ao juiz de primeiro grau a execução da respectiva sentença de processo estrutural.⁴⁷¹

Pelo pensamento dos autores isso ocorre porquanto em um processo estrutural, que exige uma grande articulação entre poderes e agentes, públicos e sociais, para se alcançar a implementação de políticas públicas faz-se imprescindível uma atuação mais próxima da realidade dos fatos e das especificidades de cada localidade onde a decisão deverá ter efeitos práticos efetivos.

No caso do Estado de Coisas Inconstitucional existente e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no sistema prisional brasileiro, a jurisdição constitucional foi provocada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, razão pela qual, considerando também se tratar de um problema social crônico, irradiado nos mais diversos estados da federação, cuja resolução vai demandar providências conjuntas e complexas, torna-se imperioso que naquela corte suprema sejam definidos parâmetros constitucionais para direcionar a implementação de políticas de desencarceramento e de estruturação e de melhoria das condições das unidades prisionais do país, deixando a outro nível de adjudicação as decisões específicas para cada localidade, que deverão, na grande medida do possível, seguir as diretrizes da decisão-núcleo anterior. Assim, esta ampliação do espectro da cadeia de decisões judiciais implica dizer que a execução de uma decisão estruturante tem um começo, talvez um meio, porém não terá necessariamente um fim.⁴⁷²

471 FACHIN, Melina Girardi; SHINERMANN, Caio Cesar Bueno. op. cit., p. 230.

472 FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, 1979, p. 42.

Esta ampla cadeia decisória pode, muitas vezes, prolongar-se de maneira bastante extensiva no tempo e no espaço, razão pela qual Fachin e Shinermann propõem que, ainda que o caso tenha sido decidido pelo STF, a execução da decisão estruturante deverá ser declinada aos juízos ordinários competentes.

Vale salientar aqui que no direito processual brasileiro a base normativa para a execução coercitiva das decisões proferidas em processos estruturais decorre da combinação do art. 139, IV⁴⁷³, com o art. 536, § 1º⁴⁷⁴, ambos do CPC, que funcionam como cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas próprias decisões através de instrumentos eficazes, coercitivamente, ou através de indução.

Percebe o leitor atento que o art. 139, IV, do CPC define a possibilidade de o juiz se valer não apenas de medidas coercitivas para forçar o cumprimento de um julgado determinado, mas também é válido e possível que o magistrado se utilize de ferramentas de “indução” processual para alcançar o resultado mais adequado, indução essa que não está necessariamente vinculada a alguma medida sancionatória. Essa indução, vale salientar, apresenta-se como providência judicial mais compatível com um processo estruturante de execução negociada e dialógica, nos termos que se propõem nesse trabalho.

Tais institutos podem ser utilizados pelo STF na fase de cumprimento de sentença no caso da ADPF n. 347 como referido no item anterior, contudo os mecanismos de natureza impositiva para o cumprimento do julgado, embora passíveis de serem utilizados, devem ser considerados como ferramenta de última valia, já que a fase de cumprimento, em autos processuais que podemos chamar de “autos de acompanhamento”, deve se mover pelo viés de uma atuação policêntrica, cooperativa e dialógica na busca da efetividade do julgado e, mais do que isso, da implementação de políticas capazes de mitigar ou superar a cadeia de violação massiva de direitos das pessoas privadas de liberdade.

Nesse sentido é válido novamente trazer julgados do direito comparado como fonte para conhecimento e amadurecimento de um provimento jurisdicional adequado, em razão da natureza e das especificidades da causa que envolve um processo estrutural, o que pode

473 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

474 Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

acarretar a necessidade de delegação de atos judiciais na fase do cumprimento do julgado. Foi assim que ocorreu na Argentina, por exemplo.

Segundo Verbic, no caso conhecido como Mendoza, Beatriz e outros em face do Estado argentino, envolvendo processo estrutural de natureza ambiental, em razão de contaminação de áreas próximas a cursos de água nas proximidades de Buenos Aires, julgado pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, restou determinada a reparação de danos e a recomposição do meio ambiente, além de outras medidas de caráter preventivo aos danos ambientais em face do poder público local.⁴⁷⁵

Naquele processo, a corte argentina delegou o processo de execução de sentença ao Juízo Federal de Primeira Instância de Quilmes, a quem também facultou a possibilidade de fixar o valor das multas diárias derivadas do não cumprimento das determinações estabelecidas na sentença, sendo basicamente três as razões que, segundo Verbic, levaram o supremo tribunal daquele país a tomar essa decisão: (i) as dificuldades e os incidentes processuais que certamente se apresentariam durante o cumprimento dos numerosos comandos contidos na decisão judicial; (ii) a necessidade de manter a racionalidade da agenda de casos com os quais a corte deve lidar; e (iii) a busca de um maior grau de imediação entre os juízes e as partes processuais.⁴⁷⁶

Com efeito, percebe-se que a Suprema Corte de Justiça da Argentina, no caso estrutural acima referido, dotado de notas de hipercomplexidade, preferiu delegar toda a execução do julgado a um juiz de primeiro grau, contudo, no caso brasileiro do ECI entendo que a fase de cumprimento de sentença, em sede de “autos de acompanhamento”, deverá permanecer sob os auspícios do STF, sendo possível a delegação de competência a juízes ou tribunais de alguns atos específicos dessa fase processual.

Essa delegação, em verdade, trata-se de uma cooperação processual nacional entre juízes distintos, especificamente entre um tribunal superior, o STF, e o juiz de primeiro grau.

Vale ainda frisar que essa técnica de delegação pelo STF para juízes de primeiro grau, ou até mesmo para entes/pessoas sem atribuição e poderes jurisdicionais, considerando a possibilidade de esses entes possuírem melhores condições de promover a adequada implementação e efetivação da decisão judicial estruturante, já foi utilizada pela suprema

⁴⁷⁵ VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **ANALES N° 43** - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, p. 267-286, 2013, p. 272.

⁴⁷⁶ VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **ANALES N° 43** - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, p. 267-286, 2013, p. 275.

corte brasileira tal qual o caso no julgamento da demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, segundo Matheus Galdino.⁴⁷⁷

De outra ponta, vale igualmente destacar que no julgamento de *Brown vs. Board of Education*, especificamente no processo de continuação da decisão principal, em causa que ficou conhecida como *Brown II*, julgado em 1955, a Suprema Corte daquele país já havia delegado o cumprimento de sua decisão principal no caso paradigmático contra a segregação racial referido, a fim de que os juízes locais pudessem progressivamente reduzir o grau de distinção racial nos estados norte-americanos mediante decisões judiciais em obediência à decisão da Suprema Corte, de modo que fica evidenciado que a lógica de delegação de atos processuais para cumprimento de decisões estruturantes não consta exatamente como novidade na realidade das experiências em direito comparado.

Para esclarecer ainda mais o tema, deve-se ter em mente que o instituto da cooperação processual nacional, previsto a partir do artigo 67 do CPC/15, pode ser classificado em cooperação por concertação, cooperação por delegação e cooperação por solicitação, sendo que no caso vertente do ECI brasileiro, visando a distribuir a realização de atos processuais tais como audiências, determinação de elaboração de relatórios, realização de inspeções judiciais em unidades prisionais, reuniões com sujeitos envolvidos, despachos e outros atos típicos da fase do cumprimento de sentença, podem ser atribuídos mediante a cooperação por delegação do STF ao juízo federal ou estadual, a depender da natureza dos atos cooperados que se busque realizar a fim de se efetivar determinada providência ou colher determinada informação.

Esta concepção de cooperação processual por delegação também pode ser vista em razão da noção de competência adequada, aferível de forma contingente para cada ato processual relevante a ser praticado pelo magistrado, de modo que se afigura como possível e adequada, do ponto de vista da técnica processual, a competência firmada por delegação do STF a determinados juízes de primeiro grau para a prática de atos específicos relacionados à etapa de cumprimento de sentença da ADPF n. 347.

Assim, em razão de sua maior proximidade com a realidade a ser alterada a partir das determinações mais gerais fixadas na sentença-núcleo, pode-se dizer que o juiz de primeiro grau, designado pelo tribunal superior, apresenta-se adequadamente competente para realização de atos processuais, até mesmo microdecisões que digam respeito à realidade local tratada e que não esteja em desacordo com a decisão judicial proferida pela corte suprema.

⁴⁷⁷ GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 202.

5.2.4 A ADPF 347 e a temeridade de sua infinitude no tempo: riscos reduzidos a partir da utilização permanente dos negócios jurídicos estruturantes

Embora não se configure como a única forma de solução dos problemas estruturais, que seguramente não se apresentam como algo de resolutividade simples, o cumprimento negociado de decisões estruturantes, como no caso do Estado de Coisas Inconstitucional no regime carcerário brasileiro, parece ser a postura mais adequada para se alcançar um grau mais satisfatório de eficácia do julgamento.

Ocorre que esse cumprimento do julgado pode se prolongar demasiadamente no tempo e no espaço, e isso decorre justamente da complexidade da natureza dos processos estruturantes e dos provimentos judiciais nele proferidos.

Como disse Owen Fiss, a execução de uma decisão estruturante tem um começo, talvez um meio, porém não terá necessariamente um fim.⁴⁷⁸

Nos dizeres de Conrado Hübner Mendes, em um sistema de atuação harmônica entre os poderes, baseado em rodadas procedimentais de discussão, tem se como inafastável a ideia de provisoriedade da última palavra, que em realidade acaba não sendo a última, de fato, e gera uma noção de conformidade de permanência da comunidade política no tempo, instaurando uma verdadeira “cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.”⁴⁷⁹

Nesse exato sentido, como fazem Mônia Clarissa Henning Leal e Maria Valentina de Moraes, é preciso afirmar que não se está a propugnar a ideia de uma discussão infinita e permanente na relação entre poderes, mas está a se falar que existe uma abertura cognitiva e deliberativa em um processo dialógico de construção de atos decisórios, especialmente aqueles que têm o poder de criar políticas públicas, que fazem com que as “últimas respostas” tenham um caráter provisório, autorizando que, pela argumentação política e pela interação dialógica, seja reinterpretado o posicionamento antes adotado.⁴⁸⁰

478 FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, n. 1, 1979, p. 42.

479 MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 15.

480 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre poderes no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 32-48, set./dez., 2020, p. 44. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1268> Acesso em: 16 jun. 2021.

Portanto, existe, de fato, um risco de uma circularidade permanente no âmbito dos processos estruturais, que refletem bem esse ambiente de interação dialógica entre os poderes em um espaço deliberativo, mas que não significam ausência de um fim, embora alcançar esse termo, o ponto final, parece-me ter menos importância do que alcançar o resultado substancial esperado do julgamento.

Não à toa, como vimos pelos casos aqui citados por Garavito, as ações constitucionais estruturantes que foram conduzidas pela Corte Constitucional da Colômbia duraram muitos anos e levaram muito tempo para serem finalizadas, quando o foram, sendo que durante sua tramitação, já em fase de cumprimento, muitas decisões foram proferidas e muitas audiências foram realizadas, tornando o julgamento mais próximo da realidade sempre em movimento e mutação e tornando os efeitos das decisões mais fortes e duradouros.

Essa situação de duração prolongada da fase de cumprimento do julgado no âmbito dos processos estruturais, portanto, parece bastante comum, todavia uma das possibilidades jurídicas de encontrar saídas mais céleres a esse tipo de procedimento é a utilização de negócios jurídicos estruturantes, onde as partes podem dispor, em algum grau e medida, de seus direitos, liberdades ou prerrogativas.

É muito difícil a efetividade desses negócios, entretanto, no âmbito de um processo em que as partes, especialmente o poder público quando configura como demandado-executado, tenham margem quase nenhuma para dispor, justamente porque na maioria das vezes estão lidando com direitos indisponíveis cuja titularidade não lhes pertence.

É o caso de se imaginar, em hipótese muito absurda, que poderia a Administração Pública Penitenciária, por exemplo, em nome de encontrar uma solução rápida no processo estruturante de políticas públicas no âmbito do sistema penitenciário nacional, abdicar do seu dever de fornecer alimentação adequada às pessoas privadas de liberdade, a fim de por termo em alguma exigência processual porventura estabelecida na decisão-núcleo ou nas decisões seguintes.

Entretanto, como Eduardo Fonseca deixou transparecer em suas passagens escritas sobre a execução participada de políticas públicas em processos estruturais, o que se torna mais comum de negociar nesses casos de cumprimento de decisão é estipulação de prazos e a fixação de cronogramas, com definições de etapas de cumprimento de maneira diferida no tempo e no espaço, permitindo que seja alcançado o resultado esperado, de modo que, à medida que se fixam os prazos e os termos, de maneira articulada e negociada, torna-se mais fácil de se vislumbrar uma luz no final do túnel do cumprimento da sentença estruturante.

Desse modo, e por fim, trazendo à discussão o tema do processo estruturante da ADPF n. 347 e a temeridade de sua infinitude no tempo, tenho que a negociação entre as partes envolvidas no cumprimento da decisão, núcleo e consectárias, especialmente para se encontrar os mecanismos mais eficientes para esse cumprimento, inclusive na estipulação de prazos específicos para cada uma das etapas eventualmente definidas, reduz significativamente os riscos da execução e a prolongação do processo ao longo do tempo, tornando o mecanismo dos negócios jurídicos estruturantes uma perspectiva bastante válida e de utilidade ímpar para implementar as políticas públicas delimitadas na causa além de conceder um prazo para tais políticas se tornarem uma realidade efetiva cujos efeitos sejam mensuráveis e satisfatórios, a fim de se reduzir o estado de vulneração massiva dos direitos humanos e fundamentais das pessoas privadas de liberdades atualmente conviventes no mundo obscuro do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro.

CONCLUSÕES

O presente trabalho norteou-se pela análise, e pela importância dessa mesma análise, acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, firmado no âmbito da jurisprudência brasileira no ano de 2015, tendo como marco paradigmático da sua construção a decisão do STF em sede de julgamento da medida cautelar na ADPF n. 347, que tem como propósito, dentre outros, propiciar na comunidade jurídica medidas para alcançar um estágio permanente de melhorias no sistema prisional nacional.

Entendeu-se aqui como ECI a situação fática consistente em uma vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais, causada por prolongada omissão das autoridades públicas, sendo a sua superação somente alcançada pela adoção de medidas complexas tomadas por uma pluralidade de agentes, e cuja resolução, se buscada mediante ações judiciais individuais, é capaz de abarrotar de forma significativa as atividades jurisdicionais de juízes e tribunais brasileiros, além do risco de acarretar decisões conflitantes e dar espaço à incidência de insegurança jurídica.

Certamente as origens temporais da figura do ECI remontam sobretudo aos julgados de origem latino-americana, como são alguns casos que citei, julgados pela jurisprudência do Peru. Todavia, foi na atividade da Corte Constitucional da Colômbia que a figura da situação sistemática de violação de direitos, representada pelo ECI, ganhou força e relevância, causando preocupação nos pensadores e operadores do direito e se apresentando como uma das ferramentas possíveis no arcabouço jurídico posta à disposição dos ordenamentos para se alcançar algum grau de superação da situação degradante a direitos e garantias fundamentais daqueles que estão privados de sua liberdade.

Na Colômbia, muitas decisões judiciais se destacam como casos paradigmáticos que reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional e com ele resolveram trabalhar mecanismos e arranjos para garantia de efetividade de direitos fundamentais, podendo citar a sentença SU-559/97, que inaugurou o tema do ECI como reflexo da ausência de cumprimento de direitos sociais de servidores públicos daquele país, e a sentença T-153/98, que buscou adotar um conjunto de medidas judiciais e administrativas para alcançar melhorias no sistema prisional colombiano.

Entretanto, tenho como principal paradigma de jurisprudência internacional para casos de ECI a decisão da Corte Constitucional da Colômbia no caso que tratou de reparações e medidas para assegurar os direitos da população expulsa de suas casas e terras de origem, o caso dos *desplazados*, que se deu no âmbito da sentença T-025/04, bem como todo o

complexo e lento desenvolvimento de processos próprios instaurados para acompanhar as medidas adotadas pelas autoridades públicas para cumprir a decisão estruturante, que buscava transformar uma política pública capenga e ineficaz naquele estado nacional.

Quando a análise recaiu sobre a realidade brasileira, mais especificamente sobre a realidade do sistema prisional nacional, muito se tinha em vista acerca dos números gritantes da população carcerária nacional, que àquela altura já ultrapassava mais de meio milhão de pessoas, destacando o Brasil como um dos países no mundo com a maior quantidade de pessoas presas, provisória ou definitivamente, atrás apenas de países como Estados Unidos e China. E, como se não fosse o bastante, o número absoluto de presos era associado a um estado preocupante de ausência de condições minimamente dignas de permanência nas unidades prisionais do país.

Evidentemente, pontuei que as razões pelas quais o país chegou a esse estágio deplorável de elevada densidade da população carcerária, associado a um grau deveras desumano de condições de cumprimento de pena e de permanência nas unidades, fogem aos estudos do presente trabalho, posto que tenho que se trata de causas complexas em suas origens, que perpassam as mais variadas naturezas e fontes, tais como a histórica, econômica, sociológica, psicológica, antropológica, criminológica entre outras, de modo que segregar análise e considerações pormenorizadas nesta obra consistiria em medida desvirtuante dos fins aqui almejados.

Assim, o ponto de preocupação mais relevante, que alicerçou o desenvolvimento de parte precípua da pesquisa, concentrou-se na decisão do STF que reconheceu o ECI brasileiro, sem olvidar, porém, que a corte suprema brasileira, por diversas vezes, inclusive anteriormente à decisão cautelar na ADPF n. 347, julgou casos que implicavam em critérios de definição, alteração e direcionamento da política pública prisional, como foi o caso em que ficou reconhecido que o Judiciário tem o poder de determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios com o intuito de garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral, o que ocorreu no julgamento do RE nº 592.581/RS.

Além desse, coube destacar a decisão proferida pela corte no julgamento do recurso extraordinário n. 580.252/MS, julgado no ano de 2017, no qual se formou o entendimento de que o Estado tem o dever de ressarcir danos, inclusive morais, em razão da conduta de seus agentes ou pela inadequação dos serviços públicos essenciais, por força do art. 37, § 6º, da Constituição, no caso de manutenção de presos em unidades públicas prisionais em situação degradante.

Ocorre que a situação periclitante encontrada de maneira difusa e intensa em todo o sistema prisional nacional não só chamou a atenção das autoridades judiciais nacionais, mas também provocou a atuação recorrente e muitas vezes permanente de organismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial da CIDH e da CtIDH, em casos que ficaram famosos e repercutiram bastante no seio da comunidade jurídica e da sociedade brasileira.

Nesse sentido, não foram poucas as deliberações dos organismos internacionais acima referidos que reconheceram a existência de um estado massivo de violação de direitos das pessoas presas, em diversas unidades prisionais localizadas em diversos estados da federação, valendo aqui citar, exemplificativamente, os casos do Complexo do Curado, em Recife, Pernambuco, do Conjunto Penitenciário de Pedrinhas, no estado do Maranhão, e da Penitenciária Urso Branco, no município de Porto Velho, estado de Rondônia. Como medida de remediação, os organismos interregionais determinaram uma série de medidas reparadoras e preventivas, tais como melhorias no sistema de saneamento, reforço da segurança para a população carcerária, para os visitantes frequentadores das unidades e para os agentes da Polícia Penal, e até mesmo a determinação da medida de contagem em dobro do número de dias de segregação desumana no cômputo total de pena cumprida.

Esse contexto nacional, acompanhado de um cenário desolador sem horizontes próximos de medidas de macropolítica aptas a reduzir ou eliminar a constante violação de direitos das pessoas presas, culminou no ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, na qual, apreciando o requerimento de medida cautelar formulado na ação de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, o STF deferiu parcialmente o pedido do autor da ação para: 1) reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional no Brasil, em razão das condições desumanas de encarceramento dos presos e da violação massiva e persistente de direitos fundamentais em razão da superlotação do sistema, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas pertinentes; 2) determinar a necessidade de a União providenciar o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, ante a situação precária das penitenciárias nacionais, providenciando a liberação dos valores existentes no fundo; 3) impor aos juízes e tribunais de todo o país, com espeque nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a realizarem audiências de custódia no país, o que posteriormente veio a ser reiterado por meio de modificação legislativa no Código de Processo Penal brasileiro.

Embora reconheça a importância do abrigamento pelo ordenamento jurídico pátrio da instituição das audiências de custódia, confirmado sobretudo pelo legislador ordinário anos após da decisão do STF, é fato que a realização de tais atos pré-processuais não teve a aptidão de extinguir totalmente as violações de direitos dos presos, sejam daqueles detidos em circunstância de flagrante delito, sejam daqueles presos por força de cumprimento de ordem judicial, haja vista que ainda estão presentes na realidade brasileira inúmeros casos de tortura e de linchamentos de presos, além de novos desafios que foram trazidos pela adoção da sistemática das audiências de apresentação, tais como a necessidade de assegurar o direito à alimentação adequada e ao transporte da pessoa detida.

A tese, desse modo, prosseguiu para elevar todo o cenário do sistema prisional pensado sob o prisma de um julgamento de uma ação de controle de constitucionalidade ao gargalo da execução das medidas impostas pelo STF naquela decisão cautelar, bem como na possível e provável decisão de mérito, cujo julgamento ainda não tem data para ocorrer. Esse gargalo, todavia, precisa ser superado, consoante demonstrado, através da efetivação de práticas dialógicas encetadas entre os poderes constituídos e os demais agentes, públicos e particulares, envolvidos na questão carcerária.

Nesse sentido, foi indispensável trazer à luz as teorias que abordam a tese dos diálogos, nas suas mais variadas formas e facetas, compulsando a importância de que tal relação dialógica ocorresse não somente entre instituições e atores de determinada ordem jurídica nacional, mas também que envolvessem padrões normativos e decisórios, além da experiência doutrinária, de outros estados nacionais e até mesmo de sistemas internacionais de conformidade jurídica, especialmente quando se trata do tema de direitos humanos.

Logo, a adoção da teoria propugnada pelo professor Virgílio Afonso da Silva teve papel primordial para permitir uma compreensão mais adequada dos diálogos institucionais, à medida que o citado autor trabalha a necessidade de intensificação e de difusão dos diálogos constitucionais como forma de integração jurídica discursiva, especialmente naquela subespécie que o professor denominou de migração de ideias constitucionais, procedimento pelo qual a importação de decisões, normas e entendimentos de outros estados ou sujeitos jurídicos deve ser realizada de forma dinâmica e adaptativa, sempre tomando em referência as realidades da própria entidade importadora daquele pensamento ou jurisprudência.

Por essa lógica, além da interface comunicativa de interação entre cortes de países distintos, levando-se em conta, inclusive, a experiência de países que se encontram em realidades sócio-econômicas parecidas com a realidade brasileira, aqui despontando os demais países da América Latina, é primordial também defender que resta evidente a necessidade de

adequar e compreender a sinergia construída entre a jurisprudência firmada em determinado país e aquela produzida por órgãos multifacetados de caráter regional, especialmente como é o caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos bem como a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ainda na perspectiva mais teórica do trabalho, busquei demonstrar que o ferramental estabelecido pelo ativismo judicial, afastado de uma perspectiva meramente representativa de uma espécie de supremacia judicial frente aos demais poderes, pode ser útil ao desenvolvimento da compreensão da proposta da tese, quando encarado como uma vertente de uma atuação dialógica entre os poderes constituídos, ou, como preferem alguns autores, na vertente conhecida como ativismo dialógico, caracterizado sobretudo pela postura aberta dos órgãos do Poder Judiciário na condução de um processo judicial estruturante, no qual figuram como atores indispensáveis à solução da querela principal antes da Administração Pública entre outras autoridades e sujeitos interessados.

Além da compreensão sobre as dimensões de diálogos institucionais, utilizei-me dos conceitos e das perspectivas traçados nos estudos mais atuais do processo, especialmente na moldura dos processos estruturais, partindo da concepção de que são estruturantes os processos judiciais nos quais se transcende o mero interesse individual e privado para atingir uma esfera de valorização do interesse público, sendo na maioria das vezes antecedido por um litígio de direito público, cujo escopo tem em configuração a busca pela modificação e reestruturação de determinada forma de organização social e institucional ou a busca pela transformação de determinada política pública.

Precipuamente, a visão dos processos estruturais vai exigir do examinador uma releitura de institutos processuais bem conhecidos tais como a competência processual, a noção de contraditório, o princípio da adstrição do juiz ao pedido, entre outros, para abrir espaço à possibilidade de um pedido aberto apresentado pelo autor da ação, acompanhado de sentenças genéricas, em um feito caracterizado muitas vezes pelo policentrismo e comparticipação processuais em um contexto de contraditório ampliado, e por um efetivo grau de flexibilização procedimental.

As decisões estruturais, como visto, não são incomuns no direito brasileiro, sendo muitos os casos de visualização de demandas judiciais envolvendo como pano de fundo um litígio estrutural, muitas vezes no contexto de um processo coletivo estrutural, lembrando o clássico exemplo da ACP do Carvão, ajuizada pelo Ministério Público Federal no estado de Santa Catarina. Ademais, é forçoso salientar que a resolução de processos estruturais não demandará necessariamente um provimento jurisdicional colegiado, efetivado por uma

câmara ou turma de algum tribunal, posto que é possível o firmamento de decisões estruturantes no âmbito de um julgamento feito por um juiz singular de primeiro grau de jurisdição.

Pelas mesmas razões, é possível afirmar que um processo estrutural não necessita de um julgamento por uma corte superior, quando, em verdade, muitas vezes a resolução específica de algum tópico ou item da decisão estruturante, especialmente na fase de cumprimento do julgado, que muitas vezes pode ocorrer simultaneamente à fase da cognição, vai exigir uma proximidade ampla do órgão judicial e dos demais envolvidos com a realidade social a ser transformada ou modificada.

Entretanto, no caso do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro entendo ser o STF o órgão mais propício para o desenvolvimento e proferimento de decisão judicial apta a reduzir as mazelas e os efeitos nefastos de um sistema prisional em cuja essência se encontram os mais altos graus de violação de direitos e garantias fundamentais através de práticas e realidades difundidas por todo o sistema carcerário do país, isso porque visualizo na Suprema Corte a competência adequada, a partir de retrato de suas capacidades institucionais, e aqui me refiro a, entre outras características, sua capacidade de proferir um julgamento em sede de controle abstrato, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, de modo a gerar uma expectativa de uniformização no tratamento da questão prisional por todo o país, associada ao seu papel de último guardião dos direitos humanos e fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Além de o STF apresentar-se como palco mais propício ao desiderato do julgamento estruturante das políticas públicas prisionais no Brasil, propugnei que as diretrizes de tal tarefa não poderá olvidar das experiências alienígenas em matéria de processos estruturantes e de sistema prisional.

Por essa razão, foi necessário destacar o caso da sentença T-025/2004, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, no caso em que aquela corte emitiu diversas ordens flexíveis a fim de promover as medidas de cidadania em favor dos desalojados, deixando para os entes representativos do Estado a formulação das políticas públicas específicas para amparo dessa população vulnerável. Além disso, a corte instaurou sua competência para acompanhamento do cumprimento das decisões em processos específicos, denominados de *autos de seguimiento*, que devem ser utilizados, com as respectivas adequações, no modelo teórico da migração das ideias constitucionais, aos moldes do que é proposto por Virgílio Afonso, como uma espécie de parâmetro para instauração de etapas processuais pós decisão estrutural de mérito na ADPF n. 347.

De outro lado, trouxe também a importância de julgados norte-americanos, especialmente aqueles ocorridos no âmbito da *prison reform litigation*, tais como o caso *Brown vs. Plata*, que se originou no estado da Califórnia, e o caso *Holt vs. Sarver*, originário no estado do Arkansas, que teve desdobramentos significativos e trouxe experiências processuais deveras relevantes na experiência de combater, entre os anos de 1967 e 1969, o trabalho interno extenuante, as práticas nocivas de abusos sexuais, contrabando de drogas, álcool e armas, além da ocorrência de diversos crimes violentos e ausência de condições dignas para a permanência dos detentos, inclusive no que atine ao direito a tratamento de saúde, no âmbito de unidades prisionais naquele estado.

Na etapa final da tese, proponho que a superação do Estado de Coisas Inconstitucional identificado pelo STF no sistema prisional brasileiro perpassa pela necessidade de se utilizar as ferramentas dos diálogos entre as instituições, inclusive de maneira aberta às experiências e aos julgamentos de ordem externa, tal qual as decisões e deliberações dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no âmbito do processo judicial estruturante firmado no caso da ADPF n. 347, que deverá manipular de maneira adequada institutos processuais clássicos, de modo a não perder de vista o escopo primordial da ação, que é atacar a situação de vulnerabilidade massiva de direitos fundamentais das pessoas presas.

Essa finalidade primordial da ação, trabalhada no eixo de um processo estrutural, todavia, não poderá se desenvolver sem contar com a participação de diversos sujeitos processuais, tais como autoridades públicas, órgãos nacionais, organismos internacionais e entidades da sociedade civil engajadas na causa carcerária, e essa participação não pode ser estrita à fase de cognição processual, o que especialmente ocorre com as práticas das audiências públicas e do *amicus curiae*, mas também deverá estar presente no âmbito de toda a etapa específica de cumprimento direto e contínuo do núcleo central da decisão estruturante firmado pela corte constitucional.

Esse cumprimento deverá ser acompanhado no âmbito da própria Corte Constitucional brasileira, sobretudo para aferir os graus de correspondência entre aquilo que foi decidido e aquilo que se encontra na realidade prática pós-decisional, além de permitir que sejam firmadas eventuais e necessárias revisões pontuais da decisão, em seus eixos não nucleares, para adequá-la à realidade de cada estado federativo, ou de cada realidade prisional considerada ou de cada macrorregião prisional identificada, mediante novas decisões judiciais, formando uma espécie de cascata de provimentos judiciais.

Para tal finalidade, convém ressaltar, é saudável e conveniente que o STF possa adotar a figura dos profissionais especialistas (*masters*) da experiência norte-americana na formatação de um espaço policêntrico de interação dialógica a fim de auxiliar na construção de alternativas pontuais, sobretudo quando o cumprimento da decisão núcleo esbarrar em peculiaridades de cada região prisional do país, de modo a não perder de vista a essência do julgamento principal, destacando que tal especialista não tem o papel de substituir o administrador na execução da política pública prisional na forma como direcionada pelo STF no julgamento final, mas sim tem a finalidade de interagir e de dialogar com todos aqueles que são diretamente responsáveis para dar fiel cumprimento à ordem judicial estruturante e reduzir o estágio de violação de direitos fundamentais da pessoa privada de liberdade.

Outrossim, ressaltei que o possível, e necessário, direcionamento da execução da política pública a partir de deliberações do STF, com o subsídio do processo estrutural, deverá ter como norte a própria noção da flexibilização procedimental, de modo a permitir uma espécie de concretização do controle abstrato de constitucionalidade, indo além do instituto processual da reclamação constitucional como único mecanismo formal e adequado para judicializar naquela corte eventual descumprimento da ordem judicial proferida no processo estruturante prisional.

Para tanto, propus que a capacidade institucional do STF na instauração da instância de acompanhamento de cumprimento da decisão-núcleo da ADPF, mediante a forma de integração discursiva por migração de ideias constitucionais, fosse concretizada através da adoção da figura dos *autos de seguimiento*, retirado da experiência colombiana, em substituição preferível àquela técnica processual estipulada no procedimento da reclamação constitucional.

Em síntese, uma vez firmada a decisão nuclear da ADPF n. 347, fixando balizas para a instituição e a implementação de políticas públicas prisionais para o administrador público, calcadas em uma lógica de interação e de diálogo, afastando-se, portanto, de uma relação adversarial, deverá a corte instaurar, de ofício, sua autoridade para acompanhar tal implementação em autos específicos de monitoramento, quem podem, exemplificativamente, ser classificados ou tipificados por estados da federação ou agregados por características comuns de uma determinação realidade regional prisional, por exemplo.

Nesses autos será possível e será de bom alvitre ao tribunal constitucional fixar e determinar a atuação de juiz ou tribunal, local ou regional, designado especialmente para delegação de atos específicos envolvendo etapas ou fases determinadas do cumprimento do julgado, utilizando-se da técnica da cooperação nacional processual entre juízes, onde então

poderão, por exemplo, ser realizadas reuniões prévias, audiências com autoridades públicas, apresentados relatórios preliminares com números, entre outras providências, sempre com o escopo de subsidiar a discussão e a deliberação da Corte Constitucional no âmbito dos autos de monitoramento, o que não impediria que essas mesmas discussões, audiências e relatórios ocorressem perante o próprio juiz do STF, acaso esse assim entendesse cabível e mais pertinente.

Evidentemente que a preocupação com a quantidade de processos submetidos a julgamento pelo STF, bem como a propensa possibilidade de que as discussões no âmbito de processos de acompanhamento do cumprimento da decisão núcleo na ADPF se prolonguem no tempo, chamam a atenção da crítica quanto à adoção de tal sistemática processual, o que, de fato, é algo a ser considerado. Contudo, a própria perspectiva de interação dialógica entre os sujeitos envolvidos com a decisão, inclusive na fase específica de seu cumprimento, apresenta uma tendência implícita de que a resolutividade definitiva da questão é uma meta desejada por muitos dos atores processuais atuantes na querela.

Além disso, a experiência com a realidade prisional brasileira das últimas décadas não agrega lembranças estimulantes para a solução definitiva do problema, especialmente nas hipóteses em que coube somente à Administração Pública o papel de promover as mudanças necessárias no sistema carcerário, de modo que se torna imprescindível a adoção de uma esfera dialógica e atuante, cujos pontos de partida tenham sido fixados em uma decisão nuclear e central prévia, conduzida pelo órgão jurisdicional, mas não somente por ele impulsionada ou trabalhada, de modo que se alcancem estágios reais de respeito e de dignidade nas realidades prisionais brasileiras, assegurando um grau permanente e concreto de primazia dos direitos humanos e fundamentais da pessoa presa, em consonância estreita aos primados e princípios mais básicos do texto da Constituição Federal brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 14, n. 2, p. 18-51, 2016, p. 46. Disponível em: <https://doi.org/10.32586/rcda.v14i2.330> Acesso em: 15 jun. 2021.

ABRISKETA, Joana. Los estándares normativos internacionales y la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana: su incidencia en la población internamente desplazada. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 10, v. 10, p. 149-167, 2010.

ACKERMAN, Bruce. Good-bye, Montesquieu. **Comparative Administrative Law**, p. 128-133, 2010.

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 133, n. 3, p. 633-725, 2000. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/The-New-Separation-of-Powers.pdf> Acesso em: 26 mai. 2021.

AMARAL, Cláudio do Prado. Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade. **Revista de Informação Legislativa**, ano 53, n. 209, p. 53-71, jan./mar., 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p53. Acesso em: 23 abr. 2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de Custódia ou de Apresentação do Preso: Instrumento Destinado ao Controle Mais Humano e Preciso das Prisões Cautelares e à Inibição da Violência Policial no Brasil. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 73, Ago/Set, 2016.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais. **Revista da AGU**, Brasília-DF, a. 8, n. 39, p. 226-252, jan./mar., 2014.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou Diálogos Judiciais? O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 1, p. 1-46, 2014.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de; MORAES, Guilherme Braga Peña de. Contramajoritarismo dialógico-argumentativo e legitimação das expectativas institucionais: o papel estabilizador das cortes nas sociedades complexas. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 923 – 943, 2018.

ARAÚJO, Sylvia Maria Cortês Bonifácio de; BARBOSA, Claudia Maria; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Desenho institucional e judicialização da política nas cortes constitucionais brasileira e colombiana: uma análise comparada. **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 4, n. 1, p. 247-277, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov., 2013. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf Acesso em: 01 jun. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do TRF 1**, Brasília v. 29 n. 1/2, jan./fev. 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38 p. 6-50, jan./jun., 2011.

ARMAS, Renato Vásquez. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional”: fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. **IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS**, n. 41, p. 128-147, 2010, p. 142. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/12680> Acesso em: 31 mar. 2021.

ARRUDA, Octaviano Padovese. Da razão do transconstitucionalismo à desfundamentação do transconstitucionalismo: a violência de um novo paradigma. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 42, p. 213-239, jan./jul., 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de Informação legislativa - RIL**, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301. Acesso em: 08 abril 2018.

BALDO, Rafael Antônio. Judicialização do orçamento público: o caso do sistema penitenciário brasileiro. **Revista Fórum de Direito financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 145-161, mar./ago., 2017.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. O Supremo Tribunal Federal como policy-maker: entre a soberania do parlamento e a supremacia da constituição. **Conexão Política**, Teresina, v. 4, n. 1, p. 65-79, jan./jun., 2015, p. 71.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, June, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 mai. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 254, p. 39-65, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, n. 71, 2006, p. 4. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884 Acesso em: 25 mai. 2021.

BELICE, Afonso Códolo. Reserva do possível e ativismo judicial no recurso extraordinário 580252: reparação do estado ao detento que teve seus direitos violados durante o cárcere. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais**. Brasília: IDP/EDB, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de processo**, n. 219, a. 38, p. 13-42, mai., 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 263, p. 251-290, 2013.

BONIFÁCIO, Artur Cortez; CAVALCANTI, Rodrigo. O Cárcere enquanto Estado de Exceção e de Exteriorização do Homo Sacer: Surgimento e Combate às Facções Criminosas. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 20, p. 71-80, dez. 2020. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/422>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020**. Acesso em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> Acesso em: 02 abril 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213 de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 364 de 2021**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3659>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema prisional em números**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 03 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, 031, divulgado em 18-02-2016, publicado em 19-02-2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000302725&base=baseAcordados>. Acesso: 02 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Inteiro Teor. 2017. pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581/RS**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Inteiro Teor. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 29 abr. 2021.

CABALLERO, Jackeline Cecilia Saravia; FERNÁNDEZ, Andrea Rodríguez. Os deslocados forçados internos no estado de coisas inconstitucional: um assunto pendente. **Prolegómenos: Derechos y valores**, n. 35, v. 18, p. 121-134, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5331203> Acesso em: 08 jun. 2021.

CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual**: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. Tese (Concurso de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo**, v. 287, p. 445-483, jan., 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/38285286/Zaneti_e_Cabral_Claim_Resolution_Facilities_pdf Acesso em: 03 fev. 2022.

CACICEDO, Patrick. Privatização das prisões: direções opostas na penalidade neoliberal. **Boletim IBCCRIM**, ano 27, n. 327, p. 05-07, fev., 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov., 2004, p. 118. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 mai. 2021.

CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de. **Litigância de interesse público**: adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do controle judicial de políticas públicas. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

CAÚLA, Bleine Queiroz. RODRIGUES, Francisco Lisboa. O estado de coisas inconstitucional ambiental. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, ano 2, vol. 1, p. 136-151, jul./dez., 2018, p. 146. Disponível em: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/42> Acesso em: 03 abr. 2021.

CAYMMI, Dorival; GUINLE, Carlos. Não tem solução. In: SANTIAGO, Emilio. *Aquarela brasileira 5*. Rio de Janeiro: Som Livre, 1992. 1 CD. Faixa 2.

CHAVES JUNIOR, Aírto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Garantia da ordem pública como critério de encarceramento cautelar nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: uma análise teórico-empírica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 15, n. 3, p. 813-844, 3º quadrimestre, 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 17 abr. 2021.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O casamento da supremacia legislativa com a Jurisdição Constitucional: lições da Grã-Bretanha para o Brasil. **A&C Revista de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 47, a. 12, p. 209-232, jan./mar. 2012.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p. 217-230, 2019.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. **Tempo Social - Revista de Sociologia da USP**, v. 25, n. 1, p. 15-36, junho, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/issue/view/5507>. Acesso em: 15 abr. 2021.

COCK, Vanessa Suel. El estado de cosas de inconstitucionalidad. *In*: STEFAN, Jost. **20 Años de la Constitución Colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2012.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença SU-559**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-025/04**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

COLÔMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-760/2008**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>. Acesso em: 02 ago. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 11/2013**. Medida Cautelar nº 367-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade dentro do “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” sobre o Brasil. Washington, D. C., 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf> Acesso em: 02 mai. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 14/2013**. Medida Cautelar nº 8-13. Asunto: Personas Privadas de Libertad en el “Presidio Central de Porto Alegre” respecto de Brasil, Brasil. 30 de Dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/mc8-13resolucion14-13-es.pdf> Acesso em: 02 mai. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 39/2016**. Medida Cautelar nº 208-16. Asunto Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/mc208-16-es.pdf> Acesso em: 02 mai. 2021.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Derechos Humanos: opinión consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. **Revista de Direito Internacional**, vol. 10, n. 02, p. 263-280, 2013.

CORREIO BRAZILIENSE. Jungmann: crescimento da população carcerária do Brasil é "insustentável". **Correio Braziliense**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/05/15/interna-brasil,680796/jungmann-crescimento-da-populacao-carceraria-do-brasil-e-insustentav.shtml>. Acesso em: 03 out. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 14 de novembro de 2014**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em: 03 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 07 de julho de 2014**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto Caso da Penitenciária Urso Branco. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_04_portugues.pdf. Acesso em: 03 mai. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução CtIDH de 28 de novembro de 2018**. Medidas provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf Acesso em: 05 mai. 2021.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo., **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 59, p. 109-136, 2016.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 217, a. 55, p. 243-255, jan./mar., 2018.

CURSINO, Bruno Barca. O transplante do Estado de Coisas Inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 16, n. 50, p. 89-121, jul./dez., 2017.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2016.

DELGADO, Franciso R. Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, **Revista Derecho del Estado**, n.º 26, p. 107-135, jan.-jun., 2011.

DÍAZ, Omar Huertas; CARLI, Ana Alice de; SOARES, Bruno de Paula. El estado de cosas inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación em Brasil por la Corte Suprema, **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, MS, v. 3, n.1, p. 33-51, jan./jul. 2017, p. 50. Disponível em: <http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/4096>. Acesso em: 02 out. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-_%20formatado.pdf Acesso em: 08 jun. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Princípio da competência adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 128, p. 403-414, mar./abr., 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v. 8, n.1, p. 46-64, jan.-abr., 2017. Disponível em: https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf Acesso em: 19 out. 2018.

DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011.

FACHIN, Melina Girardi; SHINERMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018.

FACHIN, Melina Girardi; ROBL FILHO, Ilton Norberto & TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. The Inter-American and European contexts of human rights protection: a brief comparative analysis of regional courts' decisions. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, vol. 61, nº 3, p. 67-89, 2016.

FERREIRA, Carolina Costa; COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. Propostas da sociedade civil contra o encarceramento em massa: uma análise político-criminal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 405-439. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 17 abr. 2021.

FERREIRA, Emanuel de Melo. Estado de coisas inconstitucional e divergência sobre direitos – um estudo a partir da medida provisória nº 755. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; OLIVEIRA, Flávio Luís de; COUTO, Mônica Bonetti (coord.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro, **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, p. 67-82, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/23647> Acesso em: 06 jun. 2019.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, 1979.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, n. 15, p. 35-57, 2013.

G1. População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminui-mas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml> Acesso em: 17 mai. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, n. 03, v. 82, jul./set., 2016, p. 165.

Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/96971/2016_gajardoni_fernando_p_rincipios_adequacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 08 jun. 2021.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. Salvador: Juspodvim, 2020.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de Cosas Inconstitucional del desplazamiento? In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, Vol. 89, p. 1669-1698, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf> Acesso em: 30 mar. 2021.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, dez., 2013.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: MALCOLM, Langford; GARAVITO, César Rodríguez; ROSSI, Julieta (eds). **La lucha por los derechos sociales: Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento**. Bogotá: Dejusticia, 2017.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social – como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio & MORALES SÁNCHEZ, Julieta: "Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016". **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, nº 20. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 433-463. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15>. Acesso em: 04 abril 2018.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 21, ano 15, p. 220-273, jul./dez/, 2017, p. 241.

Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1836> Acesso em: 21 mai. 2021.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, dez., 2013. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10615> Acesso em: 31 mar. 2021.

GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops...it's still moving! **University of Miami Law Review**, Miami, v. 58, p. 143-171, 2003.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? **Journal of Law, Economics & Organization**, n. 30, 2014. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5621&context=journal_articles Acesso em: 26 mai. 2021.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GOMES, Eduardo Biacchi; MARQUES, Simone dos Reis Bieleski. A jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o controle de convencionalidade das decisões no ordenamento jurídico brasileiro: o caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (limites e possibilidades). **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, a. 17, n. 1, p. 139-157, jan./jun., 2017.

GOUVÊA, Carina Barbosa; DUARTE, Verônica Rangel. Tutela satisfativa e técnica processual adequada: uma perspectiva a partir da Ação Civil Pública do Carvão. **IUS GENTIUM**, vol. 10, n. 2, p. 09-31, mai./ago. 2019, p. 21. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/485> Acesso em: 05 nov. 2021. https://doi.org/10.21880/ius_gentium.v10i2.485.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 16, n. 49, p. 79-111, jan./jun. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 121, p. 203-250, jul./dez., 2020.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The “Charter” dialogue between courts and legislatures. **Osgood Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOLL, Jessica. O Estado de Coisas Inconstitucional do deslocamento forçado na Colômbia a partir da perspectiva de um constitucionalismo feminista. *In*: MEYER, Emilio Peluso Neder. **Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

IGLESIAS, Edimer Leonardo Latorre Iglesias et al. **Litigio estructural en América Latina: génesis y tendencias del constitucionalismo progresista**. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

KERSCH, Ken I. The new legal transnationalism, the globalized judiciary, and the rule of law. **Washington University Global Studies Law Review**, n. 4, p. 345-387, 2005, p. 346. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol4/iss2/6 Acesso em: 25 mai. 2021.

KINDERMANN, Milene Pacheco; COMASSETTO, Lucas Vicente. Supervisão de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso Gomes Lund e outros. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 08, n. 15, p. 173-183, ago./dez., 2017, p. 178. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/5131 Acesso em: 15 jun. 2021.

KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, p.175-194, 2020.

KOZICKI, Katya; BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider Van Der. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 53, p. 147-181, jul/dez, 2018.

LACERDA, Andrey Felipe. O diálogo entre cortes na proteção regional dos direitos humanos: caso Gomes Lunde e ADPF nº 153. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, p. 105-131, jan./jun. 2014.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LAGOS, Leonardo Bas Galupe, Estado de Coisas Inconstitucional: a solução para o problema penitenciário no Brasil? **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 03. p. 129-144, jul./set., 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A jurisdição constitucional entre judicialização e ativismo judicial. *In*: MORAES DA COSTA, Marli Marlene; LEAL, Mônia Clarissa Henning (organizadoras). **Direitos Sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. Disponível em: <DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Fernando Roberto Schnorr. A utilização da noção de “dever de proteção” pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: ALCALÁ, Humberto Nogueira; ZELADA, Liliana Galdámez; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Observatório da jurisdição constitucional latino-americana**: desafios e perspectivas do controle de convencionalidade pelos tribunais constitucionais.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 32-48, set./dez., 2020, p. 44. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1268> Acesso em: 16 jun. 2021.

LEGALE, Siddharta; MARTINS, Alisson Silva. Parâmetros para o acesso à justiça em um estado de coisas inconstitucional: a dignidade dos encarcerados e a ação civil pública de Uruguaiana. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALE, Siddharta (coords.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; CRUZ, Gabriel Dias Marques da Cruz. Análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 3, n. 2, p. 18-40, jul./dez., 2017.

LIMA, Fernanda da Silva; TEIXEIRA, Marina Raupp. Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os desafios da implementação das decisões da Corte IDH no Brasil: um estudo do caso Damião Ximenes Lopes. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 2, p. 117-141, jul./dez., 2018, p. 134. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/7324> Acesso em: 15 jun. 2021.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 147, ano 26, p. 311-331, setembro, 2018.

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. Processos estruturais, sistema prisional brasileiro e execução negociada de sentença judicial. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 91, n.2, p. 170-186 Set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248169>. Acesso em: 25 out. 2020.

LIMA, Lucas Correia de. A violação ao mínimo existencial e um salário indigno: um estado de coisas inconstitucional. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 05, n. 03, p. 55-75, jul./set., 2020. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3549> Acesso em: 30 mar. 2021.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. Universalismo, relativismo e direitos humanos: uma revisita contingente. **Lua Nova**, São Paulo, 94, 117-142, 2015.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**, v. 70, n. 3, p. 487-539, jul./set., 2008.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. A pandemia da covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 14, v. 21, n. 3, p. 377-426, set./dez., 2020.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; SANTOS JÚNIOR, Luis Haroldo Pereira dos. Controle de Convencionalidade e Margem de Apreciação Nacional: (In)Compatibilidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **RDU**, Porto Alegre, Volume 14, n. 81, p. 35-54, maio/jun., 2018.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: análise da decisão judicial da MC-ADPF nº 347 a partir da teoria do transconstitucionalismo. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 122, p. 255-265, mai./jul., 1994.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 60, Jun/Jul, 2014.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. O litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos e o direito humano de migrar. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 184-210, jan./abr., 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1744>. Acesso em: 12 jun. 2021.

MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 1, p. 604-629, 2018.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 01 abr. 2021.

MAIA, Catherine. Consagração de Direitos Humanos Imperativos: Reavivar o Diálogo entre os Tribunais Internacional e Regionais. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 20, p. 81-96, dez., 2020, p.88. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/423>. Acesso em: 11 jun. 2021.

MALDONADO, Daniel Bonilla. Teoría del derecho y transplantes jurídicos: la estructura del debate. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Teoría del derecho y transplantes jurídicos**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.

MARCUS, Richard L. Public Law Litigation and Legal Scholarship. **Journal of Law Review**, n. 04, vol. 21, p. 647-695, 1988.

MARIANO, Cynara Monteiro; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a

medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.1, p. 391-416, jan./jun. 2018.

MARMELSTEIN, George. O estado de coisas inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 02 out. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MARSHALL, Willian P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, 2002.

MATOS, André. Mentalize. São Paulo: Azul Music, 2009. CD. Faixa 11.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Direito Fundamental à Moradia e a Sentença T-025/2004 da Corte Constitucional da Colômbia: Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 280-299, 2016.

MEIRELES, Edilton; SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. Decisões estruturais e o acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, n. 02, v. 3, p. 21-38, jul./dez., 2017, p. 36. Acesso em: <https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2454> Acesso em: 08 jun. 2021.

MELO, Celso Eduardo Santos de; LIMA, Walenberg Rodrigues. O estado de coisas inconstitucional: um mecanismo do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 18, n. 03. p. 37-56, jul./set., 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MERA, Manuel Eduardo Góngora. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: Una visión co-evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: BOGDANDY, Armin Von et al. (eds.): **La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?** México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México Ed., 2010.

MERA, Manuel Eduardo Góngora. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MORATO, Luciana Cecília; FREITAS, Helena Patrícia. Implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público para tutela de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Belém, n. 02, v. 5, p. 154-173, jul./dez., 2019.

MOREIRA, Bianca Medran; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Judicialização e a Efetividade dos Direitos Sociais: o “Estado de Coisas Inconstitucional”, no encarceramento brasileiro. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro. Vol.23, nº 31, p. 366-382, 2020.

MORGADO, Cíntia. A nova face da separação dos poderes – capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 66, p. 64-93, 2011.

NAUMAN, Steven. Brown v. Plata: renewing the call to end mandatory minimum sentencing. **Florida Law Review**, v. 65, p. 855-893, 2013.

NERI, Bianca Garcia. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural: a concretização dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dialógica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, ano XXIII, v. 27, n. 1, p. 92-114, jan/abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/856> Acesso em: 04 abr. 2021.

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. O princípio da margem de apreciação nacional: em busca do terreno comum. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, ano 6, n. 11, p. 66-87, abril, 2018.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, Número 201, jan./mar., p. 193-214, 2014.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt; CASTRO, Cláudia Xavier de; FIGUEIREDO, João Augusto Maranhão de Queiroz; CASTRO, Renata Xavier de. O desenho institucional do fórum de monitoramento e o cumprimento das medidas protetivas da Corte Interamericana no Complexo do Curado. *In*: Douglas Santos Mezacasa. (Org.). **Participação e efetividade do direito na sociedade contemporânea 2**. Ponta Grossa: Atena, 2020.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. *In*: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Audomar Marx. [Orgs.] **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron S.; GONÇALVES, Vinícius Araújo. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 265-306, jan./jun., 2018.

OLIVEIRA, Luciano. **E se o crime existir?** Teoria da rotulação, abolicionismo penal e criminologia crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

OLIVEIRA, Luciano. Segurança: um direito humano para ser levado a sério. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, UFPE, Recife, n. 11, pp. 241-254, 2000.

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de. O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; e TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 367. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=114315> Acesso em: 21 mai. 2021.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 251-278, mai./ago., 2020.

PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. **Derecho público Iberoamericano**, n. 1, p. 243-264, out., 2012.

PAIXÃO, Juliana Patrício da. **Estado de coisas inconstitucional**: perspectiva da saúde pública e da metáfora da árvore. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PARKER, Wendy. The decline of judicial decision-making: school desegregation and district court judges. **North Carolina Law Review**, v. 81, p. 1623-1657, mai., 2003.

PARSONS, Joseph N. A constitutional and political highwire act: the role of *Brown v. Plata* in solving America’s prison crisis. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 75, p. 99-120, 2013.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; GRAVA, Guilherme Saraiva; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 283, p. 3-5, Jun/2016.

PENNA, Bernardo Schmidt. Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na ADPF 347. **Revista Pensamento Jurídico**. Vol. 11, nº 1, p. 09-19, 2017. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/84/123> Acesso em 01 abr. 2021.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017. Disponível em: www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206. Acesso em: 02 abr. 2021.

PEREIRA, Taís Mariana Lima. Cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. **Espaço Jurídico**, Chapecó, v. 14, n. 2, p. 315-348, jul./dez.,

2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4546933>. Acesso em: 12 jun. 2021.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Diário de Justiça eletrônico**, ed. n. 79/2016, de 29 de abril de 2016, Provimento n 003/2016 do Conselho de Magistratura. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/documents/10180/152256/Provimento_Cust%C3%B3dias_TJPE.pdf/69a878ad-06a3-41d6-b38e-2190ff7d10fb. Acesso em: 04 out. 2018.

PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. **EXP. N.º 2579-2003-HD/TC**. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>. Acesso em: 02 out. 2018.

PERU. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. **EXP. N.º 06089-2006-AA/TC**. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06089-2006-AA.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf). Acesso em: 02 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. **Ius constitutionale commune na América Latina**: marco conceptual. Curitiba: Juruá, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez., 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1328>. Acesso em: 11 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORFIRO, Camila. A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia em matéria de litígios estruturais. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 63, v. 16, p. 129-146, out./dez., 2018.

POSADA SEGURA, Juan David; ACEVEDO JARAMILLO, Luz Marina. PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE MEDELLÍN. **EL ÁGORA USB**, vol. 12,

núm. 1, enero-abril, 2012, p. 103-125, Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín, Medellín, Colombia, pg. 119. Disponível em:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=407736375007>. Acesso em: 02 ago. 2018.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, n. 02, a. 1, p. 41-82, nov., 2014. p. 46. Disponível em:
https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf
Acesso em: 08 jun. 2021.

PUPPO, Thaís Milani Del. Características da competência nas ações coletivas. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de investigação em ciências sociais**. Trad. João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2005.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. Garantística e flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 2, p. 405-433, mai./ago., 2021.

ROSA, André Luís Cateli; CARMO, Valter Moura do; A declaração do estado de coisas inconstitucional frente às consequentes externalidades negativas. **Revista Opinião Jurídica, Fortaleza**, ano 17, n. 25, p.177-202, maio/ago. 2019. Disponível em:
<http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v17i25.p177-202.2019> Acesso em: 31 mar. 2021.

RUDNICKI, Dani. Três dias no Presídio Central de Porto Alegre - O cotidiano dos policiais militares. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 193, p. 49-63, jan./mar., 2012.

RUDNICKI, Dani; SOUZA, Mônica Franco de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: As CPIS do sistema penitenciário de 1976 e 1993 . **Revista de Informação Legislativa**, ano 47, n. 186, p. 107-115, abr./jun., 2010. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198676/000888821.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 22 abr. 2021.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 117, p. 1016-1101, 2004, p. 1019. Disponível em:
https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1824&context=faculty_scholarship. Acesso em: 14 jun. 2021.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos; VIEIRA, José Ribas; DAMASCENO, Luana Regina D'Alessandro; CHAGAS, Tayná Tavares das Chagas. Estado de coisas inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, p. 2596-2612.

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.

- SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. **Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná**, Curitiba, n. 04, p. 119-131, agosto, 2016.
- SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. **Duke Law Journal**, vol. 1989, n. 3, p. 511-521, jun., 1989.
- SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018.
- SCHOENFELD, Heather. Mass incarceration and the paradox of prison conditions litigation. **Law and society review**, v. 44, n. 3/4, p. 731-768, 2010.
- SEDLACEK, Federico D. Nuevas herramientas para la ejecución de resoluciones en litigios estructurales: el Case Management anglosajón y la cosa juzgada “dinámica”. Ejecución de resoluciones judiciales – **Revista de Derecho Procesal**, tomo 2013-2, 2013.
- SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. O papel da Jurisdição Constitucional nas demandas estruturais: uma análise da ADPF nº 347/DF. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 43, p. 267-292, ago., 2020, p. 285. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.95200> Acesso em: 14 jun. 2021.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Law Journal**, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.
- SIMÕES, Sandro Souza; FREITAS, Juliana; RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 128, p. 522-541, Out., 2020.
- SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. **Journal of peace research**, vol 44, n. 04, 427-445, 2007.
- SILVA, Isabella Miranda. Letalidade e superencarceramento: encadeamento de efeitos sociais em discursos e práticas no Sistema Penal Maranhense. **Revista de Políticas Públicas**, v. 23, n. 01, p. 150-170, 2019, p. 154; Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v23n1p150-170>. Acesso em: 02 mai. 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA NETO, Francisco de Barros. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**, v. 10, n. 1, jan./abr., 2019.

SOARES, Elisianne Campos de Melo; FREIRE, Leonardo Oliveira Freire. Prisão, Morte Social e Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 20, ano 2020, p. 153-164, dez., 2020. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/427>. Acesso em: 16 abr. 2021.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. ADPF 347 and the “unconstitutional state of affairs” of brazil’s prison system, **Joaçaba**, v. 17, n. 2, p. 649-656, maio/ago., 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i2.9764> Acesso em: 30 mar. 2021.

SOUZA, André Peixoto de. Vontade de prender: gênese e ocaso do sistema prisional moderno. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 93, n.1, p. 196-211, Abr., 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/238477>. Acesso em: 28 abr. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, 24 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 09 jul. 2018.

STURM, Susan P. A normative theory of public law remedies. **Georgia Law Review**, v. 79, n. 8, p. 1355-1446, 1990.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Políticas públicas e desenvolvimento: a dimensão participativa do direito. In: ALMEIDA, João de; ALMEIDA, João Luiz da Silva (ed.) **Direitos humanos contemporâneos: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Quantos presos provisórios? A relação entre prisão processual e congestionamento judiciário. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 2, p. 120-142, mai./ago., 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54128/37721> Acesso em: 04 mai. 2021.

TAVARES, Aderruan. Sobre a transferência e a ressocialização de presos estrangeiros. **Caderno Virtual**, IDP, v. 2, n. 44, abr/jun., 2019.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures, **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617-648, out., 2005.

TROVÃO, Lidiana Costa de Sousa; MOLLICA, Rogerio. Ativismo judicial dialógico e os desafios da aplicação do estado de coisas inconstitucional no Brasil. **Revista DIREITO UFMS**, Campo Grande, v. 5, n. 2, p. 96 – 118, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21671/rdufms.v5i2.9566> Acesso em: 01 abr. 2021.

TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and ‘core’ civil liberties. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 41, p. 01-22, 2006.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of United States. **Brown, governor of California, et al vs. Plata et al.** 23 May. 2011. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf> Acesso em: 10 jun. 2021.

UPRIMNY, Rodrigo. Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks. **Sur - International Journal on Human Rights**, Vol. 6, p. 48-65, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/en_a04v4n6.pdf Acesso em: 01 abr. 2021.

UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. **Texas Law Review**, vol. 89, n. 7, p. 1587-1610, 2011.

URUEÑA, René. Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance. In: DAVIS, Kevin et al. (ed.). **Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings.** Oxford: University Press, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr., 2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez., 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Estado de Coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Org.). **Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2016.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". **Estudios Constitucionales**, Santiago, Chile, vol. 1, núm. 1, p. 203-228, 2003.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. **ANALES N° 43** - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, p. 267-286, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Execução de sentenças em litígios de reforma estrutural na República Argentina: dificuldades políticas e procedimentais que incidem sobre a eficácia dessas decisões. **Revista de Processo**, v. 305, p. 403-424, jul., 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 13, n. 101, p. 445-488, out.2011/jan.2012, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez., 2008, p. 443. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 23 mai. 2021.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 01 jan. 2016.

VILA-NOVA, Daniel Augusto Diniz. ADPF nº 347/DF: “Estado de coisas inconstitucional” e sistema penitenciário: critérios (normativos e institucionais) e a proteção judicial efetiva em sede de ADPF. In: FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional II**: cidadania e direitos fundamentais. Coordenação Valter Shuenquener de Araujo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, p. 501-550, 2019.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

VOIGT, Rudiger. Quem é o soberano? Sobre um conceito-chave na discussão sobre o Estado. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 46, p. 105-113, jun., 2013.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1346-1406, 2006.

WEAVER, Russel. The rise and decline of structural remedies. **San Diego Law Review**, v. 41, p. 1617-1632, 2004.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; HECK, Monique Letícia de Lima. As decisões da comissão interamericana de direitos do homem e suas contribuições para a humanização do sistema carcerário brasileiro. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, Vol.20, n. 22, pg. 40-68, 2017, p. 62. Disponível em: periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/3418/1527. Acesso em: 03 mai. 2021.

YEPES, Rodrigo Uprimny; GARAVITO, César Rodriguez; MURCIA, Luis Eduardo Pérez. **Los derechos sociales en serio**: Hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico - IDEP, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/idep/20151026044645/DerechosSociales.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Em busca da legitimação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: a superação dos discursos relativistas e universalistas e o esvaziamento do conceito tradicional de soberania. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, Fev./Mai, p. 67-92, 2012.

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

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. La dimensión Jurídica del Estado de Cosas Inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia. **Diálogos de saberes**, Bogotá, n. 45, p. 89-106, jul./dez., 2016.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder discrecional de la corte constitucional en el estado de cosas inconstitucional. **Via Inveniendi et Iudicandi**, v. 7, n. 2, p. 57-78, 2012.