



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMI-ÁRIDO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MYRLLA ARIELLE FERNANDES SAMPAIO DE MELO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM PANORAMA SOBRE
OS EFEITOS GERADOS PELA ADPF Nº 347 NO PERÍODO DE 2015 A 2020

Mossoró

2022

MYRLLA ARIELLE FERNANDES SAMPAIO DE MELO

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM PANORAMA SOBRE
OS EFEITOS GERADOS PELA ADPF Nº 347 NO PERÍODO DE 2015 A 2020

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (PPGD/UFRSA) como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de concentração: Direito, Democracia e Conflitos Socioeconômicos.

Linha de Pesquisa: Estado, Conflito e Direitos Fundamentais

Orientador: Marcelo Casseb Continentino, Prof. Dr.

Mossoró

2022

© Todos os direitos estão reservados a Universidade Federal Rural do Semi-Árido. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do (a) autor (a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. O conteúdo desta obra tomar-se-á de domínio público após a data de defesa e homologação da sua respectiva ata. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu (a) respectivo (a) autor (a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

M528e Melo, Myrlla Arielle Fernandes Sampaio de.
O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil:
um panorama sobre os efeitos gerados pela ADPF nº
347 no período de 2015 a 2020 / Myrlla Arielle
Fernandes Sampaio de Melo. - 2022.
127 f. : il.

Orientador: Marcelo Casseb Continentino.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal
Rural do Semi-árido, Programa de Pós-graduação em
Direito, 2022.

1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2.
Supremo Tribunal Federal. 3. Efeitos da decisão
judicial. I. Casseb Continentino, Marcelo,
orient. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada por sistema gerador automático em conformidade
com AACR2 e os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Biblioteca Campus Mossoró / Setor de Informação e Referência
Bibliotecária: Keina Cristina Santos Sousa e Silva
CRB: 15/120

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pelo Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo (USP) e gentilmente cedido para o Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (SISBI-UFERSA), sendo customizado pela Superintendência de Tecnologia da Informação e Comunicação (SUTIC) sob orientação dos bibliotecários da instituição para ser adaptado às necessidades dos alunos dos Cursos de Graduação e Programas de Pós-Graduação da Universidade.

MYRLLA ARIELLE FERNANDES SAMPAIO DE MELO

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM PANORAMA SOBRE
OS EFEITOS GERADOS PELA ADPF Nº 347 NO PERÍODO DE 2015 A 2020**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-
Árido (PPGD/UFERSA) como requisito para a obtenção
do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Democracia e Conflitos
Socioeconômicos.

Linha de Pesquisa: Estado, Conflito e Direitos
Fundamentais

Defendida em 30/06/2022.

BANCA EXAMINADORA:

**Marcelo Casseb
Continentino**

Assinado de forma digital por
Marcelo Casseb Continentino
Dados: 2022.09.12 16:47:15 -03'00'

Marcelo Casseb Continentino, Prof. Dr. (UFERSA)

Presidente

**Ulisses Levy Silvério
dos Reis**

Assinado de forma digital por
Ulisses Levy Silvério dos Reis
Dados: 2022.09.14 08:22:22 -03'00'

Ulisses Levy Silvério Dos Reis, Prof. Dr. (UFERSA)

Membro Examinador

GLAUCO SALOMAO LEITE

Assinado de forma digital por GLAUCO
SALOMAO LEITE
Dados: 2022.09.14 10:32:58 -03'00'

Glauco Salomão Leite, Prof. Dr. (UNICAP)

Membro Examinador

À memória do meu pai, Francisco das Chagas Sampaio, meu maior exemplo de perseverança, determinação e sempre entusiasta de todas as minhas realizações.

AGRADECIMENTOS

Ao longo de todo processo do mestrado, muitas pessoas contribuíram direta ou indiretamente para o alcance desse objetivo, por isso tentarei ser sucinta, mas ao mesmo tempo não esquecer de todos que estiveram juntos a mim nessa jornada.

Primeiramente, agradeço a Deus, sempre presente em minha vida e nos momentos de solidão da escrita jamais permitiu que minha fé em alcançar meus objetivos fosse abalada. Sua força me moveu até o final dessa trajetória.

À minha família, seja ela de sangue ou de coração, estando presente em todos os momentos seja demonstrando sua força e apoio incondicional, como minha mãe Antônia Fernandes, seja compartilhando palavras de motivação e discussões acerca da vida de mestrando, como meu irmão Arthur Sampaio. A eles toda minha gratidão pela constante presença apesar da nossa distância física.

Ao meu amor e maior apoiador nos caminhos da vida e do Direito, meu esposo Emanuel de Melo Ferreira, que jamais mediu esforços para estar junto a mim em toda nossa caminhada. Ele é minha maior inspiração como pessoa e pesquisador do Direito, por toda sua dedicação. Sou grata por sua vida, por nossa harmoniosa convivência e por todo auxílio para que essa pesquisa se concretizasse.

Às minhas filhas, amores da minha vida, Sofia e Melina, mesmo tão pequenas compreenderam minhas ausências nos momentos de brincadeiras e que nos momentos mais árduos, sempre tinham o carinho e um sorriso os quais iluminam minha vida. É por elas e para elas minha motivação para buscar o meu melhor.

À Vilani Rodrigues, minha fiel companheira, cuidando com todo zelo, carinho e amor das minhas filhas, e assim permitindo a realização desta pesquisa. Nas minhas ausências fora ela e o pai que supriram as necessidades das minhas filhas e jamais posso esquecer o quanto isso foi importante para chegar a esse momento.

Ao PPGD/UFERSA, na pessoa do atual coordenador, Luiz Felipe Seixas, permitindo tamanha qualificação e riquíssimos ensinamentos por parte dos professores que pude ter a honra de ser aluna: Daniel Valença, Marcus Aguiar, Raphael Peixoto, Mário Sérgio Maia, Marcelo Continentino e Rafael Cabral. Aos meus mestres, eterna gratidão.

Ao meu orientador, prof. Marcelo Casseb Continentino, sempre atencioso, paciente e compreensivo com a situação de uma orientanda gestante e depois com uma bebê. Quando eu estava mais desanimada, ele me impulsionava a vislumbrar novos horizontes da pesquisa e fazia

com que o entusiasmo retornasse. Sou muito grata por todo o apoio e tenho muito orgulho de ter sido sua orientanda.

Aos professores Ulisses Levy Silvério Reis e Glauco Salomão Leite pelas pertinentes análises da minha pesquisa, bem como por toda contribuição para seu engrandecimento.

Ao sempre presente projeto de pesquisa Difunda, através dos professores Rosângela Zuza, Henara Marques, Ulisses Reis, Zairo Albuquerque, Rafaela Câmara e todos os pesquisadores discentes, mola propulsora para o retorno do meu encanto com a pesquisa na volta aos bancos da faculdade após 5 anos da minha primeira graduação. Se hoje estou nessa jornada, esse grupo foi um dos responsáveis para que eu voltasse a acreditar no meu sonho.

À minha professora, amiga e comadre, Rosângela Viana Zuza Medeiros, por ser uma grande inspiração como profissional e mulher de múltiplas funções, sem jamais desistir de alcançar seus objetivos. Tenho imenso orgulho de afirmar que uma das minhas melhores professoras hoje é uma grande amiga! Sou muito grata por todas as conversas e aconselhamentos que me fizeram chegar ao fim dessa jornada.

Gratidão aos meus amigos, sejam os de longuíssima data, nos tempos áureos do colégio na cidade de Iguatu-CE, ou ao meu trio pessoense da época da graduação em Administração na UPPB, como também ao meu grupo “Único” da graduação em Direito. Todos esses, em maior ou menor intensidade, estiveram presentes ao longo dessa caminhada, me motivando e demonstrando que nosso elo supera qualquer dificuldade ou distância e todo sentimento de orgulho é genuíno. Não serei injusta em mencionar nomes, mas cada um sabe a importância deles na minha vida.

Por fim, porém jamais menos importante, a turma 2020 do mestrado em Direito da UFERSA. Mesmo com o pouquíssimo contato pessoal, vide o período da pandemia do Covid-19, nós criamos uma rede de apoio em que sabíamos que poderíamos contar com aqueles 20 colegas que se tornaram grandes amigos ao longo de toda nossa jornada. Tenho certeza de que todas as adversidades que passamos nos tornaram mais fortes e permitirão que nossos laços sejam de longas datas.

A todos, minha gratidão! Se eu cheguei até aqui, foi por todo apoio e boas energias recebidas ao longo desses 2 anos e 3 meses. Muito obrigada!

“Tirei um dia a menos ou um dia a mais, sei lá
Tanto faz, os dias são iguais
Acendo um cigarro, e vejo o dia passar
Mato o tempo pra ele não me matar
(...) Cada detento uma mãe, uma crença
Cada crime uma sentença
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima
Sangue, vidas e glórias, abandono, miséria, ódio
Sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo
Misture bem essa química
Pronto, eis um novo detento.”

Mano Brown e Josemir Prado, Vida de um detento (1997)

RESUMO

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através da Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. A ação trata da deplorável situação do sistema penitenciário brasileiro demonstrando a necessidade de transformações estruturais da atuação do Poder Público para modificar tal situação. Com a declaração do mencionado instituto, a Corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas, em alocações de recursos orçamentários e a coordenação as medidas concretas necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade. No julgamento da medida cautelar foram deferidos dois pedidos, entretanto a ação possui outros fatores a serem analisados no tocante até mesmo à funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, proporcionando uma visão mais ampliada dessa técnica de decisão no país. A intenção da presente pesquisa é verificar o possível progresso da execução das medidas cautelares deferidas desde o julgamento até o ano de 2020, como também verificar os possíveis efeitos instrumentais e simbólicos gerados desde a declaração do ECI, buscando avaliar se após esse período da decisão da medida cautelar da ADPF nº 347, com base nos referidos, se há justificativa para a introdução da mencionada técnica de decisão no sistema jurídico brasileiro. O trabalho utilizou a abordagem: a) da pesquisa bibliográfica, fazendo o apanhado doutrinário acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, litigâncias estruturais, fundamentação dos efeitos instrumentais e simbólicos da decisão judicial; e b) do estudo de caso, a partir da análise da decisão da ADPF nº 347 e suas implicações práticas para realizar uma análise qualitativa acerca do tema estudado. Conclui-se que há argumentos contundentes para a continuidade do ECI no sistema normativo brasileiro, desde que haja mudanças significativas por parte do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Estado de Coisas Inconstitucional; Supremo Tribunal Federal; Efeitos da decisão judicial

ABSTRACT

The unconstitutional state of affairs has been declared by Brazilian Supreme Court in the ADPF 347, a constitutional remedy which aims to protect fundamental constitutional provisions. The case is related to the deplorable situation of Brazilian penitentiary system, demonstrating the need for structural transformations on the authorities' conducts, aiming to change this scenario. In this precedent, the Court understands that it is a legitimate actor to interfere in the formulation and implementation of politics, allocating public budget and coordinating concrete measures to overcome this unconstitutional state of things. In the preliminary adjudication process of the case, two orders were determined by the Court, but aspects related to the efficacy of this kind of structural decision in Brazilian legal system must be pointed out. This research aims to analyze the possible progress on the implementation of that decision since 2020, investigating its instrumental and symbolic effects. In this context, it will be evaluated if still there is some kind of justification concerning litigation process like these. The methodology of the research developed on a) bibliographical inquiry on the unconstitutional state of affairs, structural litigation, and the justification of its possible effects; b) case study and its consequences in a qualitative matter. It is concluded that still there are strong arguments to the continuity of the unconstitutional state of affairs in the Brazilian legal system, but only if considerable changes occur in the way that Brazilian Supreme Court treats its implementation process.

Keywords: Unconstitutional state of affairs; Brazilian Supreme Court; adjudication effects.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Investimento público no sistema prisional brasileiro em milhões de reais no período de 2016 a 2020 (R\$/1.000.000).....	84
Gráfico 2 – Percentual Executado (Valor Pago) / Planejado (Valor Empenhado) dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional no período de 2016 a 2020 (%).....	84

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Orçamento público no sistema prisional brasileiro em milhões de reais no período de 2016 a 2020 (R\$/1.000.000).....	87
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advogado-Geral da União
ANC	Assembleia Nacional Constituinte
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CTASP	Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público
Cumprdec	Processo de acompanhamento de cumprimento de decisão do CNJ
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FARC	Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
LEP	Lei de Execução Penal
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais e transexuais
MI	Mandado de Injunção
MNPCT	Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura
MP	Medida Provisória
OMS	Organização Mundial da Saúde
PDC	Projeto de Decreto Legislativo
PDL	Projeto de Decreto Legislativo (mudança a partir de 2019)
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
RE	Recurso Extraordinário
REQ	Requerimento de audiência pública
RIC	Requerimento de Informação

SEEU	Sistema Eletrônico de Execução Unificado
SINASE	Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo
SISTAC	Sistema de Audiências de Custódia
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
VTs	Voto em Separado

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PODERES ATRIBUÍDOS AO JUDICIÁRIO.....	17
1.2 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: CONCEITO E COMENTÁRIOS AO MODELO.....	23
1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....	29
1.4 METODOLOGIA E ESTRUTURA DA PESQUISA.....	37
 2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INTRODUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	 39
2.1 CONCEITO, FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS: UM OLHAR PARA A COLÔMBIA.....	38
2.2 LITIGÂNCIAS ESTRUTURAIS.....	43
2.3 EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS DA DECISÃO JUDICIAL.....	47
2.4 A RECEPÇÃO DA TÉCNICA DE DECISÃO NO BRASIL ATRAVÉS DA ADPF Nº 347.....	50
2.5 RISCOS E CRÍTICAS ACERCA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL.....	61
 3. A ADPF Nº 347 APÓS CINCO ANOS DE SUA DECISÃO CAUTELAR: EXECUÇÃO E EFEITOS GERADOS.....	 65
3.1 UMA ANÁLISE DA DECISÃO E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS.....	65
3.2 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, RESOLUÇÃO Nº 213/2015-CNJ E O PROGRAMA “JUSTIÇA PRESENTE”.....	73
3.3 DESCONTINGENCIAMENTO DA VERBA DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN).....	79
3.4 EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS GERADOS PELA DECISÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020.....	86
 4. É JUSTIFICÁVEL A INSERÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?.....	 87

4.1 ANÁLISE DOS EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS GERADOS PELA DECISÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020.....	87
4.1.1 Descontingenciamento dos recursos do FUNPEN e a falta de monitoramento do uso da verba.....	87
4.1.2 Audiências de custódia e o tempo para implementação.....	89
4.1.3 Falta de audiências públicas.....	91
4.1.4 Programa “Justiça Presente”.....	93
4.1.5 Perigo da demora no julgamento do mérito.....	96
4.1.6 Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e a tentativa de extinção.....	99
4.1.7 Lei nº 13.964/2019 e as alterações no Código de Processo Penal afetas ao ECI.....	101
4.1.8 Lei nº 13.500/2017 e a alteração da Lei Complementar nº 79/1994 que regulamenta o Fundo Penitenciário Nacional.....	103
4.1.9 Propostas Legislativas.....	106
a) Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 317/2016 e consequentes.....	106
b) Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 318/2017.....	108
c) Projeto de Lei (PL) nº 1.598/2019.....	108
d) Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 392/2019.....	109
e) Projeto de Lei (PL) nº 5.511/2019.....	110
f) Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 690/2019.....	111
g) Projeto de Lei (PL) nº 3.660/2020.....	111
h) Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015.....	112
i) Considerações gerais.....	113
 5. CONCLUSÃO.....	 114
 REFERÊNCIAS.....	 117

1. INTRODUÇÃO

Em 09 de setembro de 2015 ocorreu o julgamento da medida cautelar na Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, ação ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, para que fosse reconhecida a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) no tocante à situação de calamidade do sistema penitenciário brasileiro e, com isso, a adoção de providências estruturais em face de violações a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Tal fato era inédito no país e teve como precedente o exemplo de outro país da América do Sul, a Colômbia, o qual já possui algumas situações de reconhecimento do ECI, como os casos do respectivo sistema carcerário e do deslocamento forçado de pessoas por ações violentas das FARC.

Por se tratar de um conceito novo para o sistema jurídico brasileiro, é importante entender sua delineação, seus motivos determinantes e objetivos. Aduz Campos (2015) que, quando uma Suprema Corte declara o Estado de Coisas Inconstitucional, se assevera a existência de alguns preceitos que o justificam como a violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada. Esse cenário demonstra a necessidade de transformações estruturais da atuação do Poder Público para modificar tal situação. Dado o quadro de excepcionalidade e pelos já referidos motivos justificantes, a Corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas, em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade.

Diante disso, quando se analisa a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário nacional, via ADPF nº 347, não se trata somente de apresentar a situação de flagelo dos presídios brasileiros e como estes não garantem nem o mínimo existencial para os seus apenados, e sim a existência de uma importante afirmação por parte do STF, qual seja, a intervenção da Corte em ações de alçada do poder Executivo, como as intervenção em políticas públicas, bem como o gerenciamento de medidas necessárias para a superação do estado de inconstitucionalidade.

Com a decisão do pleno na ADPF 347, em sede cautelar, foram deferidos dois pedidos liminares – a implementação das audiências de custódia e o descontingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Para tanto, houve a regulamentação procedimental das audiências de custódia através da Resolução nº 213/2015 – CNJ, bem como ações do poder

Executivo com a finalidade de realizar o descontingenciamento do FUNPEN, tais como as Medidas Provisórias nº 755/2016 e nº 781/2017, a última resultou na Lei nº 13.500/2017, alterando a Lei Complementar nº 79/1994 que regulamenta o Fundo. Para um maior acompanhamento da temática, no ano de 2019, o CNJ lançou o programa “Justiça Presente” que tem por finalidade, além do acompanhamento da decisão da ADPF nº 347, de enfrentar os obstáculos estruturais do sistema prisional, com visão na execução penal, ao péssimo funcionamento das prisões e a falta de oportunidades na reintegração do apenado à sociedade (BRASIL, 2018).

Entretanto, a ADPF nº 347, além das referidas cautelares, possui outros fatores a serem analisados no tocante até mesmo à funcionalidade do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema jurídico brasileiro, proporcionando uma visão mais ampliada dessa técnica de decisão no país. Alguns desses fatores já foram estudados por outros pesquisadores e a intenção foi trazer esta pesquisa para enriquecer o presente trabalho, verificando-se, além disso, o possível progresso da execução das medidas cautelares deferidas desde o julgamento até o ano de 2020¹, como também verificar os possíveis efeitos instrumentais e simbólicos² gerados desde a declaração do ECI.

Assim sendo, a presente pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: Durante o período de 2015 a 2020, cinco anos da decisão da medida cautelar da ADPF nº 347, que instituiu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, com base nos efeitos instrumentais e simbólicos gerados, há justificativa para a continuidade do referido instrumento no sistema jurídico brasileiro?

Contudo, antes mesmo de adentrar na especificidade da pesquisa, como também na sua metodologia e estrutura, para abordar a temática do Estado de Coisas Inconstitucional é necessário introduzir alguns conceitos importantes que, de certa forma, auxiliam no entendimento do mecanismo e os impactos que ele pode causar no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no controle de constitucionalidade concentrado.

¹ Na metodologia será explanado o motivo da escolha desse período.

² Conforme Garavito e Franco (2010, p. 23-25) o efeito instrumental de uma decisão judicial se trata de uma mudança efetiva na conduta das pessoas e grupos transformando a norma contida da decisão em ação concreta. O efeito simbólico representa uma mudança de ideias e percepções sociais acerca do objeto de litúgio. Esse tema será melhor explanado no capítulo 3 da presente pesquisa.

1.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS PODERES ATRIBUÍDOS AO JUDICIÁRIO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um grande marco na evolução do controle de constitucionalidade, como também trouxe um novo desenho institucional ao Judiciário, demandando novas atribuições e, conseqüentemente, a concessão de mais poder aos juízes, afinal, por exemplo, o controle abstrato de constitucionalidade passou a permitir ao Supremo Tribunal Federal (STF) a alçada de decidir a inconstitucionalidade das leis, passando a Corte a ser intitulada como guardião da Constituição (BRASIL, 1988).

Pelo fato de ser fruto de uma assembleia constituinte de participação popular em comparação às anteriores, a constituição vigente foi gerada com um propósito diferente de suas antecessoras, tendo como principal ponto a vontade de romper com o autoritarismo do passado e promover pautas de injustiça social. (MENDES, 2008. p. 138) No entanto, apesar da tentativa de cessar com as situações do passado, ainda estiveram arraigadas em sua assembleia constituinte o interesse da manutenção de pautas conservadoras³, inclusive tendo o amparo do Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal. Devido a nova ordem constitucional, percebeu-se que a o STF teria a possibilidade de fazer uma interpretação mais proativa do conteúdo constitucional, o que garantiria uma maior presença do Tribunal em assuntos de teor político. (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 176)

Fazendo uma breve abordagem histórica acerca da Assembleia Constituinte de 2017 e as influências do Judiciário na formação do atual texto constitucional, explana Koerner e Freitas (2013, p. 178-181) que durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) que elaborava a Constituição de 1988, os ministros do STF mantiveram um papel ativo referente às alianças, principalmente com a ala conservadora, atuando para que o Poder Judiciário tivesse robustez perante os demais poderes. Com isso, conseguiram manter a posição institucional do STF de órgão máximo do Poder Judiciário, bem como continuar como representante de um dos poderes da República. No tocante às atribuições, permaneceram os instrumentos de controle concentrado e de controle difuso da constitucionalidade de normas, com ampliação do acesso. No entanto, os ministros da época da constituinte foram contrariados com a eliminação de instrumentos criados pelo regime militar, como a advocatória, a interpretação de lei em tese, a

³ Andrei Koerner e Lígia Freitas (2013) citam como algumas das pautas das quais ou o STF fora mobilizado como recurso estratégico pelos conservadores para solucionar conflitos ou atuou junto a esses pensando na preservação da concentração de poderes do Tribunal, tais como a respeito das relações entre a Constituinte e os poderes constituídos; das regras internas da ANC; da duração do mandato do presidente Sarney; e do fortalecimento do Poder Judiciário sem controles ou participações externos.

arguição de relevância e o Conselho da Magistratura, que concentravam poderes no Tribunal e com a criação do Superior Tribunal de Justiça, com poderes de garantir leis federais e de uniformização da jurisprudência.

O envolvimento do STF na Assembleia Nacional Constituinte, durante todo processo, vigorou principalmente no interesse de defesa de seu desenho institucional, no seu interesse de delinear suas competências, bem como possível árbitro da constituinte, podendo opinar sobre seus limites. A partir dessa compreensão é possível entender como o STF interpreta a sua atuação na experiência constitucional pós-1988. (CARVALHO, 2017, p. 41-42)

O modelo de negociação do STF na Assembleia Constituinte traz algumas explanações da compreensão de como seriam suas atribuições na Constituição de 1988. A participação da Corte na feitura do texto constitucional, desde o princípio dos trabalhos até após a sua aprovação, possuiu um caráter ambíguo, e, como consequência, proporcionou um posicionamento um tanto peculiar, pois ao mesmo tempo que tratava de seu desenho institucional, como parte interessada, também agia como uma espécie de árbitro do processo, delineando quais deveriam ser as limitações constitucionais. (CARVALHO, 2017, p. 41-42)

Outros autores como Diego Arguelhes e Leandro Ribeiro (2016) destacam uma evidência também citada por Carvalho (2017, p. 72) que é uma certa fragilidade no tocante à imparcialidade do Tribunal, visto que na Constituinte atuou na sua configuração institucional como, de igual modo, definiu sua atuação político-jurídica, aproveitando-se do próprio modelo organizacional atribuído pela Carta Magna à Corte.

Na nova ordem constitucional, para que se garantissem maiores poderes quanto à tomada de decisões políticas por parte do Judiciário, se fez necessário que a imparcialidade passasse por uma formulação mais intrincada, perquirindo, nessa nova sistematização entre direito e política, a confiança da atuação dos ministros do STF, pois sem tal arranjo haveria um fracasso quanto à atuação almejada pelo Tribunal perante a nova constituição. (CARVALHO, 2017, p. 73)

Em uma transição de regimes, tal como foi a redemocratização brasileira, o momento da constituinte é primordial, pois é ela que fará a descontinuidade da antiga ordem e inaugurará uma nova. Então, o que se espera é que esse momento seja inovador em matéria de direitos e na organização democrática do Estado, no entanto, no Brasil, continuou com marcas tanto do conservadorismo como do autoritarismo político, uma vez que ministros do STF e dirigentes

de tribunais firmaram aliança com políticos de direita e centro⁴, o que faz ser notável que tais marcas ainda são vigentes. (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 181)

Partindo, inclusive, desse breve contexto histórico de como atuou o STF com fins de maior concentração de poder para suas decisões, Benvindo (2014, p. 73) tece uma crítica salientando que fica deveras questionável crer que temos um Poder Judiciário fundamentalmente técnico, distante da política e da incansável busca de poder. Ainda se tem arraigado a ideia de um poder imparcial e que vive em uma bolha que não sofre influências externas. É como se os tribunais trabalhassem apenas discutindo questões interpretativas, agindo apenas na racionalidade constitucional e isentos de ideologismos políticos.

Em que pese todo o processo de disputa de poder na constituinte, que findou em uma concentração desse ao Judiciário jamais consentida pelas constituições brasileiras, o resultado foi um texto jurídico-político de ideais bastante avançadas, tendo por inspirações as constituições pós-Segunda Guerra. Um exemplo desse progresso foram a inclusão de pautas reivindicadas pela sociedade e positivadas no texto constitucional, como a ampliação dos direitos fundamentais, direitos sociais e ações constitucionais. (STRECK, 2018, p. 169)

No Brasil, a Constituição de 1998 permitiu ao Poder Judiciário amplos poderes para exercer um importante papel na atuação para efetivação dos direitos fundamentais. É necessário salientar que a Constituição se trata de um documento político e, assim sendo, foram autoridades políticas que concederam ao Poder Judiciário a possibilidade de tomar algumas decisões de cunho político, mas essas precisam estar fundamentadas nos princípios constitucionais postos, pois eles foram, indiretamente, escolhidos pelo povo na constituinte. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 79-80)

Adentrando na temática do controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, uma das mudanças conferidas foi uma amplitude ao modelo concentrado, permitindo que matérias de cunho constitucional fossem conduzidas ao Tribunal através de ação direta de inconstitucionalidade. Os referidos modelo e ação viabilizaram, e ainda viabilizam, que grandes indagações constitucionais sejam solucionadas, devido sua ampla legitimação, celeridade e

⁴ Andrei Koerner e Lígia Freitas (2013, p. 181) explicam que “a mobilização dos ministros para manter o STF tal como existia e para bloquear outras inovações na Constituinte pode ser entendida, por um lado, como parte da estratégia geral dos conservadores em manter intacta a estrutura institucional existente e, assim, assegurar que a ANC não ultrapassaria os limites de uma revisão constitucional. À medida que não houvesse a reorganização política fundamental dos poderes constituídos, o caráter derivado e limitado da Constituinte seria implicitamente confirmado. A preservação do STF era a da própria ordem constitucional moribunda de que era o intérprete supremo. Assim, a própria insistência dos ministros na manutenção institucional do STF expressava sua aliança com os conservadores. Por outro lado, o apoio dos conservadores à demanda dos ministros pela preservação do STF resultava da intenção destes de frear as mudanças na Constituinte e era a contrapartida ao apoio dos ministros à agenda que defendiam, especialmente no que concernia ao reiterado uso estratégico que faziam do STF para bloquear decisões que consideravam indesejáveis por parte da ANC.”

solicitude, vide a possibilidade de suspensão imediata do ato normativo alvo de questionamento, através de pedido de medida cautelar. (MENDES, 2014, p. 3393/3401)

Essa autoridade dada pela Constituição Federal, fez que houvesse uma mudança na presença política do Supremo Tribunal Federal, um posicionamento mais central para as controvérsias envolvendo demandas sociais e institucionais. Logo, para garantir que as outras instituições respeitarão a Carta Magna, o STF passa a ser o guardião da atuação dos outros poderes, o que demonstra que ao tribunal pode se admitir a última palavra. (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 408/410)

Como forma de garantir a supremacia da Constituição e explicitar o modelo convencional da hierarquia normativa, o controle constitucional surge para ser a ferramenta de controle externo ao Legislativo, para limitar a produção de normas não condizentes com o que preconiza a Constituição. Então, para defensores da revisão judicial, os juízes devem tão somente obedecer ao que ela delineia, sem a necessidade de satisfazer a vontade popular, uma vez que possíveis cobranças desta não deveriam fazer parte de sua alçada. Assim sendo, os magistrados estariam em um ambiente que favoreceria a tomada de decisões, apenas tendo por base o regimento constitucional. (MENDES, 2008. p. 148)

A concentração de poder através das ações de controle de constitucionalidade e a imagem de “guardião da Constituição” dada ao STF pode ter feito que acontecesse o inverso do que preconiza os idealizadores da revisão judicial, pois a partir da interpretação extensiva do texto constitucional, os ministros, por vezes, afirmam querer concretizar a vontade popular⁵. Ocorre que tais autoridades não estão na Corte para representar o povo, usurpando-se a atribuição dos poderes Executivo e Legislativo a partir da concretização da referida argumentação.

No caso brasileiro, conforme citado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe um maior empoderamento a Suprema Corte para decisões advindas de ações de judicialização da política, por entender ser uma medida protetiva contra abusos de poder político. Além disso, o fato do artigo 103 da Constituição permitir a propositura de ações de controle de constitucionalidade de entidades de classe de âmbito nacional e de minorias políticas, bem como os princípios contidos no texto constitucional, proporcionou o favorecimento para a judicialização de conflitos sociais e políticos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 413;418).

⁵ Uma citação recente e emblemática sobre essa vontade da Corte de atender os anseios populares está contida no voto do ministro Luiz Fux no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 em outubro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 01 jun. 2021

O texto constitucional de 1988 trouxe voz para as minorias políticas no que tange à possibilidade de análise de seus direitos fundamentais pelo poder Judiciário. Contudo, evocou outros possíveis problemas quanto ao equilíbrio dos poderes⁶. Quando se tem uma demanda judicial envolvendo questões de cunho político adentram-se dois conceitos que cada vez mais vêm sendo mais explorados tanto pela doutrina como pela jurisprudência nos últimos anos que são a judicialização da política e o ativismo judicial. Os conceitos são distintos, mas ao mesmo tempo são complementares quando se trata de garantir maiores poderes decisórios ao Judiciário.

Ran Hirschl (2009, p. 140) explana que a judicialização da política se trata de uma transferência de enfrentamento para o poder Judiciário de importantes questões de políticas públicas, de cunho moral e controvérsias políticas. Por vezes, o que chega aos tribunais são situações políticas mais sérias e controversas que um Estado pode ter. Essas demandas chegam através das ações de controle de constitucionalidade e, assim, tribunais superiores têm sido demandados a solucionar diversas situações polêmicas.

Um dos aspectos da judicialização da política é a expansão da competência do Poder Judiciário quanto à definição de políticas públicas (HIRSCHL, 2009, p. 143), a exemplo da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, em que se trata de decisões envolvendo direitos fundamentais em contraponto com os limites da separação de poderes.

Um conceito vinculado com a judicialização da política foi o do ativismo judicial e isso decorreu devido a uma de suas características ser sua atuação jurisdicional veemente, reconhecida inclusive como uma postura proativa dos juízes, não associada, teoricamente, a uma percepção ideológica. O intuito é suprir omissões ou vazios de poder o que acaba por ser um processo invasivo de atribuições de outras esferas de poder. (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 16)

Lênio Streck (2016, p. 724-730) contrapõe que o ativismo judicial tem por característica uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos e/ou invade a competência dos demais Poderes. Já a judicialização da política é contingencial e decorre de possível incompetência e/ou funcionamento inadequado de poderes ou instituições, tendo por motivação as inconstitucionalidades.

Streck (2016, p. 724) explana, ainda, que o ativismo judicial é deveras maléfico para a democracia, pois são posicionamentos pessoais de juízes e tribunais oferecidos como solução a questão que gerou a judicialização, em se tratando de uma visão privada por muitas vezes à margem do que de fato versa o conteúdo normativo. Entretanto, a judicialização da política

⁶ A temática da separação de poderes e suas implicações será melhor explanada ainda na introdução, no tópico 1.3.

pode, ou não, ser ruim, pois depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. O autor observa que sempre existirá algum grau desse tipo de judicialização em democracias regidas por uma Constituição normativa. Continentino, por sua vez, (2012, p. 145) salienta que o conceito de ativismo judicial deve ser analisado com parcimônia, porque ele padece de uso meramente simplista, fato esse que obsta uma crítica mais substancial da jurisprudência brasileira.

Para alguns juristas, como Luiz Werneck Vianna (2008, p. 3-5), a judicialização da política deriva de uma trama institucional trazida pela moderna sociedade capitalista, que pôs o direito, seus procedimentos e instituições no centro da vida pública. Tem por origem o legislador constituinte e a sociedade e não o ativismo de magistrados. Para o autor, o ativismo judicial, quando bem compreendido, estimula a ação urgente para com institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça uma estabilidade constitucional. Porém, quando é mal compreendido, é propício à denúncia de um “governo de juízes”, referida aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada.

A expressão acima utilizada por Vianna conceitua-se como a judicialização com foco na estruturação de políticas públicas (HIRSCHL, 2009, p. 145). Assim dizendo, a legitimação do Supremo Tribunal Federal tendo por eixo a atuação em políticas públicas para a garantia de direitos fundamentais se configura no que Ran Hirschl (2009, p. 165) denomina de “juristocracia”.

Tal fenômeno possui explicação com fulcro em uma possível redução de riscos políticos, deixando para os tribunais decidirem problemas considerados impopulares ou até mesmo que não trazem retorno político, ou seja, em outras palavras, não garante votos (HIRSCHL, 2009, p. 165). Entretanto é um argumento que ocasiona discussão acerca da harmonia e equilíbrio dos poderes.

É sabido que a Suprema Corte brasileira, por diversos momentos, assumiu o papel de protagonista em diversas decisões de cunho político. Arguelhes e Ribeiro (2016) explanam que esse protagonismo do STF se deve tanto a poderes previstos em nossa própria Constituição Federal, bem como a uma ascendente demanda social à Suprema Corte para se ter direitos e garantias constitucionais preservados, o que faz o referido tribunal, em diversos momentos, ter a palavra final em temáticas controversas e de difícil discussão no cenário político.

Com isso, o que se percebe é que o STF, pelo fato de estar vinculado a fatores externos, pareceu ser forçado a tratar de assuntos até então não condizentes com sua alçada na separação de poderes, assumindo atos que deveriam ser solucionados pelos outros poderes. Com essas mudanças nas regras, fazendo o tribunal ter maiores poderes do que normalmente atribuído, a

Corte passa a ocupar uma posição decisória no cenário político brasileiro (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016, p. 407;435).

Considerar o Judiciário como solucionador de problemas delicados de direitos fundamentais em detrimento da política tem um efeito de fragilizar a democracia. Afinal, para o desenvolvimento das instituições, o que de fato importará é quem decide e como é decidido. Entretanto a temática a ser decidida não pode de todo ser olvidada, pois ainda é imprescindível criticar e rechaçar as decisões políticas injustas, ou seja, não se deve simplesmente acatar decisões por causa da organização dos poderes e sua distribuição de responsabilidades. (MENDES, 2008. p. 160)

1.2 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: CONCEITO E COMENTÁRIOS AO MODELO

O texto constitucional de 1988 prevê as ações de inconstitucionalidade atuando sob duas vertentes: por ato ou ação que desvirtue o que preconizou a Constituição ou pela omissão que não permite o pleno exercício do direito. Nessa pesquisa, será tratada a omissão inconstitucional e quais as ações do controle de constitucionalidade se propõem para contestá-la. Ademais, trarei algumas críticas acerca do assunto, no tocante a perspectiva da doutrina tradicional que trata da temática.

Como caracterizar a omissão inconstitucional? Ela se trata da inexistência de norma que acarreta ausência da efetividade constitucional. Sob a vertente da obrigação de legislar, o controle judicial de constitucionalidade terá por objeto o descumprimento, por parte do legislador, do mandamento constitucional. Sob outra vertente, dita normativista, a omissão verifica-se não na incumbência de legislar, mas em razão das consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa, isto é, o foco são as situações jurídicas e sociais geradas, que são opostas à constituição, em consequência da omissão legislativa. (CAMPOS, 2016, p. 32) Para Streck, por sua vez, (2018, p. 565) as omissões inconstitucionais derivam do descumprimento constitucional do dever estrito de legislar, ou seja, é a não efetivação de normas que vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas que visam concretizar o que versa o texto da Constituição.

Essa inércia pode ser legislativa ou administrativa. Conforme doutrina geral, a omissão legislativa inconstitucional advém da condição do legislador não ter atuação político-normativa com fins de cumprir um dever constitucional. Um exemplo de omissão inconstitucional de ato administrativo é quando o Poder Executivo, bem como seus órgãos, fica inerte quanto a

necessidade de decreto, regulamentação ou outras medidas normativas para se efetivar um direito. (CAMPOS, 2016, p. 31-32)

Para a doutrina majoritária, a omissão inconstitucional, na verdade, pode ter duas possibilidades: a absoluta, que é quando existe a ausência total do ato normativo, ou seja, a omissão absoluta do legislador; e a parcial, com o cumprimento de parte do dever legislativo, o que deixa o ato normativo incompleto e torna “insatisfatório de dever constitucional de legislar”. (MENDES, 2014, p. 14405)

É importante salientar que não são todas as normas constitucionais que possibilitam o manejo da ação de inconstitucionalidade por omissão. O entendimento é que somente as normas constitucionais denominadas de eficácia limitada são passíveis dessa atuação. (STRECK, 2018, p. 566) O motivo é que esse tipo de norma depende de outro ato normativo que permita o exercício do direito pleno. Na ausência dessa norma secundária, a Constituição não tem como garantir a efetividade do direito previsto.

Ou seja, a omissão inconstitucional no sistema normativo brasileiro sempre está ligada à violação da Constituição quanto ao dever de legislar, dada a ausência da atuação do Poder Legislativo em um espaço de tempo razoável. Isso pode ocorrer nas hipóteses nas quais a Constituição explicitamente indica a necessidade de criação de uma lei posterior, ou até mesmo quando deixa essa obrigação de legislar implícita. (CAMPOS, 2016, p. 36-37)

Fica o questionamento quanto à temporalidade da inércia para considerar uma que existe uma omissão inconstitucional. Sabe-se que o tempo é diretamente proporcional à omissão, e, quanto maior aquele, maiores as possibilidades de atuação judicial para a temática em cheque. Por isso, tem-se que o fator temporal acaba proporcionando a legitimidade do ativismo judicial com fins de solucionar a omissão legislativa inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p. 34)

Além da omissão em seu sentido clássico, que normalmente está acompanhada com a morosidade para sua solução, cotidianamente se tem uma outra possibilidade de omissão, tão problemática quanto a inércia, pois refere-se às leis existentes que se tornam defasadas, necessitando de adaptação ou aperfeiçoamento para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, gerando, como um interminável movimento circular, mais uma vez a omissão legislativa. É o que Canotilho (2003, p. 1035) chama de “omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento das normas”, que consiste no “não cumprimento da obrigação do legislador em melhorar ou corrigir as normas defasadas perante circunstâncias supervenientes”. Com base nisso, pode-se afirmar que existe um considerável número de normas jurídicas suportando o ônus da inconstitucionalidade parcial, porque sua insuficiência em relação ao sentido da Constituição acarreta, também, violação aos direitos fundamentais. (STRECK, 2018, p. 569)

Além disso, existe um outro fator gerador de inquietação quanto à temática da omissão inconstitucional, que é a omissão fática, que se trata de uma crítica ao modelo tradicional de entendimento do assunto. Essa questão será mais explorada após a explanação sobre os tipos de ações de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1988 previu duas ações para tratar diretamente da omissão inconstitucional e outra que é considerada subsidiária, porém, conforme questionamento demandado através dela, pode-se considerar que também tem por objetivo, mesmo que secundário, sanar a inércia legislativa e/ou administrativa. Como se trata de uma sucinta introdução de conceitos, para fins dessa pesquisa, realizarei apenas uma distinção entre o Mandado de Injunção (MI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e uma breve explanação acerca do uso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com intuito de suprimir omissões legislativas e/ou administrativas.

Os instrumentos para controle das omissões inconstitucionais foram criados pela Constituição de 1988, pois o sistema jurídico brasileiro não tinha tal tradição em textos constitucionais anteriores. (ZAVASCKI, 2014, p. 17) Então, a Carta Magna de 1988 buscou se dedicar às questões de omissão legislativa e administrativa prevendo instrumentos tanto de controle difuso, que é o caso do Mandado de Injunção, como de controle concentrado, vide a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. (MENDES, 2008, p. 13)

As ações com fins de controle de constitucionalidade por omissão legislativa possuem uma semelhança, qual seja, dar efetividade a norma constitucional, que é inviabilizada pela falta de lei regulamentadora, no entanto elas também apresentam distinções entre si. Quanto às diferenças entre as duas ações, tem-se que o mandado de injunção tem por objeto tornar viável o exercício de um direito fundamental e a inconstitucionalidade por omissão visa dar efetividade de norma constitucional. Para a propositura da ação, no MI qualquer pessoa física ou jurídica está legitimada; já a ADO só pode ser requerida pelos legitimados constantes no art. 103 da Constituição. No tocante ao julgamento, o MI será julgado por qualquer tribunal ou juízo, federal ou estadual, enquanto a ADO é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Em relação ao tipo de decisão a ser proferida pelo Judiciário: no MI, a sentença tem eficácia *inter partes* e constitui um direito; na ADO, a decisão tem eficácia *erga omnes* e caráter declaratório, sem poder coativo. (STRECK, 2018, p. 560)

As ações de inconstitucionalidade por omissão foram concebidas para evitar que tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo descumprissem os direitos previstos na Constituição, no sentido de deixar de elaborar leis e/ou atos normativos que permitiriam que o direito posto tivesse eficácia. Tais ações deveriam funcionar como instrumento para discussão

com a finalidade de efetivar o que idealizou o texto constitucional, mas infelizmente não é isso que acontece, visto que ainda existem diversos dispositivos constitucionais que não são cumpridos pelos poderes públicos. (STRECK, 2018, p. 564)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a ação de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental ocasionada por ato do poder público. Tal ação deverá ser proposta quando existir fundamento relevante de controvérsia constitucional acerca de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, inclusive anteriores a Constituição de 1988. Assim como a ADO, os legitimados são os mesmos previstos no art. 103 da Carta Magna de 1988. Havendo o julgamento da ação as autoridades ou órgãos responsáveis pelos atos questionados serão comunicados e se fixará as condições, o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. (BRASIL, 1999b)

Essa ação de controle concentrado e abstrato não tem ligação direta com a omissão inconstitucional. Mas por qual motivo será abordada nesta pesquisa? Indiretamente, a ADPF tem correlação com a inércia legislativa pois o ferimento do um preceito fundamental poderá advir de uma omissão de algum Poder, tal qual o caso da ADPF nº 347 que será explanada no Capítulo 2 desta pesquisa. O fato de ser uma ação subsidiária, ou seja, aplicável quando não se pode empregar as outras ações de controle concentrado de constitucionalidade, pode permitir que diversas controvérsias constitucionais sejam conduzidas à Corte, desde que envolva lesão a preceito fundamental praticada por ato do poder público, inclusive os atos que esses ficaram inertes.

A abrangência do termo “preceito fundamental” também permite que a ADPF tenha o condão de tratar de diversas controvérsias levadas ao STF. A maioria dos doutrinadores reconhece a dificuldade de definir a expressão, dada as diversas nuances em se definir a expressão. Cunha Júnior (2012, p. 593) explana como o preceito fundamental pode ser toda norma relacionada por princípio à preservação e conformação da ordem jurídica e política do Estado. Assim sendo, tem-se o mais indispensável na ordem constitucional, colocando-se em risco a própria identidade constitucional a partir de eventual lesão a tais normas.

Arguelhes e Ribeiro (2016, p. 432;435) atentam para o fato que através desse tipo de demanda, é possível avaliar a hipótese de uma receptividade do Supremo Tribunal Federal por tal ação por permitir uma conduta mais proativa, praticamente atuando como uma “primeira câmara legislativa”. Esse fato é percebido uma vez que usando a ADPF para a criação de modelos que beiram à concepção de leis, há um incentivo maior para certos atores, como confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, buscarem a jurisdição

constitucional, visto que aquela decisão terá caráter praticamente definitivo para a questão suscitadas.

É importante ressaltar que o problema da omissão legislativa está mais vinculado ao fato da necessidade do desenvolvimento de fórmulas para superar, de forma satisfatória, as inconstitucionalidades do que precisar instituir processos para o controle da inércia do legislador. (MENDES, 2014, p. 14656) Afinal, a jurisprudência do STF tem avançado de maneira significativa quanto aos instrumentos que visem suprir a lacunas do texto constitucional, buscando evitar que os direitos preconizados pela Constituição possuam efetividade. (STRECK, 2018, p. 562) Na visão de Gilmar Mendes (2008, p.13), o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro está em constante desenvolvimento e, com as atuais ações que tratam as omissões inconstitucionais, comprova ter os instrumentos adequados para sanar inconstitucionalidades originadas da inércia legislativa.

No intuito de discutir o atual modelo que conceitua a omissão inconstitucional, Campos (2016, p. 42-43) defende o argumento que a doutrina tradicional não percebe uma omissão importante, que independe se a norma possui eficácia plena, que é a inconstitucionalidade de limitações fáticas, sociais e institucionais para a execução dos direitos previstos na Constituição. Com isso, é possível afirmar que a doutrina vigente só observa a caracterização da omissão inconstitucional quando está relacionada às normas de eficácia limitada.

Em algumas manifestações jurisprudenciais⁷, o Supremo Tribunal Federal reconhece que os atuais instrumentos que buscam solucionar as omissões legislativas não são apropriados quando o assunto é uma norma de eficácia plena e aplicação imediata. Como exemplo, o entendimento firmado no caso do mandado de injunção que sua impetração deve ser justificada por uma norma de eficácia limitada, que impede do direito ser plenamente exercido. Por tal motivo o Mandado de Injunção não é cabível nos casos de normas de eficácia plena e aplicação imediata, como também nos casos das normas de eficácia limitada as quais já tenham sido regulamentadas. (LIMA, 2015, p. 12)

O entendimento do STF tem sua razão de ser. Conforme José Afonso da Silva (2004, p. 101) as normas de eficácia plena são aquelas têm a possibilidade de produzir todos os seus efeitos, conforme idealizado pelo constituinte originário. Então, para a Corte, não há a necessidade que se tenha uma decisão judicial ordenando o cumprimento de um direito plenamente aplicável da Constituição.

⁷ Os exemplos citados por LIMA (2015, p. 12) são o MI 144/SP julgado em 03/08/1992, MI 833/DF julgado em 11/06/2015

Já as normas de eficácia limitada o legislador constituinte idealizou suas características gerais de estrutura e atribuições, deixando para que, mediante lei, sejam definidas maiores especificações pelo legislador ordinário. (SILVA, 2004, p. 126) Destarte, para a norma ter de fato sua eficácia, precisa de uma lei que a regule e é nesse sentido que o STF compreende haver uma omissão legislativa inconstitucional, pois a referida norma não teria o vigor necessário para ser aplicada e o Legislativo precisa atuar para que o direito possa ser exercido. Nesse caso faz jus se ter uma decisão judicial advertindo a necessidade da criação da lei. Em sede de controle abstrato, é um pedido feito ao Poder Legislativo, mas sem efeito vinculante.

Portanto, conforme entendimento do STF, a concepção de que o controle de constitucionalidade por omissão só tem por parâmetro as normas de eficácia limitada, implica dizer que as normas consideradas de eficácia plena são consideradas autossuficientes e estão aptas a produzir seus efeitos sem necessitar de regulamentação posterior e as outras dependem da atuação legislativa para alcançar sua eficácia e aplicabilidade. (LIMA, 2015, p. 13)

Diversamente do que se preceitua pela jurisprudência da Corte, como também pela doutrina majoritária, não é absurdo dizer que não são só as normas de eficácia limitada que são alvo de omissão inconstitucional. Todas as vezes que um direito instituído pela Constituição não pode ser exercido pela inércia de qualquer órgão estatal pode ser considerada uma omissão inconstitucional, visto que o direito não pode ser aplicado e não produz seus efeitos, e isso independe se a norma é de eficácia plena, contida ou limitada. Então o parâmetro da omissão inconstitucional deveria ser as normas que determinam dever de ação. Assim, sempre que o direito não puder ser exercido pela falta de ação do Estado, estaríamos diante de uma omissão inconstitucional. (LIMA, 2015, p. 25-26)

Dar efetividade aos direitos fundamentais preconizados na Constituição deve ser um dos compromissos principais do Estado. Quando isso não acontece, seja por uma lacuna legislativa ou por omissão no âmbito de políticas públicas, pode-se considerar como uma omissão inconstitucional pelo fato de não se conseguir executar os direitos albergados pela Carta Magna. Então, a omissão inconstitucional não se dará somente de um vácuo normativo não atendido pelo poder Legislativo, mas também do não cumprimento de direitos fundamentais por culpa de políticas públicas insuficientes, mesmo que a norma seja considerada densa e clara o bastante para sua implementação. (CAMPOS, 2016, p. 92-93)

A intenção nesse tópico foi trazer uma breve explanação sobre a definição da omissão inconstitucional e os conceitos de cada ação que trata dessa inércia, não se atendo, porém, às minúcias de suas características processuais. O interesse foi expor o que o sistema jurídico-normativo brasileiro possui para contestar a omissão legislativa e/ou administrativa. Além

disso, trazer uma crítica quanto as limitações dessas ações quando se trata da não fiscalização do exercício dos direitos das normas tidas como de eficácia plena.

Foi a partir dessa deficiência que se viu a oportunidade de provocar o STF sobre a possibilidade de um instrumento, já utilizado em um país vizinho, a Colômbia, que permitiria uma ampla presença do Tribunal quanto a questões de políticas públicas em situação de violação massiva de direitos humanos e omissão de um ou mais entes da federação em um expressivo espaço temporal. Assim, em 2015, foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro, via ADPF nº 347, como dito anteriormente.

Com isso, ainda com o intento de firmar conceitos introdutórios para compreender o Estado de Coisas Inconstitucional e sua inserção no sistema jurídico brasileiro, adentrarei no entendimento doutrinário acerca de duas temáticas também importantes para a compreensão do ECI, a separação de poderes e os diálogos institucionais atrelados ao controle de constitucionalidade. Essa será a discussão do tópico a seguir.

1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

No atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em decisões do Supremo Tribunal Federal, como a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, há controvérsias que se voltam para a possível mácula à separação de poderes por parte do Tribunal e se esse não estaria excedendo na sua função de guardião constitucional⁸.

A questão que ressurgue em tais momentos é: o Poder Judiciário deve ser o detentor da decisão final no tocante às matérias constitucionais? A pretensão nesse tópico é explanar conceituações sobre a separação de poderes, discutir o funcionamento do STF, bem como mostrar posicionamentos críticos a tal atuação da Corte e discorrer acerca de uma temática que tem por objetivo minorar essa centralização do Poder Judiciário em questões constitucionais, que são os diálogos institucionais.

A separação dos poderes tem como objetivo clássico frear o abuso de poder, uma vez que impede – ou ao menos deveria impedir - sua concentração nas mãos de uma pessoa ou órgão. Seu propósito é proteger a liberdade e o Estado de direito e garantir eficiência para o

⁸ Citando casos mais atuais que a ADPF nº 347, estão a ADPF nº 635/2020 – RJ que trata das restrições à realização de operações policiais nas comunidades do Estado do Rio de Janeiro durante o período da pandemia e a Tutela Provisória Incidental na ADPF nº 709/2020 – DF que visa à adoção de providências no combate à epidemia da Covid-19 entre a população indígena.

Estado, entendendo por isso a ligação de atribuições com os órgãos que são capacitados para executar. (KAVANAGH, 2016, p. 221-222)

A percepção da separação de poderes possui dois elementos. O primeiro deles é, com o objetivo de nenhuma instituição concentrar poder em demasia, o plano ideal é propor um desenho constitucional em que se combine e se priorize cada competência institucional, com o intuito de criar vetos e freios de forma bilateral. O segundo elemento, como inferência do primeiro, é anuir que certas decisões não podem ficar concentradas em uma única instituição como uma espécie de autoridade final, pois existem questões que precisam ser segmentadas entre os diferentes atores que compõem os poderes. (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 103)

Admitindo os elementos supracitados, é determinante concordar que todas as vezes nas quais advierem situações questionadoras de atos e decisões de diferentes instituições, o intérprete da Constituição precisará refletir sobre uma pergunta clássica: “o que a Constituição quer dizer?”. Para se obter uma resposta satisfatória, o ideal seria cada integrante das muitas instituições que compõem os poderes, previamente fizesse o seguinte questionamento: “para o caso em senda, cabe à minha instituição responder?”. Essas indagações acabam culminando em muitas outras, mas, principalmente, em um questionamento que se tornou o cerne do problema quando se quer enfrentar o equilíbrio – ou sua falta - na separação de poderes: “a quem cabe a última palavra para esse problema?” (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 104-105)

No tocante a tal atuação do Poder Judiciário em contraponto a separação de poderes, Mendes (2011, p. 183-184) elucida que existem três teses defendidas pela ciência política sobre a atuação política das cortes, como também de juízes. A primeira delas afirma que a Corte possui uma sensibilidade política e, a partir de decisões tomadas e reações exibidas pelos outros poderes, vai testando até que ponto pode adentrar na competência de outro poder. A segunda trata do dinamismo da separação de poderes e que normas jurídicas não teriam como absorver as constantes mudanças entre os poderes. Já a terceira explana que a legitimidade dos participantes dos poderes é oscilante e que essa é que irá garantir a posição que cada poder ocupará na construção de forças. O autor ressalta que a conjuntura da separação de poderes é mutável e, assim, os poderes vão avaliando até o limite da respectiva atuação, conforme a ocasião e o momento.

Atualmente existem ponderações quanto à separação de poderes difundida nas democracias constitucionais, uma vez que o Estado passaria a ser ingovernável se cada poder fosse separado, só exercendo seu complexo de funções sem a atuação dos outros poderes. Ou seja, a miscelânea de funções é necessária para se ter uma organização estatal viável. Ao invés de se ter uma rigorosa separação de poderes, o objetivo é ter uma divisão de poder e trabalho,

sendo complementada por uma dimensão de controles e equilíbrios, para assim a coordenação entre os poderes possa ser sustentável para uma boa atuação do Estado. (KAVANAGH, 2016, p. 221-222/224)

Em suma, a separação de poderes não deve ser analisada em um formato rígido e sim a partir do que preconiza a Constituição, com a ideia de controles recíprocos entre os poderes. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 79-80) Assim sendo, a ideia de três funções mutuamente exclusivas deve ser convertida em uma espécie de divisão de trabalho, em que cada poder desempenha um papel distinto, porém podendo ter um compartilhamento de funções. Ademais, chega a ser arcaico entender os poderes públicos como “ilhas” isoladas, pois entre os poderes há necessidade de interação, em que as ações de cada um deles têm efeitos nos outros, por isso eles precisam levar em conta e até coordenar as ações reciprocamente, para assim fazer o Estado ter um adequado funcionamento. Assim é possível haver uma partilha de funções entre os órgãos que compõe o Estado, tendo cada um seu papel distinto, porém compartilhando os efeitos das ações. (KAVANAGH, 2016, p. 237-239)

A judicialização da política permitiu que o abismo entre direito e política fosse bastante estreitado e atualmente não se vê possibilidade para que “cada coisa volte ao seu lugar”, como o Judiciário tratando apenas de decisões técnicas e o Legislativo de questões políticas. Entretanto se criou o conceito que a decisão final é do poder judicante e isso precisa ser minorado. O Judiciário poderia ter a palavra final em um conflito? Sim, porém é necessário analisar se o caso concreto permitiria a ele tal decisão. Então, as soluções dialógicas⁹ consideram a importância do fortalecimento das instituições, sendo complementada pelo diálogo dessas com os outros poderes e as partes envolvidas no conflito. (CLÈVE, LORENZETTO, 2015, p. 202)

O que se observa é que o Supremo Tribunal Federal tem atuado de maneira que em quaisquer questões que necessite de interpretação do texto constitucional já se torna motivação para indicar a intervenção judicial. Quer dizer, sempre que se exigir uma resposta da Constituição, inevitavelmente existirá atuação da Corte, como algo pressuposto e não algo discutido e/ou fundamentado. (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 109)

Considerando que a Constituição é um documento político, é ponderável crer que os constituintes fizeram escolhas quanto às atribuições dentro da separação de poderes, não

⁹ A temática será explorada ainda nesse capítulo. Um breve conceito sobre o tema, conforme Hogg e Bushell (2014, p. 16) as soluções dialógicas são as possibilidades de interação entre o Judiciário e o Legislativo quando a decisão judicial está aberta à inversão, modificação ou anulação legislativa, permitindo ao legislador elaborar uma resposta que respeite os valores da Constituição que foram identificados pelo Tribunal, mas que atende aos valores sociais e econômicos que a decisão judicial tenha impedido.

cabendo aqui julgar se tais decisões foram corretas ou não. Destarte, da mesma forma que atribuíram a possibilidade de interpretação constitucional à Corte, em certos casos também podem ter atribuído a mesma prerrogativa a outro poder/instituição. (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 121)

Um fator a ser explorado acerca do discurso da “última palavra” do STF é o fato de quem compactua com tal pensamento, acredita que o Tribunal atua de forma técnica e sem influências externas ao âmbito jurídico e assim pode elaborar melhores decisões em detrimento as deliberações do Legislativo, que tende a ser visto como uma instituição de interesses meramente políticos, quando não pessoais, com ideais de benefício próprio. (BENVINDO, 2014, p. 88)

Presumir que se deve propiciar aos Tribunais o poder da decisão final pelo motivo de que esses tratariam melhor questões importantes do direito enquanto a Legislatura ainda não seria responsável e apta a exercer a representatividade, é um pensamento um tanto equivocado. Diz-se isso porque conferir a decisão final ao Judiciário pode trazer um efeito diferente e já observado, tornando mais difícil a reforma da legislatura, quando não dificultando o desenvolvimento do comportamento legislativo. (WALDRON, 2005, p. 1403)

Juliano Benvindo (2014, 89-91) tem um posicionamento bastante crítico quanto à separação de poderes no Brasil e, na atuação do controle de constitucionalidade, na figura do Judiciário sendo o detentor da “última palavra”. Primeiro, a complicada relação entre os poderes se inicia a partir do momento que a atuação da jurisdição constitucional pode ser tão política quanto a atuação parlamentar, uma vez que não existe uma visão totalmente técnica e imparcial relativamente à defesa dos princípios democráticos-constitucionais e sim um jogo de interesses tal como ocorre nos outros poderes.

Segundo, ao atentar para a circunstância que o Judiciário não vive em um mundo idealista, em uma bolha técnica que não aspira o que acontece na política, percebe-se que não existe a harmonia entre os poderes, preconizada na Constituição. O que de fato acontece é competição política e usos estratégicos de como utilizar o poder no momento certo. Então, fica fácil afirmar que o funcionamento dos três poderes é político e rodeado de interesses, uma vez que há momentos em que a definição das atribuições dos Poderes possibilita discussões, bem como a reafirmação de cada poder como instituição democrática. Em outros momentos os Poderes se associam para executar os seus poderes da maneira mais favorável. (BENVINDO, 2014, p. 91)

Quando o STF não pondera acerca de quem é a autoridade para solucionar certa controvérsia, pouco atentando para o que versa a Constituição, deixa de adotar uma mera

postura ativista e passa agir em desobediência às regras constitucionais. Por isso, na hipótese de a autoridade do STF ser conferida pela Constituição, então ser seu guardião implica em proteger o modelo de separação de poderes definido pelo Poder Constituinte, por mais que isso resulte em reconhecer que é incompetente para rever um ato que seja considerado inconstitucional. (ARGUELHES; PEREIRA, 2019, p. 121)

Por fim, o fato de os juízes não serem representantes democráticos da sociedade pode acarretar no desconhecimento de perspectivas relevantes em seu processo decisório. Em questões constitucionais básicas é que se faz necessário um processo de discussão amplo, incluindo os cidadãos. Assim, em uma democracia, não se deveria falar no Poder Judiciário como detentor da decisão final acerca da interpretação da Constituição. (MARQUES; BARBOSA, 2017, p. 389-390)

Contudo, é mister saber que no arranjo de poderes de uma democracia não se está só e não pode ser unicamente de sua alçada o poderio para tomar a última decisão acerca de uma questão constitucional. O fato de existir – e ainda bem que existe – o exercício da cidadania é uma condição que deve ser impeditiva à vontade de se ter a “última palavra”, uma vez que isso se torna inconcebível em uma democracia. A consolidação da democracia se faz a partir do diálogo, discussão e inclusão do outro na tomada de decisões. (BENVINDO, 2014, p. 92)

No tocante a discussão a quem deve se incumbir a “última palavra” em matéria constitucional, Marcelo Continentino (2020, p. 177) acredita ser mais benéfico o foco no exercício do controle de constitucionalidade com fins de estabelecer o diálogo institucional, visando a relação dinâmica e reflexiva entre os poderes, pois esta parece ser a perspectiva que melhor aborda a vontade plural e democrática predominante na Constituição de 1988.

Conforme já visto, é temerário em uma democracia ter a decisão final nas mãos de um único poder, além disso de um poder que não tem representação política direta. Há muito se discute sobre essa temática e a tese dos diálogos institucionais tem sido deveras apreciada nos últimos anos e um dos motivos é o uso desse mecanismo para conter uma possível supremacia do Poder Judiciário e permitir ao Legislativo a retomada a posição quanto à atuação política perante questões constitucionais.

Na separação de poderes é inevitável a interação. Aquela interação que finda em uma competição é, no mínimo, uma perda para a democracia. Já a interação que haja uma deliberação entre os poderes é o que deve ser almejado. O diálogo institucional aumenta a possibilidade que a democracia produza boas decisões, mas não significa que elimine a imperfeição da justiça procedimental, tampouco a possibilidade de cometimento de erros, no

entanto potencializa a perspectiva de encontrar respostas razoáveis ou até mais acertadas. (MENDES, 2014, p. 173-174)

O conceito do diálogo institucional aflora a partir de diferentes refutações quanto ao papel das Cortes, a exemplo do STF, como detentor da última palavra na interpretação constitucional. Algumas dessas objeções perpassam certas razões. Em primeiro lugar, e já citado acima, a alegação de crise nos órgãos políticos, como se o Judiciário não fosse afetado pelos outros poderes, bem como se fossem isentos de pressões externas. Em seguida, o fato de o Poder Judiciário ser distante da sociedade, no tocante ao cuidado com os cidadãos, uma vez que o contato desses com os juízes ainda é meramente informal, pouco se relacionando com a imensa diversidade de minorias existentes na sociedade. (MARQUES; BARBOSA, 2017, p. 389-390)

O intuito das soluções dialógicas judiciais é tentar fazer com que a política também esteja à frente no processo de tomada de decisão, circundando a problemática da “última palavra” dos juízes. Assim sendo, seriam minorados os óbices à revisão judicial, que tem por motivação a questão de o Judiciário não ser um poder formado através de uma escolha democrática e, por esse motivo, sendo sua a autoridade da última decisão no contexto constitucional, a representação do povo não estaria nos elaboradores da política. (GARGARELLA, 2014, p. 113)

Essa permite uma visão diferenciada da separação de poderes. Dois aspectos são importantes ressaltar no caso de decisões de casos controversos. Primeiro, as decisões de quaisquer dos poderes são parcialmente definitivas, passíveis de contestação nas instâncias públicas. Segundo, é imprescindível que existam canais de diálogo entre os poderes, pois, a depender da situação, um pode ter melhor habilidade que o outro. Sua formação estrutural tem que ter por base, além do diálogo entre as partes, a conservação das instituições, para que não sejam enfraquecidas por um ou outro Poder. (CLÈVE, LORENZETTO, 2015, p. 189-190;197)

Isso posto, para se ter um funcionamento propício de um constitucionalismo dialógico, é fundamental que se permita um arranjo institucional diferenciado, devido à objeção na tradicional estrutura do *checks and balances* de soluções dialógicas se estabilizarem, visto que seus efeitos podem se tornar limitados ou até mesmo tornarem-se obsoletos. (GARGARELLA, 2014, p. 113)

A revisão judicial dialógica envolve uma significativa remodelação do atual modelo de revisão judicial, mas apesar disso, é considerado um formato interessante. Tal transformação inclui o trabalho árduo de modificar o controle de constitucionalidade forte para um fraco a depender do formato que for assumir. A intenção é o incentivo do diálogo entre os poderes

acerca de qual interpretação constitucional seria mais acertada para a problemática em análise. É uma perspectiva diferenciada sobre a revisão judicial, apesar que deixa desnudada a tensão entre atribuições e afirmações dos poderes no constitucionalismo democrático (TUSHNET, 2014, p. 97-98;100).

Ao delinear o processo decisório, é fundamental que se criem canais de interlocução entre as instituições, bem como distribuir e determinar objetivos entre os poderes, para que assim, com o aceite de diferentes agentes formadores do poder, se ter a decisão tomada. Então, conforme essa linha de raciocínio, o controle de constitucionalidade seria mais um componente com fins de veto na rede de faculdades que perfaz a separação de poderes e permitiria a interlocução entre juízes e legisladores. (HÜBNER MENDES, 2008, p. 132)

Mark Tushnet (2014, p. 100-101) sugere que a revisão judicial dialógica aconteça de forma sequencial e gradual ao longo do tempo. Essa dimensão temporal do diálogo pode permitir que situações já consideradas como triviais nos modelos de revisão judicial tradicional sejam incluídas no modelo geral das soluções dialógicas. Um exemplo dado pelo autor como forma de diálogo, são as emendas constitucionais¹⁰, em especial as que atendem uma prévia interpretação judicial. Em Constituições que possuem o processo mais simplificado de alteração constitucional, o processo de emenda pode fazer parte da revisão judicial dialógica e mesmo aquelas que possuem o processo de emenda de maiores dificuldades, a emenda constitucional gerada a partir de decisões judiciais podem ser vistas como uma espécie de diálogo, em que pese a morosidade para a sua conclusão.

Assim sendo, o controle de constitucionalidade, quando não utilizado para afirmação de poder, não tem que ser visto como um instrumento de contenção, mas um método que motive a deliberação em temáticas constitucionais fundamentais. O objetivo é fazer com que o poder político busque as melhores soluções, bem como nos salvar do mesmo quando esse cede a situações incongruentes. (MENDES, 2014, p. 174)

¹⁰ Um caso recente de diálogo institucional através de emenda constitucional foi o que resultou na Emenda Constitucional (EC) nº 96/2017, popularmente conhecida como “PEC da Vaquejada”. O STF, através da ADI nº 4.983/CE declarou inconstitucional a Lei nº 15.299/2013 do Estado de Ceará, que regulamentava a vaquejada no estado, uma vez que violava o art. 225, §1º, VII, por ser considerada atividade que submetia animais a crueldade. No entanto, após reivindicação popular, sob a tese de a vaquejada se tratar de uma atividade cultural, principalmente na região Nordeste, o Senado Federal passou a discutir a questão através da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 50/2016. Após toda a tramitação exigida pela Carta Magna para que seja realizada uma emenda constitucional (art. 60, §§2º e 3º da Constituição Federal de 1988), a EC nº 96/2017 acrescentou o §7º ao art. 225, versando que “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos” (BRASIL, 1988)

Apesar de considerar o diálogo institucional uma forma interessante de mecanismo para o controle de constitucionalidade, Clève e Lorenzetto (2015, p. 195) afirmam que ela “não é suficiente para solucionar a dificuldade contramajoritária”. Outro ponto que merece atenção é que o diálogo institucional não deve ser romantizado. Sua prática envolve momentos de tensas discussões, a busca de afirmação de poder, diferentemente do que apresentado como relacionamento entre nossos poderes, o que pode gerar a necessidade de acordos argumentativos com fins de não desestruturar as instituições democráticas. (BENVINDO, 2014, p. 74)

Existem algumas ponderações importantes quando o assunto é o diálogo sociedade e Corte, principalmente quanto às dificuldades para o andamento das soluções dialógicas. Primeiro, é um tanto árduo chamar de democrático um diálogo entre participantes em posições de tamanha desigualdade. Não está se afirmando que não é possível argumentação entre os partícipes, no entanto é inegável que o poder de quem decide está acima de quem está do outro lado da litigância. O segundo ponto é a diferença social do Tribunal, na figura de seus juízes, perante os indivíduos que litigam o exercício dos seus direitos. Aqueles, tendem a vir de uma parcela sociedade que puderam desfrutar de uma melhor qualidade educacional. Estes, são de setores sociais inferiores, quando não minoritários. Outro ponto que carece atenção é o tempo, na medida em que sociedade precisa de agilidade na resolução de problemas e os Tribunais podem ser muito morosos devido aos seus precedentes quase que imutáveis. A depender do que se questiona, a Corte pode ter dificuldades para decidir devido à demora – ou até quase inexistência – de mudança de posicionamento. (GARGARELLA, 2014, p. 133-134)

Na análise de soluções dialógicas entre os poderes, um ponto importante, e até mesmo crítico acerca da temática, é a ausência tanto de maiorias como de minorias desfavorecidas nas instâncias de diálogo. Um dos problemas associados aos mecanismos de diálogo institucional é a falta de protagonismo dos cidadãos. Sabe-se do dificultoso caminho para conseguir tal feito, mas o surgimento de ferramentas como os processos de consulta à população ou audiências públicas no âmbito judicial e legislativo já podem ser consideradas decisões acertadas. (GARGARELLA, 2014, p. 139-140)

Considerando a crítica de Roberto Gargarella quanto à participação de maiorias e minorias em instâncias de diálogo, pode-se afirmar que ela não é totalmente aplicável ao Brasil, vide as possibilidades de participação da sociedade em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, podendo o STF, a pedido do relator, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria – conhecidos como *amicus curiae* ou “amigos da

Corte”, conforme art. 9º, §1º e art. 20, §1º da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999a) e art. 6º, §1º da Lei nº 9.882 (BRASIL, 1999b). No entanto, apesar de demonstrar que, nos casos que determina a discussão da temática em audiência pública os ministros do STF, em seu processo decisório, se valem dos argumentos na erigida discussão para formulação de seus votos, ainda não é um processo que visa a discussão de todos os atores envolvidos (GODOY, 2015, p. 202-204).

Há autores, como, a título de exemplo, versa a obra de César Rodriguez Garavito e Diana Rodriguez Franco (2010), que compreendem a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional como uma forma de introdução do diálogo institucional da Corte com os demais poderes e ainda mais com a sociedade por meio das audiências públicas, que consideram como um dos grandes trunfos para que a ação T-025, referente a situação do deslocamento forçado na Colômbia ter obtido êxito.

Após esse embasamento teórico acerca de temas que circundam o Estado de Coisas Inconstitucional, o intuito no próximo capítulo é retratar esse instrumento, objeto de estudo dessa pesquisa, bem como explicar acerca das litigâncias estruturais, que são as ações albergadas pelo ECI, entender os efeitos instrumentais e simbólicos de uma decisão judicial e contextualizar como se deu a introdução da mencionada técnica de decisão no Brasil, através da ADPF nº 347.

1.4. METODOLOGIA E ESTRUTURA DA PESQUISA

A pesquisa é de cunho qualitativo e para sua realização, foi utilizada a abordagem do estudo de caso.

A análise envolveu os processos referentes a ADPF nº 347, o processo de acompanhamento de Cumprimento de Decisão do CNJ nº 0000134-95.2016.2.00.0000, decisões do Supremo Tribunal Federal, relatórios do Conselho Nacional de Justiça, com os do programa “Justiça Presente”, a Lei Complementar nº 79/1994 e a Lei nº 13.500/2017, a Lei 13.964/2019, projetos do Congresso Nacional relativos à atividade legislativa, dentre outras fontes que embasaram a atuação prática para o cumprimento da decisão. Quanto à terminologia dos efeitos, foi trabalhado o conceito de César Rodriguez Garavito, autor que pesquisa sobre as decisões judiciais e o Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, em que demonstra uma diferenciação entre o efeito instrumental e o efeito simbólico e como esses dois conceitos influenciam nos efeitos da decisão judicial.

A escolha do espaço temporal se deve por dois motivos. O primeiro deles é a questão é a suspensão do acompanhamento da decisão referente às audiências de custódia, na medida em que se trata de uma das ações concretas deferidas pelo STF. Em junho de 2020 as atividades foram paralisadas devido à pandemia ocasionada pelo vírus SARS-COV-2, popularmente conhecido como coronavírus. O segundo ponto foi o encerramento do programa “Justiça Presente”, o que gerou um documento sobre as ações realizadas no programa e que foram detalhadas na presente pesquisa com a finalidade de observar o andamento da decisão da ADPF nº 347 no período mencionado.

A partir desses dados, foi traçado um perfil dos efeitos instrumentais e simbólicos, diretos ou indiretos, gerados pela ADPF nº 347, com fins de analisar se o Estado de Coisas Inconstitucional trouxe algum legado para o sistema jurídico brasileiro que justifique seu funcionamento.

O estudo foi dividido em 3 partes: no tópico 2 tem o apanhado doutrinário acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, como a origem, o conceito e pressupostos tendo por base a doutrina colombiana e estudiosos brasileiros que já desenvolveram pesquisa sobre o tema; a abordagem de um tema conexo que são as litigâncias estruturais, perpassando também pela fundamentação dos efeitos instrumentais e simbólicos da decisão judicial para assim fazer uma síntese da recepção do ECI no ordenamento jurídico brasileiro, e, para finalizar o tópico, uma análise dos riscos e críticas acerca da técnica de decisão.

No tópico 3, realizou-se a análise da decisão da ADPF nº 347 e suas implicações práticas, como se discutiu o deferimento das medidas cautelares e o que aconteceu na prática com os pedidos indeferidos, trazendo como se efetivou (ou não) as medidas cautelares deferidas no julgamento da ação. A partir da decisão, foram avaliados os pedidos deferidos e como ocorreu a implementação das audiências de custódia e o descontingenciamento da verba do Fundo Penitenciário Nacional. Foi essa investigação que possibilitou vislumbrar nove efeitos gerados pela ação que declarou o ECI no sistema penitenciário brasileiro. No tópico 4, foi desenvolvida a análise de cada efeito gerado pela ADPF nº 347 e a classificação desses em instrumentais e simbólicos (diretos ou indiretos).

Por fim, o que se conclui é que para que o ECI seja aplicado de maneira contundente ainda se faz necessário uma maior interação dos Poderes em torno da temática, partindo de mudanças significativas por parte do Supremo Tribunal Federal, tais como um efetivo monitoramento das ações de implementação das políticas públicas, o qual ainda hoje está longe de ser uma realidade.

2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUA INTRODUÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. ORIGEM, CONCEITO E PRESSUPOSTOS: UM OLHAR PARA A COLÔMBIA

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma criação jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia a partir da sucessão de oito sentenças em que o Tribunal, como guardião da integridade e da supremacia da Constituição, decretou que a realidade colocada em litigância é absurda e contrária à Constituição. Por se tratar de um mecanismo que teve sua formação a partir da jurisprudência da Corte, sua fundamentação é baseada na realidade fática. (PEÑA, 2011, p. 8-9)

Em relação ao papel jurídico e político do ECI, a característica fundamental dessa técnica é sua orientação objetiva. A declaração do ECI deve ter um propósito prático fundamental: possibilitar o Estado projetar, implementar, financiar e avaliar as políticas públicas necessárias para sanar a violação massiva de direitos que deu origem a tal declaração. Em outras palavras, embora um de seus efeitos importantes seja tornar visíveis situações graves de violação de direitos, a intenção do ECI deve ser resolver um problema concreto. (GARAVITO, 2009, p. 438)

Conforme a jurisprudência colombiana, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, implica-se a necessidade de um processo de acompanhamento de um plano de ação, de forma que a sentença que a declara efetiva e promova um processo de colaboração entre os muitos atores públicos e privados envolvidos na litigância estrutural a ser superada. Para o alcance do êxito na situação dos “*desplazados*” na Colômbia, a Corte Constitucional precisou modificar as diretrizes, para não repetir as ineficácias de decisões anteriores. (GARAVITO, 2009, p. 438)

Garavito (2009, p. 441-442) explana que, vide a formação do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia, é importante destacar a evolução da jurisprudência ao longo das ações, culminando no modelo adotado na sentença T-025. A primeira vez que a Corte Constitucional da Colômbia declarou o mecanismo foi em 1997. Desde então, houve a declaração da existência de um ECI em oito ações¹¹. Na primeira fase da jurisprudência sobre

¹¹ “Desde 1997, cuando utilizó este mecanismo por primera vez, la Corte Constitucional ha declarado la existencia de un ECI en ocho oportunidades, a propósito de cinco tipos de situación: a) El incumplimiento de la obligación de afiliar a docentes de centros educativos públicos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Sentencia SU-559 de 1997). En esta decisión, la Corte declaró el primer ECI y ordenó la afiliación de los demandantes al Fondo. Además, al encontrar que la situación se extendía a un buen número de docentes y tenía origen en una falla estructural de políticas públicas, le otorgó a la administración pública un plazo prudencial para hacer los estudios y las apropiaciones necesarias para subsanarla; b) La falta de garantía de las condiciones

ECI (1997-2003), o Tribunal aplicou a técnica sem fazer um trabalho cuidadoso de sistematização dos requisitos para declarar a existência e superação de um ECI. Essa atribuição foi realizada na *Sentencia* T-025/04.

Foi a partir do acórdão da *Sentencia de Unificación* nº 090 de 2000 (SU-090 de 2000) que a Corte realizou o pronunciamento mais completo acerca dos elementos necessários para a declaração do ECI. Nessa ocasião, o Tribunal estabeleceu que é oportuna a declaração de um ECI se estiverem reunidas duas condicionais: quando apresentar uma reiterada violação dos direitos fundamentais de muitas pessoas – que poderiam então recorrer à ação de tutela para obter a defesa de seus direitos - e quando a causa dessa violação não for imputável exclusivamente à autoridade demandada, mas repousa em fatores estruturais. Em suma, nesta fase a Corte realizou um refinamento jurisprudencial de forma gradual e, a partir dos anos 2000, foram delineados os elementos de diagnóstico e tratamento constitucional deste tipo de violação massiva e estrutural dos direitos constitucionais. Esses elementos foram sistematizados e desenvolvidos na *Sentencia* T-025 de 2004 (GARAVITO, 2009, p. 444).

O Tribunal Constitucional criou o ECI como remédio para lidar com violações gerais e repetidas dos direitos humanos na Colômbia. Ele nasceu no final da década de 1990 e está em constante desenvolvimento, a partir da aplicação de várias sentenças, pressionando-se a configuração de políticas públicas para responder aos problemas que lhes deram origem. (PEÑA, 2011, p. 15)

Após as explanações preliminares, é possível definir que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma técnica de decisão na qual há o delineamento por uma Corte de norma declaratória que demonstre uma contradição insustentável entre uma realidade social e os preceitos constitucionais. Em outras palavras, em geral, a partir de litigâncias estruturais, é a declaração de que uma realidade é inconstitucional. (CAMPOS, 2016, p. 185-187)

mínimas de vida digna de las personas detenidas en centros penitenciarios que presentaban hacinamiento crítico (tutelas T-153 de 1998, T-606 de 1998, T-607 de 1998, T-847 de 2000 y T-966 de 2000). Em estas ocasiones, la Corte ordenó a los poderes públicos subsanar las fallas que motivaban estas condiciones, bajo el monitoreo de los organismos de control; c) La desprotección de los defensores de derechos humanos (T-590 de 1998). Frente a esta situación, la Corte ordenó a todas las autoridades pertinentes implementar mecanismos de prevención de violaciones de los derechos a la vida, la integridad personal y la seguridad de los defensores de derechos humanos; d) Las demoras y la marcada ineficiencia en la liquidación y pago de pensiones de jubilación (T-068 de 1998, T-525 de 1999 y SU- 090 de 2000). La Corte ordenó a las entidades correspondientes que corrigieran las fallas de organización y procedimiento que impedían la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones, y que destinaran el presupuesto necesario para cumplir con sus obligaciones; e) La falta de convocatoria a concurso para el nombramiento de notarios públicos (Sentencia SU-250 de 1999), que permitía que los notarios fueran designados o removidos del cargo por factores subjetivos. La Corte ordenó la realización del concurso público notarial; f) La violación masiva y grave de los derechos de las personas em condición de desplazamiento forzoso (Sentencia T-025 de 2004).” (GARAVITO, 2009, p. 441-442)

Consoante César Garavito (2009, p. 438-439), o instrumento deve ser utilizado em situações excepcionais para cumprimento eficaz da sua função de promover soluções para violações massivas de direitos humanos, por isso o motivo de seguir pressupostos específicos. A excepcionalidade é sustentada por três razões.

A primeira delas é que pelo fato de o Judiciário realizar intervenções em processos de políticas públicas que envolvem os poderes Executivo e Legislativo, para que se tenha um equilíbrio entre os poderes, buscando não macular o princípio da separação de poderes, é aconselhável a prudência para utilizar esse mecanismo. A segunda razão é o reconhecimento que o Tribunal tem competências institucionais limitadas para realizar processos de monitoramento que exijam maiores conhecimentos técnicos acerca da temática discutida, uma vez que o controle é essencial para o alcance dos objetivos da declaração¹². A terceira razão é o custo político para o Judiciário com a declaração do ECI em duas vertentes, uma vez que o uso da técnica resulta no escancaramento do fracasso de políticas governamentais e o monitoramento dos planos de ação se estende por anos, o mecanismo causa desgaste e pode fragilizar o capital político da Corte, além do descrédito no ECI no caso não se visualize uma finitude do processo, pois os atores públicos e privados que acompanham o caso considerarão que a figura pode ser ineficaz para tratar a questão¹³ (GARAVITO, 2009, p. 438-439).

Quanto à crítica de a ECI compor um excesso de funções do Corte, o que acontece com esta figura, é exatamente o oposto. Em outras palavras, o ECI estabelece uma autolimitação do Tribunal; pois, diante da violação de direitos fundamentais de forma sistemática e generalizada, o pedido implica em um monitoramento jurisdicional acerca de ações do governo para contornar tal situação e, ele simplesmente o encoraja a fazê-lo da maneira mais eficiente e oportuna possível. Compreende uma ordem complexa que estabelece termos peremptórios de cumprimento para que os responsáveis – e não o Tribunal – resolvam a anomalia que causou a violação coletiva de direitos. (PEÑA, 2011, p. 10)

¹² Garavito ressalta que a despeito dos críticos do ativismo judicial exagerem quanto as limitações instituições dos tribunais e superestimem o Poder Executivo e Legislativo, fica claro que a complexidade e magnitude dos problemas estruturais que dão origem aos ECIs testam a capacidade de qualquer tribunal (GARAVITO, 2009, p. 438)

¹³ Em concordância com o citado por Garavito e realizando uma observação sob uma perspectiva do Supremo Tribunal Federal, Glauco Salomão Leite (2021, p. 276) ressalta que “a decisão do STF precisa ser observada considerando as capacidades institucionais de um Tribunal. Dificilmente em casos que envolvem uma evidente complexidade como este, uma Corte terá condições de efetuar mudanças sociais e políticas mais robustas a curto prazo, o que leva o exercício de uma jurisdição constitucional que desenha diálogos institucionais com outros autores, de sorte que o papel do Tribunal está mais próximo a uma instância de coordenação e moderação das ações a serem executadas pelos atores envolvidos. Do contrário, corre-se o risco de a decisão expressar muito mais um caráter político-simbólico do que jurídico-normativo, de modo que não terá a eficácia desejada.

Uma análise da jurisprudência formatada na T-025, a Corte colombiana adota explicitamente como ponto de partida os dois critérios previstos na resolução da SU-090 de 2000, acima mencionadas. A partir desses, avaliou seis pressupostos para definir se há um ECI, que são: a) a violação massiva e generalizada de vários direitos fundamentais afetando um número significativo de pessoas; b) o omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantia de direitos; c) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento de garantia do direito violado; d) a não emissão de diplomas legislativos, administrativos ou medidas orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; e) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, exigindo a adoção de ações complexas e coordenadas e requerendo um nível de recursos que exige um esforço orçamentário significativo; f) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema peticionar ação de tutela para obter a proteção de seus direitos, o quanto isso impactaria no trabalho do Tribunal. Neste sentido, a lista funciona como um conjunto de indicações ou situações concretas que demonstravam a existência de falhas de processo e a constituição de um ECI¹⁴. (GARAVITO, 2009, p. 445-446)

A declaração do ECI nunca é imediata. O Tribunal trata, em princípio, caso por caso, aguarde um tempo razoável para analisar o desenvolvimento e o impacto penas anteriores de tutela individual e cumprimento das leis vigentes que regulam a matéria em questão, até que se detecte um problema estrutural. Se isso persiste apesar das repetidas sentenças de tutela, ordens gerais mais rigorosas são dadas, para a elaboração e execução das políticas públicas necessárias para resolver o estado de coisas que viola a Constituição. (PEÑA, 2011, p. 15)

Mais importante que a definição dos pressupostos que permitem a declaração do ECI é vislumbrar quais indicadores permitem afirmar sua superação. Por razões de coerência argumentativa e continuidade da jurisprudência, os mesmos critérios que foram utilizados pelo Tribunal para declarar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, esses devem orientá-lo para avaliar seu progresso. Em outras palavras, o ECI pode ser considerado superado se, a partir de uma análise criteriosa e detalhada, ficar demonstrado que as condições que motivaram a declaração do instrumento não estão mais presentes. (GARAVITO, 2009, p. 448-449)

¹⁴ Para a realidade do Brasil, Campos (2016, p. 180) entendeu que apenas quatro pressupostos seriam aplicáveis, uma vez que os relacionados as ações de tutela e o volume delas poderiam não se aplicar ao STF, visto que no controle de constitucionalidade brasileiro existe limitações quanto a propositura das ações no Tribunal.

Garavito (2009, p. 488-489) considera que a técnica do ECI tem sido uma das ferramentas mais importantes para a inovação do constitucionalismo contemporâneo. Foi a partir dela que o Tribunal Constitucional colombiano conquistou um lugar de destaque no cenário jurídico internacional e no debate público colombiano. Contudo, o mais importante foi que o ECI tornou visível a existência de violações massivas e graves de direitos humanos e, com maior ou menor sucesso, dependendo do caso, têm promovido políticas públicas para atendê-los, não deixando de salientar que a Corte Constitucional da Colômbia ainda tem como assunto pendente a construção de um raciocínio sistemático sobre o tema, pois só assim é possível fortalecer e legitimar a figura do ECI.

2.2. LITIGÂNCIAS ESTRUTURAIS

Para falar de ECI, é imprescindível entender as litigâncias estruturais, seu conceito, suas características e peculiaridades em relação as demandas privadas. As ações estruturais são o gênero, os instrumentos processuais usados para a resolução de complexas questões estruturais, enquanto a declaração do ECI é a espécie, a técnica decisória utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir de circunstâncias fáticas inconstitucionais, para a coordenação do processo de correção de falhas estruturais de diversos órgãos públicos que geram a violação massiva de direitos fundamentais. (DANTAS, 2019, p. 69)

As litigâncias estruturais são instrumentos que geram decisões que se orientam para uma perspectiva futura, envolvendo valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. Essas podem ir além da simples especificação do resultado a ser obtido, esclarecendo os meios para tanto. A sentença judicial, ao fixar a consequência esperada, pode propor um plano de ação, ou mesmo delegar a criação desse plano a outro ente, de forma a atingir o resultado almejado. (ARENHART, 2013, p. 394;400)

As medidas estruturais visam a implementar uma tipologia processual apta a promover uma reforma estrutural num ente ou instituição pública ou privada, com o objetivo de reorganizá-lo burocraticamente e adjudicar um direito fundamental ou um valor público caro à sociedade. Além disso, busca tratar da discussão acerca de políticas públicas, bem como resolver litígios complexos (COTA; NUNES, 2018, p. 252).

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. O processo judicial de caráter

estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes (FISS, 1979, p. 2). Ou seja, nos litígios que distinguimos como estruturais, os juízes geralmente reconhecem como fonte da violação de direitos a, por exemplo, uma norma jurídica, uma política institucional composta por múltiplas práticas, e/ou a uma condição ou situação social. A decisão tomada nesse tipo de demanda deve considerar o impacto sobre aqueles que não estão presentes no processo, mas que estão inescapavelmente ligados pela definição judicial do conflito. (PUGA, 2014, p. 55-56;58)

Na tutela estrutural, a vítima da violação do direito é um grupo, e o conceito de parte é pulverizado, uma vez que há um número significativo de pessoas, associações, agentes públicos e políticos com interesse na causa e que são diretamente afetados pela decisão. Os objetos dos processos são condições da vida social, a proteção ou concretização de direitos fundamentais e o papel que as organizações que atuam em larga escala têm e devem desempenhar na proteção ou promoção desses direitos (FISS, 1979, p. 19).

As decisões nas ações estruturais não buscam compensar ou indenizar por fatos ocorridos passados, mas sim ajustar o comportamento futuro dos órgãos públicos. (CHAYES, 1976, p. 1298) Assim sendo, os fatos individuais constituídos no passado não constituem o objeto principal do processo. Eles são apenas provas do padrão de violação institucionalizada de direitos fundamentais, fatores esses os quais dão origem à ação. Outra característica distinta da tutela estrutural refere-se à ligação ou a identidade entre as vítimas e seus representantes legais. Não há necessidade de que os representantes legais ou autores da ação sejam integrantes do grupo vitimizado (FISS, 1979, p. 18-20). O entendimento é que as vítimas das violações de direitos discutidas nas ações estruturais normalmente se encontram em estado vulnerável não estando em condições de exercer a sua própria defesa. O ideal é que tais defesas sejam realizadas por organizações para a defesa de direitos realizem a representação legal do grupo vitimizado. (DANTAS, 2019, p. 92-93)

Quanto aos elementos para se caracterizar uma litigância estrutural, aquele elencados pela doutrina¹⁵ com mais frequência são: (1) A intervenção de múltiplos atores processuais; (2) Um grupo de partes afetadas que não intervém no processo judicial, mas que, no entanto, são representados por alguns de seus pares, e/ou por outros atores legalmente autorizados; (3) Uma condição ou situação social que viole interesses em um sistêmica ou estrutural, embora nem

¹⁵ Vide CHAYES (1976, p. 1302) e GARAVITO (2009, p. 435)

sempre homogênea; (4) Um estado ou organização burocrática que funciona como a estrutura do situação ou condição social que viole direitos; (5) A invocação ou reivindicação de valores de natureza constitucional ou público para fins regulatórios em nível geral e/ou reivindicações de direitos econômica, social e cultural; (6) Reclamações envolvendo a redistribuição de propriedade; (7) Uma declaração envolvendo um conjunto de comandos de implementação contínua e prolongada. (PUGA, 2014, p. 45-46)

O processo estrutural é um processo diferenciado, objetivando a tomada de decisões que alterem substancialmente, para o futuro, determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade. Para a consecução desse objetivo, instrumentos como as audiências públicas, as quais permitam a participação ampla da comunidade envolvida¹⁶, são indispensáveis, bem como a participação dos *amicus curiae*. Do mesmo modo, é fundamental que o processo seja capaz de absorver a experiência técnica de especialistas no tema objeto da demanda, para que possam contribuir tanto no dimensionamento adequado do problema a ser examinado, como em alternativas à solução da controvérsia. (ARENHART, 2017, p.72-73)

Decisões estruturais fornecem uma alternativa processual perante as decisões judiciais caso a caso, quando há milhares de casos individuais, que correm o risco de saturar a capacidade de tribunais e produzir resultados contraditórios. Em segundo lugar, casos estruturais podem encorajar diálogo e colaboração significativas entre o Estado e a sociedade no que diz respeito aos problemas distributivos, especialmente quando os tribunais mantêm sua jurisdição de acompanhamento sobre o caso e monitorar a implementação de sua decisão por meio de ordens de acompanhamento e mecanismos de supervisão (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 25-26).

É importante ressaltar que existem diferenças entre o processo estrutural e as ações coletivas. Em que pese se tratar de um tipo de ação de benefício grupal, a ação coletiva pode não ter uma participação direta dos beneficiários, o que pode implicar um processo bipolarizado em que a parte que representará os interesses do grupo, a exemplo do Ministério Público, pode não ter o real conhecimento das necessidades e da importância daquela ação para os que estão sendo por ele representados, formulando pedido que podem não atender da melhor forma o direito material. (ARENHART, 2017, p. 71)

Outro fator que merece a devida atenção é que as litigâncias estruturais devem ser o último recurso a ser utilizado. Quando outras medidas mais simples se mostrarem adequadas, não haverá razão para as providências estruturais, seja por sua complexidade, seja por seu custo,

¹⁶ O autor alerta que esse mecanismo nesse formato não é disciplinado expressamente nem no CPC, nem na legislação básica a respeito do processo coletivo

seja mesmo pelo caráter intrusivo que elas apresentam. De fato, é evidente que medidas deste porte implicarão um elevado custo de recursos do Poder Judiciário, a exemplo da revisão periódica da decisão, e de sua eficácia que importa, normalmente, a constante fiscalização e o acompanhamento do cumprimento das linhas gerais estabelecidas pelo Poder Judiciário. Embora isso possa ser feito pelo próprio magistrado, às vezes esse controle imediato será difícil. Por isso, é preciso criar instrumentos constantes de fiscalização e de acompanhamento do cumprimento da decisão estrutural. Então, diante das dificuldades em se implementar e controlar decisões desta ordem, devem elas ficar reservadas a casos em que sejam efetivamente necessárias, não tomando o lugar de medidas mais simples, mas que possam eficazmente resolver o litígio. Mais uma condição para sua excepcionalidade, é o risco em torno da amplitude assumidas pelas medidas, oferecendo ao magistrado um poder o qual não encontra limites prévios dados pelas partes (ARENHART, 2013, p. 397;401;409).

As soluções consensuais, trabalhadas a partir do diálogo entre as partes, podem ser a solução mais adequada do que a imposição de uma decisão do órgão imparcial, a qual pode desagradar a todas as partes do processo e a toda a sociedade atingida. Essa solução consensual, sem dúvida, contribui também para a obtenção de soluções tecnicamente factíveis, sem perder de vista as exigências do Direito. (ARENHART, 2017, p. 77). Assim, somente dentro de uma lógica processual dialógica é que as partes poderão decidir o modo mais viável de resolução do conflito em questão, adequando-o à sua realidade e possibilidade, tendo sempre como norte o dever de concretização dos direitos fundamentais e dos valores públicos caros à sociedade. (COTA; NUNES, 2018, p. 244)

Por fim, a garantia de acesso aos tribunais e a competência das Cortes a partir de aspectos legais do sistema judicial e de decisões jurisprudenciais trata-se de questão determinante para o sucesso e a eficácia das ações estruturais, pois, para que essas ações atinjam seus fins, é necessário garantir acesso de grupos marginalizados ao Judiciário e a existência de um sistema judicial capaz de otimizar os escassos recursos judiciais existentes para o julgamento dessas importantes ações constitucionais (DANTAS, 2019, p. 187-188).

Realizadas tais considerações, um outro aspecto importante para entender a técnica do Estado de Coisas Inconstitucional é ter conhecimento dos efeitos que as decisões judiciais podem gerar e quais suas implicações para os atores envolvidos no litígio.

2.3. EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS DA DECISÃO JUDICIAL

Quando se analisa uma decisão judicial, a principal pergunta que deve nortear a pesquisa é: quais foram os proveitos que essa ação trouxe aos seus beneficiários e envolvidos? E quando se trata de uma ação de controle de constitucionalidade abstrato, é mister avaliar os impactos causados nos atores envolvidos direta ou indiretamente na decisão judicial. No tocante à ADPF nº 347, o que se espera analisar são os efeitos sentidos no sistema penitenciário brasileiro, perquirindo também acerca das mudanças de percepção sobre a temática naqueles que podem influenciar direta ou indiretamente no resultado da ação em discussão. Sendo assim, investigar sobre os efeitos da decisão judicial e suas classificações pode orientar novas alternativas capazes de permitir que os resultados almejados no pedido da ação sejam alcançados.

Conforme César Garavito e Diana Franco (2010, p. 21) os efeitos das decisões judiciais podem ser classificados em dois grupos. Por um lado, alguns autores, como Gerald Rosenberg (1991) e Mark Tushnet e Larry Yackle (1997)¹⁷, possuem a atenção voltada nos efeitos diretos e palpáveis das decisões dos Tribunais. Para avaliar uma decisão como eficaz, é preciso observar uma mudança de comportamento concreta em nos atores envolvidos de forma imediata, ou seja, nos indivíduos, grupos ou instituições que os litigantes e magistrados procuram influenciar com suas estratégias e decisões.

Acerca dos efeitos instrumentais, a pesquisa de Gerald Rosenberg (1991) aborda os efeitos do caso da Suprema Corte dos Estados Unidos que é considerado o marco dos litígios estruturais, o *Brown x Board of Education* de 1954, que gerou uma série de intervenções judiciais com a finalidade de desfazer a segregação racial existente nas escolas, como também em estabelecimentos públicos e outros espaços. Apesar de ser considerada uma ação que causou diversos impactos de conscientização e mudanças de opinião acerca das relações sociais, tendo, inclusive, contribuição para o surgimento do movimento de direitos civis da década de 1960, o autor contrapõe as opiniões majoritárias afirmando que o caso fortaleceu a resistência, por parte do público branco, aos direitos civis e com isso pode ter atrasado a conquista do término da segregação racial (ROSENBERG, 1991, p. 155).

Em síntese, a alegação de que uma grande contribuição dos tribunais em direitos civis foi dar relevância à questão da segregação racial, pressionar as elites políticas a agir, aguçar a consciência das pessoas brancas e dar legitimidade às queixas dos negros é contestável, uma

¹⁷ Apesar do texto citado ter relação com a eficácia da lei, conforme conceituação abordada pelos autores, é possível usar a mesma premissa para a decisão judicial.

vez que inexistem provas em apoio à alegação. As evidências da opinião pública não a suportam e, às vezes, a contradizem claramente. Embora deva ser o caso de que a ação do Tribunal tenha influenciado algumas pessoas, não foram encontradas evidências concretas de que essa influência fosse generalizada ou de muita importância para a batalha pelos direitos civis (ROSENBERG, 1991, p. 155-156).

Mark Tushnet e Larry Yackle (1997, p. 74-76) relatam alguns efeitos que podem surgir a partir da mudança legislativa e interpretação judicial, os quais podem ser aplicados à decisão judicial. Acerca dos efeitos instrumentais, os autores explanam que esses tomam as preferências e valores de suas metas como dados, e alteram os custos e benefícios associados às linhas de ação tomadas de acordo com essas preferências e valores, ou seja, esses efeitos possuem um alvo a ser atingido e só serão considerados eficazes se foram concretizados os objetivos.

O outro grupo dos efeitos da decisão judicial se distancia dos efeitos instrumentais e diretos das decisões, avaliando essa também no campo das transformações gerais as quais podem ser acarretadas pelas mesmas, a exemplo da mudança de percepção, possibilitando efeitos indiretos ou simbólicos igualmente importantes (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 23). O fundamento principal acerca do tema é visto na pesquisa de Michael McCann (1994) que trata da mobilização legal do movimento de igualdade salarial nas décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos. O autor detalha que enquanto as primeiras vitórias nos tribunais foram rapidamente substituídas por repetidas derrotas após a ascensão do movimento legal conservador na década de 1980, o legado benéfico da mobilização legal foi capturado por sua capacidade de proporcionar experiências politizadoras para as mulheres trabalhadoras, de legitimar suas reivindicações por meio de um discurso de direitos familiar, forjar oportunidades políticas para a ação coletiva, aumentando as expectativas e cultivar uma consciência jurídica duradoura, abordando ainda que talvez a conquista mais importante do movimento tenha sido as transformações nos entendimentos, compromissos e afiliações de muitas mulheres trabalhadoras (MCCANN, 1994, p. 230). Essa concepção vai ao encontro do entendimento de Tushnet e Yackle (1997, p. 75-76) quanto aos efeitos simbólicos, que se trata de compreensões acerca de quais são seus próprios valores e preferências, os quais satisfazem os atores sociais envolvidos.

César Garavito e Diana Franco (2010, p. 24-25) fazem a distinção de duas classificações, cada uma apresentando duas espécies, e que os cruzamentos dessas dá origem a quatro tipologias de efeitos. São essas que serão adotadas para avaliar os efeitos gerados pela declaração do Estado de Coisas Inconstitucional através da ADPF nº 347 no tópico 4 da presente pesquisa.

A primeira classe de efeitos da sentença alberga os efeitos diretos e indiretos. O primeiro consiste no comportamento exigido pela decisão e afetam os atores do caso, sejam eles os litigantes, os beneficiários ou os destinatários das ordens, ou seja, é a determinação judicial em si e para quem é destinada. O segundo são todos os tipos de consequências que, sem serem estipuladas nas ordens judiciais, são em decorrência da decisão e afetam não apenas os atores do caso, mas qualquer outro ator social. (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 24)

Os efeitos instrumentais envolvem mudanças tangíveis no comportamento de indivíduos ou grupos (GARAVITO; FRANCO, 2015, p. 41). São os instrumentos práticos voltados à ação. Em outras palavras, é a capacidade da decisão judicial de produzir determinada conduta nos indivíduos destinatários da sentença (GARCIA VILLEGAS, 2014, p. 49).

Os efeitos simbólicos consistem em mudanças de ideias e percepções sociais sobre o objeto do litígio. Em termos sociológicos, eles implicam em mudanças de cunho cultural ou ideológico em relação ao problema do caso (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 24). Esse tipo de efeito é constituído pela importância, relevância e incentivos que decorrem do reconhecimento judicial dos direitos (EPP, 2008, p. 596) e pode ser orientado para a ação no sentido de que qualquer modificação da visão de mundo implica, ou pelo menos pode implicar, modificações de conduta. Assim, o efeito simbólico pode ser destinado a produzir determinados comportamentos que a decisão busca alcançar (GARCIA VILLEGAS, 2014, p. 51).

Com isso, a partir do cruzamento das duas classificações dá-se origem a quatro tipos de efeitos: a) efeitos instrumentais direto, a exemplo, a emissão de uma norma ou a execução de uma obra pública ordenada pelo juiz; b) efeitos instrumentais indiretos, como a entrada para o debate de novos atores sociais —ONGs, financiadores, entidades públicas— atraídos pelas oportunidades de incidência aberta pela sentença; c) efeitos simbólicos direto, por exemplo, a modificação da percepção pública do problema, quando este passa a ser concebido na linguagem dos direitos humanos utilizados pelos tribunais; e d) efeitos simbólico indireto, tal qual a transformação da opinião pública sobre a gravidade ou urgência da questão (GARAVITO, FRANCO, 2010, p. 24).

Após essas explicações, explanarei como se deu a recepção do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema normativo brasileiro, por meio da ADPF nº 347, trazendo detalhamentos da petição inicial e percepções dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

2.4. A RECEPÇÃO DA TÉCNICA DE DECISÃO NO BRASIL ATRAVÉS DA ADPF Nº 347

O Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pela primeira vez no Brasil no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 no dia 09 de setembro de 2015. A ação, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), é um documento de 75 páginas e anexos que trata da situação do sistema penitenciário brasileiro, demonstrando a situação crítica desse e pedindo a adoção de medidas que tenham por finalidade “sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal” (BRASIL, 2015A, p.1)

A petição inicial tem por limiar a explanação da situação carcerária, citando situações deveras conhecidas tanto pelas autoridades como a sociedade como problemas estruturais de celas com quantidade de presos extremamente acima da capacidade planejada, ambiente imundo e insalubre, permitindo que prolifere doenças infectocontagiosas, falta de itens básicos como água potável e produtos de higiene, alimentação de baixíssima qualidade, enfretamento de situações de temperatura extrema. Têm-se também outras situações deveras conhecidas como o domínio dos presídios por facções criminosas, por vezes tendo o Poder Público como cúmplice, além de homicídios, tortura, violência sexual frequentemente praticados pelos próprios presos ou por agentes penitenciários. (BRASIL, 2015A, p. 2)

A época da ação, o autor cita importantes feitos tanto do Poder Legislativo que em julho de 2008 a Câmara de Deputados publicou o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário que alertava a situação degradante das penitenciárias brasileiras, uma vez que “o sistema carcerário nacional se constitui num verdadeiro inferno, por responsabilidade pura e nua da federação brasileira através da ação e omissão dos seus mais diversos agentes.” (BRASIL, 2009, p. 70), bem como do Poder Judiciário, que desde agosto de 2008 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza mutirões carcerários em presídios em todos os Estados e Distrito Federal, divulgando os relatórios, que permite visualizar a situação dos presídios brasileiros como também as graves violações dos direitos fundamentais dos encarcerados. (BRASIL, 2015A, p. 2-3)

Tal situação também motivou intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), condenando o Estado brasileiro a se comprometer na erradicação das situações lesivas à população carcerária, como também proteger à vida e integridade das pessoas que estão privadas de liberdade. (BRASIL, 2015A, p. 4)

A ação também explora como essa violação grave aos direitos da população carcerária também prejudica a segurança da sociedade, visto que a falta de condições mínimas no sistema penitenciário, não permite haver uma ressocialização do apenado. Além do tratamento indigno, as questões de falta de condições de estudo e trabalho do preso acarreta a volta dessa pessoa à sociedade de modo inadequado. Também prejudica a ressocialização o crescimento do poder das facções criminosas entre os presos, tornando a prisão uma “escola do crime”, e a degradante situação do sistema penitenciário colabora para o crescimento e fortalecimento de mais facções. Então, é importante observar como o massivo encarceramento, ainda mais nas condições atuais, não é um fator gerador de segurança, mas possui o efeito contrário, agravando ainda mais a criminalidade e violência na sociedade. (BRASIL, 2015A, p. 4-5)

A violação dos direitos humanos dos apenados no Brasil não tem como causa a falta de normas jurídicas que regulem os direitos dos encarcerados, pois existe normatização, inclusive no mais alto escalão hierárquico, como os direitos e garantias constantes na Constituição Federal. Entretanto, de acordo com a ação, tem faltado no país força de vontade política para tornar realidade os ideais constitucionais para garantir a dignidade da população encarcerada. Um dos motivos relatados capazes de explicar tamanha omissão do Poder Público com os presos refere-se ao fato de tal grupo ser impopular na sociedade brasileira, não possuindo direito de voto. (BRASIL, 2015A, p. 6)

O autor buscou explicar o motivo do cabimento da ADPF para o caso, pois violava diversos preceitos fundamentais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano ou degradante, a proibição de sanções cruéis, a garantia de respeito à integridade física e moral do preso, o direito de acesso à Justiça, o devido processo legal, a presunção de inocência e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança, bem como as condições legais para interpor a ação, como a subsidiariedade da ADPF - visto que não se discute inconstitucionalidade de norma jurídica tampouco omissão legislativa – e a inexistência de outro meio judicial eficaz para sanar esses atos lesivos (BRASIL, 2015A, p. 15-18)

Como a ferramenta de decisão é inspirada no precedente da Corte Constitucional da Colômbia, a ação faz referência à doutrina colombiana para explicar os conceitos e pressupostos do ECI. Na presente pesquisa, tais esclarecimentos estão presentes no tópico 3.1. Como se trata de fontes semelhantes, não será repetida aqui a explicação trazida na ação. Adiante, o autor esclarece que na doutrina brasileira existe uma forte objeção quanto à atuação judicial em demandas estruturais e a ação retrata os dois principais argumentos. Um deles é que a intervenção do Judiciário em políticas públicas não é democrática, pois essas devem ser

formuladas e implementadas pelos poderes Legislativo e Executivo, os quais são os representantes do povo escolhidos por meio do voto; e a possível falta de eficiência dessa atuação, em razão da falta de capacidade institucional dos magistrados para solucionar problemas complexos como os das demandas estruturais (BRASIL, 2015A, p. 19). Quanto a esses argumentos levantados na petição inicial da ADPF nº 347, eles serão discutidos no próximo tópico deste capítulo.

Com a finalidade de sugestão à Corte e em concordância com a doutrina de César Garavito, explanada também neste capítulo, o PSOL indica que sejam usadas técnicas decisórias de cunho mais flexível, com base no diálogo institucional¹⁸, contando com a cooperação entre os diversos entes do Estado para que assim se alcance a melhor solução para o estado de coisas inconstitucional. Conforme os exemplos compilados na ação¹⁹, o intento é que a responsabilidade de formulação do plano de ação, com seus devidos prazos e recursos assegurados para superar a inconstitucionalidade, continue sendo do governo, não tendo o Tribunal a atribuição de tal feito. A incumbência do Poder Judiciário será a aprovação e monitoramento da implementação dos planos, podendo contar com assessoria de entidades independentes dotadas de capacidade técnica, como também ser possível o benefício da sociedade na participação do processo (BRASIL, 2015A, p. 21).

A seguir, demonstrar-se-á um breve resumo abordando os principais pontos citados pelo autor sobre o gigantesco abismo existente entre o que prescrevem estas normas e a difícil realidade carcerária do país:

- Superlotação – O autor relata que existem diversas causas que poderiam ser elencadas para justificar o problema, no entanto as mais importantes de ressaltar são: a omissão no tocante a investimentos na criação de novas vagas; o uso excessivo das prisões provisórias e temporárias; a lentidão na tramitação de ações penais nos casos com réus presos e dos incidentes na execução penal; (d) os erros em políticas criminais que normalmente visam a legislação penal mais rígidas como uma forma de equacionar os problemas sociais (BRASIL, 2015A, p. 28);
- Prisões provisórias - Na ação é retratado o crescimento absurdo nos últimos 25/30 anos das prisões provisórias, referindo-se inclusive a uma banalização por parte das decisões judiciais, trazendo dados de que em 1990 o volume de presos provisórios dentre a

¹⁸ Esse tema foi abordado na Introdução da presente pesquisa.

¹⁹ Na ação são citados exemplos como as ações da Corte Constitucional da Colômbia; o caso da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos, o clássico *Brown vs. Board Education*, como também os casos de demanda estrutural no sistema penitenciário americano (*Brown vs. Plata*); o caso da África do Sul (*Others vs. Grootboom and others*); o caso *Verbitsky* na Argentina; e da Corte Européia de Direitos Humanos. (BRASIL, 2015A, p. 7-15)

população carcerária era 18% e que esse número subiu para 41% até a data do ajuizamento da ação (BRASIL, 2015A, p. 31);

- Acesso à justiça – A ADPF menciona que na maioria dos presídios brasileiros não tem qualquer serviço de assistência jurídica, como também traz informações que é mínima a presença de defensores públicos nas delegacias para fins de formalização das prisões em flagrante. Os motivos citados para explicar tal fato são o déficit de defensores públicos no país para a defesa dos mais pobres que, acabam tendo prisões injustas, e problemas na organização judiciária no tocante as varas de execução penal, pois por não ser uma prioridade dentro do Judiciário, existe uma grande lacuna entre o tamanho da demanda e a quantidade de varas de execução penal no Brasil (BRASIL, 2015A, p. 33-35);
- Infraestrutura, organização e pessoal dos presídios – Utilizando-se de dados do CNJ a partir dos mutirões carcerários, o autor descreve problemas como de ambientes dos presídios, considerados degradantes e insalubres, precisando, em sua grande maioria, de ampla reforma por estarem em péssimo estado de conservação. Outras situações danosas encontradas estão situadas na separação dos presos e em relação aos recursos humanos nos presídios. Quanto a primeira, verificou-se o descumprimento da mesma, o que é uma grave violação constitucional, no que versa seu art. 5º, XLVIII²⁰, além de um sério problema para a ressocialização dos presos. No tocante a segunda circunstância supracitada, a questão paira no despreparo dos agentes penitenciários começando no recrutamento dos mesmos, pois há Estados que não tem sequer concurso público para ingressar na função e em outros a atividade é desempenhada por policiais militares sem qualquer preparo para desempenhá-la (BRASIL, 2015A, p. 36-38);
- Assistência material ao preso – A ação menciona dados do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que faltam elementos básicos para se viver dignamente nos presídios. Alimentação inadequada e, por vezes, imprópria por estar estragada, insuficiência de água para consumo e banho, falta de toalhas, roupas de cama e uniforme para os detentos, escassez de material de higiene pessoal são alguns exemplos citados da notória violação à ordem jurídica (BRASIL, 2015A, p. 38-39);
- Assistência à saúde – O que é percebido pelo autor é que é perceptível o sofrimento dos apenados dada a precariedade com a assistência à saúde nos presídios, apesar das

²⁰ art. 5º, XLVIII, CF/1988 “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.” (BRASIL, 1988)

normas e parâmetros existentes, uma vez que, conforme dados do CNMP, em estabelecimentos inspecionados, mais da metade (55%) não possuem farmácias e por volta de 6% desses não tem prestação de atendimento médico emergencial (BRASIL, 2015A, p. 41);

- Educação – O desrespeito a Constituição de 1988 também está presente quanto a falta de atividades educacionais para a população carcerária brasileira. Consoante informações citadas pelo autor, abordando dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), menos de 10% dos presos possuem envolvimento com atividades educacionais e a oferta de cursos profissionalizantes é bastante baixa. Mais uma vez a realidade se afasta e contraria as normas e parâmetros vigentes, pois o que se observa é o desprovimento de estrutura, material e atividades educacionais para os presos (BRASIL, 2015A, p. 42-43);
- Trabalho do preso – A ADPF retrata que a situação de trabalho para os apenados também é uma grave violação, pois existe um déficit de postos de trabalho para a população carcerária. Ademais, quando esses existem, nota-se também condições precárias, jornadas abusivas e remuneração indigna ou até mesmo inexistente. Não só contemplando questões de diminuição de pena, olhando por outro espectro, esse é mais um índice que dificulta a ressocialização dos presos no país (BRASIL, 2015A, p. 44);
- Tortura, sanções ilegítimas e uso da força – A ação descreve que a prática de tortura ainda é vigente no cotidiano do sistema penitenciário brasileiro, deixando de se observar, mais uma vez, as normas vigentes no ordenamento jurídico. Conforma dados trazidos na ação baseados em informações do CNMP, em pouco mais de 90% dos estabelecimentos prisionais as sanções aos presos são empregadas sem prévia instauração de um procedimento disciplinar, violando o devido processo legal, além de relatos de maus tratos aos presos realizados pelos agentes penitenciários país (BRASIL, 2015A, p. 45-46);
- Mulheres encarceradas – A ação menciona o descaso às mulheres encarceradas principalmente quanto a gestação e convívio das mães e filhos que infringe a Lei de Execução Penal. O que se vê, na realidade, é um declínio na quantidade de creches e berçários nos estabelecimentos femininos, bem como a situação de que muitas presas gestantes são desrespeitadas desde o pré-natal até o parto, pois passam toda a gravidez sem realizar exames laboratoriais ou de imagem, impedindo o conhecimento de doenças

tanto da mãe como do bebê, como também tem o parto realizado nas próprias celas ou nos pátios dos presídios (BRASIL, 2015A, p. 47-48);

- População prisional LGBT - O autor descreve que a população LGBT²¹ sofrem em duas frentes que vão desde ultraje de direitos por parte do Poder Público, bem como abusos sexuais, como relacionamento forçado com outro preso e até mesmo estupro. No tocante a violação de direitos, as afrontas são diversas – recusa do uso do nome social nos registros, imposição de corte de cabelo e de roupas inadequadas ao gênero, proibição da visita íntima, negativa do recebimento do auxílio-reclusão para o/a cônjuge ou companheiro/a, vedação a entrada de preservativos em alguns presídios, tornando a população mais vulnerável a doenças sexualmente transmissíveis²², inviabilização de tratamento hormonal para travestis e pessoas trans (BRASIL, 2015A, p. 49-50);
- Uso do Fundo Penitenciário Nacional – A ação foi ajuizada dada uma dicotomia – tantos problemas existentes no sistema penitenciário e o uso do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) ser deveras burocrático. Relata-se na mesma que, no ano de 2013, em torno de 20% do que foi autorizado foi efetivamente gasto. O contingenciamento de recursos do FUNPEN é considerado mais uma violação aos direitos dos apenados, pois a verba que deveria ser usada para ao menos tentar reparar a situação de descaso do sistema prisional, envolvendo lesão massiva à dignidade humana de centenas de milhares de pessoas, é contingenciada pelo governo federal para fins de cumprimento de metas fiscais. Ou seja, o uso de recursos para garantir o mínimo existencial não deveria ser submetido a discricionariedade governamental. Por todos os motivos já citados, o autor defende que se deve adotar medidas que tenham por objetivo simplificar a liberação desses recursos aos Estados, sem maiores prejuízos de mecanismos necessários ao controle do uso de verbas públicas (BRASIL, 2015A, p. 50-51).

A ADPF apresenta em sua parte seguinte a explanação de todos os pedidos feitos. Como aqui o objetivo é trazer de forma resumida do que tratou a ação, serão expostos todos os pedidos da medida cautelar e pedidos definitivos de forma breve para uma melhor compreensão da leitura. Assim sendo, os pedidos realizados pelo PSOL, em sede de medida cautelar, foram:

²¹ Há época da ação, no ano de 2015, era essa a sigla para representar a comunidade de gays, lésbicas, bissexuais e transexuais, que se trata de um movimento político e social que defende a diversidade e busca de representatividade e direitos para essa classe minoritária. Atualmente, essa sigla abrange mais representantes, tendo maior amplitude de identificações de gênero e sexo, e se tornou a sigla LGBTQIA+.

²² O termo atual, conforme informação do Ministério da Saúde, é infecções sexualmente transmissíveis (IST). Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/i/infecoes-sexualmente-transmissiveis-ist-1#:~:text=S%C3%A3o%20alguns%20exemplos%20de%20IST,m%C3%A3os%2C%20olhos%2C%20I%C3%A>

Dngua). Acesso em: 20 abr. 2022

a) A determinação a todos os juízes e tribunais que apresentem as razões de impossibilidade de medidas cautelares ou alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, nos casos de decretação ou manutenção de prisão provisória (BRASIL, 2015A, p. 69);

b) Que todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, oportunizando o comparecimento do preso a uma autoridade judiciária no prazo de 24 horas a partir do momento da prisão (BRASIL, 2015A, p. 69);

c) A consideração da situação dramática do sistema penitenciário por parte dos juízes e tribunais no momento de concessão de cautelares penais na aplicação da pena e durante o processo de execução penal (BRASIL, 2015A, p. 69);

d) O reconhecimento por parte dos juízes de possibilidades, observando a viabilidade em cada caso, que sejam aplicadas penas alternativas à prisão (BRASIL, 2015A, p. 69);

e) A possibilidade, por parte do juízo da execução penal, de abrandar os requisitos temporais, permitindo ao preso direitos como progressão de regime, livramento condicional e suspensão condicional da pena, quando for perceptível que o cumprimento da pena foi significativamente mais rigoroso que o previsto na ordem jurídica, como também em sentença condenatória (BRASIL, 2015A, p. 69);

f) O abatimento do tempo de prisão a ser cumprida, por parte do juízo da execução penal, quando for evidente que as condições de cumprimento da pena foram mais severas que o previsto na ordem jurídica, como também em sentença condenatória (BRASIL, 2015A, p. 70);

g) A realização de um ou mais mutirões carcerários, coordenados pelo CNJ, com o objetivo de possibilitar a revisão dos processos de execução penal em curso no país (BRASIL, 2015A, p. 70);

h) A imposição do descontingenciamento das verbas do FUNPEN, de forma imediata, e que seja vedada à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se supere o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2015A, p. 70).

Os pedidos definitivos requeridos pelo PSOL na ADPF nº 347 foram:

a) A declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015A, p. 70);

b) A confirmação as medidas cautelares já mencionadas (BRASIL, 2015A, p. 71);

c) A determinação ao Governo Federal que seja elaborado e encaminhado ao STF um plano nacional²³ visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos (BRASIL, 2015A, p. 71);

d) A submissão do plano nacional para análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que tenham interesse em se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de audiências públicas (BRASIL, 2015A, p. 71);

e) A deliberação sobre o Plano Nacional, para fins de homologação ou para impor medidas alternativas, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015A, p. 71);

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, a determinação aos governos de cada Estado e do Distrito Federal para formularem e apresentarem ao STF um plano estadual ou distrital, em consonância com o Plano Nacional homologado, contendo metas e propostas específicas para cada Estado e o Distrito Federal com a finalidade de superar o estado de coisas inconstitucional (BRASIL, 2015A, p. 72);

g) A submissão dos planos estaduais e distrital para análise nos mesmos moldes do plano nacional, ampliando para órgãos locais de cada Estado e do Distrito Federal, como Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Seccional da OAB (BRASIL, 2015A, p. 72);

h) A deliberação sobre cada plano estadual e distrital, seguindo o mesmo modelo de homologação do plano nacional (BRASIL, 2015A, p. 72);

i) O monitoramento da implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2015A, p. 72).

Passando para a análise da decisão da medida cautelar da ADPF nº 347, destaca-se que tem por relator o Ministro Marco Aurélio Mello²⁴ e em seu voto o magistrado considera

²³ Conforme citado na ação, esse Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente os explanados na ação. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.

²⁴ O citado ministro aposentou-se em junho de 2021 e até o momento da finalização dessa pesquisa ainda não realizou-se a redistribuição para saber com qual ministro ficará a relatoria da ação.

relevante o julgamento da medida cautelar, visto que a ação trata de uma pauta impopular, abrangendo o direito de um grupo de pessoas que, pelo fato de ter cometido crimes, tem-se como perdida a dignidade humana. Ele lembra como o Tribunal também tem a missão de defesa do direito de minorias, principalmente quando se trata de uma parcela populacional desprezada pela sociedade e igualmente ignorada pelo Poder Público. (BRASIL, 2015B, p. 21)

Nesse momento da pesquisa, tratarei da parte dos votos e discussões dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto o cabimento da ADPF para a referida declaração, como também a motivação da instituição do ECI no sistema penitenciário, embasamento e concepção da Corte acerca do tema. As discussões sobre as cautelares deferidas e outras argumentações sobre demais pedidos da ação serão explanados no capítulo 3 desse ensaio.

No tocante a adequação e cabimento da ação, tanto o ministro relator como os demais no plenário concordaram que a via eleita pelo requerente é a apropriada, pois estão atendidas as exigências da Lei nº 9.882/1999 a qual exige como requisitos de admissibilidade a reparação de lesão a preceitos fundamentais, como também a inexistência de outro meio eficaz capaz de sanar tal ato lesivo. (BRASIL, 2015B, p. 21-22)

O ministro relator da ADPF nº 347 aduz em seu voto problemas deveras importantes para justificar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, como a grandeza da população carcerária que, em 2015, era considerada a terceira maior população de encarcerados do mundo, contabilizando as prisões domiciliares (BRASIL, 2015B, p. 22); as condições de extrema precariedade em que vivem esses apenados nas prisões brasileiras, como também a influência de tal estado de coisas no aumento generalizado da criminalidade no país, tal qual citado na petição inicial (BRASIL, 2015B, p. 23-26); o reconhecimento da falha estrutural do Poder Público quanto ao tema, o que é um fator gerador para a violação sistemática dos direitos fundamentais da população encarcerada, pois todos os Poderes negligenciaram o agravamento da situação, seja pela ausência de medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e, inclusive, processuais (BRASIL, 2015B, p. 26-29).

Quanto à admissibilidade do Estado de Coisas Inconstitucional, no voto do relator, seguido pelos demais ministros, são citados os pressupostos que validam esse tipo de decisão na Corte Constitucional da Colômbia, como também na doutrina de César Garavito, elencados no tópico 3.1 da presente pesquisa. Esse prognóstico já justificaria a intervenção judicial perante as graves violações a serem superadas. Entretanto, o ministro Marco Aurélio ressalta mais uma hipótese para que se tenha o reconhecimento do ECI no Brasil, relacionado à falta de representatividade política da população carcerária, de forma direta pelo fato dos apenados estarem com seus direitos políticos suspensos e, indiretamente, à impopularidade dos presos na

opinião pública, fazendo com que a maioria dos políticos não busquem recursos públicos tampouco formulem políticas públicas para o oferecimento de um mínimo existencial para os encarcerados²⁵ (BRASIL, 2015B, p. 32).

Ressalta o ministro que quanto à importância da opinião pública nas instituições, o Judiciário não pode permitir que a sociedade perca a fé no sistema jurídico como um todo, como também na justiça penal, apesar de suas decisões não necessitarem da legitimidade popular. Todavia, isso não implica desprezar a observância aos princípios e regras constitucionais, não podendo o magistrado ter por base um anseio social em detrimento daquilo preconizado na Constituição Federal. Apesar da impopularidade da temática, juízes e Tribunais não podem temer a credibilidade popular quando o que está em questão o desrespeito a dignidade humana tão presente no texto constitucional. A atitude correta para o caso é buscar soluções para a situação dos presídios do Brasil, tendo por menor importância a opinião contrária (BRASIL, 2015B, p. 34-35).

A separação de poderes em uma situação de omissão das instituições administrativa e legislativa não pode ser considerada uma ofensa do Judiciário ao princípio, visto que é pertinente destacar como o papel do Supremo Tribunal Federal não é substituir o Legislativo e o Executivo em suas atribuições próprias. A atuação da Corte em um estado de inconstitucionalidades é dialogar com os outros Poderes possuidores da responsabilidade e da capacidade técnica para implementação das soluções necessárias. As outras vertentes de atuação do Judiciário seriam na interlocução com a sociedade acerca do problema, bem como na coordenação e monitoramento das políticas públicas propostas para sanar a mencionada violação, afastando a presente inércia e deficiência estatal (BRASIL, 2015B, p. 35-36).

O Supremo Tribunal Federal, através dos seus ministros, foi unânime nos votos quanto à necessidade urgente de mudanças para a população carcerária, mormente a grave inércia do Poder Público, concordando na integralidade com os argumentos trazidos pelo PSOL para justificar a ação.

Referente ao cabimento da ADPF para discussão do ECI, como também a própria discussão da declaração do instrumento no sistema penitenciário brasileiro, os ministros, em unanimidade, ressaltaram a possibilidade e importância da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional perante a degradante situação nos presídios do país. Então, nesse aspecto, todos

²⁵ Referido também no voto, o fato da sociedade ver que quem praticou um crime está condicionado, além da perda da liberdade em si, a perda da própria dignidade humana, é razão para gerar bloqueios políticos, fazendo com que a intervenção judicial seja necessária (BRASIL, 2015B, p. 32-33). A teoria desse tema já foi discutida em momento anterior nessa pesquisa, quando se abordou a Judicialização da Política na introdução dessa pesquisa.

os ministros votaram em conformidade com o relator, as divergências surgiram no deferimento dos pedidos cautelares, que serão discutidos nos próximos capítulos da pesquisa.

Alguns ministros, antes de analisarem os pedidos cautelares, além de acompanhar a relatoria, deram ênfase à admissibilidade da ADPF e à legitimidade do Poder Judiciário na hipótese de omissão lesiva a preceito fundamental, como o ministro Luís Edson Fachin, o qual salientara que, quando a efetivação dos direitos fundamentais não é realizada pela política majoritária, a provocação ao STF pelos representantes de minoria para obtenção da tutela dos direitos básicos à sobrevivência, é legítima, pois se trata de usar o Poder Judiciário e o STF com a finalidade de proteger direitos fundamentais sistematicamente violados por Poderes omissos. Assim, o ministro não vê, nesse caso, um uso indevido da ADPF com intuito de usurpação de competência, mas sim como último refúgio para garantir a proteção de direitos fundamentais a uma minoria estigmatizada. (BRASIL, 2015B, p. 50) Para fins de elucidação da grave lesão a preceitos fundamentais, o ministro Fachin cita algumas das violações constitucionais sofridas pela população carcerária, tais como os direitos de integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV) e, o princípio da humanidade das penas (art. 5º, XLVII) (BRASIL, 2015B, p. 53).

O ministro Luís Roberto Barroso enfatizou que o cabimento da ação, como também a legitimidade do STF em atuar em uma demanda de ECI é admissível porque se trata da essência da atuação do Judiciário no mundo que é a proteção de direitos fundamentais, particularmente da minoria. Uma minoria, como a população carcerária, que sequer possui representação política para reivindicar os seus direitos básicos constantemente vulnerados e que está em uma relação de sujeição para com o Estado e esse deveria ter a incumbência de, ao menos, uma mínima proteção a esses indivíduos. O ministro admite a necessidade de diálogo com os outros Poderes acerca do tema, porém ressalta que referente ao Legislativo não se tem maiores problemas pois a legislação brasileira é razoável no tocante a proteção a população carcerária, incluindo a Lei de Execução Penal (BRASIL, 2015B, p. 71-73).

Assim como os outros ministros, Luiz Fux considera que em uma situação de inércia do Poder Público quanto aos direitos fundamentais não cumpridos, é cabível a interferência do Judiciário para sanar tal inconstitucionalidade. Cita o exemplo de outros países, como a Colômbia, África do Sul e Índia nos quais o ativismo judicial-dialógico visa implementar os direitos fundamentais previstos em suas respectivas constituições através da determinação, acompanhamento e coordenação de políticas públicas (BRASIL, 2015B, p. 113).

Por fim, buscou-se, nesse tópico, fazer um apanhado geral sobre a ação, trazendo os motivos e justificativas que culminou na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no

sistema penitenciário brasileiro, perpassando informações constantes na petição inicial, a fim de verificar as bases que o PSOL utilizou para suscitar tal declaração, como também qual foi o embasamento dos juízes da Corte para justificá-la, incluindo o cabimento da ADPF para esse tipo de ação. Adiante, será discutido o que a doutrina aponta como riscos e críticas da declaração do ECI em nosso sistema jurídico.

2.5. RISCOS E CRÍTICAS ACERCA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Dentre a doutrina existente no Brasil, ainda sem tamanha representatividade visto ser um tema relativamente recente, bem como até artigos científicos e de opinião jurídica acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, um fato que não se discute entre os críticos do ECI é quanto ao cabimento da ADPF para tal declaração, o que pareceu uma concordância quanto ao correto uso da ação. Então, nesse tópico da pesquisa não serão feitas discussões acerca da receptividade do ECI por meio de uma ADPF, pois esse ponto já foi deveras discutido dentre os votos dos ministros do STF e sem discussões doutrinárias sobre seus efeitos.

As discussões sobre as críticas e riscos da declaração do ECI no Brasil permeiam sobre pontos principais²⁶: os efeitos desse instrumento no princípio da separação de poderes; a falta de capacidade técnica (*expertise*) do Poder Judiciário em litígios estruturais, uma vez que em demandas como essa envolvem atividades pertinentes aos outros Poderes; a possibilidade do mecanismo ser aplicado sem critério e para qualquer assunto; e, por fim, um possível risco ao ECI no Brasil é o ressaltado pelo professor Breno Baía Magalhães (2019B) compondo a probabilidade de esse tipo de declaração se tornar um único caso isolado²⁷.

Não se pode negar que o ECI impactará na separação de poderes, porém esse impacto não pode ser visto de maneira tão inflexível, visto que, conforme citado por Aileen Kavanagh (2016, p. 221-222/224), uma rigorosa separação de poderes perpassa também por tornar o Estado ingovernável. É imprescindível definir limites de atuação, principalmente nessa técnica de decisão, por ser um instrumento ainda novo no nosso sistema jurídico. No entanto, a exemplo

²⁶ Alguns pontos também foram citados na petição inicial da ADPF nº 347. Na pesquisa doutrinária sobre críticas ao ECI, em suma praticamente resultavam nos mesmos apontamentos citados na ação, por esse motivo a semelhança.

²⁷ A maioria das críticas levantadas acerca do Estado de Coisas Inconstitucional foi críticas de opinião citadas em jornais ou sítios que tratam de temáticas jurídicas, a exemplo de STRECK (2015); DE GIORGI, FARIA, CAPILONGO (2015); VIEIRA, BEZERRA (2015); RODRIGUEZ (2015). Essas, não busquei trazer a opinião por autor e sim pelos fatos relatados, que, por fim acabaram coincidindo, por isso ficou condensado. A crítica do prof. Breno Magalhães será melhor explanada, visto que partiu de uma análise da decisão em si e que pode, de fato, ser um aspecto que merece a atenção do STF.

da doutrina colombiana, o intento é que a Corte entre como um agente coordenador das sistemáticas definidas pelos próprios órgãos de execução dos outros poderes, com a finalidade de garantir a população carcerária pelo menos o mínimo de dignidade humana preconizado em nossa Constituição.

Em seu voto, o ministro relator Marco Aurélio, já aponta que o STF não tem a intenção de usurpar as funções pertencentes aos outros poderes, uma vez que a pretensão não é interferir nas políticas públicas a ponto de desprezar as capacidades institucionais dos poderes Executivo e Legislativo, mas sim atuar na coordenação dessas, para fins de afastar a inércia que atinge o sistema penitenciário. É dever da Corte nessa atuação formular ordens flexíveis, com margens de execução e criação legislativa a serem implementadas pelos outros Poderes e no monitoramento da observância da decisão, sendo eficaz pelos meios definidos pelos outros entes. Com esse tipo de atuação, é reservado aos Poderes Executivo e Legislativo escolher, conforme capacidade técnica, a forma mais adequada para a superação do ECI. (BRASIL, 2015B, p. 36).

Ressalta-se também que o Judiciário, no caso específico do sistema penitenciário, tem sua parcela na construção desse estado de inconstitucionalidades, que também o legitima para adentrar na formação de planos de ação, dentro de sua capacidade técnica, para dirimir a situação. O ministro Teori Zavascki frisou em seu voto, que das 8 medidas cautelares suscitadas pelo autor da ação, apenas uma não envolvia providências do Poder Judiciário, significando, de alguma forma, como este tem um campo grande de contribuição para amenizar situação do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015B, p. 96-97). Esse posicionamento pode ser visto por outro aspecto. Assim como o Judiciário tem grande um campo de atuação para minimizar a calamidade dos presídios, ele também cooperou para que se chegasse a essa situação, vide como exemplo a situação da análise da concessão de benefícios²⁸ aos presos, que, conforme reconhecido no relatório do programa “Justiça Presente” (2020, p. 25), ficava no intervalo de 6 meses a 2 anos.

Sabe-se que no histórico do Supremo, existem condutas que beiram a usurpação do Legislativo, a exemplo do citado na pesquisa de Diego Arguelhes e Leandro Molhano (2016), no entanto, ao menos até o momento, a atuação ainda está moderada, inclusive até aquém do que se espera, dada a declaração do ECI. Essa questão será demonstrada nos tópicos 3 e 4 dessa pesquisa.

²⁸ Sendo esses a progressão de regime, a remição e detração da pena.

Quanto às questões de capacidade técnica e a possibilidade de o mecanismo ser aplicado sem critério e para qualquer assunto, ambas perpassam pelo uso excepcional da técnica. Garavito (2009, p. 438-439) já explicita que existem três razões para isso, e uma delas é justamente o fato de a Corte ter competência institucional limitada quanto a conhecimento técnico acerca da matéria abordada no litígio e para se equacionar questões jurídicas é necessário ponderar as capacidades institucionais dos agentes na definição de suas respectivas atribuições (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003). No caso em senda, por diversas vezes os votos dos ministros argumentam que se usufruirá do conhecimento do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), órgão pertencente ao CNJ para o monitoramento das ações. Assim, de fato, está sendo feito, porém numa escala provavelmente abaixo do esperado. É evidente que se trata de um sério risco e é uma realidade reconhecida pela doutrina, por isso o ECI deve ser tratado como uma técnica para questões excepcionalíssimas.

No mesmo enquadramento da excepcionalidade está a aplicação do ECI sem critério e para qualquer assunto. Nas críticas iniciais à técnica, os argumentos eram que, em um país como o Brasil, os pressupostos de violação massiva a direitos humanos por omissão dos poderes públicos capturam uma série de problemas, possibilitando o uso banalizado do ECI como ferramenta para a supremacia do ativismo judicial (STRECK, 2015). Entretanto, tanto autores favoráveis à litigância estrutural, como Sérgio Arenhart (2013) e César Garavito (2009) são enfáticos ao afirmarem que esse tipo de técnica só deve ser utilizada quando não existir outras possibilidades. No tocante ao ECI, é necessário construir pressupostos que determinem como o uso da ferramenta é de caráter excepcional. Para o caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal incluiu dois pressupostos diferentes dos existentes na jurisprudência colombiana. Esse é o outro ponto que pode ser considerado um risco à técnica no Brasil.

Conforme citado por Gabriel Peña (2011), o ECI tem por origem a construção jurisprudencial. Então, no seu voto, Marco Aurélio enfatizou os mesmos pressupostos que a Corte Constitucional da Colômbia determinou, quais sejam, a situação de violação massiva de direitos fundamentais; a omissão ou incapacidade reiterada e persistente do Poder Público em modificar a situação identificada; e a circunstância de a superação das violações exigir a atuação de todas as autoridades políticas. No entanto acrescentou mais dois relacionados à sub-representação parlamentar da população carcerária, visto os direitos políticos suspensos, e à impopularidade dos encarcerados perante a sociedade e políticos. São esses últimos pressupostos aqueles utilizados por Breno Magalhães (2019B) para demonstrar o risco de a técnica restar adstrita a apenas um caso, compondo o precedente da ADPF 347.

Apesar de argumentar que esses dois requisitos não foram elencados como essenciais para a declaração do ECI, o autor afirma que ambos foram determinantes para o feito e que tornaram o ECI no Brasil “uma doutrina de um caso só” (MAGALHÃES, 2019B, p. 25). De fato, não se pode negar tal risco, visto que uma mudança de precedente por parte da Corte pode ser um processo demorado (GARGARELLA, 2014). Emanuel Ferreira (2022) contrapõe o argumento afirmando que é possível a criação de exceções ao precedente no controle concentrado de constitucionalidade, o que poderia não inviabilizar novas declarações do ECI. Mas existe pertinência no receio de Magalhães, pois se realmente não for realizada nenhuma distinção, provavelmente será um caso único.

Breno Magalhães (2019B, p. 26), continuando sua explanação, condensou os dois pressupostos, denominando-os de “bloqueio político”, ou seja, havendo violação massiva a direitos fundamentais cominada com a omissão do Poder Público, tal obstáculo somente seria superado com a necessária atuação de todos os entes públicos. No entanto, se olharmos apenas para o termo acunhado, provavelmente não teríamos um caso único de uso da técnica.

O termo “bloqueio político” é muito relativo, pois, assim como o próprio pressupõe, a depender do momento político vivido no país, poderemos ter obstáculos em outras situações que possibilitariam a declaração do ECI e isso sem o STF inovar na jurisprudência. Um exemplo bastante atual, que inclusive pode ter a declaração do ECI em breve, é a situação do meio ambiente. Diante de um governo que claramente permite “passar a boiada”²⁹ nas matérias ambientais, o que se vê é que existe um bloqueio político para o tema, pois, atualmente, estão presentes a baixa representação parlamentar e a impopularidade do tema dentro do governo³⁰. Futuramente, em outro momento político, pode-se ter uma matéria que preenche todos os outros requisitos e que também possui um bloqueio político e, se chegar ao STF o pedido de declaração do ECI, o deferimento será possível e poderá deixar de ser uma “doutrina de um caso só”.

²⁹ Termo referido pelo ex-ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles em reunião ministerial no dia 22 de abril de 2020. Na época, o termo foi usado para afirmar que, aproveitando a situação da COVID-19, era o momento ideal para mudar regras referentes à proteção ambiental e à agricultura sem ter desgastes com o Congresso Nacional e questões judiciais.

³⁰ Não se tem argumentos para afirmar que a matéria é impopular perante a sociedade.

3. A ADPF Nº 347 APÓS CINCO ANOS DE SUA DECISÃO CAUTELAR: EXECUÇÃO E EFEITOS GERADOS

3.1. UMA ANÁLISE DA DECISÃO E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

O julgamento da ADPF nº 347 deferiu apenas dois dos oito pedidos suscitados na petição inicial. No decorrer desse capítulo buscarei mostrar como se deu a execução dos pedidos deferidos, entretanto nesse tópico a intenção é relatar as discussões acerca da aprovação dos pedidos, como também avaliar se as cautelares rejeitadas, na prática, não fizeram parte de decisões posteriores da Corte e o que isso pode acarretar para o ECI.

Primeiramente, vou tratar dos pedidos deferidos de maneira mais genérica, trazendo apenas as discussões geradas entre os ministros, uma vez que sua execução será aprofundada nos tópicos seguintes. Em seguida, descreverei os motivos e justificativas para o indeferimento dos outros pedidos e como alguns desses foram tratados na prática pelo STF a partir de exemplos de outros julgamentos entre os anos de 2015 (a partir de setembro) e 2020.

Um pedido deferido foi a determinação da realização de audiências de custódia no prazo de até 90 dias. Não foi discutido o pedido em si, todos os ministros seguiram o relator, o qual inclusive ressaltou o trabalho que o CNJ já vinha realizando através do projeto-piloto em São Paulo e como a medida já era prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, possuindo força normativa em nosso país (BRASIL, 2015B, p. 38). O debate sobre o total deferimento desse pedido circundou acerca do prazo dado para a implementação.

Ante a discussão, o ministro Teori Zavascki questionou se os tribunais e os órgãos judiciais do país estariam preparados e em condições de atender a essa medida. A preocupação do ministro relacionava-se com a possibilidade de a Corte determinar alguma medida que não pudesse ser cumprida, até mesmo por uma questão de responsabilidade do próprio STF. Seu receio era pautado na probabilidade de, em não sendo efetivada a decisão em torno da implantação das audiências, retorno da questão ao STF através de Reclamações, o que impreterivelmente aconteceria com o não cumprimento da medida cautelar (BRASIL, 2015B, p. 81-82).

Então, o ministro Ricardo Lewandowski sugeriu a possibilidade de alterar o prazo de 90 dias para, já nesse momento, delegar a responsabilidade ao Conselho Nacional de Justiça, modificando o íterim de efetivação das audiências, sugerido na petição inicial para “segundo o cronograma estabelecido pelo CNJ”, vide a pretensão já existente no órgão de normatizar a

implementação das mesmas. A sugestão de uma possível coordenação do CNJ foi acatada pelo ministro Luís Roberto Barroso, mas que regulamentasse o prazo para um ano (BRASIL, 2015B, p. 83-84). É interessante destacar o caráter otimista do ministro Luiz Fux aventando a possibilidade desse processo ocorrer de forma célere, visto que nas comarcas do interior o número de presos é bem menor, o que possibilitaria o juiz fazer essa apresentação nesse prazo de 90 dias com facilidade. Para ele, o problema se daria nas grandes capitais (BRASIL, 2015B, p. 86). Foi o contrário.

Até o relatório final do programa “Justiça Presente”, finalizado em setembro de 2020, após cinco anos do deferimento da medida cautelar, ainda se tinha Tribunais de Justiça (TJs) que não haviam implementado audiência de custódia em todas as suas comarcas. Acerca desse assunto, serão tecidos maiores detalhamentos no próximo tópico e algumas observações sobre o efeito gerado referente ao prazo de cumprimento da decisão no capítulo 4 da presente pesquisa.

O outro pedido deferido se refere ao descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, o qual também foi bem recebido por todos os ministros, que também acompanharam o relator. Porém, os ministros Luís Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber opinaram por dar um prazo de 60 (sessenta) dias para que a União realizasse tal feito (BRASIL, 2015B, p. 66;76;108). Os votos foram vencidos.

Essa cautelar deferida talvez tenha caracterizado a principal oportunidade para se aplicar a metodologia do ECI, visto que se tratava de uma responsabilidade do Poder Executivo e a aplicação do diálogo institucional e audiências públicas seria deveras necessária. Porém, houve falhas e estas também serão analisadas com maiores detalhamentos no próximo capítulo dessa pesquisa.

Não obstante, tem-se três exemplos de cautelares indeferidas que, em ações posteriores à ADPF nº 347, foram recepcionadas pela Corte, o que pode demonstrar uma espécie de retificação por parte do STF em relação ao que fora pedido na mencionada ação.

O primeiro pedido cautelar da petição inicial foi a determinação aos juízes e tribunais que fundamentassem as razões que impediam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade. O relator da ADPF nº 347, ministro Marco Aurélio, foi favorável ao deferimento desse pedido, argumentando o fato de a prisão provisória ter deixado de ser exceção e por falta de um exame adequado das razões das prisões, várias pessoas ficam detidas provisoriamente por meses e até anos, contribuindo para o problema da superlotação carcerária (BRASIL, 2015B, p. 37-38). Apesar do apelo ao efeito pedagógico da jurisdição constitucional ponderado pelos ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2015B, p. 115;179),

apenas esses e a ministra Carmen Lúcia acompanharam o relator. A cautelar foi indeferida pela maioria e o que se justificou, em resumo, foi o que fundamentou o ministro Luís Roberto Barroso avaliando que o pedido era pertinente, todavia ele já era uma decorrência da legislação. Citando os art. 93, IX, da Constituição, do art. 315 do Código de Processo Penal e do art. 282, §6º, também do Código de Processo Penal, o ministro ratifica que, desse modo, o pedido cautelar motivava a explicitar e reiterar que os juízes têm esse dever de fundamentação. Por fim, asseverou a possibilidade de caber eventualmente reclamação de toda e qualquer decisão que aplique pena de prisão, pelo fundamento de que a motivação não foi satisfatória (BRASIL, 2015B, p. 74).

Com essa argumentação, a Corte não enfrentou a necessidade de se impor aos juízes ordem no sentido de fundamentar mais adequadamente a prisão preventiva, não se admitindo análises genéricas em torno da aplicação de medidas cautelares. Apesar de realmente não necessitar que uma decisão judicial determine a observância da lei, a realidade judicial brasileira demonstra que, para muitos juízes, os precedentes são mais obrigatórios que a norma jurídica primária³¹.

Em 2018, no Habeas Corpus Coletivo 143.641/SP, percebeu-se uma mudança de entendimento com relação a determinar que juízes fundamentem a prisão preventiva, mesmo com a previsão legal posta. Em tal ação, a Corte determinou que se aplicasse a lei ao determinar a soltura de presas mães de crianças ou gestantes, atacando o que denominou como “cultura do encarceramento”³². O Ministro Gilmar Mendes discorreu sobre essa cultura, apontando a necessidade de se proceder à mudança de comportamento por parte de juízes através, por exemplo, da atuação do CNJ e do CNMP (BRASIL, 2018, p. 93-94).

O HC em senda expressamente reporta-se ao precedente firmado na ADPF nº 347, considerando as situações de fato lá narradas como prova acerca da condição degradante às quais gestantes ou mães de crianças restam submetidas nas prisões brasileiras. No HC, o STF criticou precisamente o que denominou como “excessos na interpretação” da lei penal e processual penal, buscando corrigir a postura de juízes não comprometidos com os direitos fundamentais dos réus (BRASIL, 2018, p. 32). No entanto, deixou em aberto a possibilidade de

³¹ Juraci Mourão, por exemplo, analisa como é raro o interesse judicial em desafiar precedentes, ainda mais quando existem normas acerca de promoções para juízes que premiam a observância deles, mesmo quando o juiz não concorde com ele. (LOPES FILHO, 2016, 74-88)

³² “Exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente”. (BRASIL, 2018, p. 5)

juízes negaram a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar em situações “excepcionalíssimas”, devidamente fundamentadas (BRASIL, 2018, p. 56).

A leitura do acórdão, deixa perceptível como a 2ª Turma do STF estava atenta ao que realmente estava em jogo no caso: a falta vontade processual de juízes em não cumprir a lei, adotando qualquer tipo de argumento para não converter a prisão preventiva em domiciliar. A busca pela diminuição da discricionariedade judicial, assim, permeou os votos vencedores, não se admitindo a proposta do Ministro Edson Fachin a qual não admitia a revisão automática das prisões preventivas já decretadas (BRASIL, 2018, p. 140).

Em continuidade com a análise dos pedidos cautelares, o relator condensou os pedidos “c” e “d”³³, esclarecendo que devido a situação do sistema penitenciário, devem ser considerados os pedidos voltados a escolha de penas alternativas à prisão quando da concessão de medidas cautelares penais, da aplicação da pena e durante o processo de execução penal (BRASIL, 2015B, p. 38). Esse voto foi vencido, sob situação semelhante à da fundamentação da decisão.

Dentre os votos vencedores, destacam-se o do ministro Luís Edson Fachin, que não deferiu as mencionadas cautelares pois entendeu deveriam ser analisadas no julgamento de mérito e avaliados conforme os demais pedidos realizados (BRASIL, 2015B, p. 61), como também do ministro Luís Roberto Barroso, o qual não via razão por tal determinação em uma ordem cautelar, entendendo os pedidos decorrerem do dever dos juízes, apesar de admitir como, muitas vezes, os magistrados não levam em conta as penas alternativas à prisão. (BRASIL, 2015B, p. 75)

Novamente o que se observa é uma confiança por parte do STF na observância do Judiciário ao dever de guardião dos direitos fundamentais. Não obstante a afirmação do ministro Luís Roberto Barroso em afirmar que em muitas vezes os juízes não fazem essas observações, a Corte preferiu se abster de deferir as duas cautelares sob possibilidade de ensejo de reclamações constitucionais (BRASIL, 2015B, p. 75).

No tocante à cautelar que prevê o poder-dever do juízo de execução penal de abrandar requisitos temporais para permitir a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento

³³ “c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.” (BRASIL, 2015A, p. 69)

da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória (BRASIL, 2015A, p. 69-70), a Corte foi peremptória que tal pedido ofendia a legalidade³⁴, nas palavras do ministro relator, pois, em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto. (BRASIL, 2015B, p. 38)

Em um julgamento posterior, o STF já modificou o posicionamento quanto aos pedidos liminares indeferidos que previam a concessão de benefícios dos presos, a exemplo dos casos de progressão de regime. No RE 641.320/RS discutiu-se qual deve ser a postura dos órgãos estatais voltados para a execução penal diante de o direito do preso em progredir de regime quando estão ausentes vagas no regime mais benéfico, semi-aberto ou aberto. De plano, o STF afastou a possibilidade de cumprimento da pena no regime mais gravoso, já que o preso não pode ser responsabilizado pela conduta omissa estatal em operacionalizar a colônia agrícola, industrial ou similar, no caso do regime semi-aberto ou a casa de albergado, no caso do regime aberto. (BRASIL, 2016) Essa tese, unanimemente adotada, demonstra a disposição da Corte em enfrentar o argumento do Ministério Público, o qual sustentava a necessidade de violar os direitos do preso como condição para a pretensa proteção da sociedade ao reafirmar que o regime mais gravoso de cumprimento de pena deveria continuar a ser aplicado, mesmo havendo o direito a progressão.

Em seguida, o voto do Relator Gilmar Mendes apontou para a necessidade de se admitir decisão de efeito manipulativo para, no seu entender sem qualquer violação ao princípio constitucional da legalidade, admitir: a) a saída antecipada; b) o monitoramento eletrônico; c) a prisão domiciliar como medidas capazes de promover a abertura de vagas necessárias para a progressão. As medidas vão de encontro à regulamentação legal sobre a progressão de regime, prisão domiciliar e utilização do monitoramento eletrônico, sendo, em parte, semelhante à medida cautelar citada acima, negada sob o argumento de ofensa à legalidade. A incoerência dificulta a eficácia do julgamento da mencionada ação pela falta de clareza, sendo prudente que a Corte, quando do julgamento do mérito da referida ADPF, supere tal contradição (BRASIL, 2016).

³⁴ À exceção do voto do ministro Gilmar Mendes cujo intento foi a notificação da União e dos Tribunais de Justiça colocassem em funcionamento os sistemas de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, na forma da Lei nº 12.714/2012, devendo ser fiscalizada pelo CNJ, e este prestando contas ao STF. (BRASIL, 2015B, p. 144-145)

Nenhum voto do Recurso Extraordinário analisou a possível ofensa ao princípio da legalidade nas determinações do Relator tampouco a incoerência entre tais pronunciamentos e a decisão cautelar na ADPF nº 347. No máximo, justificou-se a intervenção da Corte tendo em vista a omissão legal na regulamentação da situação de fato existente, qual seja, a ausência de vagas no regime menos gravoso para cumprimento da pena. Nesse sentido, para o Ministro Teori Zavascki, o tribunal não praticaria “ativismo judicial no sentido pejorativo”, pois, mesmo ante a falta de lei, o juiz não poderia eximir-se de decidir. (BRASIL, 2016, p. 66)

Quanto ao pedido do abatimento da pena quando se evidenciar que o cumprimento da pena é mais severo que o previsto na ordem jurídica e sentença condenatória (BRASIL, 2015B, p. 70) a argumentação do ministro Marco Aurélio foi parecida ao item anterior, no caso sustentando falta de previsão legal (BRASIL, 2015B, p. 38) e foi confirmado pelos demais ministros. Os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso sinalizaram que a questão também estava sendo discutida em sede de Recurso Extraordinário, no RE 580.252/MS, que, à época do julgamento da ADPF nº 347, estava suspenso pelo pedido de vista por parte da ministra Rosa Weber. O recurso tratava da responsabilidade civil do Estado em relação ao preso submetido a inadequadas condições prisionais.

O mencionado recurso foi julgado em 16 de fevereiro de 2017, e como relator inicial o ministro Teori Zavascki e por fim o ministro Alexandre de Moraes³⁵, com relatoria para o acórdão do ministro Gilmar Mendes. O caso refere-se à superlotação carcerária, mas não é daqueles cuja solução demandou decisões aditivas ou retenção de jurisdição para fins de fiscalização do respectivo cumprimento, pois não se tratou propriamente de litígio estrutural, mas sim de pedido de indenização individual em face de dano moral formulado por preso tendo em vista as péssimas condições carcerárias às quais estava submetido. De acordo com o TJ/MS, tem-se que as condições do estabelecimento prisional sediado em Corumbá, violam os direitos fundamentais dos custodiados de modo indiscutível, não cabendo ao Poder Judiciário, por outro lado, deferir pedido de indenização por danos morais individualmente considerado, pois a solução da superlotação carcerária passa por investimento público coletivo, os quais propiciariam reforma e construção dos presídios. (BRASIL, 2017B, p. 5-6)

Percebe-se que tal argumentação nega a reparação a um direito individual voltado para a dignidade da pessoa humana no contexto prisional em prol de uma política pública voltada para o alegado bem-estar geral dos presos, coletivamente considerados. O caso contou com

³⁵ Na distribuição original, no ano de 2014, a relatoria era do ministro Teori Zavascki. Com o pedido de vista da ministra Rosa Weber, o RE foi julgado após o falecimento do ministro relator, ocorrido em janeiro de 2017. Na nova distribuição, o processo ficou para o seu sucessor, o ministro Alexandre de Moraes.

expressiva inovação trazida pelo voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual defendeu que, ao invés de se garantir indenização em dinheiro, como preconizam as regras civis acerca da responsabilidade, que se garantisse o direito à remição da pena. (BRASIL, 2017B) Tal proposta, para fins de redução da superlotação carcerária, deve ser levada a sério, já que a indenização em si não resolve esse problema específico, podendo servir, como destacado pelo Ministro, para se alcançar exatamente a finalidade diversa, eis que recursos que poderiam ser utilizados para a melhoria do sistema seriam realocados para pagamento de indenizações. O Ministro ainda destacou a falta de parâmetro para fixação da indenização em danos morais no caso concreto: o preso estava preso por cinco anos nas condições degradantes já conhecidas e, sem qualquer explicação, fixara-se a quantia módica de dois mil reais de reparação. (BRASIL, 2017B, p. 38; 45)

A Ministra Rosa Weber, em seu voto, iniciou diálogo com a tese do Ministro Luís Roberto Barroso, afastando a aplicação da analogia com a remição por estudo ou trabalho por ele proposta por entender que não havia semelhança entre as hipóteses, já que na remição prevista na LEP, tem-se alguma conduta ativa por parte do preso que, amparada no seu mérito, conferiria o direito à remição. Nada disso se cogitaria no caso da remição em face de pena cumprida em excesso de execução. Além disso, a Ministra pontuou que remição proposta judicialmente não seria suficiente para responder ao dano sofrido, pois tal medida nada diria sobre o período no qual cumprido a pena em excesso, no sentido de que “abreviar o sofrimento não é necessariamente o mesmo que reparar o sofrimento” (BRASIL, 2017B, p. 133-140). Nesse sentido, era como se o preso, mesmo saindo antecipadamente a partir da remição proposta pelo Ministro Barroso, não tivesse a devida reparação por todo o período no qual cumpriu a pena em condições degradantes. Nessa perspectiva, o benefício penal não poderia vedar o pleito por indenização civil.

Finalmente, apontou que a medida poderia ter o efeito indesejado de fazer com que o Estado continuasse na sua omissão em não executar adequadamente as políticas públicas voltadas para o sistema penitenciário, já que, em não sofrendo condenação patrimonial e em se reconhecendo o direito à remissão, o Estado sentir-se-ia na condição confortável de não precisar fazer nada para que o preso tivesse seu direito reparado com o abreviamento do cumprimento da pena (BRASIL, 2017B, p. 143). Em sua decisão, por maioria de sete votos venceu a solução da reparação pecuniária do dano moral (BRASIL, 2017B, p. 206).

Posto que o provimento do recurso resultou em uma reparação pecuniária, é importante ressaltar que houve a discussão de se aplicar a equivalência da norma da Lei de Execução Penal para remição da pena quando o cárcere for mais gravoso do que previsto na ordem jurídica, o

que até foi citado no julgamento da ADPF nº 347, mas a argumentação não prevaleceu, tanto que foi indeferida por unanimidade. Sabe-se que o pedido inicial foi referente à detração da pena, que, pela motivação suscitada, com efeito não possui previsão legal, porém o que se discute é que a Corte pouco debateu acerca dessa possibilidade no julgamento da ADPF nº 347, uma vez que a intenção é o benefício de uma sanção humana e proporcional.

Por fim, o último pedido indeferido foi a coordenação por parte do CNJ de um ou mais mutirões carcerários (BRASIL, 2015A, p. 70). O relator entendeu por prejudicado o pedido visto que já era uma atuação do CNJ desde 2008 e por esse motivo não precisaria subsistir. Os ministros Luís Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello ainda assim deferiram o pedido, mesmo sabendo que os mutirões já eram uma realidade até considerada consolidada desde 2008.

De acordo com informações do CNJ, os mutirões carcerários começaram a ser realizados pelo órgão como forma de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional. No modelo utilizado até 2014, juízes deslocavam-se às diferentes unidades da federação para analisar a situação processual das pessoas que cumpriam pena, além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de sanar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais. Os esforços concentrados resultaram, desde sua concepção em 2008, na análise de cerca de 400 mil processos com mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros. Pelo menos 45 mil presos foram libertados por terem cumprido suas penas. (BRASIL, 2022)

A partir de 2019, uma atualização no modelo de mutirão foi promovida pelo Programa Justiça Presente, parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, com o apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para enfrentar problemas estruturais no sistema prisional e socioeducativo. Na nova metodologia é possível a partir da difusão nacional do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), ferramenta desenvolvida pelo CNJ que centraliza e unifica a execução penal em todo o país. O SEEU permite a filtragem de processos de acordo com critérios pré-estabelecidos, tornando o processo de revisão processual mais ágil e menos oneroso.³⁶ (BRASIL, 2022)

Mesmo em se tratando de uma das cautelares não deferidas, os mutirões carcerários foram englobados pelo Programa Justiça Presente, além de outras iniciativas por parte do CNJ.

³⁶ Seus resultados serão descritos no capítulo 4 dessa pesquisa.

Quanto a esse programa, comentarei ao longo do próximo tópico, bem como no capítulo 4 da presente pesquisa.

Então, o que efetivamente aconteceu foi o deferimento de dois pedidos na ADPF 347 e em outros precedentes, a aceitação de forma indireta de mais quatro medidas cautelares de forma alheia àquela ADPF, por vezes sem citá-la. Essas medidas tomadas pelo STF inspiram cuidados quanto a confiabilidade e sustentabilidade da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Apesar de três cautelares passarem por uma espécie de mudança de tese com a finalidade de enxergar a situação do sistema prisional, como também uma forma da Corte se redimir por não ter sido um pouco mais aguerrida ao se pronunciar na ADPF nº 347, não se pode afirmar que a confiabilidade no mecanismo do ECI se finca no sistema jurídico brasileiro, pela adoção de decisões equivocadas do Supremo Tribunal Federal. Outras situações em que a Corte teve a oportunidade de colecionar acertos e não o fez serão discutidas no capítulo 4.

No próximo tópico realizarei uma discussão acerca das medidas cautelares deferidas na ADPF nº 347.

3.2. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, RESOLUÇÃO Nº 213/2015-CNJ E O PROGRAMA “JUSTIÇA PRESENTE”

A audiência de custódia trata-se de uma ação prevista em acordos internacionais nos quais o Brasil é signatário, mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. O Conselho Nacional de Justiça elucida que é uma oitiva de curta duração, em média 10 minutos, em que o autuado, acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Também deverá ser avaliado pela autoridade judicial se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão (BRASIL, 2016, p. 10).

O instrumento tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante ao autuado seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, além de permitir o conhecimento de possíveis casos de maus-

tratos e tortura, devendo o juiz tomar as providências necessárias diante desses. Com isso, a intenção é evitar prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente. (BRASIL, 2016, p. 10)

Os resultados possíveis da audiência de custódia são o relaxamento de eventual prisão ilegal; a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas; a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; a análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas; os encaminhamentos de natureza assistencial, como também os de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão. (BRASIL, 2016, p. 10)

Após a conceituação, o intento nesse tópico é trazer uma sequência cronológica acerca das audiências de custódia no Brasil até o ano de 2020, com os resultados apresentados pelo programa Justiça Presente, sem embargo da apresentação dos óbices identificados ao longo da implementação das audiências de custódia no Brasil.

No Brasil, o instrumento foi incorporado a partir da adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, com a promulgação do Decreto nº 592/1992, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷, a partir do Decreto nº 678/1992³⁸. É imperioso destacar que esses atos internacionais, a partir do momento de sua promulgação, já possuem força normativa de lei, inclusive havendo nos dois decretos a menção de que seriam cumpridos em sua integralidade³⁹. No entanto, o que ocorreu na realidade foi um intervalo de quase 23 anos para que se iniciasse o cumprimento dos acordos internacionais os quais o Brasil é signatário.

O prelúdio da implementação das audiências de custódia aconteceu meses antes do julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347. Consoante informações do Conselho Nacional

³⁷ Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

³⁸ Ambos os decretos trazem em anexo os respectivos atos internacionais. Quanto ao conteúdo acerca da audiência de custódia, versa o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu art. 9.3: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.” (BRASIL, 1992A). A Convenção Americana de Direitos Humanos cita em seu art. 7.5: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.” (BRASIL, 1992B)

³⁹ Decreto nº 592/1992: “Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (BRASIL, 1992A); Decreto nº 678/1992: “Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (BRASIL, 1992B)

de Justiça, o projeto piloto iniciou em fevereiro de 2015 no estado de São Paulo a partir do Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Até o julgamento da já mencionada ADPF, já existia o termo de cooperação pactuado com os Tribunais de Justiça de 17 estados (BRASIL, 2021, p. 8-10). Com isso, é imprescindível mencionar que a instituição das audiências de custódia no Brasil não aconteceu somente por força da decisão da ADPF nº 347, mas também não se pode desmerecer a importância do julgamento para tal feito, pois foi a partir dele que obteve mais impulso, inclusive de caráter técnico, com a designação do CNJ para regulamentar e acompanhar a implementação no país.

Conforme já referido no tópico anterior, no julgamento da medida cautelar da ADPF nº 347 que visava à implementação das audiências de custódia em todo o Brasil, esse pedido foi bem recepcionado pelos ministros da Corte, gerando discussão, entretanto, acerca da sua efetiva execução em um prazo curto (90 dias), conforme constava no pedido da ação, já que o Brasil é um país de grandes dimensões e dificuldades e isso poderia acarretar problemas para sua concretização. De fato, o que se temia aconteceu e isso será mostrado a seguir.

Como o CNJ já era o órgão responsável pela implantação das audiências de custódia, após a decisão da ADPF nº 347 permaneceu com essa incumbência. Após a declaração do ECI, em setembro de 2015, os Tribunais de Justiça de mais 9 estados e do Distrito Federal, como também os Tribunais Regionais Federais (TRFs) das 5 regiões assinaram o termo de cooperação junto ao CNJ e antes do fim do ano de 2015⁴⁰ já se tinha o compromisso de todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais em implantar as audiências de custódia (BRASIL, 2021, p. 10).

Em decorrência desses acordos, em dezembro de 2015 foi publicado o primeiro ato normativo, a Resolução nº 213/2015-CNJ, com o intuito de regulamentar os procedimentos para a realização da audiência de custódia. A mencionada resolução possui 17 artigos, de caráter técnico e objetivo, percorrendo uma sequência de providências e procedimentos necessários para o funcionamento do instrumento, a utilização de sistema próprio, a atuação dos Tribunais, prazo de implementação, a menção dos órgãos fiscalizatórios e início de sua vigência⁴¹ (BRASIL, 2015C).

⁴⁰ O último acordo de cooperação assinado foi o do Distrito Federal em 14/10/2015.

⁴¹ A vigência iniciou em 1º de fevereiro de 2016. Essa informação é importante, pois, para o CNJ, é o marco inicial para contabilizar o prazo de implementação das audiências de custódia por parte dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Com o intuito de acompanhar o cumprimento tanto da decisão da ADPF nº 347, quanto o disposto na Resolução nº 213/2015-CNJ⁴², o Conselho Nacional de Justiça instaurou um processo interno – o Acompanhamento de Cumprimento de Decisão (Cumprdec) nº 0000134-95.2016.2.00.0000. Foi a partir desse que se vislumbrou os problemas de diversas nuances atinentes a implantação das audiências de custódia.

Não obstante o entusiasmo do CNJ, vide os acordos firmados com os TJs e TRFs, chegando a afirmar que ainda em 2015 se tinha encerrado o ciclo de implantação do mencionado instrumento (VASCONCELLOS, 2015), a realidade encontrada no processo de acompanhamento foi adversa a tal júbilo. De fato, as audiências de custódia tinham chegado a todos os estados do país, tanto na jurisdição estadual como na federal, mas isso não significava que alcançava a todos os indivíduos que dela precisasse. Explico.

Em algumas unidades da federação, esse tipo de audiência ficou restrito às capitais, vide a dificuldade de implantação nas comarcas do interior e outros percalços apresentados. Situação contrária do que pensou o ministro Luiz Fux em discussão acerca do prazo a ser dado para implementação, aduzido no capítulo anterior. A evidência dessa afirmação consta nos autos do já mencionado processo interno do CNJ.

No dia 30/07/2018, 34 meses após o julgamento da ADPF nº 347 e 30 meses após o início da vigência da Resolução 213/2015-CNJ, o então conselheiro responsável pelo processo, o juiz Márcio Schiefler Fontes, em uma decisão bastante realística, pontuou as informações prestadas por todos os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais acerca da implantação das audiências de custódia. Diversas foram as justificativas e apontamentos para o não cumprimento da já referida Resolução, dentre elas a subalimentação do Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC), não realização das audiências nos fins de semana, problemas logísticos para apresentação do preso no prazo de 24 horas, entraves materiais para a expansão do instrumento para as comarcas, muitas das quais sem realizar as audiências, impossibilidade de se efetuar escoltas dos presos nos fins de semana, falta de estrutura das comarcas para a realização das audiências, crise financeira estadual que impede o deslocamento diário de viaturas, dificuldade no uso da videoconferência, instabilidade da internet (BRASIL, 2018).

A partir da análise das informações, o conselheiro reconheceu o esforço dos TJs e TRFs. Contudo, afirmou que não se dava o cumprimento integral à Resolução 213/2015-CNJ e para

⁴² “Art. 15. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais terão o prazo de 90 dias, contados a partir da entrada em vigor desta Resolução, para implantar a audiência de custódia no âmbito de suas respectivas jurisdições.”

alcançar esse fim, estendeu o prazo por mais 60 dias, com o encaminhamento das informações para verificar a efetivação e eventual autuação dos procedimentos cabíveis (BRASIL, 2018). A última movimentação do processo foi no dia 15/02/2022, porém sem nenhuma decisão mais atualizada acerca da implementação das audiências de custódia⁴³. Um dos fatores para tal feito não foi o desinteresse em acompanhar a medida, mas a entrada do programa “Justiça Presente” em janeiro de 2019 que tinha por um de seus intentos a efetivação das audiências de custódia.

Antes de me reportar ao programa “Justiça Presente”, preciso indicar que nesse tópico tratarei sobre ele apenas no aspecto das audiências de custódia, uma vez que o programa alberga outras iniciativas as quais objetivam sanar a situação calamitosa do sistema penitenciário nacional, alvo da declaração do estado de coisas inconstitucional. Como se trata de um dos efeitos da ADPF nº 347, irei fazer maiores explanações no próximo capítulo.

O programa foi proposto como um plano nacional com ações customizadas a cada unidade da federação, com a colaboração de atores locais e alocação de 27 coordenadores estaduais e 27 consultores em audiência de custódia para apoiar a implementação dos planos executivos. Atuou com foco de incidência no Judiciário, mas com colaboração com os demais poderes públicos e com a sociedade civil, considerando a natureza interinstitucional que caracteriza o funcionamento do sistema penal e do socioeducativo, buscando, ainda, o fortalecimento de iniciativas de sucesso de gestões anteriores. (BRASIL, 2020A, p. 13)

Durante o período de janeiro de 2019 a setembro de 2020, para garantir maior adesão à Resolução CNJ 213/2015 foram realizadas capacitações e formações via escolas da magistratura, criação de redes de estudos e alinhamentos com as políticas de alternativas penais e monitoração eletrônica, segundo diretrizes nacionais do DEPEN, como também a padronização de fluxos nas audiências de custódia em todo o país de acordo com a Resolução CNJ 213/2015, a qual é uma das formas de garantir maior unidade e previsibilidade na prestação de justiça. (BRASIL, 2020A, p. 30)

O Justiça Presente trabalhou com diferentes atores do sistema penal para construir um modelo replicável em larga escala. Para o alcance de resultados implantou e/ ou aperfeiçoou equipe psicossociais implantadas e/ou aperfeiçoadas; fomentou a interiorização nos 4 Tribunais⁴⁴ que ainda não haviam implantado as audiências de forma a abranger todas as comarcas; melhoramento de estruturas do Núcleos de Audiência de Custódia, via atos

⁴³ Na consulta pública do processo, observa-se diversas juntadas de petição de informações e despachos após a decisão de julho de 2018, porém os despachos eram de cunho administrativo e como essa análise não era o objeto principal da pesquisa, não foi pedido ao CNJ um possível acesso ao processo. Ou seja, o processo não estava na inércia, mas o acesso a informações constante nele é restrito.

⁴⁴ TJBA, TJRN, TJRR e TJTO

normativos; e aprimoramento de estrutura concernente a fluxo e arquitetura (BRASIL, 2020A, p. 32). Seus resultados no período de vigência, entre janeiro de 2019 e janeiro de 2020, no tocante à audiência de custódia, podem ser considerados promissores. Houve uma queda de mais de 7% na conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva; aumento de 17% na quantidade de encaminhamentos para proteção social; aumento de 91% no número de capitais com atendimento à pessoa custodiada; aumento de 81% no registro de casos com indícios de tortura e maus-tratos; redução no uso de algemas; Aumento de mais de 80% de audiências registradas no SISTAC (BRASIL, 2020A, p. 38)

A partir da análise do Relatório Unidades da Federação Justiça Presente (BRASIL, 2020B), é inegável que o programa impulsionou a implementação e aprimoramento das audiências de custódia, no entanto não se pode deixar de destacar que até setembro de 2020 ainda havia 4 Tribunais de Justiça sem audiências de custódia em todas as comarcas, ou pelo menos com projetos de polos de atendimento⁴⁵ para a realização das mesmas albergando mais comarcas. Ou seja, passados 5 anos da decisão da ADPF nº 347, uma de suas cautelares ainda não era uma realidade para os indivíduos que precisavam ser apresentados a um juízo após 24 horas de sua prisão⁴⁶.

Um outro fator que prejudicou ainda mais o andamento da audiência de custódia foi a gravosa situação de saúde, a declaração da pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS) devido o vírus SARS-COV-2, também conhecido por COVID-19. Após a afirmativa, o CNJ expediu a Recomendação nº 62 em 17 de março de 2020, com o estabelecimento de procedimentos e regras que visavam a prevenção à infecção e propagação do vírus e evitar contaminações em larga escala (BRASIL, 2020C, p. 2).

No tocante às audiências de custódia, foi recomendada a não realização das mesmas durante o período de restrição sanitária, com algumas orientações adicionais, inclusive que, se fosse possível, realizá-las por meio de vídeo conferência (BRASIL, 2020C, p. 6). Atualmente⁴⁷, não estamos nos mesmos moldes restritivos de 2020, vide a vacinação da população que está permitindo o retorno gradativo as atividades normais, porém a Recomendação nº 62/2020, que

⁴⁵ Conforme o relatório das unidades da federação (BRASIL, 2020B) essa foi a solução de muitos Tribunais de Justiça para conseguir realizar as audiências de custódia, vide fatores complicadores como logísticos e estruturais.

⁴⁶ Uma pesquisa bastante pertinente sobre o tema seria uma análise qualitativa acerca das audiências de custódia. Sabe-se que o fato de se ter implantado não significa que essas estão acontecendo da forma almejada. Infelizmente, durante o curso da presente pesquisa não seria possível realizar tão feito, mas deixo a sugestão para pesquisas futuras, inclusive de cunho local (adentrando em apenas um Tribunal de Justiça ou uma comarca, por exemplo), possibilitando uma análise criteriosa.

⁴⁷ Maio de 2022

tinha uma vigência inicial de 90 dias, podendo ser prorrogada ante a observação da situação da pandemia, postergou-se até dezembro de 2020.

Feitas as considerações acerca da primeira cautelar deferida da ADPF nº 347, no tópico posterior realizarei algumas ponderações acerca da outra medida aprovada pelo STF, o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

3.3. DESCONTINGENCIAMENTO DA VERBA DO FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL (FUNPEN)

O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi criado pela Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, instituído no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública e gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Caracteriza-se por ser um fundo público, que detém reserva, constituído de dinheiro, bens e ações afetado pelo Estado a determinado fim, a um interesse público e tem por finalidade proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional (BRASIL, 1994).

A composição dos recursos do FUNPEN é constituída a partir de a) dotações orçamentárias da União; b) doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras; c) recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras; d) recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986; e) multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado; f) fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal; g) rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN; h) outros recursos que lhe forem destinados por lei. (BRASIL, 1994)

Atualmente, com o advento da Lei nº 13.500/2017, aplicação dos recursos do Fundo é voltada para: a) construir e aprimorar os estabelecimentos penais; b) manter os serviços e realizar investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança; c) formar, aperfeiçoar e especializar o serviço penitenciário; d) adquirir material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais; e) implantar medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho

profissionalizante do preso e do internado; f) a formação educacional e cultural do preso e do internado; g) elaborar e executar projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes; h) programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; i) programa de assistência às vítimas de crime e aos dependentes de presos e internados; j) a participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior, como também publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; k) custear sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos; l) manter casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica; m) implantar e manter berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal; n) a programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; o) financiar e apoiar a políticas e atividades preventivas, inclusive da inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária. (BRASIL, 1994)

Realizadas essas explanações acerca do FUNPEN, com fulcro na Lei Complementar nº 79/1994, e evocando a citação do tópico 2.4 dessa pesquisa, foi questionado na petição inicial da ADPF nº 347 a rigidez burocrática e o contingenciamento⁴⁸ desse fundo para fins de alcance de metas fiscais, não condizendo com o correto uso da verba. Então, um dos pedidos cautelares foi o descontingenciamento do FUNPEN com fins de minorar a situação degradante do sistema penitenciário do país.

A única medida cautelar dirigida ao Executivo importava no descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), para que fossem alocados às finalidades que justificaram sua criação. Contudo, no ato do julgamento, o então advogado-geral da União (AGU), Luís Inácio Lucena Adams, informou aos ministros que tais recursos não estavam mais contingenciados (MAGALHÃES, 2019, p. 8). O ministro Teori Zavascki, apesar de concordar que devido as circunstâncias vividas no sistema penitenciário brasileiro, o descontingenciamento do Fundo seria uma medida adequada, mais uma vez, demonstrou preocupação quanto a aprovação da medida, uma vez que com a afirmação do AGU, o problema

⁴⁸ “Contingenciamento é o bloqueio das dotações orçamentárias. Tal procedimento é feito pelo Executivo com objetivo de assegurar o equilíbrio orçamentário, ou seja, equilibrar a execução das despesas e a disponibilidade efetiva de recursos.” (SENADO NOTÍCIAS, 2022)

não estaria no contingenciamento da verba e sim na falta de planos de ação para aplicá-la. (BRASIL, 2015B, p. 96-97)

No debate com o ministro Teori Zavascki, o ministro Ricardo Lewandowski já acenava a possibilidade de que o monitoramento da verba não estaria concentrado no STF (ou órgão responsável designado), visto que afirmou que com a liberação dos recursos do FUNPEN, o Ministério Público, sabendo da disponibilidade dessa e de seu descontingenciamento, poderia pedir ao juiz que se fizesse obras específicas de caráter emergencial (BRASIL, 2015B, p. 100). Em momento algum da sessão de julgamento se questionou tampouco cogitou a possibilidade de fiscalizar o uso dos recursos do FUNPEN.

Em dezembro de 2016 foi editada a Medida Provisória (MP) nº 755, que teve como justificativa para sua urgência e relevância a situação precária dos presídios brasileiros. Na exposição dos motivos, o então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, ressalta a decisão da ADPF nº 347 que declarou o ECI no sistema penitenciário brasileiro e que a alteração na Lei Complementar nº 79/1994 tornaria o repasse do FUNPEN menos burocrático para as unidades da federação, como também a garantia da aplicação correta dos recursos a partir de mecanismos de habilitação, avaliação, monitoramento e fiscalização dos entes recebedores de recursos do fundo, permitindo transparência aos órgãos de controle (BRASIL, 2016D, p. 2). A MP trazia em seu conteúdo que um dos usos do fundo seria financiamento de políticas de redução da criminalidade e de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária (BRASIL, 2016E), o que gerou uma discussão no STF pelo PSOL, uma vez que o autor da ação pediu emenda à inicial da ADPF ou recebimento como ADI, no sentido de incluir artigos das medidas provisórias, os quais indicariam possíveis novas finalidades ao FUNPEN, diversas à função de incremento do sistema carcerário⁴⁹ (MAGALHÃES, 2019, p. 10). A MP expirou e não foi convertida em lei.

⁴⁹ Breno Magalhães critica o posicionamento do PSOL, uma vez que, destaca: “os autores da ADPF largaram mão de suas propostas dialógicas, compreensivas e flexíveis ao exigirem do STF uma resposta na forma binária da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma escolha política emergencial (...) O Executivo está pensando em formas e vias para solucionar um problema grave e utilizou o recurso institucional, embora temporário, que entendeu cabível (MP) para monitorar suas consequências.” (MAGALHÃES, 2019, p. 24-25). Tendo a divergir dessa crítica, pois concordo que não permitir que o Executivo busque alternativas para solucionar o ECI prejudica o diálogo institucional, porém, analisando sob outro ângulo, a preocupação do autor da ação em relação ao emprego do FUNPEN para políticas de redução de criminalidade e inteligência policial não parece ter o objetivo de melhorar a situação dos presídios. Inclusive o mesmo receio foi divulgado no relatório do órgão Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, que recomenda ao STF a análise de desvio de finalidade da Lei Complementar nº 79/1994, quanto a aplicação de recursos do Fundo, principalmente a políticas associadas à segurança pública e de cunho repressivo (BRASIL, 2017C, p. 91). Então, não acho que o temor do PSOL foi imotivado e uma das razões se prova no uso (na verdade a falta dele) de verbas destinadas a alternativas à prisão que será explanada ainda nesse tópico.

No ano seguinte, em 2017, foi editada uma nova medida provisória, a MP nº 781/2017, nos mesmos moldes da anterior e com exposição de motivos semelhantes. Essa, ao fim de sua vigência foi convertida na Lei nº 13.500/2017. A referida lei trouxe outras alterações à Lei Complementar nº 79/1994 como a vedação ao contingenciamento das verbas do FUNPEN (art. 3º, §6º); o repasse de percentual aos estados, DF e municípios, a título de transferência obrigatória e independentemente de convênio ou instrumento congênere, sendo gradativo dentro do período de 2017 a 2019, e nos exercícios seguintes com o percentual fixo de 40% do repasse (art. 3º-A); e autorização da transferência de recursos do FUNPEN à organização da sociedade civil que administre estabelecimento penal destinado a receber condenados a pena privativa de liberdade (art. 3º-B) (BRASIL, 2017).

Essas alterações a Lei Complementar nº 79/1994 foram objeto de análise de um relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) ainda no contexto das Medidas Provisórias nº 755/2016 e nº 781/2017⁵⁰. No capítulo 4, irei elucidar o mencionado relatório no sentido abordar os principais pontos positivos e negativos da Lei sob a óptica desse, com fins de demonstrar qual foi o efeito gerado por essa mudança.

Durante o período da pesquisa houve uma preocupação que foi contrária do que aconteceu com a implantação da audiência de custódia, gerando o questionamento: o STF está monitorando o uso da verba do FUNPEN? A decisão do descontingenciamento foi importante, mas será que foi suficiente para garantir que o recurso estava sendo usado, ou numa perspectiva de análise mais aprofundada, bem usado?

Analizando a documentação da ADPF nº 347, bem como fazendo uma busca em programas do Conselho Nacional de Justiça responsáveis pelo sistema carcerário, salvo petições de alguns estados alegando ainda não ter recebido as verbas do Fundo, não foi encontrado nenhum documento que comprovasse algum monitoramento por parte do Supremo quanto ao uso da verba do FUNPEN. O comentário do ministro Ricardo Lewandowski no curso do julgamento da ação, citado acima, antevia tal fato, que possivelmente ficaria a cargo do Executivo federal, estadual, distrital e municipal a decisão de como fazer proveito da verba, no entanto essa situação é preocupante vide a declaração do ECI.

Uma das principais premissas do Estado de Coisas Inconstitucional é justamente o monitoramento judicial das políticas públicas que cerceiam o sistema penitenciário. Essa foi a primeira oportunidade que a Corte teve em realizar essa fiscalização, bem como desenvolver o

⁵⁰ As informações sobre o relatório só serão as pertinentes as propostas de ambas as MPs que foram convertidas na Lei nº 13.500/2017

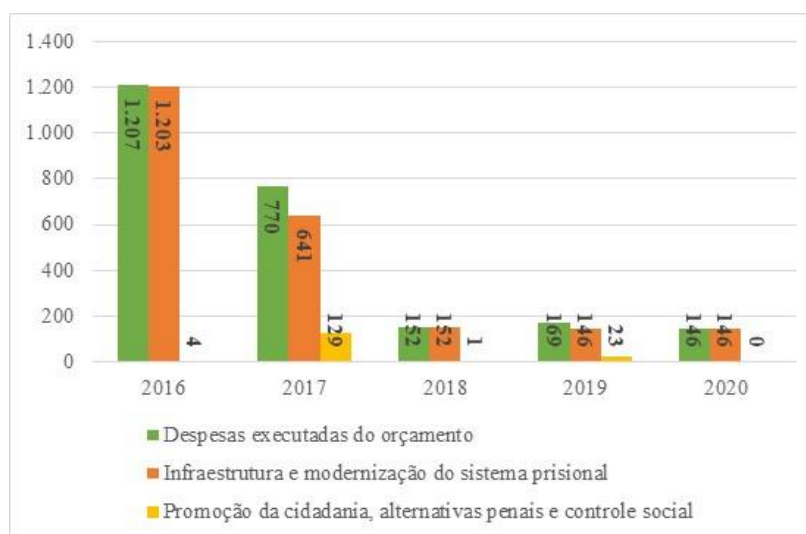
diálogo com o Executivo para discutir a alocação de recursos e o uso dele, contudo isso não se concretizou.

Glauco Leite (2021, p. 278) enfatiza que as ordens advindas do Tribunal deveria ter um monitoramento ativo, através de, por exemplo, audiências públicas e relatórios de acompanhamento, para assim a Corte ter mais possibilidades de superar resistências às mudanças nas políticas públicas, sejam políticas, econômicas ou institucionais e gerando efeitos indiretos e simbólicos, uma vez que ressaltam a omissão estatal para a opinião pública, proporcionando um maior suporte por parte da sociedade à decisão da Corte.

Martin Petiz (2021, p. 22-23), em seu artigo, já fez um levantamento sobre o uso da verba do Fundo e concluiu que a ausência de monitoramento judicial contribuiu para que uma das medidas cautelares se tornar praticamente inexpressiva. Para comprovar, ele fez uma demonstração gráfica, permitindo a visualização do alto investimento em infraestrutura e modernização do sistema prisional e do baixíssimo uso dos recursos para promoção da cidadania, alternativas penais e controle social. O autor investigou dentro do período de 2017 a 2020. Aqui eu pretendo ampliar um pouco a pesquisa dele, incluindo o ano de 2016, utilizando de metodologia semelhante⁵¹, entretanto pretendo estender a contribuição trazendo não só o investimento realizado, mas também dados sobre os valores empenhados do recurso, através do percentual do que foi planejado *versus* o que de fato foi cumprido.

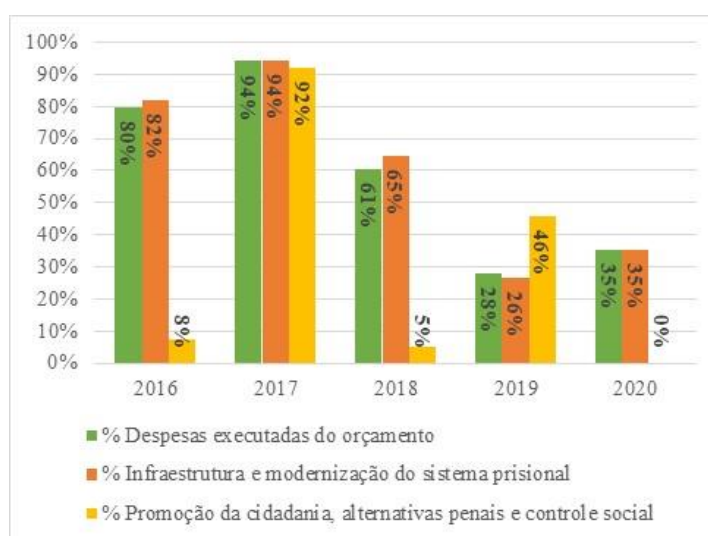
⁵¹ “Os indicadores são agrupados no Portal da Transparência (2021) sobre os seguintes títulos: (i) aprimoramento do sistema penitenciário nacional e incentivo ao desenvolvimento da inteligência penitenciária; (ii) racionalização e modernização do sistema penal; (iii) aprimoramento da infraestrutura e modernização do sistema penal; (iv) consolidação do sistema penitenciário federal; (v) promoção da cidadania, alternativas penais e controle social; (vi) capacitação e qualificação em serviços penais; (vi) construção e aprimoramento da penitenciária federal em Itaqui/PE; (vii) construção e aparelhamento da Quinta Penitenciária Federal; (viii) enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus. Considerou-se que todos os indicadores identificados, com exceção do indicador (v), dizem respeito a medidas de expansão do sistema penitenciário, no sentido criticado como sendo a política já adotada antes da ADPF 347 MC para enfrentamento da questão prisional. Por isso, todas as demais foram somadas para constituir a coluna ‘Infraestrutura e modernização do sistema prisional’” (PETIZ, 2021, p. 23). Na minha pesquisa, encontrei 17 tipificações de ações orçamentárias, algumas coincidem com a pesquisa do autor, outras não, mas em concordância com ele, a exceção do título “promoção da cidadania, alternativas penais e controle social” todas as outras se encaixam na mesma nomenclatura que ele utilizou “Infraestrutura e modernização do sistema prisional”. Incluirei a verba destinada ao enfrentamento do coronavírus na mesma tipificação, vide a excepcionalidade de tal orçamento. Então, farei uso dessa mesma metodologia nos gráficos.

Gráfico 1 - Investimento público no sistema prisional brasileiro em milhões de reais no período de 2016 a 2020 (R\$/1.000.000)



Fontes: PETIZ (2021, p. 22) – ampliado e adaptado; BRASIL (2022)

Gráfico 2 – Percentual Executado (Valor Pago) / Planejado (Valor Empenhado) dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional no período de 2016 a 2020 (%)



Fonte: BRASIL (2022)

A partir das informações acima, pode-se tecer alguns comentários. Primeiro, houve um grande investimento no sistema prisional em 2016, ano seguinte a declaração do ECI e da decisão de descontingenciamento do FUNPEN, no entanto, no mesmo período, apenas 8% do que foi planejado para a ação orçamentária “Promoção da cidadania, alternativas penais e controle social” foi de fato executado. O ano de 2017 foi mais promissor nos investimentos no sistema penitenciário, com percentuais acima de 90% do executado versus planejado, mas

quando olhamos a proporção de valores investidos em cada categoria, percebe-se, mais uma vez, que a parte do orçamento que visa as alternativas penais é bem abaixo do investimento de infraestrutura e modernização do sistema prisional.

Os anos seguintes se tornaram mais caóticos, seja pelo investimento baixo, em comparação aos anos de 2016 e 2017, como também a adesão da execução perante o que foi planejado foi decaindo, sendo bastante preocupante o ano de 2019, pois os valores investidos foram ínfimos e o percentual de execução muito abaixo do que foi planejado. No ano de 2020, sequer teve valor empenhado para a ação orçamentária que visa investir nas alternativas penais (BRASIL, 2022). Daqui podemos tirar algumas conclusões: no ano de 2019, por exemplo, por força da lei nº 13.500/2017 a verba do FUNPEN não estava contingenciada, houve um valor expressivo empenhado, mais de R\$ 600 milhões⁵² (BRASIL, 2022), e ainda assim só 26% dessa verba foi de fato efetiva para o que se propõe.

A outra conclusão é: esse de fato foi um ensejo do Supremo Tribunal Federal de atuar conforme preconiza a declaração do ECI, monitorando as políticas públicas e ainda assim sem violar a separação de poderes, principal alvo dos críticos da técnica de decisão. Como foi demonstrado, o Poder Executivo realizou suas projeções orçamentárias para o FUNPEN, sem interferências, no entanto, a exceção dos anos de 2016 e 2017, o que foi concretizado foi bem abaixo do programado.

Em outras palavras, a verba existia, pois estava empenhada, mas o uso foi quase que inexpressivo. A atuação da Corte poderia ser nessa questão, visto que não ia interferir no orçamento em si, pois os valores já faziam parte do planejamento orçamentário, e poderia exigir o uso adequado dos recursos com fins de atingir percentuais mais significativos, como também atuar veementemente na utilização do investimento em ações de alternativas penais. Contudo, até o momento, isso não foi realizado e merece ser alvo de críticas.

Por fim, essas foram as considerações acerca da segunda cautelar deferida na ADPF nº 347. A seguir farei uma explanação de como trabalharei no capítulo 4, explicando a metodologia e listando os principais efeitos gerados a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, como também algumas consequências que podem afetar a decisão.

⁵² Precisamente, R\$ 601.654.572,70.

3.4. EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS GERADOS PELA DECISÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020

Na declaração do Estado de Coisas Inconstitucional um dos pontos que são base de observação a fim de perceber as reações acerca da ação e da temática albergada são os efeitos gerados que podem ser instrumentais e simbólicos, ainda considerados diretos ou indiretos, conforme já explanado no capítulo 2 da presente pesquisa. Com isso, o capítulo seguinte tratará sobre os efeitos gerados pela ADPF nº 347.

Os efeitos serão institucionais, ou seja, como a decisão influenciou, direta ou indiretamente, atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com o intuito de buscar soluções (ou não) para o sistema penitenciário brasileiro. A metodologia para alcançar a lista desses foi a análise documental de atos dos poderes que fossem intrinsecamente ligados ao ECI, como também aqueles que pudessem resvalar, de forma positiva ou negativa, na decisão. Outro parâmetro utilizado foi a análise de indicadores produzidos principalmente pela instituição que acompanha o andamento, que no nosso caso é o CNJ com as audiências de custódia e o programa “Justiça Presente”. A partir dessas informações é que será realizada a classificação dos efeitos.

A seguir, a lista de efeitos que serão abordados no próximo capítulo. Lá eles serão classificados em instrumentais ou simbólicos. Alguns deles poderão ter uma abordagem mais sucinta, visto que já foram explanados em momentos anteriores da pesquisa, outros terão uma explanação esmiuçada, por não ter relação direta com a decisão, mas ser uma consequência da declaração do ECI.

- a. Falta de monitoramento do uso da verba do FUNPEN;
- b. Audiências de custódia e o tempo para implementação;
- c. Falta de audiências públicas;
- d. Programa “Justiça Presente”;
- e. Perigo da demora no julgamento do mérito;
- f. Mecanismo de combate à tortura e a tentativa de extinção;
- g. Lei 13.964/2019 e as alterações no Código de Processo Penal referentes ao ECI;
- h. Lei nº 13.500/2017 e a alteração da Lei Complementar nº 79/1994 que regulamenta o Fundo Penitenciário Nacional;
- i. Propostas Legislativas.

4. É JUSTIFICÁVEL A INSERÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?

4.1. ANÁLISE DOS EFEITOS INSTRUMENTAIS E SIMBÓLICOS GERADOS PELA DECISÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020

4.1.1 Descontingenciamento dos recursos do FUNPEN e a falta de monitoramento do uso da verba

Conforme explanado no tópico 3.3, a verba do Fundo Penitenciário Nacional foi de fato descontingenciada a partir da decisão da ADPF nº 347, no entanto a falta de monitoramento da sua utilização não permitiu que os recursos pudessem ser utilizados da maneira mais adequada. Uma exemplificação diferente da análise realizada no capítulo 4 é a demonstração em números dos valores projetados e executados ao longo dos anos de 2016 a 2020.

Tabela 1 - Orçamento público no sistema prisional brasileiro em milhões de reais no período de 2016 a 2020 (R\$/1.000.000)

Ação orçamentária	2016		2017		2018		2019		2020	
	Valor empenhado	Valor pago	Valor empenhado	Valor pago	Valor empenhado	Valor pago	Valor empenhado	Valor pago	Valor empenhado	Valor pago
Infraestrutura e modernização do sistema prisional	R\$ 1.466,20	R\$ 1.202,87	R\$ 678,02	R\$ 640,69	R\$ 234,66	R\$ 151,54	R\$ 550,56	R\$ 145,83	R\$ 412,80	R\$ 146,07
Promoção da cidadania, alternativas penais e controle social	R\$ 49,90	R\$ 3,77	R\$ 139,86	R\$ 128,90	R\$ 16,75	R\$ 0,84	R\$ 51,10	R\$ 23,33	R\$ -	R\$ -
Total Orçamento	R\$ 1.516,10	R\$ 1.206,63	R\$ 817,88	R\$ 769,59	R\$ 251,41	R\$ 152,37	R\$ 601,65	R\$ 169,16	R\$ 412,80	R\$ 146,07

Fonte: BRASIL (2022A)

Nos dois anos seguintes à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional é perceptível tanto o aumento na projeção da verba do FUNPEN como em sua execução, mas isso começa a declinar a partir de 2018 e se torna preocupante em 2020. O Supremo Tribunal Federal ficou inerte quanto ao tema, mesmo com a observância do monitoramento judicial na declaração do ECI.

O fato de o pedido de monitoramento judicial não constar expressamente nas medidas cautelares, somente aparecendo nos pedidos definitivos da ação (BRASIL, 2015A, p. 72), não era um impeditivo que a Corte decidisse de ofício a inclusão desse pedido logo no julgamento

das cautelares, assim como fez o ministro Luís Roberto Barroso quando pediu em seu voto a inclusão do pedido do plano de ação por parte do Governo Federal, requerimento esse que faz parte dos pedidos definitivos (BRASIL, 2015B, p. 77).

A técnica de decisão do ECI tem como principal premissa a atuação da Corte no monitoramento de políticas públicas e, dentre as cautelares, essa era a única que seria possível aplicar a técnica de forma externa ao Poder Judiciário, proporcionando também um diálogo com o Executivo para fins de analisar melhores alternativas de uso dos recursos. Também como explicado também no tópico 3.3 dessa pesquisa, *a priori*, o STF pouco se preocuparia com o planejamento orçamentário, pois se estivesse fiscalizando o uso da verba poderia estimar se o projetado seria suficiente para atender as necessidades do sistema penitenciário e, caso não fosse, então avaliar junto ao governo quais medidas poderiam ser adotadas para melhorar a distribuição de recursos para o FUNPEN.

Além disso, a maior parte dos pedidos da ADPF nº 347 tem como finalidade a aplicação, quando possível, de penas alternativas à prisão para assim enfrentar a superlotação carcerária. Nas ações orçamentárias do Fundo, existe uma categoria de orçamento com esse objetivo e, salvo o ano de 2017, a realidade é que foi subutilizado. Essa pesquisa não tinha a pretensão de avaliar se a verba planejada era suficiente para suprir as necessidades que o FUNPEN se propõe, inclusive essa análise poderia ser um estudo posterior, no entanto a realidade posta é que não se inspeciona qual o percentual gasto do Fundo, situação inclusive criticada na petição inicial, na qual se apresenta uma tabela demonstrando as baixas porcentagens de uso dos recursos do FUNPEN (BRASIL, 2015A, p. 51). Espera-se que o STF, no julgamento do mérito, modifique essa atuação para a declaração do ECI não se tornar mera retórica, buscando maior proximidade com o problema, não se atendo somente aos temas de responsabilidade direta do Judiciário.

Com isso, esse efeito da decisão poderia ser classificado, conforme doutrina explanada no tópico 2.3 dessa pesquisa, como instrumental direto, visto que o descontingenciamento ordenado pela decisão afeta diretamente os beneficiários do Fundo. Entretanto, pela falta de monitoramento, torna-se, realisticamente, um efeito simbólico indireto, visto que se tratou de uma mudança de percepção acerca da verba, cujo descontingenciamento era necessário, porém não foram realizados todos os esforços necessários para que tornasse concreta para seus beneficiários, vide a subutilização dos recursos.

4.1.2 Audiências de custódia e o tempo para implementação

Diferente do que aconteceu com medida cautelar do FUNPEN, a implementação das audiências de custódia teve uma atenção diferenciada, principalmente do Conselho Nacional de Justiça. Conforme foi citado no capítulo anterior, o CNJ já tinha a adesão de mais da metade dos Tribunais de Justiça antes da decisão da ADPF nº 347, mas foi essa que permitiu um maior impulso, com a regulamentação através da Resolução nº 213/2015 e um monitoramento a partir de um processo de acompanhamento da decisão.

O problema nesse caso residiu no curtíssimo tempo para implantação. O pedido da petição inicial, de fato foi em 90 dias, porém já no julgamento alguns ministros foram céticos quanto ao prazo restrito, inclusive comentando que o não cumprimento no prazo estipulado poderia acarretar um alto volume de reclamações (BRASIL, 2015B). A partir de uma busca no sítio do STF⁵³, foram encontradas 492 Reclamações Constitucionais no período de 2015, pós-julgamento da ADPF, à 2020. Dessas, destacam-se a Reclamação nº 27.206/RJ, na qual foi determinado que o Tribunal de Justiça do RJ observasse a obrigatoriedade de realizar audiências de custódia também nos delitos envolvendo a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), no prazo máximo de 24 horas contadas do momento da prisão (BRASIL, 2019B, p.5) como também pedido de extensão apresentado na Reclamação nº 29.303/RJ, obrigando, a todos os estados do Brasil, a realização de audiência de custódia em todas as modalidades de prisão (BRASIL, 2021, p. 6)⁵⁴. Ou seja, ampliações quanto ao uso da audiência de custódia podem ser benéficas ao sistema prisional, visto que as prisões provisórias, em tese, serão melhor avaliadas antes de se concretizarem.

Contudo, tem que se reconhecer que são quase 500 reclamações⁵⁵ que chegaram ao STF sustentando a não observância da decisão da ADPF nº 347. Um dos motivos que proporcionou esse volume de ações, foi o observado no tópico 3.2, que as audiências de custódia não foram implantadas no prazo previsto na decisão. Consoante já salientado, até o final de 2020 – 5 anos após a decisão - se tinha a confirmação de 4 Tribunais de Justiça⁵⁶ que ainda não tinham aderido ao instrumento nas comarcas do interior dos estados.

⁵³ Critérios utilizados: busca geral “audiência de custódia”; data de julgamento de 10/09/2015 a 31/12/2020; classe Rcl.

⁵⁴ Em que pese a decisão ser de 2021, fora do período determinado na metodologia dessa pesquisa, no levantamento das Reclamações, ela estava presente pois foi protocolada em 2017.

⁵⁵ A pesquisa foi basicamente quantitativa, não adentrando nos resultados das decisões.

⁵⁶ TJBA, TJRN, TJRR e TJTO (BRASIL, 2020A, p. 32)

A Corte deveria ter sido mais realista com a medida. Um prazo de 90 dias era desarrazoado para implantar um instrumento que demandava não só do Judiciário, como também do Executivo, visto que teria que envolver a polícia para realizar a escolta do preso. Essa foi inclusive uma das justificativas de dois Tribunais para esclarecer os motivos da não implementação em todas as comarcas, conforme já citado no tópico acima referido.

Isso gera mais uma fragilidade para a decisão, pois a falta do cumprimento dos prazos estipulados traz insegurança de como se comportará os futuros planos de ação quando for julgado o mérito. Como elucidado no capítulo 2, os litígios estruturais, tal como a declaração do ECI no sistema penitenciário, o alcance de resultados é de médio a longo prazo, não tendo respostas imediatas, contudo não esclarecer essa situação e não estabelecer prazos contundentes permite que o planejamento seja desacreditado e os resultados pouco valorizados.

A partir dessas considerações, o efeito gerado a partir da não observância do prazo de implementação das audiências de custódia deve ser classificado como um efeito simbólico indireto, visto a importância dessas para a decisão, mas a demora gera descrédito para a Corte. Em que pese os problemas acerca das audiências de custódia, não se pode deixar de analisar os feitos com a implantação do instrumento e, consequentemente, o impacto no sistema penitenciário. Durante o período de 2015 a 2020, conforme informações do Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC) do CNJ, tiveram 670.724 audiências com a prisão preventiva de 399.599 pessoas e a liberdade concedida a um total de 270.281 indivíduos e 844 prisões domiciliares (BRASIL, 2022B). Ou seja, em 42% das audiências foi reconhecida como desnecessária a prisão, evitando assim um aumento das prisões provisórias.

Apesar das críticas acerca da efetividade das audiências de custódia perante os grandes problemas dos cárceres brasileiros⁵⁷, concordo que estas não resolvem a situação da população já existente nos presídios, no entanto é perceptível que o instrumento pode evitar um maior agravamento da situação, impedindo um desnecessário aumento da quantidade de presos. Tomando por base os números apresentados, no período da pesquisa, mesmo com todos os problemas circundantes das referidas audiências, evitar que mais de 270 mil pessoas adentrem nos presídios é um feito que merece ser visto de forma positiva.

Os resultados também são vislumbrados também na redução do percentual de presos provisórios. Em 2015, na petição inicial, o PSOL advertiu o alto volume de presos provisórios, que estavam atingindo patamares de 41% em relação ao total de presos (BRASIL, 2015A, p. 31). De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias⁵⁸, no segundo

⁵⁷ Vide MAGALHÃES (2019B).

⁵⁸ Sistema ligado ao Departamento Penitenciário Nacional.

semestre de 2020 esse percentual estava em torno de 29%⁵⁹ (BRASIL, 2022C). A redução das prisões desnecessárias, como também outras ações do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ proporcionaram que houvesse essa desaceleração nas prisões provisórias.

Quanto às audiências de custódia e seus resultados, o efeito é considerado instrumental direto, uma vez que é a concretização das ordens judiciais gerando efeitos para quem se beneficia dessas.

4.1.3 Falta de audiências públicas

Na doutrina colombiana e na formação da doutrina e jurisprudência brasileira, têm-se as audiências públicas como um mecanismo de auxílio do ECI na tomada de decisão da Corte, visto que é o momento tomar conhecimento dos anseios da sociedade civil, através de entidades representativas.

As audiências públicas de monitoramento permitem a promoção de deliberações acerca das políticas públicas em questão, podendo ampliar a discussão entre atores governamentais e não-governamentais. Assim sendo, são elas que conferem legitimidade as medidas estruturais aventadas a partir da declaração do ECI (VAN DER BROOCKE; KOZICKI, 2018, p. 150). Apesar da previsão no art. 6º, §1º da Lei nº 9882/1999⁶⁰ e dos arts. 9º, §1º⁶¹ e 20, §1º⁶² da Lei nº 9868/1999, o uso das audiências públicas jurisdicionais é uma realidade no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro desde a ADI nº 3510, que visava impugnar dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2007). Essa ocorreu no dia 20 de abril de 2007 e foi convocada pelo então ministro Ayres Britto.

O advento de mecanismos como as audiências públicas realizadas na esfera judicial, como também no âmbito legislativo, deve-se ter a devida relevância, na medida em que nesses

⁵⁹ Conforme o sistema, o total de presos provisórios até o segundo semestre de 2020 era de 234.845 e o total da população carcerária de 807.145 presos (BRASIL, 2022C).

⁶⁰ Lei nº 9882/1999, art. 6º, §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 com experiência e autoridade na matéria.” (BRASIL, 1999B).

⁶¹ Lei nº 9868/1999, art. 9º, §1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator 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.” (BRASIL, 1999A).

⁶² Texto idêntico ao do art. 9º, §1º da Lei 9.868/1999. A diferença é que esse regulamenta o rito da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o outro o da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

tem-se a promessa de um processo decisório mais vinculado às expectativas dos cidadãos. (GARGARELLA, 2014, p. 2876)

Apesar do reconhecimento de uma tendência à promoção do diálogo, visto que na grande maioria dos casos os ministros do STF são influenciados pelos argumentos apresentados na audiência pública (GODOY, 2015, p. 202), no controle concentrado de constitucionalidade, conforme expresso em lei, é uma ferramenta de participação da sociedade de cunho informativo, para esclarecimento de dúvidas ou ouvir a opinião de especialistas com autoridade na matéria sub judice (VAN DER BROOKE; KOZICKI, 2018, p. 174).

As audiências, em processos coletivos que discutem políticas públicas, não podem desenhar-se a partir da lógica do código de processo civil. A elas deve-se permitir ampla participação social e, sempre que possível, devem elas desenvolver-se próximo à comunidade a ser atingida (ARENHART, 2017, p. 78). Com isso, o paradigma atualmente adotado pela Corte é criticável, na medida em que ainda não é um espaço para a efetivação de troca de ideias e do debate de informações e argumentos, sendo usado para exposição de diferentes argumentos sobre o tema em questão (GODOY, 203-204). Esse poderia ter maior compatibilidade para a adoção de um modelo dialógico, compatível com o constitucionalismo democrático. (VAN DER BROOKE; KOZICKI, 2018, p. 150)

Tecidos esses breves argumentos conceituais e críticos acerca da audiência pública, após a análise de documentos da ADPF nº 347 foi confirmado que, até o ano de 2020, não houve o uso dessa ferramenta por parte do Supremo Tribunal Federal com fins de avaliar a situação e como pode ser superado o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Mesmo ainda não tendo julgado o mérito da ação, não faltariam questões a serem debatidas mesmo nas medidas cautelares. Conforme já citado, o uso da verba do FUNPEN, discussão das políticas públicas atuais para alternativas penais e como melhorar a utilização da verba disposta para tal, a situação da implantação das audiências de custódia e a qualidade dessa, como também a situação de infraestrutura dos presídios, questões envolvendo a violação dos direitos fundamentais dos apenados e como as medidas cautelares deferidas poderiam dirimir a situação, enfim, esses são alguns dos exemplos de questões que a Corte poderia discutir com entidades da sociedade civil.

Sem adentrar no mérito se atualmente temos um modelo audiência pública dialógica, o fato é que mesmo com o formato presente, o STF poderia ouvir os argumentos e anseios da sociedade quanto ao tema e, mais uma vez, não o fez, indo de encontro aos fundamentos que regem a declaração do ECI e dando um aspecto negativo ao que se propôs fazer na ADPF nº 347.

Com isso, essa omissão pode ser considerada como mais um relevante fator em prol do efeito simbólico indireto da decisão tomadas no julgamento das medidas cautelares, pois se trata da expectativa de diálogo com a coletividade, mas de pouco proveito ao que se pretende à ação, que é uma construção de discussões com a sociedade com fins de uma transformação da opinião pública.

Para fins de atualização de informação, em que pese o corte metodológico dessa pesquisa ser o interregno de 2015 a 2020, não se pode deixar de destacar a audiência pública realizada em junho de 2021, com fins de discutir, no âmbito do Habeas Corpus nº 165.704/DF, a fiscalização do sistema penitenciário, superlotação carcerária e a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para mães e gestantes presas e responsáveis por pessoas com deficiência (NOTÍCIAS STF, 2021). Apesar da demora e a atuação não ser no curso da ADPF nº 347, é válido ressaltar a importância da convocação.

4.1.4 Programa “Justiça Presente”

Esse provavelmente é o efeito mais positivo em decorrência da ADPF nº 347, pois a partir dele verificaram-se melhorias nos indicadores atinentes ao sistema penitenciário. No tópico 3.2, fiz um breve relato do que é o programa e trouxe detalhes alusivos às audiências de custódia. Aqui, detalharei mais sobre ele, mostrando seus objetivos e os resultados atingidos durante seu curso (2019-2020), com base no relatório produzido pelo CNJ ao final do programa⁶³.

O Justiça Presente iniciou-se em janeiro de 2019, com o objetivo de trabalhar desafios instalados em todo o ciclo penal e socioeducativo, desde o momento da apreensão até o fim da responsabilização, passando por soluções de gestão com o apoio da tecnologia e fomento às boas práticas. Buscou apoiar a criação ou melhoria de produtos, estruturas e serviços, realizou eventos e promoveu capacitações, gerou produtos de conhecimento e apoiou produção normativa do CNJ, como também trabalhou parcerias e novas narrativas a partir de evidências e soluções possíveis. (BRASIL, 2020A, p. 12)

O programa foi estruturado em quatro eixos temáticos de ação, os quais se subdividiram em diferentes iniciativas, além de uma coordenação-geral que trabalhou ações transversais. O primeiro eixo, intitulado “Porta de entrada” realizou uma abordagem acerca de processos

⁶³ A título de esclarecimento, o programa se encerrou com o fim do mandato do ministro Dias Toffoli como presidente do CNJ. Atualmente existe um novo ciclo do programa intitulado “Fazendo Justiça”, sob a gestão do ministro Luiz Fux.

alternativos à prisão, como as audiências de custódia, monitoração eletrônica, alternativas penais, centrais de vagas⁶⁴ e justiça restaurativa⁶⁵. Os impactos e resultados dessa primeira vertente foi o investimento R\$ 18,3 milhões em convênios facilitados com o DEPEN para reforço de políticas de alternativas, como também para reforço de políticas de monitoração com equipe multidisciplinar; a instalação de Núcleos de Justiça Restaurativa iniciada em 10 tribunais⁶⁶, como também as consequências geradas a partir das audiências de custódia, já abordado no tópico 2.3 (BRASIL, 2020A, p. 15; 32; 36).

O segundo eixo é o “Cidadania” o qual visa a inserção socioeconômica e atenção a egressos do sistema penitenciário através do Escritório Social⁶⁷; Políticas de cidadania; Inserção produtiva. Com o andamento do programa, foram entregues 20 Escritórios Sociais implantados em 14 unidades da federação⁶⁸; apoio técnico oferecido para facilitação de R\$ 7,6 milhões com o Depen destinado à criação dessas unidades; mobilização de pessoas pré-egressas, através do alerta às unidades prisionais seis meses antes do final da pena pelo Sistema eletrônico de execução unificada (SEEU); desenvolvimento da Rede Nacional de Atenção a Pessoas Egressas iniciada, com a entrega da primeira etapa da plataforma nacional. O projeto dos escritórios sociais iniciou no estado do Maranhão e já proporcionou o envolvimento de 16 tipos de instituições envolvidas na criação de novos escritórios, como também pessoas em regime privativo de liberdade incluídas em modelos de cooperativa (BRASIL, 2020A, p. 15; 41; 45).

O terceiro eixo visa atenção o jovem ingresso no sistema socioeducativo, através do aperfeiçoamento de sistemas e dados, a racionalização na privação de liberdade e o empenho na aprendizagem e profissionalização. O intuito é fortalecer a incidência de atores em todo o ciclo socioeducativo, especialmente por meio do Sistema Nacional de Atendimento

⁶⁴ Entende-se por Central de Vagas o serviço responsável pela gestão e coordenação das vagas em unidades de internação, semiliberdade e internação provisória do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo. A competência é do Poder Executivo que será responsável por receber e processar as solicitações de vagas formuladas pelo Poder Judiciário, que atuará de forma cooperativa, cabendo-lhe indicar a disponibilidade de alocação de adolescente em unidade de atendimento ou, em caso de indisponibilidade, sua inclusão em lista de espera até a liberação de vaga adequada à medida aplicada. (BRASIL, 2021B, p. 3-4)

⁶⁵ A justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e a comunidade, ao invés de —apenas punir os infratores. É um processo colaborativo na qual envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, ou seja, infrator, vítima e familiares, chamados de —partes interessadas principais, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela atividade delituosa. A marca principal desse sistema é a sua diversidade de fórmulas e programas, tais como a realização de círculos, painéis e conferências restaurativas, mediação, entre outros métodos, afastando as regras rígidas, formais e complexas, características do sistema tradicional. (PINHO, 2009, p. 252-254;262)

⁶⁶ AC, AL, AP, CE, PB, PI, RN, RO, RR e TRF3 (MS e SP)

⁶⁷ O escritório social é “o equipamento público de gestão compartilhada entre os Poderes Judiciário e Executivo, responsável por realizar acolhimento e encaminhamentos das pessoas egressas do sistema prisional e seus familiares para as políticas públicas existentes, articulando uma política intersetorial e interinstitucional de inclusão social que se correlaciona e demanda iniciativas de diferentes políticas públicas estaduais e municipais, sistemas e atores da sociedade civil.” (BRASIL, 2019B, p. 3)

⁶⁸ AC, AL, AM, AP, BA, MT, PA, PB, PI, RJ, RN (7 unidades), RR, SE e TO.

Socioeducativo (SINASE), aperfeiçoamento normas e na emissão de orientações técnicas, além de fomentar boas práticas como núcleos de atendimento integrado, centrais de vagas e audiências concentradas⁶⁹. Até o fim do Justiça Presente, ainda não se tinha resultados concretos das possíveis ações implementadas, tendo no relatório apenas a expectativa de redução da superlotação das unidades socioeducativas por meio da implantação e qualificação das centrais de vagas, justiça restaurativa e a audiência concentrada (BRASIL, 2020A, p. 15; 49; 51)

O quarto eixo circunda a “Gestão e sistemas”, albergando a automatização de sistemas, como o SEEU e cadastramento biométrico da população carcerária. Os impactos das mudanças foram os que proporcionaram maiores índices de desempenho, tais como: a partir do SEEU, houve uma redução de até 98% no tempo de concessão de benefícios aos apenados, uma vez que agora o que tinha uma média de 60 dias para decisão sobre benefícios (e que poderia chegar a dois anos) com o sistema unificado a análise ocorre no mesmo dia; redução de até 71% na quantidade de movimentações processuais e de 73% de redução do volume de trabalho nas varas; e permitindo a possibilidade de inovações na gestão da execução penal viabilizada, como mutirão carcerário eletrônico e alerta pré-egressos (BRASIL, 2020A, p. 15;25)

Por fim, as ações transversais relacionadas aos mutirões eletrônicos e COVID-19. O mutirão carcerário é dos principais programas do CNJ e a inovação projetada pelo Justiça Presente foi a adaptação desse com o apoio tecnológico para incorporar novas metodologias e torná-lo mais ágil e eficiente. O projeto piloto do mutirão eletrônico foi executado no Espírito Santo entre agosto e novembro de 2019 e seus impactos foram ao menos 752 pessoas beneficiadas com regime menos gravoso; reversão na tendência de crescimento da população prisional a partir do segundo semestre de 2019, em comparação com a primeira metade do ano uma mobilização dos magistrados que proporcionou a concentração de 338 audiências entre agosto e outubro/2019; e 1.048 atendimentos a egressos, pré-egressos e familiares realizados pelos voluntários alocados pelo programa durante o período do mutirão (BRASIL, 2020A, p. 15; 54-55).

No tocante às ações de enfrentamento da COVID-19, o CNJ editou a Recomendação nº 62/2020, com o intento de orientar ao Judiciário nacional para evitar contaminações em ambientes de privação de liberdade e tornou-se a principal referência para as ações desenvolvidas pelo Judiciário no contexto de pandemia, com impactos imediatos nas ações de

⁶⁹ Conforme relatório do CNJ: “A audiência concentrada é a boa prática identificada em algumas unidades da federação em que os magistrados se reúnem de forma regular com os adolescentes e familiares para avaliação judicial da medida, podendo determinar sua extinção.” (BRASIL, 2020A, p. 51)

tribunais e magistrados em todo o país. Como ação concreta, veja-se a situação precária e propícia para alastramento do vírus e atendendo aos apenados com comorbidades, pelo menos 35.000 pessoas privadas de liberdade foram retiradas emergencialmente das prisões, o que representou 4,6% do total em 2020 e pelo menos 4.000 adolescentes foram retirados do meio fechado, o equivalente a 16,6% do total de adolescentes nessa modalidade de medida (BRASIL, 2020A, p. 59; 61)

Analizando os indicadores de desempenho, ainda incipientes, e projetos em andamento, a parceria do CNJ com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Departamento Penitenciário Nacional faz projeções que aparentam promissoras para o sistema penitenciário. É temerário afirmar que a partir dele e seus ciclos subsequentes será possível a superação do ECI, mas aparenta ser um início, em que se vê algum diálogo institucional, uma vez que conta com o apoio do DEPEN em alguns projetos e que já no seu primeiro ciclo trouxe resultados positivos.

Pelos motivos expostos, o programa compõe um efeito instrumental indireto da decisão proferida na ADPF 347, visto que se trata de mudanças concretas que visam atingir seus beneficiários, que não foi gerada diretamente da ação, visto o caráter restrito do deferimento das medidas cautelares, mas a parceria acima citada proporcionou algumas transformações que trarão melhorias ao sistema penitenciário nacional.

4.1.5 Perigo da demora no julgamento do mérito

A presente omissão é, de longe, uma das mais preocupantes quanto a manutenção do Estado de Coisas Inconstitucional por um período que ainda não se tem nenhuma previsibilidade de finitude. Até o presente momento de realização dessa pesquisa, meados de maio de 2022, na busca feita no sítio do Supremo Tribunal Federal não se tem prenúncio de pauta para tratar do julgamento do mérito da ADPF nº 347.

É imprescindível ressaltar que estamos em um lapso temporal de quase 7 anos após o julgamento da medida cautelar. Se levarmos em conta o caso referência da Corte Constitucional Colombiana, a *sentencia* T-025, foram necessários 6 anos após julgamento do mérito para ser declarada a superação do ECI (GARAVITO, 2015). E ainda temos um agravante que merece destaque: o ministro relator do caso, o Min. Marco Aurélio Mello, aposentou-se em julho de 2021. O processo ainda não foi redistribuído, mas é fato que qualquer dos ministros que ficar incumbido do caso precisará de algum tempo para manejo e apreciação da ação para enfim ser posta em julgamento.

César Garavito (2009, p. 438-439) é específico ao mencionar que a declaração o ECI deve ter caráter de excepcionalidade por três razões. Essas já foram explanadas no tópico 2.1 da presente pesquisa, mas é preciso enaltecer mais uma vez a razão vinculada ao custo político para o Judiciário com a declaração do ECI, uma vez que o uso da técnica resulta no escancaramento de frustradas políticas governamentais e o monitoramento dos planos de ação se estende por anos, o mecanismo causa desgaste e pode fragilizar o capital político da Corte, além do descrédito na técnica no caso não se visualize uma finitude do processo, pois os atores públicos e privados que acompanham o caso podem considerar que o mecanismo pode ser ineficaz para tratar a questão, o que já se aventa no meio acadêmico⁷⁰.

Roberto Gargarella (2014, p. 2761-2766) também concorda que o fator tempo interfere na concretude dos pedidos ensejados pela sociedade com fins de usufruto dos direitos violados. A demora imposta pela Corte, sejam motivadas boas ou más razões, tende a contribuir a continuidade de situações humilhantes e degradantes àquela população que reivindica seus direitos.

Atualmente, por falta do julgamento do mérito, não temos planos de ação para superação do ECI no sistema penitenciário nas esferas federal, estadual e municipal, visto que esse é um dos pedidos definitivos da ação. Não obstante podemos afirmar que as ações que visam, em algum período ainda não determinado, superar o ECI estão paralisadas, vide o trabalho do CNJ demonstrado no ponto acima. Contudo se o STF pretende de fato realizar o monitoramento de políticas públicas voltadas ao sistema carcerário, através do diálogo institucional entre os poderes, é imediata a necessidade de julgar o mérito da ADPF.

Ou seja, no caso do STF, para além da análise de medida liminar, há necessidade de rápido julgamento de mérito, tendo em vista o baixo alcance das medidas cautelares deferidas quando comparadas com amplitude do pedido principal. Nessa linha, a Corte deveria ter adotado o rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999⁷¹ e, tendo em vista a relevância da matéria e seu especial significado para a ordem social, abreviado a tramitação da ADPF para que o Tribunal julgasse definitivamente a ação.

Trata-se, sem dúvidas, de uma das questões mais complexas que a Corte já enfrentou em termos de cumprimento da decisão, a qual, quando proferida, vai demorar prazo razoável

⁷⁰ Vide MAGALHÃES (2019B).

⁷¹ Lei nº 9.868/1999, art. 12: “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.” (BRASIL, 1999A)

para ser implementada. Sendo assim, a demora da Corte em proferir tal decisão contribui ainda mais para esse atraso e, caso a Corte esteja realmente empenhada no enfrentamento da estrutura inconstitucional, deve ter a noção de que precisará atuar de modo ainda mais célere. Não há necessidade, no entanto, de alterações institucionais para propiciar a necessária duração razoável do processo neste caso, bastando, unicamente, a aplicação do mencionado rito estipulado no art. 12 da Lei nº 9.868/1999 como condição necessária, mas não suficiente, obviamente, para traçar novos rumos decisório.

Portanto, a demora do STF em julgar a ação traz, mais uma vez, um efeito simbólico indireto, pois não altera o reconhecimento da legitimidade da ação que é o Estado brasileiro superar a situação de calamidade de seu sistema penitenciário, porém, com tamanho tardamento, a consequência é deixar de gerar os efeitos concretos para tal superação.

Um adendo com a finalidade de atualização da pesquisa, apesar do corte metodológico: Em junho de 2021, o julgamento do mérito da ADPF nº 347 foi iniciado, talvez em razão da iminente aposentadoria do ministro relator, e esse chegou a proferir seu voto⁷², entretanto o

⁷² “Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que: I - Assentava o prejuízo do pedido em relação à Medida Provisória nº 755/2016; II - Julgava procedente o pedido formulado na alínea “a” da peça primeira, declarando o estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema carcerário brasileiro; III - Julgava procedente, em parte, o pedido formalizado na alínea “b”, para, confirmando a medida acauteladora, determinar: a) aos juízes e tribunais, que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais, que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes, que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, a ser utilizado conforme a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos; IV - Julgava procedente, em parte, os pedidos veiculados nas alíneas “c” e “g” da inicial, determinando: 1. ao Governo Federal, a elaboração, no prazo de três meses, de plano nacional visando a superação, em, no máximo, três anos, do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, observadas as balizas mínimas voltadas a: (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos, relativamente a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) separação dos custodiados a partir de critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do crime; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à Justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para atuação nas instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades, sem o devido processo legal, nos estabelecimentos prisionais; (viii) tratamento adequado considerados grupos vulneráveis, como mulheres e população LGBT; 2. aos Estados e Distrito Federal, a formulação, observado o prazo de três meses, contados da publicação do plano formalizado pela União, de planos próprios, em harmonia com o nacional, visando a superação, em dois anos, do estado de coisas inconstitucional; e V - Julgava improcedentes os pedidos contidos nas alíneas “c”, quanto ao encaminhamento do plano federal ao Supremo e à previsão dos recursos necessários à implementação; “d”, “e”, “f”, no tocante à deliberação do plano nacional e à previsão, pelos Estados e Distrito Federal, das verbas à implementação dos planos; “g”, “h” e “i” da inicial.” (BRASIL, 2021B)

ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos. A última movimentação do processo foi no dia 16/06/2021 e, como já citado acima, ainda não foi atribuído o sucessor para ele.

4.1.6 Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e a tentativa de extinção

O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), criado pela Lei nº 12.847/2013, é um órgão integrante da estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, responsável pela prevenção e combate à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. É composto por 11 peritos, com mandato fixo de 3 anos, com permissão de uma recondução, que tem como uma de suas competências visitas periódicas e regulares a pessoas em regime privativo de liberdade, com fins de verificar as condições que estas estão submetidas (BRASIL, 2013).

Sua concepção tem por base o Artigo 3 do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁷³. É um órgão de interesse essencial para municiar as instituições das situações das penitenciárias nacionais, sendo assim de relevante importância ao ECI, uma vez que a partir de seus relatórios que os peritos expõem as diversas violações aos direitos fundamentais da população carcerária (FERREIRA, 2022, p. 193).

Realizadas tais considerações acerca do órgão, deve-se esclarecer que o momento político adverso aos valores democráticos, para se dizer o mínimo, também pode resvalar de forma negativa na eficácia de uma decisão estrutural. Em sua tese de doutorado, Emanuel Ferreira relata diversos casos de autoritarismo nas instituições e um dele é relacionado, precisamente, aos impactos negativos que certas mudanças no MNPCT podem acarretar ao ECI.

O autor cita, por exemplo, que, por meio do Decreto nº 9.831/2019, o Presidente da República alterou o Decreto nº 8.154/2013 para: a) remanejar os 11 cargos de perito do MNPCT para o Ministério da Economia; b) exonerar os atuais ocupantes de tais cargos; c) determinar que a participação em tal órgão não mais seria remunerada, mas mera “prestação de serviço

⁷³ O Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotado em Nova York em 18 de dezembro de 2002, ratificado pelo Brasil em janeiro de 2007 e promulgado pelo Decreto nº 6.085/2007. Seu artigo 3 versa que: “Cada Estado-Parte deverá designar ou manter em nível doméstico um ou mais órgãos de visita encarregados da prevenção da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (doravante denominados mecanismos preventivos nacionais).” (BRASIL, 2007)

público relevante”. Tais alterações foram impugnadas através de ADPF nº 607/DF ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), apontando-se como violados os preceitos fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da vedação à tortura (art. 5º, III e XLIII) e da legalidade (art. 37 caput). (FERREIRA, 2022, p. 193-194)

No território brasileiro, existem mais de mil unidades prisionais e o trabalho dos peritos consiste em visitar tais estabelecimentos para, precisamente, prevenir e combater as práticas de tortura, emitindo relatórios com notável nível de detalhamento. Levando em conta a magnitude dos trabalhos a serem desempenhados pelos peritos, é fácil concluir que tal função somente poderá ser desempenhada adequadamente se for efetivada de modo remunerado, tendo em vista a profissionalização e continuidade que merece. A atribuição de um caráter voluntário à tal atuação equivale a esvaziar o órgão na medida em que as pessoas com preparo técnico para tal função não se sentirão mais atraídas para tanto, pois o caráter remuneratório ainda é um fator que garante independência na função a ser desempenhada (FERREIRA, 2022, p. 193-194)

Emanuel Ferreira (2022, p. 196-197) explana que existem iniciativas de controle difuso desenvolvendo-se simultaneamente à ADPF nº 607. A Defensoria Pública da União (DPU), por exemplo, ajuizou uma ação civil pública no Rio de Janeiro com objeto similar a ADPF, tendo obtido decisão liminar favorável e que foi confirmada pelo TRF da 2ª Região, reconhecendo que a tentativa do Presidente da República, na verdade, consistia em uma fraudulenta extinção de órgão público através de decreto, medida somente permitida através de lei e determinando a reintegração dos 11 peritos então exonerados.

Com isso, o que se vê é um órgão de grande importância para o enfrentamento do ECI, inclusive sendo citado um de seus relevantes relatórios nessa pesquisa (tópico 4.1.8), em vias de ser extinto, o que, de fato, prejudicaria ainda mais o estado de inconstitucionalidade vivido no sistema penitenciário. Conforme já citado, apesar de as alterações no MNPCT não terem reflexos específicos com a decisão da ADPF nº 347, elas interferem diretamente para a manutenção das inconstitucionalidades vivida pela população carcerária. Caso as mudanças propostas produzam efeito, ter-se-ia algo próximo àquela perspectiva instrumental indireta antes referida, pois se trataria de uma modificação concreta que afetará aqueles presos que usufruem do trabalho do órgão, beneficiários da política de prevenção e combate à tortura.

4.1.7 Lei nº 13.964/2019 e as alterações no Código de Processo Penal afetas ao ECI

A Lei nº 13.964/2019 (conhecida por Lei Anticrime), proporcionou uma série de modificações dos textos do Código Penal e Código de Processo Penal. Apesar em seu Projeto de Lei originário não trazer nenhuma menção a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional tampouco a ADPF nº 347 (BRASIL, 2018), sua concepção foi propícia para normatizar, ou deixar mais explícitos, alguns dos enfoques dos pedidos cautelares da ação.

O primeiro deles se trata da redação explícita da fundamentação da decisão judicial nos pedidos de prisão preventiva evocada nos art. 282, §6º, que afirma que quando não couber a aplicação da medida cautelar, que essa decisão seja justificada de forma fundamentada nos elementos do caso concreto; art. 312, §2º discorrendo acerca que a fundamentação da prisão preventiva deve ter motivação no receio do perigo e existência concreta de fatos novos que justifiquem sua aplicação; e art. 315 que explana que a decisão que decretar, negar ou substituir a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada (BRASIL, 2019)

Esse último artigo veio com as inovações de 2 parágrafos e 6 incisos adentrando na seara do que seria ou não considerada fundamentação da decisão judicial. O primeiro parágrafo trata de um resumo do explanado nos outros artigos acima citados, dispondo que nos motivos para decretar a prisão preventiva ou qualquer outra cautelar, o magistrado deve indicar de forma concreta a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida. O segundo parágrafo traz o que não será considerada decisão judicial fundamentada, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão: a) a limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a problemática concreta; b) o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem justificar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) a invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) citar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; f) não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2019)

Essas considerações postas em lei podem ser consideradas algum avanço, visto que esmiuçou como proceder na fundamentação da decisão judicial, entretanto ele pode ser relativo porque adentra na mesma seara de discussão que levou o STF a não deferir a cautelar que pedia

a fundamentação da decisão de prisão preventiva. O Código de Processo Penal ficou mais específico quanto à fundamentação, mas isso será suficiente para os juízes, de fato, proferirem decisões contundentes quando a prisão preventiva e a aplicação de medidas cautelares? Continuo a concordar com a afirmativa de Lopes Filho (2016), versando sobre a falta de interesse judicial em desafiar precedentes, visto a existência de normas acerca de promoções para juízes que premiam a observância deles, mesmo quando o juiz não concorde com eles.

A segunda mudança relevante quanto à declaração do ECI foi a inclusão da audiência de custódia no art. 310 do já mencionado código. O dispositivo em seus parágrafos traz as explanações sucintas de como deve ocorrer a audiência, com a verificação do juiz se o indivíduo agiu em estado de necessidade, legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, para, em decisão fundamentada, conceder ao acusado a liberdade provisória, sob pena de revogação; ou em caso de reincidência ou integrante de organização criminosa armada ou milícia denegar a liberdade provisória. Prevê também a punição para a autoridade que, sem motivo idôneo, der causa a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, como também se não acontecer no referido prazo, a possibilidade de relaxamento da prisão (BRASIL, 2019).

Mais uma vez, já existia uma norma de caráter supralegal, a exemplo do Decreto nº 678/1992, que já versava sobre o tema e deveria ser objeto de obediência por parte da magistratura brasileira, no entanto, até o STF tardou na adoção e atuação prática desse mecanismo. Então, espera-se com a normatização em um código de uso corriqueiro no Judiciário, que as audiências de custódia de fato aconteçam nos moldes delineados no art. 310 do CPP e, principalmente, da Resolução nº 213/2015 do CNJ.

A intenção aqui não é fazer qualquer juízo de valor da lei como um todo, visto questões ainda controversas no meio jurídico, afinal a análise ficou adstrita apenas às alterações que tinham alguma correlação com evocações da ADPF nº 347⁷⁴. Com isso, apesar de a decisão do ECI aparentemente não ter relação direta com as intenções legislativas que ensejaram a lei, para fins de efeito, esta pode desencadear efeito instrumental indireto no contexto penitenciário, pois se trata de alterações tangíveis derivadas da decisão, mesmo que indiretamente, que visam melhorias para todos os seus envolvidos.

⁷⁴ Dentre as inovações previstas no pacote anticrime com repercussão no ECI, também poderia ser destacada a criação do juiz de garantias, medida capaz de evitar abusos judiciais e ministeriais, por exemplo, nas prisões preventivas, uma vez que consiste na regra de que o juiz responsável pela adoção das medidas anteriores ao julgamento não será o mesmo encarregado do sentenciamento. Tal medida, no entanto, encontra-se suspensa através de decisão liminar do Ministro Luiz Fux, em contexto descrito por Ulisses Reis e Emílio Meyer (2021) como de “guerra de liminares” no âmbito de lógica da “ministrocrazia” no STF.

4.1.8 Lei nº 13.500/2017 e a alteração da Lei Complementar nº 79/1994 que regulamenta o Fundo Penitenciário Nacional

As alterações realizadas na Lei Complementar nº 79/1994 podem ser consideradas de natureza no mínimo duvidosa e com possibilidade de desvirtuar dos fundamentos da declaração do ECI no sistema penitenciário. Entretanto, deve se considerar que a decisão da ADPF nº 347 foi a mola propulsora para que o Executivo abordasse as novidades legislativas⁷⁵ quer sejam favoráveis ou de caráter controverso ao sistema penitenciário.

Realizando uma sucinta análise do relatório temático intitulado “FUNPEN e Prevenção à tortura: as ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil” elaborado pelo órgão Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), ligado ao ministério de Direitos Humanos⁷⁶, ele mostra os possíveis impactos das alterações legais proporcionadas pela Lei nº 13.500/2017⁷⁷, já expostas no tópico 3.3.

O MNPCT demonstrou temor na nova redação de alguns incisos do art. 3º da Lei Complementar nº 79/1994, que trata da aplicação dos recursos do FUNPEN. O primeiro deles é o inciso XVII que cita o financiamento de políticas de inteligência policial com intuito de reduzir a criminalidade. O órgão visualiza a abertura de possibilidade de financiamento para praticamente qualquer política pública, particularmente permitindo o custeio de medidas de segurança pública, envolvendo despesas policiais, compra de armamento de fogo, de armamento menos letal, entre outros. Este inciso demonstra uma possível desvirtuação do uso dos recursos do FUNPEN, tendo em vista esse ter sido criado para “financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional” (BRASIL, 1944). As possibilidades financiáveis pelo FUNPEN com a inclusão de tal recurso pode ameaçar o financiamento do sistema penitenciário e cria o risco de que o Fundo se distancia de sua finalidade. A alteração do dispositivo e torna mais grave quando se considera a existência do Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), estabelecido pela Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, com o objetivo “apoiar projetos na área de segurança pública e de

⁷⁵ Para o caso em senda, por se tratar de uma lei gerada a partir da conversão de uma medida provisória, tem-se um ato legislativo concebido pelo poder Executivo.

⁷⁶ Atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

⁷⁷ Ressaltando que a mencionada lei também realizou alterações de cunho orçamentário, gestão da verba e no tocante a licitações, no entanto essas alterações, apesar dos reflexos que podem ser gerados no sistema penitenciário, não serão abordados na presente pesquisa.

prevenção à violência, enquadrados nas diretrizes do plano de segurança pública do Governo Federal” (BRASIL, 2017C, p. 25-26)

Deve ser salientado também a redação do inciso IV, introduzido pela Lei nº 13.500/2017, que dispõe sobre o aparelhamento de estabelecimentos penais, passou a incluir, além dos materiais, equipamentos e veículos indispensáveis ao funcionamento das unidades, também os equipamentos “imprescindíveis à segurança dos estabelecimentos penais”. Outra vez, a alteração legislativa demonstra falta de clareza no tocante a quais equipamentos poderão ser comprados com esta autorização. Entretanto, é possível ter dois pontos de vista quanto à redação do inciso: por um lado é possível vislumbrar que a mudança pode viabilizar a aquisição de bloqueadores de celular, bem como de scanners corporais e outros equipamentos de segurança eletrônica, como raio X, portais, raquetes e banquetas detectoras de metais; já por outro lado, também se instaura a possibilidade de aquisição de armas de fogo, armamentos menos letais e munição química, caso se compreenda que tais aquisições sejam “imprescindíveis à segurança dos estabelecimentos penais” (BRASIL, 2017C, p. 26).

Com essas pontuações realizadas pelo MNPCT, deixa explícita a preocupação do PSOL no aditamento da petição inicial, adentrando justamente na desnaturação do Fundo. No tópico 3.3, trouxe alguns comentários e críticas acerca do tema. É mister ressaltar que o órgão fez uma análise detalhada dos outros dispositivos da Lei Complementar nº 79/1994 alterados pela Lei nº 13.500/2017, inclusive fazendo alusão aos possíveis aspectos positivos na mudança de redação dos incisos VII e XVI do art. 3º.

O aperfeiçoamento da redação do inciso VII, advindo com a Lei nº 13.500/2017 é considerado positivo, pois possibilita a aplicação dos recursos do FUNPEN para o financiamento de iniciativas que propiciem condições adequadas para o retorno da pessoa presa à liberdade, tendo como beneficiários as pessoas presas, aquelas submetidas às medidas de segurança e egressas do sistema penitenciário, por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes, destacando assim a importância de políticas de assistência, particularmente de educação e trabalho, no retorno à liberdade. Essas atividades também podem produzir efeitos favoráveis para o desencarceramento, uma vez que, seja pela educação, seja pelo trabalho, a pessoa condenada passa a exercer o direito de remição de pena, podendo reduzir seu tempo de prisão e retornar mais rapidamente à vida em liberdade. Assim, essa previsão de aplicação orçamentária do FUNPEN, já existe na lei, foi aprimorada a partir da alteração com o enfoque nas referidas atividades. (BRASIL, 2017C, p. 30)

Ademais, a alteração considerada mais benéfica pelo MNPCT trazida pela modificação legal, foi a previsão de financiamento de políticas de alternativas penais, proposta que segue os

parâmetros estabelecidos a nível nacional, conforme diretrizes do próprio DEPEN para a priorização de penas alternativas à prisão. A implementação de alternativas penais tem se desenvolvido como aquela que deve ser a prioridade máxima dentro das políticas penais, tendo em vista os benefícios que traz tanto para as pessoas privadas de liberdade, como para a sociedade. Logo, se trata de uma mudança considerada fundamental na Lei Complementar nº 79/1994 a fim de adequá-la ao novo paradigma desencarcerador da política criminal. (BRASIL, 2017C, p. 27-30)

Uma outra inovação trazida pela Lei nº 13.500, sendo vista pelo MNPCT até com possível ilegalidade, é o conteúdo do art. 3º-B, fazendo referência a explícita permissão de gestão unidades penitenciárias por organizações da sociedade civil, autorizando a transferência dos recursos do FUNPEN até mesmo diretamente a estas pessoas jurídicas não governamentais. Esta inovação pode estar contrária ao que propõe a Lei nº 7.210/1984, em seu art. 83-B, *caput*, que versa: “São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia (...)” (BRASIL, 1984). Assim sendo, existe uma vedação legal para a administração de estabelecimentos penais por pessoas jurídicas privadas, inclusive organizações da sociedade civil, o que propicia aduzir que a Lei nº 13.500/2017 estaria indo de encontro ao que propõe a Lei de Execução Penal (BRASIL, 2017C, p. 34).

Por fim, o MNPCT, na conclusão do relatório, sugere 47 recomendações a diversos órgãos e instituições. Faço destaque da solicitação de um modelo de gestão participativo com a atribuição de gerir o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), devendo ser assegurada a participação de representantes da sociedade civil e de outros órgãos públicos, garantindo, no mínimo, um enfoque de gênero e de igualdade racial, por meio da representatividade de instituições que atuem nestas temáticas (BRASIL, 2017C, p. 83); como também o recomendado ao Supremo Tribunal Federal, para, no julgamento do mérito da ADPF nº 347, a análise do possível o desvio da finalidade originária da Lei Complementar nº 79/1994, no que tange à expansão do escopo das modalidades de aplicação dos recursos do FUNPEN, particularmente a políticas associadas à segurança pública e de cunho notadamente repressivo (BRASIL, 2017C, p. 91).

Desse modo, assim como na Lei nº 13.964/2019, as alterações à Lei Complementar nº 79/1994, apesar de suas controvérsias, podem ser vislumbradas como geradoras de um efeito instrumental indireto, pois são mudanças efetivas decorrentes da ADPF nº 347 de alcance ao sistema penitenciário.

4.1.9 Propostas Legislativas

A pesquisa teve a intenção de verificar se a decisão da ADPF nº 347 influenciou a atividade legislativa. As buscas foram realizadas em ambas as casas do Congresso Nacional. No Senado Federal, usando os termos “ADPF 347” e “estado de coisas inconstitucional” e considerando o período pós julgamento da ADPF nº 347 (setembro/2015) até 2020, só foi encontrado uma Proposta de Lei do Senado (PLS), a qual foi arquivada.

Realizando a busca das propostas legislativas no sítio da Câmara de Deputados, foram encontradas, no mesmo período acima referido, 11 menções ao termo “ADPF 347” e 25 citações ao termo “estado de coisas inconstitucional”. Após um refinamento efetivado⁷⁸, restaram 3 Projetos de Lei (PL), 6 Requerimentos de Informações (RIC)⁷⁹, 1 Requerimento de Audiência Pública (REQ), 2 Projetos de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo, 1 Proposta de Emenda à Constituição (PEC) e 1 Voto em separado (VTS) em Projeto de Decreto Legislativo que interessa diretamente à temática. Um adendo importante refere-se à inclusão do Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 317/2016⁸⁰ o qual não citava nenhum dos termos, porém o motivo de sua inclusão é que esse possui relação com o tema de sustar os efeitos da Resolução 213/2015-CNJ para a não realização das audiências de custódia e como esse fato tem efeito direto na decisão do STF, foram inseridos na listagem. A seguir terá uma breve síntese e comentários do que tratam essas propostas legislativas.

a) Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 317/2016 e consequentes

A proposta foi apresentada no dia 16/02/2016 pelo Deputado Eduardo Bolsonaro (PSC/SP). Seu objetivo é sustar os efeitos do inteiro teor da Resolução nº 213/2015-CNJ, a qual dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

⁷⁸ A partir do referido quantitativo, identificaram-se 4 propostas as quais faziam referência aos dois termos, portanto, entraram na repetição. Das outras: a) 2 relacionavam-se ao Substitutivo de Voto; b) 9 ao parecer de relator para projeto de leis anteriores à decisão; c) 4 às Emenda na Comissão, inclusive em relação ao PL nº 8.045/2010, o qual visa alterar o Código de Processo Penal; d) 2 votos em separado e relação à PEC já arquivada; e) outra também referente ao projeto do novo CPP; e, por fim f) 1 Projeto de Lei que menciona o termo “estado de coisas inconstitucional”, mas a proposta é referente à proibição de homenagens a qualquer situação que enalteça o golpe militar de 1964. Então, esses foram expurgados do levantamento, tendo em vista ser meras alusões que, ao analisar o texto de justificativa daquela proposta principal, não há relação com o Estado de Coisas Inconstitucional.

⁷⁹ Como os Requerimentos de Informações são bastante densos, com muitos questionamentos dos parlamentares, seria demasiado complexo analisar um a um sob todas as suas nuances. Então esses também foram retirados e a amostra ficou com 12 propostas legislativas, sendo que 5 delas tratam do mesmo conteúdo, então essas serão analisadas em conjunto.

⁸⁰ Chegou-se a essa proposta através do REQ e o VTS que eram acessórios do PDC nº 317/2016 e a esse ainda tinha apensado os PDL nº 49/2019 e nº 469/2019 tratando da mesma temática.

Conforme o autor, o que justifica tal feito é que as audiências de custódia, instituídas por ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão integrante do Poder Judiciário, agravaram tal sensação de insegurança ao estabelecer uma inversão de valores e papéis em que os investigados passaram a ser, prioritariamente, os agentes policiais responsáveis pelas prisões, e os criminosos de fato foram travestidos de vítimas em potencial, independente da natureza ou gravidade da infração penal praticada. (BRASIL, 2016F) O atual andamento da proposta na Câmara de Deputados aguarda a designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Como decorrência dessa proposta, a pedido do Deputado Léo Moraes (PODEMOS/RO), foi requerida uma audiência pública para debater o PDC nº 317/2016 que susta os efeitos do inteiro teor da mencionada Resolução, através do Requerimento de audiência pública (REQ) nº 57/2019. O objetivo da audiência pública foi para discutir a efetividade das audiências de custódia e a constitucionalidade da Resolução nº 213/2015-CNJ. A audiência requerida aconteceu no dia 09/07/2019 (BRASIL, 2019D).

Em 05/06/2019, os deputados Talíria Petrone (PSOL/RJ) e Marcelo Freixo (à época PSOL/RJ)⁸¹ apresentaram um Voto em Separado (VTS)⁸² referente ao Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 317/2016. Os deputados votaram pela rejeição do PDC nº 317/2016 e do apensado PDL nº 42/2019, sob a justificativa de haver decisão judicial impositiva sob o tema e aduziram que não há inovação a ordem jurídica, pois já existe previsão da matéria em tratados internacionais que o Brasil ratificou (BRASIL, 2019E).

As razões para o PDL ora em análise não subsistem, tendo em vista a previsão das audiências de custódia já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, conforme ressaltado no tópico 3.2. Merece atenção, ainda, a organização e mobilização parlamentar buscando concentrar a atenção da sociedade para o tema, mas na direção oposta da pretensão dos autores da ADPF nº 347, como também do próprio STF com a declaração do ECI.

Considerando que um dos preceitos do ECI é o diálogo institucional e com a sociedade sobre o tema, pode-se dizer que os deputados avançaram em relação ao STF, pois houve uma discussão sobre uma das medidas cautelares com entidades representantes da sociedade, entretanto com a intenção de mostrar que as audiências de custódia poderiam ser um risco à coletividade. Não se quer aqui afirmar que é condenável os parlamentares, em tese, realizarem debates acerca de um tema o qual eles divergem, havendo, por outro lado, considerável

⁸¹ Atualmente o deputado está filiado ao PSB.

⁸² “Espécie de manifestação alternativa ao voto do relator em uma comissão, podendo ser apresentado por qualquer dos demais integrantes.” (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2022)

preocupação constitucional quando o debate parlamentar pretendido busca retirar direitos humanos e fundamentais de um grupo minoritário como aqueles presos em flagrante.

b) Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 318/2017

A proposição foi apresentada no dia 03/05/2017 pelo deputado Heuler Crunivel (PSD/GO). Seu objetivo é alterar dispositivos dos art. 21, 22 e 24, da Constituição Federal e acrescentar um art. 144-A na Constituição Federal, com a finalidade de instituir o Sistema Penitenciário Nacional. Conforme o parlamentar, o que justifica tal pedido é um questionamento dicotômico: de um lado, temos a necessidade de proteger a população brasileira em geral inserida num quadro de violência sem limites e, de outro, precisamos, por força constitucional e de tratados internacionais de que fazemos parte, garantir a vida e a integridade física de presos. Seria impossível, então, conciliar esses dois objetivos? Por fim, acredita que a solução macro do problema da segurança pública passa, necessariamente, pela melhora de nosso sistema prisional. Para isso, aduz que o protagonismo da União na gestão de nosso sistema penitenciário seja aumentado. (BRASIL, 2017D) A atual situação da proposta na Câmara de Deputados é aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

O principal ponto de sua proposta é o controle por parte da União dos presídios que abriguem a partir de 200 presos, como também incluir a competência administrativa à União acerca do sistema penitenciário nacional e, também, a competência exclusiva para legislar sobre o tema. Apesar da menção à ADPF 347, o interesse do parlamentar não é fincado na situação dos presos em si, mas sim como essa situação vivida pela população carcerária e a falta de ressocialização é um agravante para o aumento da criminalidade e assim traz prejuízos à sociedade. Essa também é uma temática abordada pelos autores da ADPF nº 347, então, por mais que os ensejos não sejam tão congruentes, a intenção parlamentar pode trazer benefícios ao sistema penitenciário⁸³.

c) Projeto de Lei (PL) nº 1.598/2019

A propositura foi apresentada no dia 19/3/2019 pelo deputado Major Vitor Hugo (PSL-GO). A finalidade da proposta é acrescentar o inciso XI ao artigo 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para incluir nova modalidade de ato de improbidade administrativa. Consoante o autor, o que justifica tal feito é que a nova modalidade finca no propósito de ser considerado

⁸³ Não adentrarei na proposta em si por não ter conhecimento técnico para tanto.

ato de improbidade administrativa "retardar ou deixar de utilizar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, independentemente do cumprimento do disposto no §4º, do artigo 3º-A, da referida Lei, salvo comprovada impossibilidade devidamente circunstanciada.”. A tendência do projeto de lei é justamente dar efetividade máxima à LC nº 79/1994, bem como os mandamentos oriundos da própria Constituição (BRASIL, 2019F).

A atual situação da proposta na Câmara de Deputados é aguardando a designação de Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Demonstra ser uma proposta bem contundente, levando em conta que há exemplo de casos que a verba do FUNPEN volta aos cofres da União porque não foi usada pelos estados⁸⁴, então essa regulamentação, deixando mais expreso o ato, pode motivar uma maior atuação por parte do Ministério Público na fiscalização dos recursos do FUNPEN, auxiliando, inclusive, a Corte que atualmente não tem monitoramento do uso do Fundo.

d) Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 392/2019

A proposta foi apresentada no dia 11/06/2019 pelo deputado Ivan Valente (PSOL/SP) e outros⁸⁵. O objetivo da proposta é sustar os efeitos do Decreto nº 9.831, de 10 de junho de 2019, que altera o Decreto nº 9.673, de 2 de janeiro de 2019, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e o Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013, que regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a composição e o funcionamento do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, dispõe sobre o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e remaneja cargos em comissão. Conforme os autores, o que justifica tal feito é que o Decreto que se pretende sustar extrapolou, e muito, o poder regulamentar concedido ao Poder Executivo, sendo absolutamente incompatível com os princípios reitores da Constituição Federal de 1988. Assim, cabe ao Congresso Nacional, ouvindo a justa preocupação da sociedade civil, por meio do presente

⁸⁴ A exemplo da situação que aconteceu no Rio Grande do Norte, em que a ex-governadora Rosalba Ciarlini se tornou ré e responde judicialmente por ter devolvido, durante seu mandato (2011 a 2014), R\$ 14,3 milhões em recursos federais que deveriam ter resultado na abertura de 1.511 vagas em novas unidades prisionais e em obras de reforma e ampliação das já existentes. (G1 RN, 2016); outro caso foi no estado de Goiás em o MP-GO propôs ação de improbidade administrativa contra o ex-governador Alcides Rodrigues, o presidente da Agência Goiana de Transportes e Obras Públicas (Agetop), Jayme Rincon, e três ex-secretários estaduais de Segurança Pública, por terem deixado de aplicar verbas federais do FUNPEN destinadas à reforma e ampliação de presídios no Estado (ROSA, 2015).

⁸⁵ deputados Áurea Carolina, Edmilson Rodrigues, Luiza Erundina, Sâmia Bomfim, David Miranda, Fernanda Melchionna, Glauber Braga, Marcelo Freixo e Talíria Petrone.

Decreto Legislativo, sustar o Decreto nº 9.831, de 10 de junho de 2019 no tocante a autonomia e independência da atuação dos peritos e peritas do MNPCT está diretamente vinculada a função pública exercida de maneira oficial, e de caráter contínuo, vedada a atuação esporádica sob pena do exercício da função ensejar em ilegalidade (BRASIL, 2016G).

A atual situação na Câmara de Deputados é que a propositura foi apensada ao PDL 389/2019. O mencionado PDL é de autoria da deputada Maria do Rosário e tem o mesmo objetivo. Sobre esse tema, já foi abordado nesse capítulo no tópico 4.1.6, mas ressalta-se a correta atuação dos deputados na defesa de um órgão tão importante para denunciar a situação de precariedade do sistema penitenciário brasileiro.

e) Projeto de Lei (PL) nº 5.511/2019

A apresentação da proposição foi no dia 15/10/2019 pelo deputado Capitão Alberto Neto (REPUBLICANOS/AM). A intenção da proposta é dispor sobre a individualização da pena, alterando a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal. Conforme o autor, o que justifica tal feito é que com a referida alteração, busca-se afastar os problemas instaurados no sistema penitenciário. Para isso, no entendimento do parlamentar, é necessário classificar os presos, além do que já versa na Lei de Execução Penal, pela associação a organização criminosa para fins de individualização da execução penal (BRASIL, 2019H).

A atual situação da proposta na Câmara de Deputados é apensado ao Projeto de Lei nº 2.174/2019. Ao fim da cadeia, foi anexado ao Projeto de Lei nº 7.223/2006 que visa alterações na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). O autor cita a ADPF nº 347, somente como parâmetro para afirmar que uma solução é segregar os presos com mais um critério que é da associação a organização criminosa. Como ele foi bem sucinto na justificativa do projeto é difícil avaliar como o projeto influenciaria na superação do ECI. Penso que o autor quis dizer que a segregação por associação a organização criminosa poderia auxiliar a não dar continuidade a visão da prisão como “escola do crime”⁸⁶, uma vez que não haveria o contato de presos considerados perigosos com os outros. Entretanto, são conclusões minhas, vide o texto não ter maiores esclarecimentos sobre seus objetivos.

f) Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 690/2019

Tal proposta foi apresentada no dia 07/11/2019 pela deputada Talíria Petrone (PSOL/RJ). O intento da proposta é sustar os efeitos do Decreto nº 10.106, de 6 de novembro

⁸⁶ Termo também utilizado na petição inicial da ADPF nº 347.

de 2019, que dispõe sobre a qualificação da política de fomento aos Sistemas Prisionais Estaduais no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República. Conforme a parlamentar, o que fundamenta tal feito é que o Decreto nº 10.106, de 6 de novembro de 2019, ao dispor sobre a qualificação da política de fomento nos Sistemas Prisionais Estaduais no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, para fins de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada para construção, modernização e operação de unidades prisionais para cumprimento dos fins da política de fomento a parcerias em empreendimentos públicos de infraestrutura dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, afigura-se como um inadmissível retrocesso nas políticas públicas estabelecidas no sistema penitenciário nos entes da federação, visto que a intenção é privatizar a operação de unidades penais estaduais. Observa-se, portanto, que o Decreto que se pretende sustar seus efeitos extrapolou, e muito, o poder regulamentar concedido ao Poder Executivo, sendo absolutamente incompatível com os princípios reitores da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019I).

A atual situação da proposta na Câmara de Deputados é aguardando designação de Relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Na justificativa ao projeto, a parlamentar explana também o quanto é contraproducente a privatização das unidades prisionais, visto o exemplo que se tem das prisões em Manaus que não trouxe nenhum benefício a população carcerária dessa e que muitos dos problemas atuais das penitenciárias adentra do mal uso dos recursos do FUNPEN. Mais uma vez, a falta do monitoramento da aplicação da verba do Fundo se demonstrando necessária como um dos meios de superação do ECI.

g) Projeto de Lei (PL) nº 3.660/2020

A proposta foi apresentada no dia 06/07/2020 pela deputada Erika Kokay (PT/DF) e outros⁸⁷. Tem por objetivo dispor sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e prisional e outras providências. O grupo de deputados argumenta que para além das medidas sanitárias que preservem a vida da população carcerária, é preciso que sejam adotados critérios, ainda, que permitam que os parentes dos segurados presos permaneçam em casa tanto quanto possível, respeitando as orientações das autoridades sanitárias. De outro modo, a plena adesão às recomendações de saúde pública não poderá ser atingida pelos beneficiários do auxílio-

⁸⁷ Deputados Marcon, Jorge Solla, Afonso Florence, Nilto Tatto, Paulão, Maria do Rosário, Margarida Salomão, Joseildo Ramos, Helder Salomão

reclusão, uma vez que a legislação exige a demonstração periódica de manutenção da prisão que ensejou a concessão do benefício, que é obtida por meio de solicitação de atestado às autoridades competentes, obtido, geralmente, presencialmente (BRASIL, 2020D).

A atual situação da proposta na Câmara de Deputados é apensado ao PL 978/2020. O mencionado PL é de autoria da Dep. Talíria Petrone e outros e tem um objetivo semelhante, mais amplificado no tocante a crise sanitária da COVID-19 e a população carcerária. A preocupação com os familiares dos presos é bastante pertinente, uma vez que esses precisariam apresentar trimestralmente presencialmente a documentação que confirma a prisão do seu ente familiar para ter continuidade no recebimento do auxílio reclusão. Como se trata de situação de exceção, é necessário oportunizar para os mais necessitados.

h) Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2015

A proposta foi apresentada no dia 11/11/2015, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE). Seu intento é alterar as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. O senador explana que a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada, com o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional (BRASIL, 2015D). Com isso, além de criar pressupostos para a declaração do ECI, traz outra técnica de decisão, a do compromisso significativo⁸⁸.

No entanto os pressupostos criados à declaração são iguais aos adotados pela Corte Constitucional Colombiana e que serviram de base para a formação jurisprudencial brasileira e a inclusão de mais uma técnica de decisão, conforme crítica de Breno Magalhães (2019A, p. 20) pode dificultar a gestão do ECI pelo STF, que ainda está em formação, e essa medida não obteve resultados significativos na África do Sul.

O projeto não subsistiu e foi arquivado ao final da legislatura.

⁸⁸ Conforme a explanação na própria justificativa do projeto de Lei: “Trata-se da técnica desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul de buscar a conformação de um “compromisso significativo” entre o Estado em sua dimensão executiva (Poder Executivo) e os destinatários de dada política pública ou detentores de algum direito constitucional não concretizado. Apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto.” (BRASIL, 2015D)

i) Considerações gerais

Sintetizando as informações acerca das atividades legislativas que tiveram alguma influência da medida cautelar da ADPF nº 347, sabe-se que o efeito vinculante da decisão em sede de controle de constitucionalidade abstrato não vincula o Poder Legislativo, contudo é importante verificar como a declaração do ECI de certa forma mobilizou os parlamentares.

Em 5 anos, contabilizando o total de atividades que, direta ou indiretamente, motivaram os atos dos parlamentares, quando olhamos aquele quantitativo total de 37 menções na pesquisa legislativa antes elencada, tem-se que somente 6 deles referiam-se aos projetos de lei ou de emenda constitucional, montante ínfimo frente aos problemas relacionados ao sistema penitenciário nacional. A partir de uma breve observação foi visto que a maioria das atividades desempenhadas pelos parlamentares, de maneira geral, decorreu da atuação de deputados do PSOL, o mesmo partido que ajuizou a ADPF nº 347, o que permite deduzir a sub-representação dessa população no Congresso Nacional. Na avaliação da qualidade das propostas, a maioria pareceu condizente com a finalidade de superar a situação degradante dos presídios brasileiros.

Como o intento dessa pesquisa era avaliar os efeitos em cada um dos poderes, no tocante ao Poder Legislativo ficou demonstrado que o assunto ainda é muito marginalizado entre os parlamentares, com tentativas, inclusive, de impactar as ações que estão sendo realizadas. Com isso, essas atividades legislativas podem ser consideradas como geradoras de um efeito simbólico indireto, pois, ainda que considerada bastante incipiente, já se vê uma mudança de percepção por parte dos representantes do povo no Congresso Nacional no tocante a gravidade da situação do sistema penitenciário, porém, mais uma vez, não se deixa de ressaltar também as situações contraproducentes, vide o PDC nº 317/2016, que afetam diretamente os beneficiários da ação, mas de forma aversa ao pedido na ADPF nº 347.

5. CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa, muitas nuances foram analisadas acerca do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, desde seus primórdios na jurisprudência colombiana, seus impactos em um importante princípio constitucional, a separação de poderes, sua formação fincada dentro dos litígios estruturais e as possibilidades a partir dele de formação de diálogos institucionais, a tempos evocado por alguns estudiosos⁸⁹. É um assunto ainda controverso dentre a doutrina brasileira, porém vem delineando, ainda que mais lento do que o esperado, seus contornos ao longo dos últimos anos.

Ao adentrar no estudo de caso da ADPF nº 347, é impossível não se indignar com os fatos narrados na ação e comprovados através das diversas investigações sobre o assunto. Também não precisa ser nenhum estudioso do assunto para saber sobre a situação degradante do sistema penitenciário nacional, vide as recorrentes notícias na grande mídia sobre o tema e que sempre ressaltam uma população carcerária acima da capacidade do sistema prisional, presos que tem negligenciados todos os seus direitos básicos e até fisiológicos, sem lugar para dormir, sem vestimenta adequada, sem um local adequado para um banho⁹⁰.

Não se pode negligenciar essa situação como se não fosse um problema de toda a sociedade, no entanto a ideia incrustada em nosso meio social acerca dos presos não é das melhores e isso reverbera na omissão do Poder Público, visto a impopularidade desse tema e a falsa sensação que tratar do sistema penitenciário significa dar privilégios aos apenados. Então, foi nesse cenário que aconteceu a declaração do ECI, para tentar superar toda a situação de flagelo dos presídios brasileiros. O Supremo Tribunal Federal assumiu, conforme a doutrina sobre o assunto, a incumbência de monitorar ações que visassem superar tal inconstitucionalidade. Entretanto os desafios são gigantes, a começar pela própria decisão da Corte, que deferiu poucas medidas cautelares e ainda deixou muitas brechas que, conforme analisado nessa pesquisa, algumas delas foram corrigidas em situações alheias a ação, a exemplo de três cautelares, tema analisado no tópico 3.1 da presente pesquisa.

Quando adentrei em cada uma das cautelares, foi vislumbrado que, no atual momento da ação, a falta de monitoramento, sendo esse um dos principais balizadores da técnica de decisão, pode ter deixado o sistema penitenciário nacional sem receber os recursos necessários, visto que o Poder Público permaneceu em sua omissão e o STF não agiu como deveria nesse aspecto. Quanto à audiência de custódia, hoje pode-se dizer que é uma realidade em grande

⁸⁹ Vide GARGARELLA (2014), GARAVITO (2010) e MENDES (2011).

⁹⁰ Essas e outras afirmações acerca dos presídios também estão presentes em BRASIL (2015A).

parte do país, porém o prazo para sua implantação excedeu exorbitantemente, o que gera uma desconfiança acerca da efetividade do ECI, afinal o que era 90 dias foram 5 anos e ainda com pendências, conforme analisado nos tópicos 3.2 e 3.3.

Toda essa análise permitiu visualizar alguns efeitos decorrentes direta ou indiretamente a partir do julgamento da ADPF nº 347. Fazendo um breve balanço quantitativo, dos efeitos encontrados, conforme tipologia discutida no tópico 2.3, foram 2 efeitos instrumentais diretos, 4 instrumentais indiretos e 5 simbólicos indiretos. Analisando sob o aspecto quantitativo, tal cenário gera receio quanto à efetividade da ação em um curto e médio prazo, visto a quantidade de efeitos simbólicos gerados. Longe de afirmar que esse efeito em si seja indesejável, porém dada a necessidade de ações concretas no sistema penitenciário, os efeitos simbólicos podem não colaborar de forma imediata na futura superação do ECI.

Outra questão relevante observada durante a pesquisa foi que existem efeitos, independente da tipologia, que possuem aspectos desfavoráveis, contrários ao que se pretende com a ação e que isso pode ser um reflexo do momento político. Dois exemplos são a tentativa de extinção do MNPCT e a possibilidade de sustar os efeitos da Resolução nº 213/2015-CNJ⁹¹, deixando assim de existir as audiências de custódia⁹².

Após essa breve exposição da pesquisa, resta responder à pergunta que a ensejou: Durante o período de 2015 a 2020, cinco anos da decisão da medida cautelar da ADPF nº 347, que instituiu o Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, com base nos efeitos instrumentais e simbólicos gerados, há justificativa para a continuidade do referido instrumento no sistema jurídico brasileiro?

Em que pese os problemas existentes ao longo desse período avaliado que foi desde o julgamento da ação em setembro de 2015 até o fim do programa do CNJ “Justiça Presente” em setembro de 2020, conforme avaliado durante a pesquisa, é justificável a continuidade do ECI no sistema jurídico brasileiro por alguns motivos que vão além das análises dos efeitos. Atendo-se a esses, apesar dos que foram considerados desfavoráveis, é muito importante para a superação do estado de coisas a mudança de percepção acerca do tema, o que foi observado no Poder Legislativo através de suas propostas e interesse de agir, ainda que incipiente e não suficiente, e entre os tribunais espalhados em todo o país com o empenho da implementação das audiências de custódia, ainda que o prazo tenha sido descumprido. Não se pode escusar

⁹¹ Atualmente o risco foi minorado, visto que a audiência de custódia foi incorporada ao Código de Processo Penal.

⁹² Rosenberg (1991) fez essa observação em seu estudo sobre os efeitos do caso *Brown x Board of Education*, em que a decisão causou um efeito de revolta em parte da população e órgãos públicos se negavam a cumprir a decisão.

também as mudanças legislativas que foram benéficas ao sistema penitenciário, mesmo tendo questões passíveis de futuras discussões.

No entanto, o Supremo precisa ter uma mudança de percepção acerca do instrumento. É necessário mais empenho da instituição, o monitoramento se provou necessário, vide o que aconteceu com os recursos do FUNPEN mesmo descontingenciados e as audiências públicas precisam acontecer, com a finalidade de mostrar à sociedade os reflexos e impactos da situação carcerária para a coletividade. E o ponto principal: é deveras urgente que aconteça o julgamento do mérito. Os pedidos finais da ADPF nº 347 parecem promissores no tocante a formação dos planos de ação que proporcionarão o diálogo institucional e permitirão que tenhamos um horizonte temporal, desde que mais bem dimensionado, de quando veremos o ECI no sistema penitenciário superado.

Estamos na iminência da declaração de um novo Estado de Coisas Inconstitucional, indo de encontro a ideia da “doutrina de um caso só”, dessa vez referente à situação da política ambiental. Na ADPF nº 760, a ministra Carmen Lúcia, relatora da ação, já proferiu seu voto em abril de 2022 sendo favorável a declaração do instrumento. Atualmente o julgamento está suspenso pelo pedido de vista do ministro André Mendonça.

A fim de não cometer os equívocos do julgamento de 2015, visto a urgência de quaisquer temas em que haja a declaração do ECI, é necessário que o STF não tarde o julgamento do mérito, sendo possível até a aplicação do rito previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/1999, conforme citado no tópico 4.1.5. Outro aspecto é planejar o monitoramento e possível delegação de tal feito para outros órgãos⁹³, podendo ser uma alternativa para o STF não acompanhar a efetivação sozinho, além de poder fomentar uma equipe especializada no tema para inspecionar os planos de ação. Por fim, estar em diálogo com os outros Poderes bem como com a sociedade por meio de audiências públicas visando discutir as propostas que buscam superar o ECI.

Não compactuo da visão otimista que vê o ECI como a solução para os problemas de graves violações de direitos no Brasil, visto a complexidade envolvida na aplicação do instrumento, mas existe possibilidade de mudança a ser obtida a partir do uso da técnica de decisão. É um veredito que tendência a ser histórico em nosso sistema normativo, mas, para a o alcance de objetivos, é necessária a atuação conjunta dos três Poderes para de fato haver mudanças nas políticas públicas no sistema penitenciário brasileiro.

⁹³ A exemplo do ocorrido com as audiências de custódia incumbindo o CNJ de acompanhar a execução da implantação.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Voto em Separado**. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/67688-voto-em-separado/>. Acesso em: 12 mai. 2022
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225, nov. 2013, p. 389 – 410.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, ano 29, n. 1/2, p. 70-80, jan./fev. 2017.
- ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro? In: LEAL, Fernando (Coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 103-124.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 2, 2016, p. 405-440. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/hCRPpBpxFwSv4JhVJbhBKbK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 05 mai. 2021
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59-85, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, O Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal E O Discurso De Supremacia No Constitucionalismo Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, v. 201, p. 71-95, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2640759. Acesso em 24 mai. 2021
- BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 22 mar. 2022
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia 6 anos**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-6-anos-audiencia-custodia200121.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 02 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2022

BRASIL. **Decreto no 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 02 mai. 2022 (A)

BRASIL. **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 02 mai. 2022 (B)

BRASIL. **Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994.** Cria o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp79.htmcompilado.htm. Acesso em: 07 mai. 2022

BRASIL. **Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 02 jun. 2021 (A)

BRASIL. **Lei no 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 02 jun. 2021 (B)

BRASIL. **Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007.** Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6085.htm. Acesso em: 02 mai. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal.** Petição Inicial. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 23 mar. 2022. (A)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal.** Medida Cautelar. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em: 23 mar. 2022. (B)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213/2015-CNJ**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 04 mai. 2022 (C)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Acompanhamento de Cumprimento de Decisão (Cumprdec) nº 0000134-95.2016.2.00.0000**. Jurisdição CNJ. Data da Distribuição 15 jan. 2016. Órgão Julgador Gabinete Conselheiro Mauro Pereira Martins. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=65cf4b87340d0dbd160987cd8042415039b484d172d84d8e>. Acesso em: 18 abr. 2022. (A)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS – Rio Grande do Sul**. Acórdão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento dia 11 mai. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 08 jan. 2022. (B)

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Exposição de Motivos – Medida Provisória nº 755/2016**. Data: 06 dez. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-755-16.pdf. Acesso em: 06 mai. 2022. (C)

BRASIL. **Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016**. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência direta de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional aos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, que dispõe sobre a cooperação federativa no âmbito da segurança pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv755.htm#art5. Acesso em: 06 mai. 2021 (D)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 317/2016**. Autoria: Dep. Eduardo Bolsonaro. Data de apresentação: 16 fev. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077191&ord=1>. Acesso em: 09 mai. 2022 (E)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252/MS – Mato Grosso do Sul**. Acórdão. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJE. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 01 mai. 2022 (A)

BRASIL. **Lei nº 13.500, de 26 de outubro de 2017**. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, para permitir a prestação de serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), na qual se inclui a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113500.htm. Acesso em: 06 mai. 2022 (B)

BRASIL. Ministério de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório Temático: FUNPEN e Prevenção à Tortura - As ameaças e potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil**. MNPCT: Brasília, 2017. Disponível em: <https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/09/funpen.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2022 (C)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 318/2017**. Autoria: Dep. Heuler Crunivel. Data de apresentação: 03 mai. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2132968>. Acesso em: 09 mai. 2022 (D)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei nº 10.372/2018**. Inteiro Teor. Data de apresentação 06 jun. 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 12 mar. 2022 (A)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Acompanhamento de Cumprimento de Decisão (Cumprdec) nº 0000134-95.2016.2.00.0000**. Decisão. Data 30 jul. 2018. Órgão Julgador Gabinete Conselheiro Mauro Pereira Martins. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=48d126ca9c8908fcf50181c75c4a899be91ee6f95d6fbf32d6a6c41cdd5a42f3ba0600e29346d6216dbd142dcaec60b639b484d172d84d8e&idProcessoDoc=3174535>. Acesso em: 28 abr. 2022. (B)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP – São Paulo**. Acórdão. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJE nº 215 do dia 09 out. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 08 jan. 2022. (C)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 27.206/RJ – Rio de Janeiro**. Decisão monocrática. DJE nº 204, 19 set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341202362&ext=.pdf>. Acesso em 05 mai. 2022 (A)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução no 307, de 17 de dezembro de 2019**. Institui a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, prevendo os procedimentos, as diretrizes, o modelo institucional e a metodologia de trabalho para sua implementação. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original153009202001105e1898819c054.pdf>. Acesso em 08 mai. 2022 (B)

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 30 abr. 2022 (C)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Requerimento de audiência pública (REQ) nº 57/2019**. Autoria: Dep. Léo Moraes. Data de apresentação: 28 mai. 2019. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2205291>. Acesso em: 09 mai. 2022 (D)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Voto em Separado (VTS) referente ao Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 317/2016**. Autoria: Dep. Talíria Petrone e Dep. Marcelo Freixo. Data de apresentação: 5 jun. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206837>. Acesso em: 09 mai. 2022 (E)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei (PL) nº 1.598/2019**. Autoria: Dep. Major Vitor Hugo. Data de apresentação: 19 3 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194593>. Acesso em: 09 mai. 2022 (F)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 392/2019**. Autoria: Dep. Ivan Valente e outros. Data de apresentação: 11 jun. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207475>. Acesso em: 09 mai. 2022 (G)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei (PL) nº 5.511/2019**. Autoria: Dep. Capitão Alberto Neto. Data de apresentação: 15 out. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225234>. Acesso em: 09 mai. 2022 (H)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 690/2019**. Autoria: Dep. Talíria Petrone. Data de apresentação: 7 nov. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229138>. Acesso em: 09 mai. 2022 (I)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Final Justiça Presente**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Relatorio_Gestao_web_121120.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022 (A)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Unidades da Federação Justiça Presente**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_UF_web_1109_2.pdf. Acesso em: 12 abr. 2022 (B)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação no 62, de 17 de março de 2020**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado164744202009165f6241b000b81.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2022 (C)

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei (PL) nº 3.660/2020**. Autoria: Dep. Erika Kokay e outros. Data de apresentação: 6 7 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256863>. Acesso em: 09 mai. 2022 (D)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução no 367, de 19 de janeiro de 2021.** Dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a criação da Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19543320210125600f21f9370a1.pdf>. Acesso em 05 mai. 2022 (A)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF** – Distrito Federal. Medida Cautelar. Ata de Julgamento Publicada. DJE nº 115. Divulgado em 15 jun. 2021. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560#decisoas>. Acesso em: 23 abr. 2022. (B)

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Fundo Penitenciário Nacional.** Portal da Transparência. Disponível em: <https://portal.datatransparencia.cgu.gov.br/orgaos/30907?>. Acesso em: 02 abr. 2022 (A).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos das Audiência de Custódia.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/dados-estatisticos/>. Acesso em: 03 mai. 2022 (B).

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/mais-informacoes>. Acesso em: 06 mai. 2022 (C).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 607/DF – Distrito Federal.** Decisão Monocrática. DJE nº 61 de 30 mar. 2022. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5741167>. Acesso em: 10 mai. 2022 (D).

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

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Juscorporativismo: os Juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114, p. 31-77, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920600. Acesso em: 10 mai. 2021.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281-1316, 1975. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr89&div=68&id=&page=>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 2, n. 3, p. 183-206, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 mai. 2021

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a, v. 49, p. 141-149, 2012.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. History of Constitutional Review in Brazil (From Foundation to Nowadays). **Giornale di storia costituzionale**, v. 40, II, p. 155-190, 2020.

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**, v. 55, n. 217, p. 243-255, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243. Acesso em: 02 mai. 2022

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2012)

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional**: a tutela dos direitos fundamentais em casos de graves violações pelo poder público. Curitiba: Juruá, 2019.

DE GIORGI, Rafaelle; FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. **Estadão**, 2015. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 30 abr. 2022

EPP, Charles R. **Law as an instrument of social reform**. The Oxford Handbook of Law and Politics. 2008.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **A difusão do autoritarismo e resistência constitucional**. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, 2022. 403 p.

FISS, Owen M. Foreword: The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 1-58, 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 18 jan. 2022

G1 RN. **Ex-governadora do RN é denunciada por improbidade administrativa**. Portal de notícias G1. Data de veiculação: 08 nov. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2016/11/ex-governadora-do-rn-e-denunciada-por-improbidade-administrativa.html>. Acesso em: 12 mai. 2022

GARAVITO, César Rodriguez (org.). **Más allá del desplazamiento**: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. **Cortes y cambio social**: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global**. 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. **La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América Latina**. Bogotá: Debate, 2014.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2015. 267 p. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 01 mai. 2022.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009, p. 139-178.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas. In GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

KAVANAGH, Aileen. The constitutional separation of powers. In: DYZENHAUS, David; THORBURN, Malcolm (ed.) **Philosophical foundations of constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 221-239.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, n. 88, p. 141-184, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/zbSTtwRW9k3NrjwTkcYSBHc/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo institucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021

LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da FA7**, v. 12, n. 1, 2015.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

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**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760> Acesso em: 07 mar 2022. (A)

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos.

Revista Direito GV, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/?format=html>. Acesso em: 07 mar. 2022. (B)

MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação; BARBOSA, Claudia Maria. Diálogos institucionais frente à pretensão de última palavra do STF: Contribuições canadenses para o modelo brasileiro de interpretação constitucional. **Conpedi Law Review**, v. 3, n. 2, p. 376-393, 2017. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/bd9f/b3028dc330ca8b3e37df682d0c66adab1225.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021

MCCANN, Michael W. **Rights at work: Pay equity reform and the politics of legal mobilization**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. In: **Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias**. 2008. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Omisao_Legislativa_v__Port.pdf. Acesso em 28 mai. 2021

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOTÍCIAS STF. Ministro Gilmar Mendes abre audiência pública sobre sistema prisional brasileiro. **Notícias STF**. Data da publicação: 14 jun. 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467517&ori=1>. Acesso em: 08 mai. 2022

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas**. Dissertação (Mestrado). Curso de Estudos Políticos, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2011. 103 f.

PETIZ, Martin Magnus. O Estado de Coisas Inconstitucional como estratégia de diálogo institucional no julgamento da ADPF 347 MC/DF pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Ciências do Estado**. Belo Horizonte: v. 6, n. 1, e26989. ISSN: 2525-8036. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revise/article/view/26989>. Acesso em: 15 fev. 2022

PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 3, n. 3, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22177>. Acesso em: 10 mai. 2022

PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, v. 1, n. 2, p. 41-82, 2014. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf. Acesso em 03 mai. 2022

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília: v. 11, n. 3. p. 401-425, 2021. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/7418>. Acesso em: 20 mai. 2022

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Estado de coisas surreal. **Jota**. Data de Publicação: 25 set. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-surreal-25092015>. Acesso em: 30 abr. 2022

ROSA, Cristina. MP aciona 5 por permitirem devolução de verbas federais destinadas à melhoria de presídios. **Assessoria de Comunicação Social do MP-GO**. Data de veiculação: 03 jun. 2015. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/mp-aciona-5-por-permitirem-devolucao-de-verbas-federais-destinadas-a-melhoria-de-presidios>. Acesso em: 12 mai. 2022.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SENADO NOTÍCIAS. **Glossário Legislativo** – Contingenciamento. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/contingenciamento>. Acesso em: 15 mai. 2022.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, v. 24, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 29 mai. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 17, n. 3, p. 721-732, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/3bmRcR1>. Acesso em 02 mai. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12319&context=journal_articles. Acesso em: 29 abr. 2022

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In GARGARELLA, Roberto (comp.). **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

TUSHNET, Mark; YACKLE, Larry. Symbolic Statutes and Real Laws: The Pathologies of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act and the Prison Litigation Reform Act. **Duke Law Journal**, v. 47, n. 1, p. 1-86, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=dlj>. Acesso em: 04 mai. 2022

VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider; KOZICKI, Katya. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 53, jul./dez 2018, p. 147 a 181. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/827>. Acesso em: 10 jan. 2022

VASCONCELLOS, Jorge. DF completa ciclo de implantação das audiências de custódia no país. **Agência CNJ de Notícias**. Data de Publicação: 14 out. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/df-completa-ciclo-de-implantacao-das-audiencias-de-custodia-no-pais/>. Acesso em: 07 mai. 2022

VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, pp. 03-05. Disponível em: <http://www.cedes.iuperj.br>. Acesso em: 02 mai. 2021

VIEIRA, José Ribas; BEZERRA, Rafael. Estado de coisas fora do lugar (?). **Jota**. Data de Publicação: 05 out. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estado-de-coisas-fora-lugar-05102015>. Acesso em: 30 abr. 2022

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2005. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ylr115&div=55&g_sent=1&casa_token=&collection=journals. Acesso em 27 mai. 2021

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.