

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER
ANA PAULA KOSAK**

**A LEGITIMIDADE DO STF NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
EM MATÉRIA PENITENCIÁRIA**

**CURITIBA
2021**

ANA PAULA KOSAK

**A LEGITIMIDADE DO STF NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
EM MATÉRIA PENITENCIÁRIA**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Poder, Estado e Jurisdição.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2021

K86L Kosak, Ana Paula
A legitimidade do STF no controle judicial de
políticas públicas em matéria penitenciária / Ana Paula
Kosak. – Curitiba, 2021.
198 f.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Prisões. 3.
Legitimidade (Direito). 4. Política pública. 5. Controle da
constitucionalidade. 6. Execução penal. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

ANA PAULA KOSAK

**A LEGITIMIDADE DO STF NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS
EM MATÉRIA PENITENCIÁRIA**

Dissertação apresentada ao Centro Universitário Internacional (UNINTER) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de aprovação: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Rui Carlo Dissenha
Orientador

Professora Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Avaliadora

Professor Dr. André Ribeiro Giamberardino
Avaliador externo

Ao meu pai, que presenciou o início deste projeto, mas verá sua conclusão de um lugar mais belo.

AGRADECIMENTOS

Terminar um mestrado não é tarefa fácil, pois exige determinação, dedicação, renúncias e muita resiliência para que o objetivo seja alcançado. Essas exigências não seriam atendidas caso não existissem pessoas que me auxiliassem, da forma mais diversa, para chegar até aqui com a pesquisa concluída. Esse auxílio parece ser ainda mais relevante durante o ano em que se instaurou uma pandemia mundial, com tantas incertezas e mudanças. O agradecimento, antes de tudo, vai a Deus, por me dar capacidade intelectual e forças para enfrentar os desafios de um mestrado.

Agradeço ao professor *Rui Carlo Dissenha*, por ter aceitado me orientar nesta dissertação e ter auxiliado com os mais relevantes comentários, sugestões e lições, enriquecendo sobremaneira a pesquisa. Cada reunião de orientação era como se todas as energias que me levaram a decidir fazer o mestrado se renovassem. Portanto, registro aqui a minha admiração pelo orientador, professor e pessoa que é.

Ao Programa de Mestrado em Direito da Uninter, pelo aceite em me incluir como mestranda e pela bolsa que permitiu desenvolver a pesquisa nessa instituição que há um tempo já faz parte da minha trajetória acadêmica e também profissional.

Agradeço ao Coordenador do Programa, professor *Daniel Ferreira*, meu primeiro orientador no mestrado e a pessoa que dirige o sucesso do PPGD da Uninter, junto com as secretárias *Anna e Elenice*.

Às professoras e aos professores do Programa, *Estefânia Barboza, Andreza Baggio, Doacir Quadros, Alexandre Pagliarini e Martinho Botelho* que, por meio das disciplinas ministradas, contribuíram com seus ensinamentos, de algum modo, para o desenvolvimento da presente pesquisa. Estendo aqui os agradecimentos ao professor *André Peixoto*, pelo incentivo para dar início ao mestrado e pelas contribuições para a dissertação; bem como ao professor *Celso Ludwig*, por ser uma inspiração desde as primeiras aulas e da orientação na graduação em Direito.

Agradeço, ainda, aos amigos de turma, pelo companheirismo e pelos debates acadêmicos, mas também pelas diversas vezes que deixaram mais leves os árduos dias do mestrado.

Agradeço ao *Bruno Milanez*, meu primeiro professor de processo penal e atual sócio, pelo incentivo e contribuições para a presente dissertação, bem como pela compreensão e suporte nas minhas ausências no escritório, ponto no qual estendendo

os agradecimentos ao *Marco Berberi*. Agradeço também ao *Felipe Foltran* e à *Mariana Keppen*, que por lá passaram durante esse período.

Ao *Leandro*, pelo amor e compreensão nos vários momentos que estive ausente, e pelos momentos em que esteve comigo dividindo alegrias, sonhos, dores e dando o suporte emocional nos momentos mais difíceis.

Por fim, agradeço especialmente às pessoas da minha família:

Às minhas irmãs *Ellen* e *Kelen*, pelos momentos mais alegres e descontraídos e pelo suporte conjunto no momento mais difícil das nossas vidas.

À minha mãe, *Iza*, pela vida, toda a criação, educação e suporte imateriais de valor imensurável que, em conjunto com o meu pai, fez com que isso se tornasse possível.

Ao meu pai, *Paulo*, que viu o início da minha jornada no mestrado começar, mas que teve que se despedir da vida antes de ver o final desta conquista. Sua garra, humildade, determinação e força são minha inspiração. Que essa conquista seja objeto de orgulho, onde quer que esteja. "*Deu tudo certo!*"

RESUMO

O presente trabalho parte da constatação de que a situação degradante das prisões brasileiras é de conhecimento geral e das próprias instituições, o que levou o próprio Supremo Tribunal Federal a reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário. Não se trata de uma novidade, mas, ainda assim, omissões e falhas em políticas públicas contribuem para a manutenção dessa condição indignificante. Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário necessita ser estudado, especialmente a possibilidade e a legitimidade em interferir em políticas públicas prisionais, diante de falhas ou omissões do Estado em assegurar os direitos da pessoa privada de liberdade. O objetivo da pesquisa, portanto, é centrado em analisar a possibilidade dessa intervenção do Judiciário e sua forma, com o foco na sua efetividade. Com isso, a partir da análise das formas de controle carcerário existentes, e a forma como se desenvolveu no Brasil, verifica-se que foi a partir da Lei de Execução Penal que se pode afirmar que houve a jurisdicionalização da execução penal. Isso significa que o juiz passou a exercer fundamental controle da legalidade na execução das penas, o que tem relação direta com o reconhecimento dos direitos dos presos. Antes disso, prevalecia o entendimento de que a execução das penas era de competência exclusivamente administrativa, com pouca ou nenhuma participação de uma autoridade judiciária. A Constituição da República de 1988, a Lei de Execução Penal e documentos internacionais constituem fontes normativas muito claras para a orientação de políticas públicas. Entretanto, há uma discrepância com o que se verifica na prática da execução penal. Ao Judiciário chegam as mais diversas questões relatando as várias violações de direitos das pessoas privadas de liberdade. Especialmente no STF, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada, verificou-se que o tribunal afasta os argumentos da reserva do possível e separação dos poderes como impeditivos da ingerência do Judiciário em tais questões. A Corte é, de um modo geral, favorável à intervenção do Judiciário, mas a sua forma de agir indica uma atuação para resolver problemas pontuais decorrentes de falha ou ausência de políticas públicas, e não uma atuação voltada a alterar a própria política pública. Essa forma de agir, embora legítima, não parece ser a mais adequada para solucionar o problema estrutural generalizado constatado nos cárceres brasileiros. Nesse contexto, a experiência estrangeira tem desenvolvido o modelo das decisões judiciais estruturais dialógicas voltadas à superação de quadros de inconstitucionalidade, como aquele do Estado de Coisas Inconstitucional. Além de ser um modelo que vem influenciando o desenvolvimento de estudos no âmbito interno, se apresenta como uma alternativa aparentemente mais adequada para lidar com problemas estruturais de violação de direitos da pessoa privada de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: sistema carcerário; estado de coisas inconstitucional; execução penal; controle judicial; políticas públicas.

ABSTRACT

The present work starts from the observation that the degrading situation of Brazilian prisons is common knowledge and the institutions themselves, which led the Supreme Federal Court itself to recognize the Unconstitutional State of Affairs in the prison system. This is not a novelty, but omissions and failures in public policies still contribute to the maintenance of this meaningless condition. In this context, the role of the Judiciary needs to be studied, especially the possibility and legitimacy to interfere in prison public policies, in the face of failures or omissions by the State in ensuring the rights of the person deprived of liberty. The objective of the research, therefore, is centered on analyzing the possibility of this Judiciary intervention and its form, with a focus on its effectiveness. With this, from the analysis of the existing forms of prison control, and the way it developed in Brazil, it appears that it was from the Criminal Execution Law that it can be said that there was the judicialization of criminal execution. This means that the judge began to exercise fundamental control of legality in the execution of sentences, which is directly related to the recognition of the rights of prisoners. Before that, the understanding prevailed that the execution of sentences was exclusively an administrative competence, with little or no participation by a judicial authority. The 1988 Constitution of the Republic, the Penal Execution Law and international documents are very clear normative sources for guiding public policies. However, there is a discrepancy with what is seen in the practice of criminal execution. The most diverse issues come to the Judiciary reporting the various violations of the rights of persons deprived of their liberty. Especially in the STF, from the jurisprudential research carried out, it was found that the court rejects the arguments of the reserve of the possible and separation of powers as impediments to the interference of the Judiciary in such matters. The Court, in general, is favorable to the intervention of the Judiciary, but its way of acting indicates an action to solve specific problems arising from the failure or absence of public policies, and not an action aimed at changing public policy itself. This way of acting, although legitimate, does not seem to be the most adequate to solve the generalized structural problem found in Brazilian prisons. In this context, the foreign experience has developed the model of dialogical activism in structural judicial decisions aimed at overcoming unconstitutionality frameworks, such as that of the Unconstitutional State of Affairs. In addition to being a model that has been influencing the development of studies internally, it presents itself as an alternative apparently more adequate to deal with structural problems of violation of the rights of the person deprived of liberty.

KEYWORDS: prison system; unconstitutional state of affairs; penal execution; judicial control; public policy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL	14
1.1 EXECUÇÃO PENAL E A TEORIA DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE PODER	19
1.2 <i>HANDS OFF DOCTRINE</i>	23
1.3 JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL.....	28
1.4 EIXOS NORMATIVOS ORIENTADORES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA EXECUÇÃO PENAL	40
1.4.1 Constituição Federal	42
1.4.2 Lei de Execução Penal	48
1.4.3 Documentos Internacionais	50
2 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIÁRIAS	55
2.1 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À INTERVENÇÃO JUDICIAL	56
2.1.1 Separação dos poderes	58
2.1.2 O argumento orçamentário	63
2.2 AS MATÉRIAS LEVADAS À APRECIÇÃO DO STF ENTRE JANEIRO DE 2006 E JUNHO DE 2020	69
2.3 A RECONHECIDA FALHA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A ATUAÇÃO DO STF.....	77
3 ENTRE DECISÕES ESTRUTURANTES E NÃO ESTRUTURANTES: A CONFORMAÇÃO DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM POLÍTICAS PÚBLICAS PRISIONAIS	86
3.1 A RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO DIANTE DA EXECUÇÃO ILÍCITA DAS PENAS E A NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO ALTERNATIVA CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE	86
3.2 AS DECISÕES ESTRUTURANTES: OS CASOS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS COLOMBIANA E SUL-AFRICANA.....	90
3.2.1 Corte Constitucional Colombiana	94
3.2.2 Corte Constitucional Sul-Africana	100

3.2.3 Elementos das decisões judiciais estruturais dialógicas	103
3.3 O STF E AS DECISÕES PONTUAIS NÃO ESTRUTURANTES.....	107
CONCLUSÕES	113
REFERÊNCIAS	117
ANEXOS	132

INTRODUÇÃO

A situação degradante das prisões brasileiras não é uma novidade entre os cidadãos e muito menos entre os membros do Judiciário. O Supremo Tribunal Federal (STF) inclusive se manifestou em várias oportunidades reconhecendo o quadro generalizado de inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro, pela gravíssima falta de condições mínimas que permitam que o apenado cumpra a pena de forma digna, segundo os preceitos constitucionais e as normas gerais sobre direitos humanos.

Basta olhar para os relatórios das últimas Comissões Parlamentares de Inquérito a respeito do sistema carcerário para se constatar a ausência do mínimo, como produtos de higiene, salubridade de celas (quando há celas), água potável, ventilação adequada, direito de visita em condições seguras, recipientes adequados para alimentação, entre outros problemas, os quais são agravados pela superlotação.

Diante disso, não há dúvidas de que existe uma falha de políticas públicas para a população apenada (quando não uma verdadeira omissão do Estado) no sentido de que tais condições indignas são conhecidas, mas pouco se vê por parte dos entes governamentais sobre a adoção de medidas efetivas para minimizar ou resolver a situação de modo estrutural; até porque, a defesa dos direitos das pessoas presas não é uma bandeira que tenha amplo apoio popular.

Assim, o presente trabalho pretende explorar o problema da possibilidade e legitimidade da interferência do Judiciário em políticas públicas para a efetivação dos direitos dos presos, diante da falha dos demais poderes na formulação e/ou implementação dessas políticas para a população carcerária. As questões centrais a serem enfrentadas são, primeiramente, verificar se existem fundamentos legitimadores para que o Judiciário, nos casos levados à sua apreciação, interfira nas políticas públicas dos poderes Executivo e Legislativo visando a promoção dos direitos das pessoas privadas de liberdade e, em segundo lugar, como se dá essa interferência, com especial foco na sua efetividade.

Isso se justifica porque o estado precário das prisões brasileiras deixa evidente a violação de vários princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, além de implicar clara inobservância da legislação infraconstitucional e as regras internacionais sobre direitos humanos.

Embora pareça necessária e, como se verá no texto, toda a evolução do sistema jurídico indique que tal interferência é plenamente viável em temas dessa envergadura, essa postura do Judiciário, entendida como uma forma de ativismo, é questionada por parte da doutrina por encontrar limitações constitucionais, como a separação dos poderes e o princípio da reserva do possível, o que não deixará de ser analisado no trabalho que se apresenta.

Para o presente estudo, entende-se aqui o ativismo judicial como sendo uma forma de atuação expansiva em face dos demais poderes, seja no campo político ou normativo. Muito embora seja amplamente debatido por conta dos problemas de ordem democrática, aqui se considera que o ativismo judicial não é ilegítimo por natureza, mas que pode ser legítimo ou não, a depender da forma como é desenvolvido. Assim, existem posições que defendem essa legitimidade, com critérios bem estabelecidos e que contribuem para o objeto da presente pesquisa, que tratará do ativismo judicial para a promoção de direitos das pessoas privadas de liberdade.

Com isso, considerando a situação precária de várias prisões brasileiras, a violação de direitos fundamentais é evidenciada e praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda. Deste modo, é necessário definir de que forma o Judiciário, ao imiscuir-se na gestão carcerária, encontra-se legitimado a promover os direitos fundamentais das pessoas presas, com amparo constitucional. Apesar disso, como se verá, mesmo essa intervenção não tem surtido os efeitos necessários, pois há décadas o sistema carcerário indignificante produz seus danosos efeitos sociais sem que o problema, embora amplamente reconhecido, seja solucionado. Portanto, para além dessa adequação da intervenção, a hipótese que se aventa é também que a falta de efetividade do controle jurisdicional de políticas públicas carcerárias precisa ser repensada para novas formas de atuação mais capazes de efeitos diretos, para o quê a experiência internacional pode oferecer algumas soluções interessantes, na figura das decisões estruturais dialógicas.

Na pesquisa, o termo “penitenciário”, utilizado de forma variada como “direito penitenciário” ou “matéria penitenciária” é entendido como um conceito mais restrito em relação ao “direito da execução penal”¹, já que se restringe à condição das pessoas que cumprem penas privativas de liberdade.

¹ Ver, nesse sentido: GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 53: “O direito da execução penal tem maior amplitude em relação ao direito penitenciário, não se confundindo com este”. Ver também:

Para tanto, em um primeiro momento, são apresentadas as formas históricas de controle carcerário existentes, e especialmente como o controle se desenvolve no Brasil. Aqui será possível verificar principalmente as teorias da não intervenção do Judiciário na fase de aplicação da pena, as quais têm como base o entendimento de que a fase de execução penal é eminentemente administrativa.

Trata-se de um ponto relevante a ser explorado, na medida em que permite verificar em que momento a execução penal se jurisdicionaliza, e qual é o motivo dessa jurisdicionalização que define um novo papel ao Judiciário na fase de aplicação da pena.

Posteriormente, em capítulo destinado à análise da atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas penitenciárias, o objetivo é enfrentar os argumentos centrais que sejam contrários a essa ingerência do Judiciário, bem como analisar alguns julgados do STF entre os anos de 2006 a 2020, a fim de verificar se o tribunal tem interferido em questões de políticas públicas para o sistema prisional e, se sim, como essa interferência ocorre.

A escolha da pesquisa no STF é motivada pelo fato de se tratar da autoridade judicial máxima para assuntos constitucionais, alguns deles tratados na presente pesquisa, como questões sobre direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes. Ao mesmo tempo, o lapso temporal se justifica, pois no ano de 2006 foi inserida a atual Lei de Drogas (Lei 11.343/06) no ordenamento jurídico brasileiro, sendo indicada como uma das possíveis causas do aumento substancial da população carcerária² dos últimos anos, contribuindo para a má condição dos presídios brasileiros e, conseqüentemente, para a violação dos direitos dos apenados.

O sítio eletrônico da Corte disponibiliza todos os julgados pelo tribunal desde 1950 e permite a filtragem por data, palavras-chave, natureza da decisão, dentre outros, possibilitando a realização da pesquisa; além disso, possui campo específico para solicitar ao próprio tribunal para que forneça as decisões, com base nos

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 17: *“É um conceito restrito de direito penitenciário, uma vez que dele se exclui a regulação da execução das penas e medidas de segurança não privativas de liberdade. Não tão restrito, no entanto, que dele se exclua a regulação da execução da medida de segurança privativa de liberdade, em homenagem ao processo de incorporação de garantias inerentes ao princípio da legalidade que as caracteriza. Uma concepção que fizesse caber no direito penitenciário a regulação de todas as penas e medidas de segurança suporia uma confusão entre este e o direito de execução das sanções criminais”*.

² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas** - 3. ed. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 15.

parâmetros fixados. O detalhamento da pesquisa, como feita, é realizado para que se observe, enfim, a possibilidade de uma verificação das conclusões e da falseabilidade que anima o espírito científico.

Por fim, diante da ineficácia geral da intervenção judicial verificada da pesquisa jurisprudencial, é necessário buscar saídas que se mostrem viáveis e mais efetivas. Por isso, o último capítulo é destinado a apresentar um pouco da experiência de Cortes Constitucionais de países do sul global que trazem modelos de decisões judiciais em uma perspectiva que busca solucionar problemas de políticas públicas para a efetivação de direitos socioeconômicos. Trata-se de uma forma cooperativa de atuação em políticas públicas entre o Judiciário e os atores governamentais responsáveis.

As conclusões a que se chega com o presente trabalho são desenvolvidas em seguida, mas concentram-se no fato de que, embora a atuação jurisdicional pareça plenamente viável à pretensão de correção dos problemas apontados, a forma pela qual as decisões judiciais, especialmente aquelas da Suprema Corte, têm tentado lidar com os problemas de um sistema carcerário indignificante não parecem suficientes a tanto. Isso se dá principalmente por uma condição de perspectiva: enquanto atuam pontualmente, as decisões sobre o tema não têm o condão de atingir políticas públicas de gestão. Para oferecer propostas de solução ao problema, indicações de Direito Comparado podem permitir uma nova forma de solução dessa espécie de conflito – e essa discussão é que anima o restante do capítulo final.

1 JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL

A fim de demonstrar de que forma a jurisdicionalização da execução penal pode ser relevante para a investigação sobre a atuação do Judiciário para a efetivação de políticas públicas voltadas ao sistema carcerário, é necessário que sejam apresentados os modelos de controle carcerário e de que forma se vinculam com o atual modelo de execução penal brasileiro. Antes disso, alguns apontamentos históricos ligados ao nascimento da prisão são apresentados, a fim de situar o leitor a respeito do contexto em que se desenvolveu o controle carcerário no Brasil.

Sendo assim, aponta-se que a primeira forma de prisão está estritamente relacionada com as casas de correção manufatureiras, existentes desde o século XVI³, criadas com o objetivo principal de exploração racional da força de trabalho. Ao que tudo indica, a crise da estrutura econômica da sociedade feudal teria levado os trabalhadores agrícolas a abandonarem os campos e migrarem para as cidades. Entretanto, não puderam ser absorvidos pelo novo sistema de manufatura na mesma velocidade com que saíam do campo e mudavam para a cidade⁴. Assim, as cidades começaram a povoar-se com antigos trabalhadores rurais, muitos dos quais passaram a ficar desempregados, o que fez com que se convertessem em mendigos, desocupados e “vagabundos”.

Com isso, no final do século XV e por todo o século XVI, proliferou-se pela Europa Ocidental uma legislação contra a “vagabundagem”, tratando como delinquentes voluntários aqueles mendigos, desempregados e “bandidos”⁵.

Em 1530 um estatuto passou a obrigar o registro dos “vagabundos”, estabelecendo distinções entre aqueles considerados incapacitados para o trabalho e que, portanto, estavam autorizados a mendigar, e aqueles que não recebiam essa classificação, podendo ser açoitados até sangrar caso recebessem qualquer tipo de caridade⁶.

³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 67-68. No mesmo sentido: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 36.

⁴ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 13.

⁵ Fazendo referência a *II Capitale*, de Karl Marx: MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 35.

⁶ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 36.

Alarmados com o número de mendigos em Londres, o rei teria autorizado o uso do castelo de *Bridewell*, em 1555, para que fossem acolhidos os “vagabundos”, ociosos, ladrões e autores de delitos de menor importância, sendo que “o objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro, era reformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina”⁷. Com isso, aponta-se que a Inglaterra abriu caminho para a iniciativa de criação dessas instituições que, de um modo geral, eram destinadas a abrigarem aqueles que poderiam estar praticando “insubordinação social” caracterizada pela vadiagem, mendicância ou mesmo pela recusa de trabalhar nas condições da nova disciplina imposta pelas cidades e os trabalhos de manufatura⁸. As casas de correção tiveram uma forma mais desenvolvida na Holanda⁹ e, posteriormente, em outros países europeus¹⁰.

Esse processo também é caracterizado como sendo não apenas de exclusão social, mas em um primeiro momento, de inclusão (em sentido negativo), seja de forma voluntária ou por meio da força. Ou seja, de qualquer modo, a imposição da disciplina era feita: os que eram levados por escolha própria eram considerados “merecedores”; e os que se recusavam eram levados como uma forma de punição por se oporem¹¹.

Assim, pode-se dizer que há uma relação direta entre o surgimento do modo de produção capitalista e a origem da instituição carcerária moderna, que colocou a privação da liberdade como sanção penal¹². Inclusive, essa relação também pode ser verificada quando se constata que, no final da Idade Média, quando não havia escassez da força de trabalho, as penas eram mais rigorosas, com prevalência das penas corporais e capitais; e quando havia pouca força de trabalho, as penas

⁷ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 36.

⁸ MELOSSI, Dario. **Controlling crime, controlling society**: Thinking about crime in Europe and America. Cambridge: Polity Press, 2008, p. 21-22.

⁹ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 39.

¹⁰ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 67-68.

¹¹ MELOSSI, Dario. **Controlling crime, controlling society**: Thinking about crime in Europe and America. Cambridge: Polity Press, 2008, p. 20.

¹² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 99 e 103. Os autores indicam o lucro como a mais importante motivação para a ênfase dada ao encarceramento como método de punição. O sistema penal passa a fazer parte do programa mercantil do Estado. Essa mesma relação entre o surgimento do modo de produção capitalista e a instituição carcerária é feita por Michel Foucault e também por Dario Melossi e Massimo Pavarini. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 20.

pecuniárias eram amplamente aplicadas¹³. Com isso, o baixo preço da mão de obra está associado com o menor valor da vida humana¹⁴.

Durante muito tempo, na Inglaterra e toda a Europa, as casas de correção não substituíam as formas de punição existentes, dentre as quais a multa, a punição corporal, deportação, desterro e pena de morte¹⁵. É ao longo dos séculos XVII e XVIII que as casas de trabalho e correção se difundem na Europa, levando ao declínio das outras formas de punição existentes¹⁶.

Ocorre que todo esse contexto sobre o surgimento da prisão na Europa tem parcial relação com o contexto brasileiro na mesma época, já que, no Brasil, a ordem defendida não era a do capitalismo instrumental, voltada à formação de proletários, mas sim a escravocrata:

As necessidades disciplinares, em nome da ordem, tinham a ver não com a formação de proletários, e sim com a manutenção da ordem escravocrata, sobretudo a manutenção desse modelo de produção, bem como a defesa da sociedade contra eventuais insurreições¹⁷.

Com isso, especialmente no período imperial, o controle penal é moldado pelas características de uma sociedade escravista, o que fez com que se desenvolvesse de modo um pouco diverso dos países europeus.

No Brasil, é a partir do século XIX que a prisão passa a ser anunciada como a principal forma de sanção, abandonando o sistema anterior que predominantemente

¹³ MELOSSI, Dario. **Controlling crime, controlling society**: Thinking about crime in Europe and America. Cambridge: Polity Press, 2008, p. 22.

¹⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 39.

¹⁵ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 42-43. No mesmo sentido: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 102.

¹⁶ MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 80.

¹⁷ PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina; ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. Apontamentos sobre o controle penal no Brasil Imperial: estudo em homenagem a Massimo Pavarini. In: GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de (Org.). **Cárcere sem Fábrica**: escritos em homenagem a Massimo Pavarini. 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 287. Com a mesma conclusão: ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres imperiais**: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861. 2009. 328 f. Tese (doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009, p. 318.

previa penas de caráter eminentemente corporal, como açoites, morte na forca, galés, desterro, degredo, e trabalhos públicos forçados¹⁸.

Com a utilização do cárcere e depois das primeiras prisões serem consideradas de tratamento cruel e humilhante¹⁹, são discutidas com maior rigor as questões sobre direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade²⁰, principalmente com a concepção de Estado de Direito, reconhecendo o condenado como sujeito de direitos²¹. É nesse contexto que se inicia a discussão que levou ao surgimento do direito penitenciário como regulador da forma de execução das penas²².

Aponta-se que são alguns documentos internacionais que indicam o início do reconhecimento dos direitos dos presos. Isso teria se iniciado com a elaboração de regras para o tratamento dos presos, em 1929 e revistas em 1933, pela Comissão Internacional Penitenciária. Posteriormente, veio a aprovação das referidas regras, em 1934, pela Liga das Nações, além da aprovação de uma nova versão dessas regras, em Genebra, no ano de 1955, pela Organização das Nações Unidas, adotadas como Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos. Em 1970, é retomado o tema, com a recomendação da aplicação dessas regras, no IV Congresso das Nações Unidas, em Kioto; e em 1971, a Assembleia Geral teria recomendado a Resolução n° 2.858 da Organização das Nações Unidas, que determinava a implementação das regras mínimas nas instituições; bem como em nova Recomendação da ONU, em 1974. Por fim, no V Congresso da ONU, em Genebra, no ano de 1975, foi retomado o assunto e desenvolvido um grande trabalho quanto às regras mínimas para o tratamento dos presos²³.

Em resumo, a emergência do direito penitenciário é relacionada especialmente aos resultados obtidos no Congresso da ONU sobre a Prevenção do Crime e o

¹⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 28.

¹⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 18.

²⁰ MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020, p. 21.

²¹ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9-10.

²² RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 17.

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A perda da liberdade (os direitos dos presos)**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013008-perda_liberdade.pdf> Acesso em 23.set.2020, p. 13-14.

Tratamento dos Delinquentes, de 1955, quando adotadas como Regras Mínimas para o tratamento de reclusos²⁴.

Nas próprias regras há menção sobre a possibilidade de petição perante uma autoridade judicial, a administração penitenciária ou mesmo outra autoridade. Nesse contexto é que é possível falar dos sistemas de execução penal, que se dividem entre o sistema administrativo e o sistema jurisdicional²⁵.

Em síntese, o sistema administrativo de execução penal é caracterizado pelo esgotamento da função jurisdicional com a prolação da sentença condenatória, o que faz com que a execução da pena esteja sujeita a uma série de deveres administrativos. O condenado fica submetido às regras do administrador do presídio, inexistindo juízo especial da execução penal²⁶. Já no sistema jurisdicional, a função do juiz não se esgota com a sentença condenatória, tendo em vista que, nesse momento, nasce uma série de direitos e obrigações que apenas podem ser regulados com um procedimento jurisdicional. A jurisdição tem, nesse modelo, a função de garante da legalidade da execução penal²⁷.

Deste modo, pretende-se apresentar o desenvolvimento do entendimento a respeito do controle de legalidade no âmbito da execução penal, pois, conforme a história demonstra, isso está diretamente relacionado ao quanto os direitos dos cidadãos apenados podem ser protegidos em sede jurisdicional. Assim, buscar-se-á demonstrar que a atuação jurisdicional na execução penal é primordial para o monitoramento da atividade do Estado.

Para tratar da jurisdicionalização da execução penal, há a necessidade de se analisar as formas de controle carcerário existentes e, especialmente no Brasil, verificar como esse controle se exerce, identificando em que momento se passou a reconhecer que a execução penal necessita de controle jurisdicional. Dentre essas formas, se destacam a teoria das relações especiais de poder e a chamada *hands off doctrine*, apresentadas na sequência.

²⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 19.

²⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 17 e 23.

²⁶ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 17.

²⁷ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 23 e 26.

1.1 EXECUÇÃO PENAL E A TEORIA DAS RELAÇÕES ESPECIAIS DE PODER

O conceito da teoria das relações especiais de poder foi difundido primordialmente por Otto Mayer, desde 1888, definindo como uma relação de acentuada dependência que se estabelece entre a Administração Pública e todos aqueles que entrem nessa estrutura de sujeição aos seus fins, seja por razão de serviço (funcionários públicos), por regime fiscal do Estado ou de outras formas. Trata-se de um estado de liberdade restrita, já que há a sujeição aos fins da Administração²⁸, de forma que a gestão carcerária, por estar de certa forma submetida aos fins da Administração Pública, sob seus princípios deveria também estar regulada.

Entretanto, vários são os conceitos existentes sobre o que se entende por relações especiais de poder ou sujeição, conforme apresentados por Alfredo Galego Anabitarte e, segundo o qual, de um modo geral, da ampla gama de conceitos, pode se extrair que as relações especiais de sujeição possuem as seguintes características: uma acentuada situação de dependência; um estado de liberdade limitada; a existência de uma relação pessoal; impossibilidade de estabelecer, de antemão, a extensão e o conteúdo das prestações, assim como a intensidade das intervenções necessárias coativas na esfera dos afetados; o fato de que o indivíduo deve obedecer a ordens, as quais não emanam diretamente da lei; o fato de que esta situação se explique em razão de um determinado fim administrativo; a alusão a um elemento de voluntariedade nessa situação de submissão; o admitir, expressa ou tacitamente, que a justificação dessa relação se encontra na necessidade de uma eficiência e produtividade administrativa²⁹.

Aponta-se que a origem da teoria remonta ao início do século XIX, na Alemanha, e é principalmente encontrada nos países de *Civil Law*, tendo prevalecido em tais países, incluindo o Brasil, até meados do século XX³⁰.

²⁸ ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961, p. 14.

²⁹ ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961, p. 25.

³⁰ MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020, p. 58-59.

De um modo geral, nas relações especiais tem-se um terreno de livre conformação³¹ para a Administração Pública, em que o indivíduo não obedece a ordens diretamente previstas em lei, mas sim àquelas emanadas pela Administração³². Tais ordens não podem ser definidas como lícitas ou ilícitas, justamente pelo fato de não serem valoradas juridicamente³³.

Com isso, o próprio princípio da legalidade foi negado por parte da doutrina alemã nas chamadas relações especiais de sujeição, pelo argumento de que as ordens estabelecidas dentro do aparato administrativo não possuem reserva de lei, pois haveria um campo de livre atuação do Executivo; bem como pelo chamado critério da voluntariedade, no sentido de que o usuário se submete livremente ao poder da Administração Pública e, neste campo, as regras do estabelecimento é que são válidas³⁴.

São diversas as situações em que pode ficar caracterizada essa relação³⁵, mas as situações sobre as quais o entendimento da doutrina alemã é unânime são: a situação do funcionário público, do militar, dos estudantes e do preso³⁶.

No âmbito da execução penal, a teoria permaneceu por longo tempo³⁷, implicando no estabelecimento de uma relação vertical entre a Administração Pública e o apenado, o que significa que o preso se sujeitava às ordens emanadas pela

³¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 74-75.

³² ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961, p. 14.

³³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal**: Uma introdução crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 180.

³⁴ Apresentando as posições existentes e rebatendo os argumentos contrários à aplicação do princípio da legalidade nas relações especiais de poder, ver: ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961, p. 36 e 40.

³⁵ Como a mera utilização de um estabelecimento público (museus, etc.); serviços de transporte público; o funcionário público em relação à Administração; a atuação policial ou fiscal (liberdade vigiada), dentre outros. ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961, p. 25-26.

³⁶ ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961, p. 25.

³⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 23.

Administração, ainda que não oriundas diretamente da lei. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, “*O fim da execução substituíra uma lei de execução*”³⁸.

Essa relação de sujeição do preso implicava a inobservância de direitos fundamentais, tendo em vista que a execução da pena entraria na concepção de serviço público, executado pela administração penitenciária³⁹. Com isso, vê-se que a base da teoria diz respeito à não interferência na esfera de atuação da administração penitenciária, com uma clara separação de funções.

Essa concepção sobre a margem de liberdade que possuía a Administração Pública inclusive é apontada como sendo derivada de uma ideia rígida da separação dos poderes, tendo em vista que haveria uma esfera de irrelevância jurídica que, em uma visão menos rígida, afastaria o absolutismo de qualquer das funções para fundamentar uma relação recíproca entre os poderes⁴⁰.

Portanto, a teoria das relações especiais de poder possibilitou, por muito tempo, a negação de direitos aos presos, justamente pela blindagem de uma tutela jurisdicional⁴¹ fundamentada na separação absoluta dos poderes.

Ocorre que a partir do momento em que a adoção das regras de um Estado de Direito se torna lugar comum na organização da maioria dos Estados, a teoria perdeu o seu espaço, justamente pelo fato de se reconhecer que a atuação do Estado deve ser limitada, transformando as relações especiais de poder em “*relações jurídicas de direitos e deveres*”⁴². Dentro do conceito de Estado de Direito ressalta-se a

³⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 41, grifos no original.

³⁹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal: Uma introdução crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 180.

⁴⁰ Anabela Miranda Rodrigues bem explica sobre a passagem de uma concepção rígida da separação dos poderes para uma concepção pautada na relação recíproca entre Executivo e Legislativo: “*Ligada àquela estrutura constitucional, consideradas como fazendo parte do âmbito interno do Estado, mantiveram-se no espaço de vazio jurídico absolutista, subtraídas ao princípio da reserva de lei tradicional. Na estrutura constitucional posterior – cuja mudança mais significativa, no que respeita à configuração do princípio da legalidade, se estriba na transformação de posição e relações recíprocas entre o Executivo e o Parlamento – não se compreende já a existência de espaços juridicamente vazios. Separação de poderes não significa agora “absolutismo” de qualquer deles: o Executivo, na análise das inter-relações que advêm de um entendimento correto do princípio não pode salvar a posição de que gozava, perdendo o seu pendor soberano e convertendo-se em poder Executivo autêntico. Isto significa que não pode colher no ordenamento jurídico-fundamental nenhum resíduo absolutista que lhe confira uma presunção de competência, que agora deve ser fundamentada na lei e na Constituição*”. RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 49.

⁴¹ MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020, p. 58.

⁴² PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal: Uma introdução crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 181.

importância dos direitos fundamentais, inclusive colocando a proteção de tais direitos como seu eixo central⁴³.

Além disso, a legalidade passa a ser o princípio orientador da execução penal, importando na reserva legal sobre as formas de execução das penas e medidas de segurança⁴⁴, de modo que a atuação administrativa encontra limitação legal e constitucional, sem que exista espaço para a irrelevância jurídica. Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues:

Na realidade, pois, só com a problematização do conceito de relações especiais de poder a nível constitucional se abre a via de uma análise da posição jurídica do recluso em termos que satisfaçam plenamente as exigências de um princípio de Estado de direito. Ponto em que aquele conceito não pode legitimar qualquer restrição de direitos fundamentais. Enquanto não forem conformados por uma lei – como oportunamente veremos – valem aqueles direitos para os reclusos como para a generalidade dos cidadãos⁴⁵.

Isso porque, pela primeira concepção do Estado de Direito, partindo da teoria da separação dos poderes e do reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, a lei passa a ser entendida como um instrumento de limitação do poder e garantia de liberdade individual⁴⁶. No âmbito penal, o princípio da legalidade é entendido como tendo uma função política, consistente em garantir a proteção do cidadão ante o exercício arbitrário do poder punitivo, e no campo da execução penal não há mais espaço para a ampla discricionariedade administrativa no que toca a restrição de direitos, que agora encontra limites na lei⁴⁷.

Além disso, o juiz é considerado um instrumento de controle de aplicação da lei, o que implica dizer que o controle jurisdicional ocorrerá pela possibilidade de

⁴³ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 42.

⁴⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25.

⁴⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 46.

⁴⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 92-93. No mesmo sentido: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13.

⁴⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 17 e 25.

acesso ao Judiciário nos casos em que seja possível a ocorrência de violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade⁴⁸.

Vale aqui fazer a distinção entre jurisdicionalização e judicialização. A primeira significa “*adotar um procedimento conforme o modelo jurisdicional*”⁴⁹. Por outro lado, judicialização é um termo mais amplo, abrangendo “*o controle jurisdicional da execução e a administração da execução pela magistratura*”⁵⁰. Jorge de Figueiredo Dias também faz uma distinção quanto às atribuições jurisdicional e administrativa no âmbito da execução penal: a primeira se encarrega do controle geral da execução da pena de prisão, incluindo os incidentes durante a execução penal, e à administração incumbe a execução concreta da pena de prisão⁵¹.

A diferenciação se mostra necessária e fundamental, tendo em vista que a judicialização de questões afetas à violação de direitos dentro do cárcere brasileiro é que é objeto do presente estudo, no ponto em que tais violações de direitos estejam ocorrendo por conta de uma omissão ou falha da Administração Pública. No entanto, o efeito da jurisdicionalização se mostra essencial e pode ter relação direta com a judicialização, motivo pelo qual é aqui explorado.

Com isso, vê-se que o contraponto da teoria das relações especiais de poder é justamente o apoio da atuação administrativa na legalidade e na possibilidade de o Judiciário interferir de modo a tutelar os direitos dos cidadãos encarcerados, vinculando a Administração⁵².

1.2 HANDS OFF DOCTRINE

⁴⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 131. No mesmo sentido: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13 e 39.

⁴⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 41.

⁵⁰ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 44.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Sobre os sujeitos processuais no Novo Código de Processo Penal**. In: O novo Código de Processo Penal. *apud*. BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30.

⁵² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 41: “*Na atualidade, a tese de uma intervenção judicial de caráter preponderantemente fiscalizatório, exercida através de visitas, com relatórios encaminhados às autoridades penitenciárias, sem poder de sanção e de caráter jurisdicional, limitado aos clássicos incidentes da execução, está sendo substituída pela tese de uma intervenção preponderantemente judicial e jurisdicional, vinculativa para a administração*”.

Pela chamada *hands off doctrine*, adotada principalmente nos países da *Common Law*, e especialmente nos Estados Unidos, há a negação da interferência do Judiciário na relação entre o apenado e a administração penitenciária⁵³. O argumento da teoria é de que os tribunais não têm poderes para supervisionar a administração penitenciária, ou mesmo interferir em regras ou regulamentos internos das prisões⁵⁴. Com isso, nega-se a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos dos presos.

Ao adotar a teoria *hands off*, o tribunal que porventura receba uma petição de um apenado, para fins de revisar uma atuação da administração penitenciária, nem mesmo examinará o pedido, pois isso poderá configurar uma forma de interferência em uma competência que não é sua.

Nesse sentido, dois são os fundamentos atribuídos pela doutrina⁵⁵. O primeiro deles é o fundamento da separação dos poderes, segundo o qual o Judiciário não pode interferir na função do Executivo, revisando a ação da administração penitenciária. O segundo fundamento que embasa a teoria diz respeito ao receio de que a interferência do Judiciário possa atrapalhar a finalidade da atuação da administração, voltada à manutenção da ordem⁵⁶.

A teoria teve início nos anos 50 e, ao menos nos Estados Unidos, prevaleceu até o início dos anos 70⁵⁷. Em várias decisões paradigmáticas é possível ver a manifestação da doutrina, com grande implicação nos direitos dos apenados.

Uma delas é a decisão da *Court of Appeals of Virginia*, no caso *Ruffin v. The Commonwealth*, em 1871, em que se afirma que o preso, como tal, perde não apenas o direito à liberdade, mas todos os direitos atribuídos aos homens livres - exceto alguma previsão legal humanitária -, devendo se submeter às regras do estabelecimento no qual está; ademais, durante o tempo de prisão, encontra-se em

⁵³ MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020, p. 62. Ver também: PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal**: Uma introdução crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 181.

⁵⁴ FOX, Barry M. The First Amendment Rights of Prisoners. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 63, n. 2, 1972, p. 162.

⁵⁵ VOGELMAN, Richard P. Prison Restrictions – Prisoner Rights. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 59, n. 3, 1968, p. 386.

⁵⁶ Richard Vogelmann defende que esses não são fundamentos suficientes para negar ao apenado a possibilidade de ver o ato administrativo revisado judicialmente. VOGELMAN, Richard P. Prison Restrictions – Prisoner Rights. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 59, n. 3, 1968, p. 386 – 387. No mesmo sentido: FOX, Barry M. The First Amendment Rights of Prisoners. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 63, n. 2, 1972, p. 162-163.

⁵⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 40.

estado de servidão penal ao Estado, sujeito às leis e regulamentos que o Estado decidir prescrever, sendo, assim, um verdadeiro escravo do Estado. Ainda segundo a referida decisão, se o preso possui alguma propriedade, ela é administrada como a de um morto enquanto estiver na condição de preso⁵⁸.

No caso *Banning v. Looney* (1954), afirmou-se que os tribunais não têm poder para supervisionar a administração prisional ou para interferir nas regras penitenciárias ou regulamentos⁵⁹.

Outra decisão que reflete a aplicação da teoria é no caso *Bethea v. Crouse* (1969), em que se afirma categoricamente que há clara aderência à política “*hands off*” em matéria de administração prisional, de acordo com a qual a responsabilidade básica pelo controle e gestão das instituições penais, incluindo a disciplina, tratamento e cuidado dos presos, cabe ao responsável administrativo, não estando sujeito a revisão judicial, a menos que seja exercido de forma a constituir abuso claro por parte dos funcionários da prisão⁶⁰. Nessa mesma decisão, entretanto, é afirmado que o preso não perde todos os seus direitos constitucionais quando entra na prisão. Assim, faz-se referência à necessidade de equilibrar a liberdade na administração penitenciária com os direitos constitucionais básicos dos presos e, ainda, que a doutrina *hands off* opera nesse sentido, na medida em que impede a revisão das privações que sejam “necessárias ou razoáveis” à prisão⁶¹.

Mas mesmo no século XIX houve uma influência humanitária que teria aliviado de forma gradual⁶² a tensão existente sobre os direitos dos apenados. Alguns casos históricos revelam essa alteração de posicionamento.

Aponta-se que foi a partir de uma importante decisão no caso *Monroe v. Pape* (1961)⁶³, que tratava de pedido de apreciação das condições de uma detenção, que os tribunais começaram a receber mais queixas sobre as condições das prisões, como

⁵⁸ *Court of Appeals of Virginia. Ruffin v. The Commonwealth*, 62 Va. 790, 21 Gratt. 790. 11 de novembro de 1871, p. 796. No mesmo sentido: TAPPAN, Paul W. The legal rights of prisoners. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 293 (May, 1954), p. 100.

⁵⁹ *United States Court of Appeals. Banning v. Looney*, 213 F.2d 771 (10th Circuit). 25 de junho de 1954, p. 01.

⁶⁰ *United States Court of Appeals. Bethea v. Crouse*, 417 F.2d 504 (10th Circuit). 03 de dezembro de 1969, p. 02.

⁶¹ *United States Court of Appeals. Bethea v. Crouse*, 417 F.2d 504 (10th Circuit). 03 de dezembro de 1969, p. 03.

⁶² TAPPAN, Paul W. The legal rights of prisoners. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 293 (May, 1954), p. 99.

⁶³ *United States Court of Appeals. Monroe v. Pape*. 365 U.S. 167. 20 de fevereiro de 1961.

superlotação, falta de assistência médica, condições desumanas do cárcere, dentre outras⁶⁴.

Porém, antes disso, no caso *Coffin vs. Reichard*, de 1944, foi reconhecido que o preso permanece com todos os direitos de um cidadão livre, ressalvados aqueles que não possam ser exercidos como consequência da sentença condenatória⁶⁵. O caso tratava de preso que, enquanto estava confinado em hospital, teria sofrido lesões corporais e foi submetido a agressões, crueldades e indignidades dos guardas e outros presidiários. Assim, na oportunidade, foi reconhecido que embora o Estado tenha o direito de efetuar as prisões, também tem o correlativo dever de protegê-los contra agressões ou ferimentos de qualquer parte enquanto estiverem presos⁶⁶.

Referido caso acabou firmando orientação que foi vista em diversas outras decisões posteriores⁶⁷, como se pode ver na mesma afirmação feita no caso *Procurier v. Martinez* (1974), em que se discutiam as regras relacionadas à violação de correspondência dos apenados, onde também se afirmou que o preso não perde todos os seus direitos a partir do momento que passa pelo portão da prisão⁶⁸. A mesma afirmação foi feita em *Brown v. Peyton* (1971), que tratava da negativa do exercício de religião pelo preso. Na mesma decisão, afirmou-se, inclusive, que é correto reconhecer a necessidade de revisão das decisões dos administradores penitenciários para garantir que os direitos dos prisioneiros sejam protegidos⁶⁹.

Em *Coleman v. Peyton* (1966), afirmou-se categoricamente que os presos claramente possuem o direito de acesso aos tribunais, sendo que o seu exercício irrestrito pode ser de importância incalculável na proteção de outros direitos ainda mais preciosos⁷⁰.

⁶⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 31. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Perda da Liberdade (os direitos dos presos)**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013008-perda_liberdade.pdf>. Acesso em 29.set. 2020, p. 14.

⁶⁵ *United States Court of Appeals. Coffin v. Reichard, 143 f.2d 443 (6th Circuit)*. 03 de julho de 1944, p. 02.

⁶⁶ *United States Court of Appeals. Coffin v. Reichard, 143 f.2d 443 (6th Circuit)*. 03 de julho de 1944, p. 02.

⁶⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999, p. 31.

⁶⁸ *United States Court of Appeals. Procurier v. Martinez, 416 U.S. 396*. 29 de abril de 1974, p. 13.

⁶⁹ *United States Court of Appeals. Brown v. Peyton, 437 F.2d 1228 (4th Circuit)*. 03 de fevereiro de 1971, p. 03.

⁷⁰ *United States Court of Appeals. Coleman v. Peyton, 362 F.2d 905 (4th Circuit)*. 24 de junho de 1966, p. 02.

Ocorre que essa onda favorável do acesso ao Judiciário para o controle da legalidade das condições carcerárias permaneceu por pouco tempo. Isso porque o aumento da população carcerária, por conta da guerra às drogas declarada por Richard Nixon, acabou levando à mitigação do acesso ao Judiciário, reduzindo-o a um caráter meramente formal, já que o entendimento passou a ser de que Judiciário não teria o dever de promover esse acesso⁷¹. Além disso, a aprovação, em 1996, do *Prison Litigation Reform Act (PLRA)* teria vindo para instituir medidas ainda mais limitadoras do acesso ao Judiciário pelos condenados, já que passou a exigir o esgotamento de medidas administrativas e o pagamento de taxas para acesso às medidas judiciais⁷².

A decisão tomada no caso *Jones v. North Carolina Prisoners' Union* (1977), também é apontada como um recuo no avanço quanto ao direito dos presos, por conta da limitação à liberdade de associação, por supostamente poder violar a manutenção da ordem dentro das prisões⁷³.

Como se percebe, a doutrina *hands off* está estritamente relacionada com a negação do acesso ao Judiciário, a fim de apreciar a legalidade das condições carcerárias. Especialmente nos Estados Unidos, o abandono da teoria é de certo modo questionável, por conta da nebulosidade nas decisões tomadas mesmo após a década de 70. Na sequência, pretende-se demonstrar como a lógica da não intervenção do Judiciário foi ou é tratada no Brasil, bem como a forma como ocorre o fenômeno da jurisdicionalização e seus fundamentos.

⁷¹ MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020, p. 64.

⁷² ROBERTSON, James. The Jurisprudence of the PLRA: Inmates as outsiders and the countermajoritarian difficulty. **The Journal of Criminal Law and Criminology**. v. 92, n. 1, 2001-2002, p. 188.

⁷³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Perda da Liberdade (os direitos dos presos)**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013008-perda_liberdade.pdf>.

Acesso em 29.set.2020, p. 16: “Em 1977, a Corte Suprema proferiu outra decisão importante (a desanimadora) a respeito do direito de organização em sindicatos. Trata-se de reivindicação básica e, convenhamos, perigosa. Nessa decisão (Jones vs. North Carolina Prisoner’s Labor Union) a Corte afirmou: “Neither the 1st amendment nor the 14th amendment is violated by state prison regulations that forbid inmates from soliciting membership in a prisoner labor union or from conducting union meetings”. A 14ª Emenda refere-se ao direito de associação. Antes do caso Jones a Corte nunca admitiu que preocupações de segurança interferissem na definição dos limites das liberdades garantidas pela 1ª Emenda, procurando balancear os interesses da segurança da administração com os direitos constitucionais dos presos. Nos Estados Unidos, portanto, apesar de importantes progressos, a luta pelos direitos dos presos situa-se em bases inseguras, tendo-se em vista os avanços e recuos que as decisões dos tribunais revelam. A decisão do caso Jones parece indicar um retorno à doutrina da não interferência, pois basicamente admite que a Constituição não garante o direito de manifestação do pensamento e de associação, se o administrador da prisão teme que tais atividades possam prejudicar a manutenção da ordem”.

1.3 JURISDICIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

Com a utilização da prisão como principal pena desde o século XIX, é a partir do período imperial que ocorre a regulamentação das casas de correção brasileiras⁷⁴, sendo o Brasil o primeiro país da América Latina a iniciar o processo de implementação dos modelos norte-americano e europeu sobre reforma prisional⁷⁵.

O que marca o quadro punitivo do fim do período colonial e início do Império são os diversos estabelecimentos precários utilizados como prisão, como é o caso das fortalezas, ilhas, quartéis e navios. Tais estabelecimentos, de um modo geral, acabaram desempenhando um papel determinante para o controle social exercido no início do século XIX, notadamente por conta do reforço ao “*caráter excludente e hierarquizante da sociedade escravocrata novecentista*”⁷⁶. Daí que o modelo disciplinatório da prisão passou a ser imprescindível para a consolidação das relações de poder da época.

A Constituição de 1824 previa em seu art. 179, XXI, que “*As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes*”. Entretanto, mesmo com essa previsão, aponta-se que as prisões permaneceram como eram no período colonial, e apenas com o Código Criminal do Império de 1830 é que foram estabelecidas as bases e iniciada a discussão sobre a construção de estabelecimentos prisionais modernos⁷⁷.

Assim, é a partir de 1831 que se verifica a apresentação de um projeto para a construção da Casa de Correção e Trabalho da Corte, na cidade do Rio de Janeiro,

⁷⁴ No trabalho de Rodrigo Duque Estrada Roig são minuciosamente examinados os regulamentos da Casa de Correção instalada no Rio de Janeiro, apontando, portando, a existência dos seguintes: Regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro (Decreto n.º 678, de 1850), o Regulamento da Casa de Detenção instalada nas dependências da Casa de Correção (Decreto n.º 1.774, de 1856), o Regulamento para a Casa de Correção da Corte (Decreto n.º 8.386, de 1882), o Regulamento da Casa de Correção da Capital Federal (Decreto n.º 3.647, de 1900), o Novo Regulamento para a Casa de Correção da Capital Federal (Decreto n.º 8.296, de 1910), o Regulamento da Casa de Detenção da Capital Federal (Decreto n.º 10.873, de 1914), o Decreto que designa galerias da Casa de Correção como prisão privativa durante o estado de sítio (Decreto n.º 16.664, de 1924). ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 28-101.

⁷⁵ CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. **MÉTIS: história & cultura**. v. 12, n. 23, jan./dez. 2013, p. 37.

⁷⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 44.

⁷⁷ ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Da casa de correção da corte ao Complexo Penitenciário da Frei Caneca: um breve histórico do sistema prisional no Rio de Janeiro, 1834-2006. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. n. 01, 2007, p. 148-149.

inspirada no panóptico de Jeremy Bentham, e com o objetivo correccional dos que ali fossem colocados⁷⁸. Em 1834 são iniciadas as obras e em 1850 é inaugurada a Casa de Correção da Corte, com o seu primeiro regulamento, considerado a matriz do regramento carcerário brasileiro⁷⁹.

Nesse mesmo período, em outras províncias do Império, é possível ver a movimentação para a realização das obras para a construção das Casas de Correção; tal é o caso, por exemplo, de São Paulo, Recife, Fortaleza, Salvador e Porto Alegre⁸⁰.

No Paraná, muito embora no ano de 1880 tenha sido lançada pelo Imperador Dom Pedro II a pedra fundamental para o edifício da primeira penitenciária, foi apenas em 1909 que foi inaugurada a primeira Casa de Correção, em Curitiba⁸¹. Seu primeiro regulamento é o Decreto 564 de 23 de setembro de 1908 (com data anterior à inauguração). O projeto de construção e o Regulamento tinham como base a estrutura panóptica e eram inspirados na Casa de Correção da Corte, principalmente pela adoção do modelo auburniano⁸².

Sendo assim, por conta da forte influência da Casa de Correção da Corte nas diversas instituições construídas na mesma época, na sequência, são apresentadas as características mais marcantes das formas de execução previstas nos regulamentos da Casa de Correção da Corte, a fim de tentar identificar se havia ou não a participação de uma autoridade jurisdicional durante a execução das penas.

Vale destacar que tais regulamentos, de um modo geral, serviam para reforçar a posição dominante do Estado em relação ao indivíduo, além de trazerem em si

⁷⁸ ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Da casa de correção da corte ao Complexo Penitenciário da Frei Caneca: um breve histórico do sistema prisional no Rio de Janeiro, 1834-2006. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. n. 01, 2007, p. 149-150.

⁷⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 45.

⁸⁰ CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. **MÉTIS: história & cultura**. v. 12, n. 23, jan./dez. 2013, p. 37-38.

⁸¹ GRUNER, Clóvis. Em torno à boa ciência: debates jurídicos e a questão penitenciária na imprensa curitibana (1901-1909). **Revista de História Regional da Universidade Estadual de Ponta Grossa**. v. 8, n.1, p. 67-94, 2003, p. 90. GRUNER, Clóvis. Un edificio diseñado para castigar: la utopia penitenciaria en Paraná, Brasil, siglo XIX. **Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura**. v. 43, n. 1, p. 235-261, 2016, p. 255.

⁸² GRUNER, Clóvis. Un edificio diseñado para castigar: la utopia penitenciaria en Paraná, Brasil, siglo XIX. **Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura**. v. 43, n. 1, p. 235-261, 2016, p. 256. O “sistema de Auburn” é relacionado ao modelo penitenciário da cidade de Auburn, nos Estados Unidos, baseado no *solitary confinement* durante a noite, e no *common work*, durante o dia. Também pode ser indicado como *silent-system*, já que também era calcado na regra do silêncio absoluto, a fim de evitar o contato entre os presos e valorizar a disciplina. MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006, p. 190-191.

mesmos a cultura da intervenção corporal escravista⁸³. Os regulamentos penitenciários dessa época são marcados pela adoção de diversos documentos, sendo um para cada tipo de estabelecimento. Não havia, portanto, uma regulamentação a nível federal que orientasse a execução das penas em todo o país.

Conforme o Regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro (Decreto n.º 678, de 1850), destinada à execução da pena de prisão com o trabalho, a essência do estabelecimento seguia o modelo auburniano, mas também tinha fortes influências dos modelos europeus da mesma época⁸⁴. Classificava os presos hierarquicamente, usando como critérios a natureza da pena e do delito, a idade, a “moralidade”, e seu comportamento na prisão.

O diretor é a figura central na aplicação das penas disciplinares, já que lhe incumbia a função de aplicar as sanções previstas no regulamento. A figura jurisdicional não tinha qualquer papel relevante na execução das penas dentro do estabelecimento. Até porque a única menção ao juiz das execuções é feita no artigo que trata do fim do cumprimento da pena, já que a colocação do preso em liberdade deveria ser informada ao juiz pelo diretor do estabelecimento⁸⁵.

Quanto ao Regulamento da Casa de Detenção, instalada nas dependências da Casa de Correção da Corte (Decreto n.º 1.774, de 1856), verifica-se que o estabelecimento era destinado, em sua maior parte, ao abrigo de presos ainda não condenados. Também mantinha um caráter classificatório quanto aos detentos e tinha as mesmas previsões do Regulamento da Casa de Correção.

Da mesma forma que no Regulamento da Casa de Correção, não há uma participação relevante do juiz, mesmo sendo o estabelecimento destinado principalmente a presos que aguardavam julgamento. A única previsão é do dever de comunicação ao chefe de polícia, “*declarando o juiz que decretou a prisão*” no caso

⁸³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 44 e 101.

⁸⁴ ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Da casa de correção da corte ao Complexo Penitenciário da Frei Caneca: um breve histórico do sistema prisional no Rio de Janeiro, 1834-2006. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. n. 01, 2007, p. 154. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 45.

⁸⁵ Decreto n.º 678, de 1850: “*Art. 117. Ao Director, além das demais funções que lhe competem, incumbe: (...) 16. Participar ao Juiz das execuções, quando o preso houver concluído o seu tempo de condenação, que elle se acha em estado de ser posto em liberdade*”.

do preso que esteja na casa de detenção por mais de oito dias, sem que seu processo tenha sido iniciado⁸⁶.

Quanto ao Novo Regulamento para a Casa de Correção da Corte (Decreto n.º 8.386, de 1882), este manteve a mesma estrutura e modelo auburniano do primeiro regulamento. No que se refere à atuação jurisdicional na execução, a única previsão é a respeito da comunicação ao juiz da condenação, que deve ser feita na hipótese de falecimento do apenado, para fins de julgar extinta a sentença ou mesmo para dar a destinação dos bens do preso falecido⁸⁷.

O Regulamento da Casa de Correção da Capital Federal (Decreto n.º 3.647, de 1900) surgiu em meio à abolição da escravidão de 1888 e da Proclamação da República, em 1889, portanto, durante importantes rupturas da sociedade brasileira. Entretanto, não é um Regulamento que inova em relação aos anteriores, contendo poucas modificações. O destaque é dado para a pena de imposição de ferros que, diferente dos Regulamentos anteriores, agora não depende de ordem da Comissão Inspetora, mas fica ao arbítrio do diretor do estabelecimento, o que torna mais vasta a atuação do diretor, revelando um quadro de submissão e verdadeira insegurança normativa no estabelecimento⁸⁸.

⁸⁶ Decreto n.º 1.774, de 1856: “Art. 41. Vendo o Director que hum preso da Casa de detenção se conserva por oito dias sem que se tenha dado começo ao seu processo, fará aviso desta circumstancia ao Chefe de Policia, declarando o Juiz que decretou a prisão, ou aquelle a cuja disposição se acha o preso”.

⁸⁷ Decreto n.º 8.386, de 1882: “Art. 331. Quando fallecer algum preso, o director dará immediatamente parte ao Juiz da condemnação, enviando o termo de identidade e obito, para se julgar extincta a sentença, sendo o cadaver transferido para o cemiterio publico. O termo de identidade e obito será lavrado por um dos empregados do expediente, e assignado pelo director, pelo medico presente e o enfermeiro.” “Art. 337. As contas e cadernetas dos presos que fallecerem e o saldo que possa existir no cofre do estabelecimento serão remettidos ao Juizo competente para proceder á arrecadação e fazel-os entregar a quem de direito fôr.”

⁸⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 85.

A menção ao juízo da execução é feita apenas quando se fala do recebimento do preso (art. 44⁸⁹); da sua liberação quando cumprida a pena (art. 17, §16, e art. 224⁹⁰); bem como quando do falecimento do preso (art. 225 e art. 230⁹¹).

Quanto ao Novo Regulamento para a Casa de Correção da Capital Federal (Decreto n.º 8.296, de 1910), este foi construído em um contexto falacioso⁹² de humanização da execução das penas do início do século XX, e isso se percebe até mesmo pela ampliação das sanções passíveis de serem impostas, nos casos de cometimento de faltas não previstas no regulamento⁹³. Isso representa uma ampliação do poder do diretor, em verdadeira subversão do princípio da legalidade.

Quanto à menção ao juízo da execução, permaneceu sendo a mesma previsão encontrada no Regulamento anterior, não inovando no que diz respeito à atuação jurisdicional durante o cumprimento das penas.

Por fim, o Regulamento da Casa de Detenção da Capital Federal (Decreto n.º 10.873, de 1914) permaneceu com a mesma estratégia de controle dos Regulamentos anteriores; porém, um destaque relevante é que apenas em 1914 foi expressamente afastada a possibilidade de o preso ter um “criado” dentro do estabelecimento⁹⁴; o que

⁸⁹ Decreto n.º 3.647, de 1900: “Art. 44. Nenhum condenado será recebido na Casa de Correção sem requisição do juiz competente, na fôrma do disposto no art. 161 do Dec. n. 1030 de 14 de novembro de 1890, devendo a requisição ser acompanhada da carta de guia para cumprimento da pena, conforme o modelo n. 6 anexo ao Regul. n. 120 de 31 de janeiro de 1842.”

⁹⁰ Decreto n.º 3.647, de 1900: “Art. 17. São deveres e atribuições do director: (...) § 16. Comunicar, com antecedência de oito dias, ao juiz competente a época em que termina o tempo da condenação dos presos.” “Art. 224. Nenhum preso será posto em liberdade sem requisição do juizo da execução da pena. Logo que o director receber essa requisição tratará de arrecadar do preso os objectos do estabelecimento, e restituir-lhe o que houver sido por elle depositado á sua entrada.”

⁹¹ Decreto n.º 3.647, de 1900: “Art. 225. Quando fallecer algum preso, o medico do estabelecimento, em presença do director, ajudante deste, chefe dos guardas, enfermeiro e de um amanuense, procederá ao exame cadaverico e attestará a causa da morte. O amanuense lavrará em seguida no livro de obitos um termo de identidade e obito, que será assignado por todos os presentes e do qual remetterá o director uma cópia authentica ao official do registro civil e outra ao juiz da execução, para os fins do art. 422 do regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842.” “Art. 230. As contas e cadernetas dos presos que fallecerem e o saldo que possa existir no cofre do estabelecimento serão remittidos ao Juizo competente para proceder á arrecadação e fazel-os entregar a quem de direito.”

⁹² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 94. Conforme sintetiza o autor: “Na prática, a humanização da execução das penas no Brasil do início do século XX era sistematicamente olvidada e, quando preconizada normativamente, apresentava-se sempre mascarada por um singular discurso pseudoprogressista, que dissimulava escopos ainda mais degradantes”.

⁹³ Decreto n.º 8.296, de 1910: “Art. 100. Pelas faltas não previstas neste regulamento serão impostas as penas do art. 79, ns, 1 e 2, ou de reclusão na cellula, a juizo do director.” “Art. 79. As penas disciplinares serão impostas aos sentenciados na seguinte ordem, sem prejuizo das penas criminaes em que incorrerem pelo mesmo facto; 1ª, privação de visitas, correspondencia e outros favores ou concessões; 2ª, reducção ou privação temporaria do salario (...)”

⁹⁴ Isso porque, o art. 114 passou a prever que “A nenhum preso será permittido ter creado dentro do estabelecimento”.

evidencia que ainda no início do século XX persistiam graves práticas da sociedade escravista brasileira.

Nesse Regulamento, a única menção à autoridade judicial é a respeito da obrigação do diretor em franquear acesso ao estabelecimento e a visita às prisões⁹⁵.

Como se vê, a previsão da atuação jurisdicional nos Regulamentos da Casa de Correção da Corte é pouca ou quase nula; e considerando que serviu de modelo para as Casas de Correção de outras Províncias do Império, é possível que não exista qualquer previsão sobre controle jurisdicional durante a execução penal. Portanto, a competência para a execução das penas é eminentemente administrativa durante o período.

Não há uma unificação dos regulamentos acerca das Casas de Correção, muito embora se pugnassem por uma lei federal que regulasse a execução penal⁹⁶; isso permitiu que, ao longo do século XX, fossem elaborados diferentes projetos e anteprojetos a fim de introduzir um direito penal executivo codificado⁹⁷.

Nesse contexto, se destaca o primeiro Projeto de Código Penitenciário (1933), de Cândido Mendes, Lemos Britto e Heitor Carrilho, marcado pela exaltação do saber médico e pela premissa de que o condenado é um ser degenerado e que pode ser reformado com a aplicação da pena⁹⁸. Além disso, é um Projeto que, do ponto de vista da legalidade, é marcado pela indeterminação e insegurança jurídica, já que dá ampla abertura para a imposição de sanções pelo diretor do estabelecimento, ainda que por proposta do “chefe de disciplina” ou por deliberação da Comissão Penal Disciplinar (art. 611).

Quanto à atuação jurisdicional, previa como órgãos superiores da execução penitenciária: juízes e tribunais; Conselhos Penitenciários; e Inspetoria Geral Penitenciária (art. 37). Especialmente quanto aos juízes e tribunais, previa que eram

⁹⁵ Decreto nº 10.873, de 1914: “Art. 18. Ao director incumbe: (...) 22. Franquear aos membros do Ministerio Publico, bem como ás autoridades judiciais, criminaes e á Commissão Central de Assistencia Judiciaria, a entrada no estabelecimento e a visita ás prisões, ministrando-lhes todas as informações que lhe forem solicitadas, no interesse da Justiça, sem quebra da disciplina;”

⁹⁶ BRITTO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926, p. 252. E, afirmando que desde a década de 50 existia esse pleito: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 68.

⁹⁷ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 65.

⁹⁸ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 65-66. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 104.

responsáveis pela fiscalização do modo de execução penal, recebendo do Conselho boletins anuais sobre a condição física e moral dos apenados, além de poderem visitar os estabelecimentos penais (art. 38 e 39).

Com essa previsão no Projeto, abrem-se as portas para o controle jurisdicional da execução penal no Brasil. Entretanto, é uma visão ainda marcada pelo positivismo criminológico, segundo o qual a criminalidade é decorrente de um processo individual que precisa do devido tratamento. Inclusive, a sistemática do Projeto é estruturada “*visando a individualização do tratamento penal*”⁹⁹. Com isso, a previsão no Projeto restringe a atuação jurisdicional ao controle da punição e da forma de execução das penas, em reforço ao objetivo do cárcere e não aos direitos dos apenados.

Com a promulgação do Código Penal de 1940, o referido projeto foi abandonado, por conter discrepâncias¹⁰⁰.

Mais tarde, foi elaborado o Anteprojeto Oscar Stevenson (1957), marcado por uma evolução quanto à legalidade, de forma a restringir as várias possibilidades de atuação ilimitada no âmbito disciplinar, além de conter expressa menção aos direitos dos presos (art. 145 a 148).

Há, portanto, uma clara mudança de sentido, já que, pela primeira vez, é feita referência aos presos como sujeitos de direitos na execução da pena. Ao que parece, há uma influência das perspectivas internacionais, já que no ano de 1955 ocorria em Genebra a aprovação pela ONU das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (posteriormente revisadas, em 2015). Inclusive, na justificativa do Projeto de 1957, menciona-se expressamente que, para a construção do Projeto, a comissão elaboradora “*examinou copiosas leis e regulamentos, do país e do estrangeiro, conclusões de congressos internacionais e a elaboração do órgão técnico das Nações Unidas, a CIPP (...)*”¹⁰¹. Entretanto, o projeto sequer foi enviado ao Congresso Nacional¹⁰².

⁹⁹ MENDES, Cândido; BRITO, Lemos; CARRILHO, Heitor. Exposição de motivos do Projeto de Código Penitenciário de República, de 1933. p. 13-125. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978, p. 122.

¹⁰⁰ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 66.

¹⁰¹ STEVENSON, Oscar. Justificação do Anteprojeto de Código Penitenciário de 1957, p. 127-191. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978, p. 131.

¹⁰² GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 67.

Já o Anteprojeto Roberto Lyra (1963) se diferenciou dos que o antecederam, principalmente porque se limitava a estabelecer regras e princípios gerais para a execução das penas, cabendo aos estados o detalhamento mais específico sobre a execução penal, segundo as orientações do chamado “Código das Execuções Penais”¹⁰³.

Nesse projeto, há a preocupação com a jurisdicionalização da execução e previa-se que toda a execução penal passasse aos poderes do juízo da execução, conforme previsão do art. 18: “*O juízo da execução penal é universal para fazer valer o dispositivo da sentença, em todos os seus efeitos, e providenciar sobre as repercussões da condenação e da absolvição noutras jurisdições*”. Além disso, o Projeto inovou ao prever de forma clara no art. 156 que “*Os presos e internados conservarão todos os direitos que não hajam perdido ou não tiveram suspensos por força de lei ou de sentença*”. Referido Projeto, de um modo geral, inegavelmente contribuiu para o atual tratamento legal dado à execução penal, além de na própria Exposição de Motivos denunciar a violação estatal verificada até os dias de hoje:

Pela Constituição Federal, o juiz não pode aplicar pena, ainda pecuniária ou acessória, que lei anterior não cominou, mas o carcereiro (ou seu subalterno) cria, aplica e executa penas ou agrava-as extremamente: inuma homens em solitárias (prisão dentro da prisão); condena-os à fome e à sede, priva-os de visitas e correspondência, confisca-lhes, indiretamente, o pecúlio e o salário, explora seu trabalho, isola-os em ilhas, concentra, em instantes de castigo, a perpetuidade da dor, da revolta e da vergonha. A Constituição proíbe que a pena passe da pessoa do criminoso. Entretanto, a família dele, a maior das vítimas, sofre todas as humilhações até a perdição e a miséria. O Poder Executivo, por meio do carcereiro e seus subordinados, como que irriga penas, de plano e secretamente, oferecendo [sic.], mais do que os direitos constitucionais, os direitos humanos, as necessidades naturais¹⁰⁴.

Por fim, o Anteprojeto Benjamin de Moraes Filho, revisto por José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves (1970)¹⁰⁵, não pretendeu ser generalista como o Projeto Roberto Lyra, mas buscou um meio termo, fixando

¹⁰³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 117.

¹⁰⁴ LYRA, Roberto. Justificação do Anteprojeto de Código das Execuções Penais de 1963, p. 193-254. In: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978, p. 210.

¹⁰⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 31. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 103.

normas gerais, mas também dispendo sobre questões processuais e administrativas¹⁰⁶.

Além disso, retrocedeu quanto à questão da jurisdicionalização da execução penal, na medida em que conferiu à autoridade administrativa os poderes concernentes à execução da pena¹⁰⁷, prevendo, assim, no art. 9º do Projeto que *“Compete à autoridade administrativa a execução das normas que disciplinem o regime penal, bem como a aplicação do tratamento penal, observadas as prescrições deste Código e a classificação atribuída à personalidade do sentenciado”*.

Para além da tentativa de jurisdicionalização da execução penal, como se vê do Projeto Lyra, pelo menos até a década de 60 - assim como nos países europeus - prevalecia o entendimento de que a execução das penas privativas de liberdade cabia à administração penitenciária, e o Judiciário não participava dessa fase, muito embora já estivesse em vigor o artigo 668 do CPP de 1941¹⁰⁸, prevendo que *“A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do tribunal do júri, ao seu presidente”*. Em realidade, a intervenção judicial era meramente para solucionar incidentes da execução, mas o modo de execução cabia à administração penitenciária, com seu poder discricionário¹⁰⁹.

Muito embora se afirme que foi com o Código de Processo Penal de 1941 que a execução penal brasileira passou a ter caráter jurisdicional¹¹⁰, por conta do mencionado art. 668, aponta-se que o abandono da ideia de que a execução das penas competia privativamente à Administração Pública, sem a possibilidade de controle judicial, ocorreu com a Lei n.º 7.210/84, a Lei de Execuções Penais (LEP), que buscou tornar eficaz o princípio da legalidade na execução penal, com a possibilidade do seu controle pelo Judiciário¹¹¹. Nesse contexto, a execução penal,

¹⁰⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 121.

¹⁰⁷ Rodrigo Duque Estrada Roig bem explica o contexto histórico que teria levado a esse retrocesso: *“Essa tendência de recuo da jurisdicionalização da execução penal, iniciada pelo anteprojeto de 1970, não pode ser dissociada da conjuntura então vivenciada por nosso país, profundamente mergulhado em um regime de exceção que se valia da obscuridade do cárcere como eficaz instrumento de coerção e controle social”*. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013, p. 121.

¹⁰⁸ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 68.

¹⁰⁹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 68.

¹¹⁰ GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 59.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 168. CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal**

enquanto atividade estatal, está sujeita ao controle legislativo, administrativo e jurisdicional¹¹². Nesse sentido:

Note-se que a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11-7-1984) implantou a jurisdicionalização da execução em termos absolutos, em moldes que não havia antes, em que pesem a tradição de jurisdicionalização e a normação do regime do Código de Processo Penal. Após a Lei de Execução Penal não mais é válida a observação de Frederico Marques, realizada sob a legislação anterior, de que “a execução penal é atividade própria da Administração Penitenciária e da qual ela é investida pelo juiz, mediante carta de guia (CPP, arts. 674 e 676). O juízo da execução apenas exerce controle sobre procedimento executivo, quando surgem os chamados incidentes da execução, provocados pelo diretor do estabelecimento penal (CPP, arts. 755, parág. único, e 775, I)”. A jurisdição exerce, sem deixar espaço à administração, o que Ela Wiecko V. de Castilho denominou “controle da legalidade” da execução¹¹³.

Na própria Exposição de Motivos há a previsão de que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”¹¹⁴. Entretanto, não basta a previsão apenas formal; deve ela se ver concretizada materialmente dentro dos estabelecimentos destinados à execução penal, conforme já ressaltava Ela Wiecko Volkmer de Castilho:

Não basta, porém, a previsão legal. De nada vale a legalidade formal. Ela precisa se traduzir no dia-a-dia da execução. Para que isso aconteça há de haver garantias, instrumentos. A maior garantia é a jurisdicionalização da execução, isto é, o controle jurisdicional dos atos de execução. Esta ideia também está presente na Lei 7.210¹¹⁵.

O juiz de execução passou a ter incumbências de inspeção, vigilância e fiscalização da execução das penas, sendo estas de natureza administrativa¹¹⁶.

(reflexões em torno da jurisdicionalização). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 69 e 97: “A Lei 7.210 jurisdionalizou a execução penal, até então circunscrita aos incidentes da execução (livramento condicional, suspensão condicional da pena), assim considerados pelo Código de Processo Penal, ampliados com as inovações da Lei 6.416/77 (concessão e transferência de regimes). Agora, toda a matéria de execução é suscetível de controle jurisdicional através de procedimento previsto nos artigos 194 a 197”.

¹¹² CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 39.

¹¹³ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38.

¹¹⁴ Conforme item 19. BRASIL. **Exposição de Motivos n.º 213, de 9 de maio de 1983**. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

¹¹⁵ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 69.

¹¹⁶ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 93-94: “Superada a fase de recolhimento ou de internamento, a intervenção judicial no desenvolvimento da execução é

Referidas atribuições estão estritamente relacionadas ao controle da legalidade da execução, na medida em que a lei serve de instrumento de limitação do poder, e o juiz serve de instrumento de controle de aplicação da lei¹¹⁷.

Com o afastamento da teoria das relações especiais de poder, o papel jurisdicional na execução penal agora é primordial na fiscalização da efetivação dos direitos dos presos. Antes da Lei 7.210/84, após a prolação da sentença condenatória, a execução competia à autoridade administrativa, ainda que no CPP de 1942 se encontrasse dispositivo tratando da atuação do juiz na execução.

Deste modo, há a passagem de um sistema primordialmente administrativo para um sistema expressamente judicial¹¹⁸, que coloca o juiz como condutor do processo de execução penal da Lei 7.210/84 e como controlador da legalidade. Essa característica fica mais visível quando se constata que a Lei de Execução Penal (LEP) prevê no rol de atribuições dos juízes a possibilidade de inspecionar estabelecimentos penais, podendo interditar aqueles que estiverem funcionando em condições inadequadas ou infringindo dispositivos da LEP (art. 66, VII e VIII). Ou seja, o juiz da execução tem poderes para determinar a regularização de estabelecimentos que estejam em desacordo com a lei; e se não regularizados, é possível que decrete sua interdição.

O art. 66 da LEP elenca ainda outras funções do juiz da execução¹¹⁹, sendo que o rol lá previsto não é exaustivo, mas exemplificativo¹²⁰, o que significa que, sendo o juiz da execução o responsável pelo processo executivo, questões não previstas no rol e que venham a surgir devem ser submetidas à apreciação do magistrado. O

constante, pois incumbe ao juiz: - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades; - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei (art. 66, VI a VIII)”.

¹¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 131. No mesmo sentido: CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13 e 39.

¹¹⁸ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 262.

¹¹⁹ Dentre elas: aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado (aplicando-se, portanto, a regra da retroatividade da lei penal mais benéfica, e reconhecendo a possibilidade do caráter material de normas de execução penal); declarar extinta a punibilidade; decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução. Ainda, incumbe autorizar saídas temporárias; determinar o cumprimento, conversão e fiscalização de pena restritiva de direitos; aplicação, revogação e outras questões sobre medida de segurança; além de compor e instalar o Conselho da Comunidade; e emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

¹²⁰ BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 68.

próprio inciso VI, que estabelece que ao juiz compete “*zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança*” é uma previsão mais aberta, na qual é possível incluir as mais diversas situações que possam implicar o inadequado cumprimento da pena ou da medida de segurança.

Assim, há estrita relação entre a efetivação dos direitos fundamentais dos presos e a limitação do poder do Estado por meio do controle da legalidade da execução; até porque “*a limitação imposta ao condenado não pode se fundamentar em valores eleitos pelo legislador, mas apenas em valores constitucionais e desde que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais permaneça intocado*”¹²¹.

Como se vê, no Brasil, vigia no âmbito material da execução penal o seu controle estritamente administrativo, por conta do encerramento da atuação jurisdicional no momento em que a sentença condenatória era proferida. Pelos regulamentos da Casa de Correção da Corte - que foi o modelo seguido em diversas instituições destinadas à execução penal no Brasil - vê-se que apenas pontualmente havia a comunicação com o juízo sentenciante. Daí porque se afirmar que a teoria das relações especiais de poder prevaleceu, também no Brasil, até meados do século XX¹²².

Nos Projetos que visaram a codificação da execução penal, essa atuação do juiz é colocada de forma mais concreta. Entretanto, apenas com a Lei de Execução Penal de 1984 foi possível verificar a efetiva jurisdicionalização da execução no Brasil.

A LEP de 1984 também evidenciou a opção do legislador por um Estado de Direito Social Democrático¹²³, antes mesmo da Constituição de 1988 (CR/88), tendo em vista que deu tratamento à execução penal antecipando disposições que deveriam ter previsão constitucional, mas que só vieram posteriormente, com a CR/88. Na LEP também é possível extrair a preocupação com a proteção dos direitos humanos em âmbito nacional, antes mesmo da CR/88 e do fortalecimento do processo de redemocratização.

A referida lei trouxe regramento específico acerca do sistema de execução penal brasileiro, em uma estrutura inegavelmente jurisdicional, ainda que subsistam

¹²¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 27.

¹²² BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38. MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020, p. 59.

¹²³ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 33.

competências exclusivas da administração penitenciária¹²⁴. Portanto, a LEP estabeleceu a jurisdicionalização da execução penal (ao menos em um campo formal). Além dela, a Constituição da República de 1988 e alguns documentos internacionais fazem parte do sistema normativo que orienta o controle jurisdicional da execução penal no Brasil. Por isso, são eixos normativos que devem conduzir as políticas públicas nesse campo, merecendo abordagem específica, conforme adiante exposto.

1.4 EIXOS NORMATIVOS ORIENTADORES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA EXECUÇÃO PENAL

Considerando o reconhecido caráter jurisdicional da execução penal, é necessária uma abordagem dos eixos normativos que norteiam essa atuação jurisdicional e as próprias políticas públicas afetas à execução penal. Assim, as principais normativas para a execução penal no Brasil serão abordadas, identificando os princípios que regem a aplicação das penas no Brasil. A partir disso, será possível identificar o *que* deve guiar a forma de atuação do Judiciário na execução penal.

A execução penal no Brasil tem como fonte um conjunto de regras e princípios previstos em vários diplomas, destacando-se a Constituição da República, a Lei de

¹²⁴ Não se nega a existência de posição divergente, no sentido de que a execução penal teria um caráter “misto” ou “complexo”, entretanto, concorda-se com a posição segundo a qual a execução penal possui caráter jurisdicional, porquanto a execução das penas necessita de controle, a fim de que não haja espaços de livre conformação e, possivelmente, abusos por parte da administração penitenciária. Sobre a questão, Salo de Carvalho explica a posição: “*O paradoxo da relação processual na execução da pena acaba sendo revelado no complicado liame entre direito penitenciário, inequivocamente administrativo, e processo de execução, de natureza jurisdicional. Segundo Grinover, a dificuldade reside em poder extremar estas duas atividades: administrativa e jurisdicional. A anunciada natureza mista e multiforme da execução penal impõe séria avaliação no que diz respeito à tutela do condenado frente ao poder administrativo. Se é relativamente pacífico na doutrina, após o estatuto de 1984, o direito do apenado à jurisdição, tal conteúdo material carece de eficácia na vida carcerária quando da necessidade de controle da legalidade. Não se pode olvidar que a execução está vinculada à sentença penal, constituindo lesão toda e qualquer atividade restritiva além do estabelecido pelo Estado-juiz. Se o processo penal é o instrumento através do qual o Estado se apropria do conflito do sujeito lesado para resguardar a racionalidade da resposta ao delito, deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados. Logo, o juízo de execução tem poderes para interferir diretamente nas relações entre a administração dos estabelecimentos penais e os detentos*”. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 168-169. Com a mesma posição: BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

Execução Penal, bem como os documentos internacionais sobre a matéria¹²⁵, que norteiam a forma de execução das penas.

Além disso, órgãos vinculados ao Executivo, ao Judiciário, e pertencentes à comunidade, fazem parte do Sistema Nacional da Execução Penal, conforme previsto no artigo 61 da LEP. Tratam de órgãos que vieram para consagrar os esforços de jurisdicionalizar a execução penal¹²⁶, formando uma rede de fiscalização e cumprimento das normas da execução, de forma sistemática e inovadora na legislação brasileira¹²⁷.

Dentre as funções dos órgãos, está a elaboração e execução de políticas públicas voltadas ao sistema executivo, além do fato de que a própria Lei de Execuções Penais (em conjunto com a Constituição e documentos internacionais) materializa uma política pública normativa, no sentido de que cria um “*aparato jurídico de direitos fundamentais às pessoas presas*”¹²⁸.

Cabe mencionar que o conceito de políticas públicas não é unívoco, sendo diversos os autores que apresentam definições¹²⁹. Por isso é necessário que seja feita a indicação - ainda que breve - de qual conceito é seguido na presente pesquisa.

Assim, parte-se da ideia central de que as políticas públicas são formas de concretização dos direitos previstos na lei e na Constituição, elaboradas por meio de atividade político-administrativa. Segue-se, portanto, a definição trazida por Maria Paula Dallari Bucci, segundo a qual, políticas públicas são:

¹²⁵ Alexis Couto de Brito ainda coloca o Código Penal, o Código de Processo Penal, as leis estaduais e os atos administrativos emanados dos órgãos de política penitenciária como fontes da execução penal. BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 85.

¹²⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 261.

¹²⁷ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 69.

¹²⁸ FONSECA, Vicente; BONFIM FILHO, Ernany. Políticas públicas: conceito, ciclo, processo de formação e sua ineficácia no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. **Revista Neiba - Cadernos Argentina-Brasil**, Volume 8, 2019, p. 17-18.

¹²⁹ Em importante obra para o estudo das políticas públicas, são citadas algumas definições feitas por Thomas Dye, William Jenkins e James Anderson: HOWLETT, Michael; RAMESH, M. **Studying public policy: policy cycles and policy subsystems**. Toronto, New York, Oxford. Oxford University Press, 1995, p. 04-07. Ainda: DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. O conceito de política pública. *In*: DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos**. 1ª ed – São Paulo. Atlas, 2012, p. 14: “*De forma sucinta, é disso que tratam as políticas públicas, a gestão dos problemas e das demandas coletivas através da utilização de metodologias que identificam as prioridades, racionalizando a aplicação de investimentos e utilizando o planejamento como forma de se atingir os objetivos e metas predefinidos. Uma política pública, desse modo, pode ser considerada um programa de ação de um governo, que pode ser executada pelos próprios órgãos governamentais ou por organizações do terceiro setor (ONGs, OSCIPs, fundações etc.) investidas de poder público e legitimidade governamental pelo estabelecimento de parcerias com o Estado (como, por exemplo, as agências de desenvolvimento)*”.

programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico¹³⁰.

Logo, ainda é possível concordar com a posição segundo a qual políticas públicas podem ser entendidas como:

ações empreendidas ou não pelos governos que deveriam estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana¹³¹.

Por óbvio, e como em todas as áreas de atuação do Estado na sociedade, deveria existir uma política pública nacional sobre a execução penal. É certo que essa política pública pode ser caótica ou confusa no plano administrativo, mas no plano normativo e jurídico, considerando as matrizes constitucionais e as definições legais, é indubitável que existem linhas mestras que ordenam uma tal política.

As fontes normativas e os órgãos da execução penal estão no âmago da elaboração e execução de políticas públicas voltadas ao sistema prisional; com isso, buscar-se-á apresentar as linhas normativas que devem orientar a elaboração dessas políticas no Brasil, a fim de que, posteriormente, seja possível verificar se, e de que modo, o Judiciário tem interferido para a concretização desses objetivos.

As principais fontes normativas formais da execução penal no Brasil orientam todo o sistema nacional de execução de penas e tratamento dos presos. Com isso, será explorada a organização do sistema de execução penal brasileiro, segundo tais fontes formais, voltando os olhos especialmente às garantias do apenado e como são previstas as formas de promoção de políticas públicas para o sistema prisional.

1.4.1 Constituição Federal

¹³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

¹³¹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. O conceito de política pública. *In*: DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas**: Princípios, propósitos e processos. 1ª ed. – São Paulo. Atlas, 2012, p. 12.

A Constituição da República de 1988 consiste na principal fonte normativa da execução penal no Brasil. Nela estão previstos os princípios orientadores do Estado na aplicação e execução das penas, além de prever expressamente os direitos dos presos. Toda a cadeia de princípios garantistas nela prevista orienta o sistema punitivo e, por conta disso, consiste em limitação do poder punitivo Estatal (considerados critérios negativos)¹³². Não é incorreto afirmar, com isso, que os fundamentos constitucionais respaldam a elaboração de políticas públicas voltadas ao sistema execucional penal.

Aponta-se que foi com a CR/88 que a execução das penas passou a ter caráter constitucional¹³³; mas mesmo antes dela, afirma-se que a previsão constitucional da dignidade humana deveria ser suficiente para conformar a execução penal, no sentido de não implicar em desrespeito à pessoa humana. Entretanto, a prática demonstra o contrário¹³⁴.

A Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CR/88) e, portanto, do Estado Democrático de Direito. No campo da execução penal, implica o tratamento digno da pessoa privada de liberdade, tendo em vista que os direitos não atingidos pela sentença condenatória não se perdem; ao revés, devem ser plenamente garantidos ao preso.

Entretanto, a realidade dos cárceres brasileiros revela situação incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana. Conforme se infere dos Relatórios das CPIs do Sistema Carcerário¹³⁵, tanto de 2009 como de 2015, bem como da decisão cautelar tomada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347¹³⁶, é denunciada a superlotação de presídios, a ausência de

¹³² CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 258.

¹³³ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 154.

¹³⁴ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 26. Luís Carlos Valois inclusive menciona que o cumprimento do princípio da dignidade humana já seria suficiente para justificar a promoção de melhorias na condição das instalações físicas dos cárceres brasileiros: VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 50.

¹³⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 191-281. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - CPI sistema carcerário brasileiro**. – Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

¹³⁶ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015, p. 05 (voto do relator).

camas suficientes, esgoto a céu aberto, doenças (como sarna, micose, furunculose, tuberculose, gangrena etc.), ratos, baratas, pulgas, comida estragada, alimentação realizada com a mão e servida em sacos plásticos, ausência de absorventes para as presas, e utilização de miolo de pão para conter o fluxo menstrual, dentre outras situações deploráveis. São situações que, evidentemente, estão longe de representarem um mínimo de dignidade para a pessoa humana.

A legalidade é outro princípio que encontra respaldo constitucional, mais especificamente no art. 5º, XXXIX, que prevê que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. É basilar do Direito Penal e repercute na execução penal no sentido de que não há execução penal sem respaldo na lei¹³⁷. Ou seja, no plano abstrato, o princípio garante que os direitos e deveres na execução penal se darão em conformidade com o que a lei estabelece, seja pelo juiz ou pela autoridade administrativa. Nesse ponto, vale destacar que muitos dos atos administrativos na execução se dão no campo da discricionariedade administrativa do Estado, entretanto, isso não a desvincula da legalidade¹³⁸.

A legalidade ganha mais relevância quando se fala em restrição de direitos. Não é possível que decisões pela restrição ou negação de um direito ou algum benefício sejam tomadas com base em uma suposta discricionariedade do juiz; ao contrário, devem ter amparo estrito na lei¹³⁹. Além disso, a legalidade também deve refletir nas condições materiais da execução da pena, no sentido de que o dia a dia no cárcere não implique na violação de direitos daqueles privados de liberdade. Assim, é de se questionar a legalidade material da execução penal, tendo em vista os problemas estruturais já apontados anteriormente. Conforme precisas lições de Zaffaroni:

A superlotação carcerária implica não só uma pena cruel, senão diretamente uma tortura e, levando em consideração a intensificação da violência, uma pena de morte por azar, embora a mesma expressão *pena* seja inadequada, já que na América Latina mais da metade dos presos não são condenados, mas estão cumprindo prisão preventiva¹⁴⁰.

¹³⁷ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63. BRASIL. **Exposição de Motivos n.º 213, de 9 de maio de 1983**. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal): “*O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal*”.

¹³⁸ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 63.

¹³⁹ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 64.

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 13: “*La cárcel superpoblada implica no sólo una pena cruel, sino*

Luís Carlos Valois inclusive menciona que “*A prisão que se executa no Brasil não existe na lei, não encontra respaldo sequer na Constituição do Império, de 1824 (...)*”, e que, com isso “*(...) além de ser inconstitucional, é ilegal*”¹⁴¹.

Como se vê, ao menos sob duas perspectivas a legalidade no campo da execução penal deve ser observada. Em um primeiro momento, em uma perspectiva formal, no sentido de que a forma de execução de penas deve encontrar amparo legal; e em uma perspectiva material, no sentido de que aqueles que estão submetidos ao cárcere vejam cumpridos, na prática, os direitos previstos na lei e na Constituição. Assim, a ausência de adequação legal e constitucional corresponderia à deslegitimação do sistema penal.

A Constituição também prevê o princípio da pessoalidade da pena (ou intranscendência), inserido também no artigo que trata dos direitos e garantias individuais (art. 5º, XLV), dispondo que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)*”. Significa dizer que a punição deve recair apenas sobre a pessoa que tenha praticado a conduta definida como crime. Resulta dessa disposição, por exemplo, o direito de visita dos familiares ao preso¹⁴², a fim de garantir que aqueles familiares não sofram ainda mais com a privação da liberdade do parente.

Entretanto, mesmo para garantir a visita ocorrem violações, como constatado no Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2015, em que se verificou que em alguns estabelecimentos, diante da falta de local apropriado, a visita íntima dos presos ocorre dentro da própria cela, e muitas vezes na presença de crianças, filhos de outros detentos que estão recebendo visita¹⁴³. Além disso, no Relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2009, verificou-se a existência de estabelecimento prisional feminino em que a regra era que os filhos das detentas poderiam conviver

directamente una tortura y, teniendo en cuenta la potenciación de la violencia, una pena de muerte por azar, aunque la misma expresión pena resulta inadecuada, dado que en Latinoamérica más de la mitad de los presos no se hallan condenados, sino que cumplen detención en prisión preventiva.” – tradução livre. No mesmo sentido há trabalho mais recente publicado por Zaffaroni: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal.** – 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora del Sur, 2020, p. 06.

¹⁴¹ VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional.** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 45.

¹⁴² VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional.** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 55.

¹⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - CPI sistema carcerário brasileiro.** – Brasília: Câmara dos Deputados, 2015, p. 130, 193 e 325.

com as mães até os seis meses de vida, e depois deveriam ser entregues para alguém fora da prisão; ocorre que os bebês foram encontrados convivendo em celas insalubres, mofadas, superlotadas, sem ventilação e sem local para dormir¹⁴⁴. Tais situações claramente são uma afronta aos direitos da criança, que sofre as consequências da pena imposta ao seu familiar.

Ainda no artigo 5º da CR/88 há a previsão no inciso XLVII de que “*não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis*”. Trata-se do princípio da humanidade das penas, o qual encontra relação com a previsão da proteção da integridade física e moral aos presos, constante no art. 5º, XLIV. É um desdobramento do princípio da dignidade humana, formando com ele uma cadeia que orienta a forma de intervenção punitiva do Estado.

Luís Carlos Valois denuncia a violação ao princípio, já que as condições materiais do cárcere brasileiro e a forma de execução da pena privativa de liberdade acabam evidenciando que, concretamente, no Brasil, as penas proibidas constitucionalmente são observadas na prática. Isso porque o autor pontua que presos morrem dentro das prisões por conta das doenças lá adquiridas. Em determinados casos, dependendo da pena aplicada e do delito, alguns presos não saem do cárcere durante a vida toda. Ainda, o autor considera inconstitucional a obrigatoriedade do trabalho dentro da prisão, já que a recusa pode configurar falta disciplinar, ou seja, não há escolha. E em uma interpretação atual do que seria a vedação às penas de banimento, o envio de presos para penitenciárias distantes (como é o caso das penitenciárias federais) acaba afastando-o de sua comunidade, caracterizando uma forma de banimento. Por fim, a própria prisão, em suas condições materiais, configuraria uma forma de pena cruel¹⁴⁵.

Também vige o princípio da isonomia do sistema penitenciário, previsto no art. 5º, XLVIII da CR/88, dispendo que “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*”. Trata-se de previsão que busca considerar as particularidades do preso na aplicação da pena, visando assegurar a separação dos condenados, de modo que o cumprimento das

¹⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 121.

¹⁴⁵ VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 59-62.

sanções, a depender do crime e da sanção aplicada, se dê em estabelecimento diverso.

Entretanto, a crítica ao cumprimento desse princípio reside em que, mesmo após anos de vigência, ainda hoje se luta, por exemplo, pela simples separação de condenados homens e condenadas mulheres¹⁴⁶ e há uma dificuldade em lidar com o público LGBT submetido à privação de liberdade¹⁴⁷. Além disso, existem outras situações, permitidas pela legislação, que fazem com que acusados por crimes considerados mais graves (como é o caso dos hediondos) cumpram penas no mesmo estabelecimento dos condenados por crimes menos graves.

Quanto ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, este possui três dimensões¹⁴⁸: primeiro, a chamada individualização legislativa, em que o princípio atua como orientador do Legislativo na criação de tipos penais, o tipo de pena aplicável e a quantidade mínima e máxima; segundo, a individualização judicial, que opera a fase do processo penal, em especial com a sentença condenatória, quando há a fixação da pena, de acordo com circunstâncias que podem resultar no aumento ou diminuição da pena, ou mesmo resultar na aplicação de outra forma de sanção penal prevista na legislação; e terceiro, há a individualização executiva, verificada na execução penal, esta que será dirigida segundo as condições comportamentais mais atuais do apenado¹⁴⁹ e que possibilita decisões pela alteração da quantidade e qualidade da pena, bem como sua extinção.

Além disso, referido princípio ampara a tutela dos condenados, já que o Judiciário atua no controle da execução, exercendo um papel ativo para garantir as *“condições materiais mínimas de permanência dos condenados nos estabelecimentos*

¹⁴⁶ VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 63. Nesse sentido: MARTINS, Marcos. **Mulheres presas em cadeia com 60 homens são soltas pela Justiça no TO**. G1-TO. 19 jul 2015.

¹⁴⁷ Veja-se, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº 527, sob relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, ajuizada pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT) tendo por objeto decisões judiciais conflitantes sobre os parâmetros para o acolhimento do público LGBT nos estabelecimentos prisionais femininos e masculinos. Em decisão monocrática de 18 de março de 2021, foi outorgado *“às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina, o direito de opção por cumprir pena: (i) em estabelecimento prisional feminino; ou (ii) em estabelecimento prisional masculino, porém em área reservada, que garanta a sua segurança.”* Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 18 de março de 2021.

¹⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265-267.

¹⁴⁹ VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 72.

*prisionais*¹⁵⁰. Salo de Carvalho relaciona essa posição ativa do Judiciário com o princípio da individualização da pena, na medida em que a jurisdicionalização da execução penal conferiu ao Judiciário o dever legal de agir como fiscalizador e interventor na execução das penas, a fim de que o cumprimento da pena atenda aos ditames constitucionais, como é o caso de assegurar o cumprimento da pena em estabelecimento adequado à natureza do delito, idade e sexo do apenado, bem como que a forma de cumprimento da pena respeite sua integridade física e moral¹⁵¹. Assim, para o autor, o princípio da individualização das penas pode ser indicado como um dos mais importantes para a execução penal.

1.4.2 Lei de Execução Penal

A Lei n.º 7.210/84 é o diploma normativo que concentra as regras sobre execução penal e foi um dos instrumentos que marcou a jurisdicionalização da execução penal no Brasil, com o abandono da teoria das relações especiais de poder. Na própria Exposição de Motivos foi expressamente tratado sobre o tema, sendo pontuado que *“A orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal”*, não restando dúvida sobre a intenção de promover o efetivo controle jurisdicional da execução das penas no Brasil.

A LEP, portanto, estrutura o sistema a que se sujeitam os órgãos do Executivo que atuam na execução penal, e isso em termos de jurisdicionalização absoluta, ou seja, houve a ampliação da jurisdicionalidade, mesmo àquelas matérias de natureza administrativa, como é o caso das recompensas e sanções (artigos 53 a 55 da LEP), que devem observar a estrita legalidade e estão sob controle judicial¹⁵². No caso das faltas leves e médias, estas ficaram a cargo da legislação estadual ou dos regulamentos, não havendo orientação sobre a forma de definição dessas faltas¹⁵³;

¹⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267.

¹⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 267.

¹⁵² BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37-38.

¹⁵³ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 224.

assim, sendo possível que com essa liberdade sejam criadas regulamentações que violem a Constituição ou a própria LEP, o controle jurisdicional é fundamental.

Em termos de direitos, o art. 3º da Lei de Execuções Penais é bastante significativo. Embora não seja extenso, tem muito a dizer a respeito dos direitos do apenado. Assim, dispõe que *“Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”*. Disso se extrai que serão assegurados todos os direitos da pessoa privada de liberdade. A execução penal não pode privar os direitos não restritos em virtude da sentença. Isso significa dizer que o direito à saúde; a dignidade humana; a educação; o trabalho; o lazer; a segurança, entre outros, são direitos constitucionais que devem ser assegurados ao recluso.

Não obstante, o art. 185 da LEP se conecta diretamente com o art. 3º, já que estabelece que *“Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”*. Isso evidencia que uma execução que extrapole os limites legais ou que esteja em desacordo com a lei e a Constituição caracteriza excesso na aplicação da pena por parte do Estado.

A própria Lei de Execução Penal elenca os direitos do apenado, partindo do respeito à integridade física e moral (art. 40 da LEP); e seguindo com o artigo 41, que elenca como direitos: alimentação suficiente e vestuário (I); atribuição de trabalho e sua remuneração (II); Previdência Social (III); constituição de pecúlio (IV); proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação (V); exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena (VI); assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (VII); proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (VIII); entrevista pessoal e reservada com o advogado (IX); visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados (X); chamamento nominal (XI); igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena (XII); audiência especial com o diretor do estabelecimento (XIII); representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito (XIV); contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes¹⁵⁴

¹⁵⁴ A exigência de que não comprometa a “moral e os bons costumes” é considerada inconstitucional para Rodrigo Duque Estrada Roig, que considera que *“Fere a legalidade ao prever expressões vagas e indeterminadas, que causam insegurança jurídica às pessoas presas. Atenta contra a lesividade e*

(XV); atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (XVI).

A distribuição do tempo de trabalho, a visitação e o contato com o mundo exterior são direitos que podem ser suspensos ou restringidos, desde que devidamente motivado pelo diretor do estabelecimento, muito embora seja uma medida questionável¹⁵⁵.

Para além do rol de direitos, a Lei de Execução Penal estrutura também todo o sistema de execução penal, incluindo o detalhamento do processo de execução, assim como os órgãos da execução.

1.4.3 Documentos Internacionais

No âmbito internacional, vários são os documentos que tratam sobre a questão penitenciária, adotados pelo Brasil e que, portanto, orientam a elaboração e efetivação de políticas públicas na execução penal.

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos (também conhecidas como Regras de Nelson Mandela), aprovadas pela Resolução 70/175 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, adotada a 17 de dezembro de 2015¹⁵⁶ estabelece os princípios e práticas mínimas aceitas para o tratamento dos reclusos e para a gestão dos estabelecimentos penais. É mais próxima de uma carta de recomendação para os Estados-parte para o tratamento dos reclusos.

O documento é dividido em duas partes: a primeira, com as regras de aplicação geral para todos os presos; e a segunda, com as regras aplicáveis às categorias especiais, trazendo especificações quanto ao tratamento de presos com condenação; presos provisórios; presos com transtornos mentais; dentre outros.

Quanto às regras previstas no documento, pode-se destacar, por exemplo, a Regra 1ª, que em sua primeira parte dispõe que *“Todos os reclusos devem ser*

secularização, ao conectar o status jurídico do preso à satisfação de pautas de conteúdo moral, restringindo direitos sem a ocorrência de atos ofensivos concretos. Desvirtua o pluralismo, pois elege determinados padrões morais e valores como corretos, adotando uma visão maniqueísta da sociedade e punindo a diversidade. Desrespeita a humanidade, retirando dos presos (sem autorização constitucional) o acesso à leitura e a outros meios de informação que em vida livre são permitidos a maiores de idade. Transgride, enfim, a própria intimidade, ao legitimar ingerências na esfera privada das pessoas presas”. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica.** – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 120.

¹⁵⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica.** – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 121.

¹⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela:** regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano”, não devendo ser submetidos à tortura ou outro tratamento cruel ou degradante, e devendo ser assegurada a segurança dos reclusos e demais pessoas do sistema criminal, incluindo os visitantes. Também há a Regra 13, que dispõe sobre as condições físicas de todos os locais em que são alojados os presos, prevendo que:

especialmente os dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e, especialmente, a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

Também há a Regra 15, prevendo que *“As instalações sanitárias devem ser adequadas, de maneira a que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente”*.

As Regras de Mandela, de 2015, são uma revisão das antigas Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, de 1955. As Regras de 1955 foram revisadas pelas Nações Unidas para incorporar novas doutrinas de direitos humanos e um novo quadro de normas. O Brasil participou das negociações para atualização e aprovação da atualização (Regras de Mandela)¹⁵⁷, o que demonstra a aderência do país às Regras de 2015 e que, portanto, servem de parâmetro para a estruturação do sistema penal e penitenciário na atualidade.

Não obstante, as antigas Regras de 1955 já exerciam influência na legislação interna. Com base nas Regras Mínimas de 1955, foram elaboradas as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (Resolução n.º 14 de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP). Entretanto, antes disso já constava na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal a importância da aplicação daquelas Regras na execução das penas, sendo claramente invocado o documento como orientador da LEP que estava para surgir. O item 74 da Exposição de Motivos inclusive dispõe que *“A declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas. O problema central está na conversão das regras em direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções”*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016, p. 12.

¹⁵⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos n.º 213, de 9 de maio de 1983**. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Ademais, existem também as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (conhecidas como Regras de Bangkok)¹⁵⁹. Não substituem as Regras de Mandela, mas as complementam, já que são regras voltadas à realidade das mulheres encarceradas.

É dividida em uma primeira seção, que contém as regras aplicáveis a todas as categorias de mulheres privadas de liberdade; uma segunda seção, destinadas às categorias especiais; uma terceira seção, contendo regras sobre a aplicação de sanções não privativas de liberdade; e a quarta seção, com disposições mais gerais, contendo regras sobre pesquisa, planejamento, avaliação, sensibilização pública e compartilhamento de informações relacionadas ao documento.

Pode-se destacar a previsão contida na Regra 5, sobre higiene pessoal, que dispõe que os estabelecimentos devem ter instalações apropriadas para satisfazer as necessidades específicas das mulheres, *“(...) incluindo absorventes higiênicos gratuitos e um suprimento regular de água disponível para cuidados pessoais das mulheres e crianças (...)”*. Também há a Regra 33, item 3, que estabelece que naqueles locais em que seja possível que crianças acompanhem as mães na prisão *“(...)os/as funcionários/as também serão sensibilizados sobre as necessidades de desenvolvimento das crianças e será oferecido treinamento básico sobre atenção à saúde da criança (...)”*. E, ainda, a regra 64, que estabelece que *“Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado (...)”*.

Mesmo com a participação do Brasil na elaboração e aprovação das Regras de Bangkok em 2010, em 2016 ainda se afirmava que a sua aprovação e introjeção não foram transformadas em elaboração de políticas públicas consistentes¹⁶⁰.

Em relação ao tratamento dos presos quanto à orientação sexual e identidade de gênero, no âmbito dos Princípios de Yogyakarta¹⁶¹ é possível identificar orientações voltadas à proteção da dignidade humana. Assim, o Princípio 9 trata do

¹⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, Brasília: CNJ, 2016.

¹⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi, Brasília: CNJ, 2016, p. 12.

¹⁶¹ **Princípios de Yogyakarta**: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007.

direito ao tratamento humano durante a detenção, e que os Estados deverão, por exemplo “*Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais*”, inclusive assistência terapêutica: “*Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero (...)*”.

Ainda, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, no ano de 1984, foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 40 de 1991. Em complemento, foi promulgado por meio do Decreto n.º 6.085/2007 um importante Protocolo Facultativo à Convenção, o qual é voltado especialmente para reforçar a proteção de pessoas privadas de liberdade contra a tortura, prevendo medidas específicas e adicionais para atingir os objetivos da Convenção especialmente para essa população.

Importante mencionar que, por exemplo, as Regras de Mandela, as Regras de Bangkok e os Princípios de Yogiakarta não são determinações que constituam obrigações que sejam vinculantes ao Brasil, mas são critérios importantes de interpretação a serem aplicados, atuando como “*opinio juris*”¹⁶². Entretanto, existem outras obrigações que vinculam o Brasil, como é o caso das normativas do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (promulgado pelo Decreto n.º 592/1992), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica (promulgada pelo Decreto n.º 678/1992), e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (promulgada pelo Decreto n.º 98.386/89).

Inclusive, no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, por ser signatário da CADH, os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados cabem à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e também à Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 33. *a* e *b*, da CADH). Portanto, o Brasil se submete à competência jurisdicional da Corte (Decreto Legislativo n.º 89/1998), inclusive sobre o sistema carcerário brasileiro.

¹⁶² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.p. 150.

Em geral, os documentos internacionais que orientam a execução penal no Brasil são baseados principalmente na dignidade da pessoa humana, não deixando dúvida sobre o caráter protetivo dos direitos humanos da pessoa privada de liberdade.

Ocorre que a existência de regras claras orientadoras de políticas públicas, e a respeito da forma de execução das penas e tratamento dos apenados não afasta a existência dos vários problemas e violações constatados diariamente nos cárceres brasileiros. Os resultados das pesquisas durante as CPIs do Sistema Carcerário de 2009 e de 2015 e, no plano internacional, o processamento do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a situação de determinados estabelecimentos penais¹⁶³ são prova da ocorrência das diversas ilegalidades contra pessoas encarceradas. Ademais, a possibilidade de controle (inclusive jurisdicional) do sistema carcerário brasileiro já ocorre com a submissão à competência da CIDH, portanto, no plano internacional.

Nesse contexto é possível discutir, no plano interno, o papel da intervenção do Judiciário, em especial do STF, a fim de controlar as políticas públicas do sistema penitenciário nacional. Os problemas existem e são levados ao Judiciário, e a grande questão é verificar se e como é possível o STF lidar com tais questões atuando de forma efetiva e legítima.

¹⁶³ Como é o caso da determinação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2002, para a adoção, pelo Brasil, de todas as medidas necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco, em Rondônia, diante das diversas ilegalidades lá constatadas; bem como o caso da determinação da CIDH, em 2014, para a adoção de diversas medidas, pelo Brasil, para proteger a vida e a integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão.

2 A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIÁRIAS

A primeira parte do estudo buscou apresentar a forma de controle carcerário existente no Brasil e a importância do controle jurisdicional para a observância da legalidade no âmbito da execução penal, o que está estritamente ligado à efetivação dos direitos dos presos. Ainda, demonstrou-se que a execução penal no Brasil possui normativas baseadas no controle jurisdicional, existindo um sistema normativo pautado pela proteção dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade.

Esse contexto não impede que várias ilegalidades sejam constatadas no dia a dia das prisões brasileiras. Portanto, vários são os casos de violações de direitos levadas ao Judiciário, chegando, inclusive, ao STF, por afronta às normas constitucionais.

Em 2015, por exemplo, foi proposta no STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF)¹⁶⁴ pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que foi apresentada a existência de grave lesão aos direitos fundamentais dos presos, decorrente de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Por conta disso, os impetrantes buscavam, em caráter liminar, o reconhecimento da figura do Estado de Coisas Inconstitucional (também referenciado por alguns autores com a sigla ECI) relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face da situação de inconstitucionalidade constatada.

Na decisão liminar, em setembro de 2015, o STF reconheceu o quadro de grave violação aos direitos dos presos, resultante principalmente da superlotação dos presídios, bem como ressaltou a responsabilidade do poder público, no sentido de que os poderes foram omissos na conjugação de esforços para a efetivação das garantias individuais.

Além dessa decisão paradigmática, no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 592.581, no STF¹⁶⁵, foi discutida a questão acerca da possibilidade de o Judiciário determinar que o Executivo realize obras de melhoria em estabelecimentos prisionais,

¹⁶⁴ Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015.

¹⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 13 de agosto de 2015.

considerando o campo decisório reservado à Administração Pública e, por outro lado, a observância dos direitos fundamentais.

A decisão recorrida foi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual se decidiu pela impossibilidade dessa intervenção do Judiciário, mesmo sendo reconhecida a precariedade do Albergue Estadual de Uruguaiana, onde se constatou a violação da integridade física e moral dos detentos.

Em outubro de 2009, o STF reconheceu a repercussão geral da questão suscitada, e na oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário, em agosto de 2015, por unanimidade, entendeu que a intervenção judicial não seria de simples implementação de políticas públicas, em ofensa ao princípio da reserva do possível, mas sim de cumprimento da obrigação mais elementar do Judiciário, que é "*dar concreção aos direitos fundamentais abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais*"¹⁶⁶.

Tais posicionamentos do Judiciário são debatidos na doutrina, tendo em vista que suscitam a discussão de temas constitucionais relacionados à forma de atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a efetivação de direitos.

Assim, o objetivo da primeira parte do presente capítulo é analisar os fundamentos contrários à intervenção do Judiciário em políticas públicas voltadas à efetivação de direitos, e como tais posicionamentos têm sido refutados. Isso se faz necessário no presente estudo para que seja possível verificar como a questão tem sido debatida, e quais seriam os possíveis fundamentos que permitem essa atuação do Judiciário.

Ainda, a abordagem dos fundamentos é necessária para que, em momento posterior, seja possível verificar como o STF tem se comportado diante dos fundamentos contrários à intervenção do Judiciário. Isso será feito em tópico específico, apresentando o resultado de pesquisa empírica que buscou constatar como tem sido a atuação do STF nos últimos anos, diante dos casos submetidos ao tribunal quando chamado a se pronunciar sobre as falhas ou omissões na execução de políticas públicas prisionais.

2.1 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS À INTERVENÇÃO JUDICIAL

¹⁶⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 13 de agosto de 2015, p. 45 do Inteiro Teor do Acórdão (voto do Min. Ricardo Lewandowski).

Nas últimas décadas, vários países, incluindo o Brasil, vêm experimentando um fortalecimento da atividade do Poder Judiciário, o qual é provocado para promover direitos fundamentais a partir de uma atuação mais ativa. Trata-se da chamada judicialização da política, seja para resolver dilemas morais, sobre políticas públicas ou mesmo controvérsias políticas¹⁶⁷. Por essa atuação, há a transferência de parte do poder político para o Judiciário¹⁶⁸, que é provocado para assegurar que os demais poderes sejam forçados a priorizar determinados temas ou políticas públicas na pauta do Estado.

O fenômeno, no Brasil, é observado principalmente com a atuação do STF¹⁶⁹ enquanto intérprete da Constituição Federal, já que nela há a previsão de um extenso rol de direitos, orientadores da atuação do Estado.

Essa atuação mais ativa do Judiciário leva à discussão da possível violação da teoria da separação dos poderes, da forma como sistematizada (e não criada¹⁷⁰) por Montesquieu na sua obra “O espírito das leis” e da forma como hoje se vê o princípio, bem como à discussão sobre as limitações encontradas considerando o princípio da reserva do possível.

Assim, o Judiciário é chamado a se manifestar e a determinar medidas para cessar ou minimizar a violação de direitos no cárcere brasileiro, mas alguns argumentos contrários são levantados frente a essa atuação do Judiciário. Ana Paula de Barcellos sintetiza as críticas formuladas sobre a possibilidade do controle de políticas públicas pelo Judiciário em três grupos: o primeiro sobre argumentos associados à teoria da Constituição; o segundo relacionado com impedimentos de

¹⁶⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009, p. 139-140.

¹⁶⁸ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas. In: GUIMARÃES, Juarez; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, Martonio; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. (Org.). **Risco e futuro da democracia brasileira direito e política no Brasil contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016, p. 417-442, p. 417.

¹⁶⁹ ABOUD, Georges. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**. vol. 233/2014, p. 13-38, jul. 2014.

¹⁷⁰ CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 7/2015, p. 1013-1026, ago/2015, p. 1015.

ordem filosófica, e o terceiro que a autora classifica como sendo de ordem operacional¹⁷¹.

A possibilidade de violação à separação dos poderes parece estar no primeiro grupo, ao passo que os impedimentos pela invocação da reserva do possível são críticas de ordem operacional (terceiro grupo). Por serem amplamente referenciados na elaboração das críticas, merecem enfrentamento no presente tópico.

Obviamente que não se pretende esgotar o tema, enfrentando todas as vertentes dos argumentos que se lançam de forma contrária à atuação intervencionista do Judiciário, dada a complexidade dos fundamentos teóricos¹⁷². Ao que parece, a alegada violação da separação dos poderes e o argumento da reserva do possível parecem ser centrais na discussão a respeito do tema, motivo pelo qual serão o foco neste momento.

2.1.1 Separação dos poderes

Desde a Grécia, Aristóteles já identificava no governo uma divisão em três partes¹⁷³, mas apenas séculos depois é que Inglaterra e França passaram a utilizar essa forma de estruturação do poder.

A partir de Montesquieu é que se afirma que a teoria da separação dos poderes foi melhor sistematizada. Por ela, o Legislativo controlaria a elaboração e manutenção de leis; o Executivo trataria sobre paz e guerra, a segurança e as relações exteriores; e o Poder Judiciário puniria os crimes e julgaria os pedidos dos indivíduos¹⁷⁴.

Pela primeira concepção da teoria, parte-se da ideia de que a reunião das funções executiva, legislativa e judiciária permitiria a criação de leis tirânicas, e

¹⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 111-147. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 118.

¹⁷² Para uma abordagem mais aprofundada do tema, ver, por exemplo: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle judicial de políticas públicas**: possibilidades e limites, 2009.

¹⁷³ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 1, n.30, p. 240-258, 2000.

¹⁷⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. (obra de 1747). Trad. Cristina Murachco. Martins Fontes, São Paulo: 2000, p. 167-168.

igualmente a sua execução¹⁷⁵, por isso a necessidade de uma separação de funções. Assim, a teoria não se desenvolve apenas para organizar um sistema de distribuição de competências do Estado, mas é um meio para evitar o despotismo¹⁷⁶.

A concepção inicial da teoria colocava o Judiciário como neutro, no sentido de que era o que menos tinha força política¹⁷⁷. Portanto, ao Judiciário caberia a função de estrito aplicador da lei¹⁷⁸. Nas palavras de Ferraz Junior:

a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. (...) A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções¹⁷⁹.

Ocorre que, ao longo do século XX essa neutralidade do Judiciário foi profundamente alterada, principalmente por conta da concepção sobre o Estado Social, que alterou a forma de visão sobre o Estado e sua finalidade¹⁸⁰. Nele, os direitos sociais possuem um caráter “promocional prospectivo”¹⁸¹, sendo necessárias políticas públicas para a realização das finalidades do Estado¹⁸².

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010, p. 10.

¹⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1998, p. 78. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 14.

¹⁷⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 14. CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 7/2015, p. 1013-1026, ago/2015, p. 1019.

¹⁷⁸ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 1, n.30, p. 240-258, 2000, p. 8.

¹⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 15.

¹⁸⁰ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 52.

¹⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 18.

¹⁸² COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35 n. 138, abr./jun. 1998, p. 43-44: “Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo. Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena

No início do século XIX já havia sido iniciada a discussão sobre decisões a respeito de questões políticas pelo Judiciário, surgindo nesse período a discussão sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade, que acabou auxiliando na modificação da visão sobre o papel do Judiciário previsto pela teoria montesquiana¹⁸³. Inclusive, aponta-se que a inserção de normas programáticas nas Constituições foi o que deu início à exigência da atuação do Judiciário, para verificar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes¹⁸⁴.

Especialmente no Brasil, a partir da Constituição de 1988 o Judiciário passou a interferir mais diretamente nas ações do Estado, por conta do amplo rol de direitos e das medidas processuais que permitem essa atuação¹⁸⁵. O STF inclusive compartilha do entendimento de que a separação dos poderes não implica em uma visão estanque e compartimentada das funções estatais, mas é um sistema dinâmico, ligado ao sistema de freios e contrapesos¹⁸⁶.

Inclusive, a própria Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal trata da questão da separação dos poderes, e ela, por muito tempo, serviu de fundamento para enfraquecer o direito penitenciário, afastando-o da jurisdicionalização¹⁸⁷.

estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.”

¹⁸³ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 55-56.

¹⁸⁴ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 62. O autor afirma que, no Brasil, uma das primeiras questões discutidas nos tribunais sobre a atuação do Judiciário foi a respeito do controle judicial do mérito dos atos administrativos. Por muitos anos doutrina e jurisprudência eram contrárias a possibilidade de controle, já que são atos eminentemente discricionários, e que, por isso, essa forma de controle violaria o princípio da separação dos poderes. Entretanto, o entendimento foi superado, por conta da teoria do desvio do poder e a teoria dos motivos determinantes. Além disso, o *caput* do art. 37 da CR/88 teria ampliado o campo passível de controle pelo Poder Judiciário.

¹⁸⁵ Como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular. Ver COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 1, n.30, p. 240-258, 2000, p. 7.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação dos poderes: anotações ao AGRG no AGRIN 708.667 do STF. **Revista dos Tribunais**, vol. 921/2012, p. 471-492, jul. 2012, p. 08. Ver também: Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.173.510/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 12 de março de 2019, fls. 5. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 37.665/DF. Relator: Min. Nunes Marques, Brasília, 31 de janeiro de 2021, fls. 5.

¹⁸⁷ BRASIL. **Exposição de Motivos n.º 213, de 9 de maio de 1983**. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal): “89. *Diante das dúvidas sobre a natureza jurídica da execução e do conseqüente hiato de legalidade nesse terreno, o controle jurisdicional, que deveria ser freqüente, tem-se manifestado timidamente para não ferir a suposta “autonomia” administrativa do processo executivo.*

De um modo geral, a previsão do art. 2º da CR/88, de que os poderes são independentes e harmônicos entre si, deve ser entendida como a impossibilidade de interferências recíprocas nas respectivas funções (independência), mas, além disso, deve haver a harmonização entre si, que consiste justamente em promover esforços a fim de que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados¹⁸⁸, o que é uma tarefa em comum das funções do Estado.

Assim, o Judiciário não é mais neutro, da forma prevista por Montesquieu, mas é político no sentido de que passou a estar comprometido com os objetivos do Estado Social. Deste modo, tem-se uma nova forma de visualizar a separação dos poderes, especialmente quanto ao papel do Judiciário.

Ocorre que, ainda que voltado à efetivação de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais, afirma-se que essa atuação do Judiciário não é compatível com a teoria da separação dos poderes que estaria prevista na Constituição da República de 1988¹⁸⁹. A incompatibilidade residiria na constatação de que o Judiciário, ao imiscuir-se em questões políticas, age fora de sua competência.

Além disso, afirma-se que a previsão do art. 5º, XXXV da CR/88, se interpretada no sentido de que o Judiciário sempre estaria autorizado a intervir na formulação ou elaboração de políticas públicas (especialmente em questões envolvendo a violação de direitos humanos), seria uma abertura excessiva e que violaria o núcleo da separação dos poderes¹⁹⁰.

90. Essa compreensão sobre o caráter administrativo da execução tem sua sede jurídica na doutrina política de Montesquieu sobre a separação dos poderes. Discorrendo sobre a "individualização administrativa", Montesquieu sustentou que a lei deve conceder bastante elasticidade para o desempenho da administração penitenciária, "porque ela individualiza a aplicação da pena às exigências educacionais e morais de cada um" ("L' individualisation de la peine", Paris, 1927, págs. 267/268). 91. O rigor metodológico dessa divisão de poderes tem sido, ao longo dos séculos, uma das causas marcantes do enfraquecimento do direito penitenciário como disciplina abrangente de todo o processo de execução. 92. A orientação estabelecida pelo Projeto, ao demarcar as áreas de competência dos órgãos da execução, vem consagrar antigos esforços no sentido de jurisdicionalizar, no que for possível, o Direito de Execução Penal. Já em 1893, no Congresso promovido pela recém-fundada União Internacional de Direito Penal, concluiu-se que como os tribunais e a administração penitenciária concorriam para um fim comum - valendo a condenação, principalmente, pelo seu modo de execução - o divisionismo consumado pelo Direito do final do século, entre as funções repressiva e penitenciária, deveria ser relegado como "irracional e danoso". O texto da conclusão votada naquele conclave já deixava antever a figura do juiz de execução, surgido na Itália em 1930 e em França após 1945".

¹⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010, p. 13.

¹⁸⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**. vol. 1000/2019, p. 227 – 236, Fev / 2019, não paginado.

¹⁹⁰ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A intervenção judicial em políticas públicas prisionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 23-54, jul./dez. 2018, p. 37.

Entretanto, um dos argumentos que se pode afirmar ser um dos mais relevantes, e que afasta essa posição contrária, é o de que o Judiciário, ao atuar de forma proativa para a efetivação de direitos fundamentais, acaba agindo dentro de sua função jurisdicional; e a violação dos objetivos do Estado é uma responsabilidade de todos os poderes, já que todos estão vinculados a esses objetivos¹⁹¹. Isso é que assegura a unidade do sistema e a harmonia entre os poderes. Nesse ponto, vale transcrever o trecho de Canela Júnior, sobre a integração como forma de reparação da conduta omissiva por uma das outras formas de expressão do poder (Executivo ou Legislativo):

A conduta dos agentes públicos, no exercício de políticas públicas, entretanto, pode contrariar os objetivos do Estado. Esta contrariedade resultará de uma conduta comissiva ou omissiva. A conduta comissiva será alvo de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, segundo os mecanismos de invalidação dos atos à disposição no ordenamento jurídico. Enquanto a conduta comissiva dos agentes públicos, violadoras dos objetivos do Estado, necessitam de invalidação, as condutas omissivas demandam integração. Esta integração é indispensável para que os objetivos do Estado, e a própria satisfação dos direitos fundamentais, não dependam do arbítrio das injunções político-partidárias do momento. A integração da atividade estatal, nas hipóteses de omissão pelas outras formas de expressão do poder, é, pois, atividade inerente ao Poder Judiciário.

(...)

A independência das formas de expressão do poder estatal, portanto, não pode ser invocada para o descumprimento das obrigações que a Constituição lhe impôs¹⁹².

Portanto, houve uma modificação necessária da visão sobre a atuação do Judiciário na teoria clássica da separação dos poderes, buscando-se uma reinterpretção do princípio, considerando a atualidade.

Ao que tudo indica, a concepção da separação dos poderes não deve ser vista como estanque, mas deve ser realizada considerando os objetivos do Estado, que devem ser atingidos por todas as formas de expressão do poder do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Assim, a possibilidade de controle de políticas públicas pelo Judiciário não consistiria em violação ao princípio da separação dos poderes, pois ao atuar para sanar uma omissão ou ação violadora de direitos fundamentais, o Judiciário

¹⁹¹ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 75.

¹⁹² CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 68.

age dentro de sua função elementar, que é assegurar o cumprimento dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles, a proteção da dignidade humana.

Mesmo autores que levantam a possibilidade da violação ao princípio da separação dos poderes no controle judicial de políticas públicas afirmam que fica ressalvado o caso em que se constate que há, claramente, a ausência de um mínimo exigível¹⁹³. Em tais casos, seria possível a interferência em políticas públicas. E tal é o caso do sistema carcerário brasileiro, que vive um colapso reconhecido inclusive pelos tribunais.

2.1.2 O argumento orçamentário

Uma das principais objeções que se faz quanto à concretização dos direitos sociais diz respeito à sua vinculação e dependência com a disponibilidade financeira¹⁹⁴, justamente por consistirem em direitos a prestações estatais, o que não é tão evidente ao se falar em direitos negativos (ou de defesa), por serem relacionados a uma conduta omissiva - ao menos em um primeiro momento.

O argumento da reserva do possível geralmente é relacionado com a premissa que todos os direitos têm um custo e que, por conta disso, todos são positivos; e isso tende a levar à necessária discussão sobre o aprimoramento dos mecanismos de gestão do orçamento público¹⁹⁵. Essa linha de pensamento é o que dá respaldo ao argumento de que a reserva do possível pode limitar a interferência do Judiciário em políticas públicas.

Stephen Holmes e Cass Sunstein, em obra que trata dos custos dos direitos, demonstram que tanto direitos positivos quanto os chamados direitos negativos

¹⁹³ MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A intervenção judicial em políticas públicas prisionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 23-54, jul./dez. 2018, p. 43.

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 27.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 31.

custam para o Estado, portanto, em realidade, todos os direitos seriam positivos¹⁹⁶. Sendo assim, por exemplo, o direito à vida, para ser concretizado, exige que o Estado disponha de policiais que protejam contra possíveis assassinatos, e manter um corpo policial demanda recursos públicos.

Tratando da realidade norte americana, os autores afirmam que até mesmo os direitos dos presidiários, ainda que aparentemente sejam uma abstenção do Estado (um não fazer, como, por exemplo, a impossibilidade da prática de tortura), em realidade demandam que existam carcereiros monitorados e penalizados, caso cometam abusos; afirmam que *“a proteção dos direitos dos presidiários se resume a nada mais, nada menos que obrigar os funcionários do sistema penitenciário a cumprir a lei”*¹⁹⁷. Com isso, demanda-se um aparato policial, judiciário e correccional para que seja possível o controle e a imposição de obrigações aos que atuam dentro dos cárceres. Logo, a efetivação desses direitos depende da existência de uma hierarquia que tenha poderes para punir os que possam não cumprir o seu dever: *“na ausência de deveres legalmente imponíveis não há direitos legalmente exigíveis”*¹⁹⁸.

A grande questão levantada pelos autores é que, como todos os direitos são positivos e têm um custo para o Estado, a questão do orçamento deve ser levada em conta para a efetivação dos direitos, justamente pelo fato de que os recursos são escassos, não sendo possível fechar os olhos para essa realidade. Com isso, afirmam que para levar os direitos a sério, a escassez de recursos também precisa ser levada a sério¹⁹⁹.

A linha de argumentos dos autores é a que fundamenta a defesa doutrinária de que o orçamento deve ser levado em conta pelo Judiciário ao interferir em políticas públicas. Mas, além disso, poderia justificar a negação de atuação.

Nesse ponto, os autores trazem o exemplo do caso *Joshua DeShaney*, nascido em 1979 e que, após a separação dos pais em 1980, ficou sob a guarda de seu pai.

¹⁹⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 35.

¹⁹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 62.

¹⁹⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 30.

¹⁹⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 75.

Posteriormente, em 1982, a companheira do pai de *Joshua* acusou o marido de maus tratos no Departamento de Serviços Sociais (*Department of Social Services – DSS*), mas no interrogatório o pai negou as acusações. Em 1983, *Joshua* foi internado no hospital local com múltiplos hematomas, mas mesmo depois de notificado o DSS, não foram identificados indícios de maus tratos. Um mês depois, houve nova internação hospitalar e o DSS passou a fazer acompanhamento mensal da família, constatando as agressões. No ano seguinte, o pai espancou o filho até deixá-lo em coma. Muito embora tenha sobrevivido após a cirurgia, *Joshua* ficou com várias sequelas cerebrais graves²⁰⁰.

A mãe de *Joshua* moveu ação judicial contra o DSS, sustentando que houve violação aos direitos fundamentais da criança, tendo em vista que não houve proteção por parte do órgão responsável, contra as atitudes do pai. A Suprema Corte acabou rejeitando o pedido, sob o argumento de que não houve lesão a nenhum dos seus direitos constitucionais.

Com base nesse caso, os autores desenvolvem o argumento de que a Corte, ao afirmar que a criança não teve violados os seus direitos fundamentais, acabou proferindo uma das decisões mais chocantes e brutais da história da Suprema Corte. Assim, afirmam que a Corte poderia ter utilizado outra justificativa que seria “*muito menos ampla e mais razoável*”, qual seja, a abordagem orçamentária.

Isso porque, para os autores, o Judiciário decide sempre em um caso isolado, o que não permite que ele tenha uma visão sobre os recursos disponíveis e a forma de distribuição que deveria ser feita para que determinados direitos fossem assegurados. Nesse sentido, afirmam:

Dessa perspectiva, a melhor maneira de enxergar a decisão *DeShaney* é encará-la não como uma declaração solene de que o Estado norte-americano não deve proteção alguma a seus cidadãos, mas como um reconhecimento sóbrio de que todo direito tem seu custo e que as verbas destinadas à proteção de todos os direitos jurídicos devem ser sacadas todas de um mesmo orçamento, o qual é necessariamente limitado. Em casos desse tipo, os tribunais devem pensar mil vezes para antepor seus próprios critérios aos dos órgãos do Executivo. Os tribunais não saberiam tomar sobre si as tarefas de estabelecer prioridades e otimizar a distribuição de recursos escassos,

²⁰⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 69.

tarefas essas que a autora da ação, no caso *DeShaney*, os chamou a desempenhar.²⁰¹

Nessa linha, defendem que os direitos não podem ser absolutos, mas pretensões relativas que são proporcionais na medida em que os recursos públicos aumentam ou diminuem, consistindo em uma verdadeira “*troca dolorosa*”, porém necessária²⁰².

A posição dos autores é amplamente criticada, principalmente pela hostilidade ao tratar dos direitos individuais²⁰³. Entretanto, a base fundamental dessa posição é utilizada para tratar da reserva do possível, principalmente pelo fato de os recursos serem escassos, e pelo fato de o Judiciário não ter à sua disposição todas as informações para decidir sobre alocação de recursos.

Sarlet e Figueiredo concordam com Holmes e Sunstein quando afirmam que, para levar os direitos a sério, a escassez de recursos também deve ser levada a sério; entretanto, entendem que o afastamento da intervenção judicial não pode se basear em uma falácia de insuficiência financeira, mas, ao contrário, deve ser concretamente demonstrada a falta de recursos indispensáveis à satisfação dos direitos sociais²⁰⁴. Até porque o que impera em um Estado Democrático de Direito é a Constituição, motivo pelo qual os autores destacam a importância de um controle jurisdicional da distribuição de recursos, mas desde que seja aberto, com ampla participação da população²⁰⁵.

Ainda, tratando do direito à saúde, os autores entendem que o argumento da reserva do possível não deve servir para afastar a responsabilidade do Estado. Deve, ao contrário, haver a realocação de recursos, com a prevalência da vida e da

²⁰¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 76.

²⁰² HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 13 e 78.

²⁰³ PALMER, Tom G. Book Review: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* by Stephen Holmes and Cass R. Sunstein. **Cato Journal**. vol. 19, n. 2, p. 331-336, 1999, p. 335.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 32.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 35.

dignidade da pessoa²⁰⁶. Além disso, também defendem que o mínimo existencial opera como parâmetro mínimo, impedindo omissões ou proteções insuficientes pelo Estado²⁰⁷. Isso significa dizer que existem parâmetros mínimos (estabelecidos, por exemplo, com a Constituição da República) que devem ser atendidos. A ausência desse mínimo configuraria a violação de direitos, que justificaria a intervenção do Judiciário, ainda que seja necessário decidir sobre a realocação de recursos.

Para que o Judiciário possa interferir em políticas públicas do Executivo, alguns requisitos são colocados pela doutrina, na tentativa de se estabelecer critérios para essa atuação, quais sejam: restrição à garantia do mínimo existencial; razoabilidade da pretensão individual ou social e irrazoabilidade da escolha do agente público; e a observância da reserva do possível²⁰⁸. Nesse sentido:

o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o par. 5º do art. 461 CPP servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação²⁰⁹.

São válidas e necessárias as posições que tentam fixar alguns parâmetros para a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, até porque apenas por meio das políticas públicas é que o Estado é capaz de realizar os fins previstos na

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 37.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 42.

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010, p. 36.

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010, p. 24-25.

Constituição em matéria de direitos fundamentais²¹⁰, e o Judiciário atua como importante fiscalizador de tais fins ao assim agir:

a impossibilidade de controle em tais hipóteses acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantias e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas.²¹¹

Os recursos efetivamente são escassos, mas a grande questão é que o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos não pode ser invocada para afastar a atuação do Judiciário. Como visto, existem soluções que possibilitam que o Judiciário, ao ser chamado a decidir sobre uma questão que demande recursos ou sua realocação, pode se valer da determinação de uma obrigação de fazer, a fim de compelir o Executivo a incluir no orçamento a verba destinada à obrigação, além de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação. E pensando no caso de políticas públicas prisionais, tais determinações seriam necessárias na medida em que se constate a violação de direitos fundamentais e a ausência do mínimo exigido pela Constituição da República.

Mas para além disso, a base doutrinária que orienta o argumento da reserva do possível (Holmes e Sunstein) é criticada no ponto em que acaba confundindo o custo dos direitos com o custo do próprio Estado. Isso porque, o Estado Democrático de Direito está estritamente relacionado com os Direitos Fundamentais; assim, não “gastar” com Direitos Fundamentais pode acabar desconstituindo o Estado Democrático de Direito²¹²:

(...) se o Estado deixa de investir nessas suas verdadeiras funções, acaba desnaturando-se como Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, o custo para esses direitos não seria do direito em si, mas, sim, do próprio Estado. Pagar pela organização de uma eleição não é o preço do direito ao voto ou à Democracia, mas, sim, o preço da existência do Estado Democrático de Direito, o preço da opção pela única forma de Estado que garante os direitos fundamentais. A mudança de enfoque da questão produz

²¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 111-147. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 116-117.

²¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 111-147. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 117-118.

²¹² DISSENHA, Rui Carlo. Ensaio sobre o custo dos direitos negativos. **Raízes Jurídicas**. v. 5. n. 2. Jul/dez 2009, p. 146.

a consequência lógica de que o fato do cidadão ter direitos não é culpa sua tendo, portanto, que pagar por eles, como querem HOLMES e SUNSTEIN. O custo de tais direitos, a *contrario moto*, é requisito para existência do Estado de forma que este deve por eles pagar se quiser existir. Nesse sentido, pode-se reconhecer o que se chamaria de uma neutralidade financeira de tais direitos negativos: como direitos, não custam. Como deveres, sim, mas oponíveis ao Estado, não ao cidadão.

A dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e, pensando nas políticas públicas voltadas ao sistema prisional, quando se utiliza o argumento orçamentário para afastar a possibilidade de efetivação da dignidade humana dentro do cárcere, o Estado acaba se desconstituindo como Estado Democrático de Direito.

Com isso, percebe-se que o argumento da reserva do possível não pode ser invocado para simplesmente negar a possibilidade do Judiciário interferir em políticas públicas; primeiro, porque os custos com direitos são oponíveis ao Estado; segundo, porque o Judiciário, ao assim agir diante da violação de direitos fundamentais, atua dentro de sua competência; e terceiro, porque determinações de natureza operacional (ou orçamentária), podem ser determinadas judicialmente como objetivos ou metas amplas, a serem observadas pelo Executivo (seja na elaboração do plano orçamentário, com a inclusão da verba necessária; seja com a aplicação da verba para o cumprimento da obrigação).

Essas questões repercutem na jurisprudência brasileira, na medida em que se recorre ao Judiciário diante do tratamento carcerário incompatível com a Constituição e normas internacionais, principalmente no Supremo Tribunal Federal. Com isso, na sequência serão apresentadas as decisões encontradas no STF sobre o tema, e como o tribunal tem se posicionado sobre a possibilidade de o Judiciário interferir em políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário.

2.2 AS MATÉRIAS LEVADAS À APRECIÇÃO DO STF ENTRE JANEIRO DE 2006 E JUNHO DE 2020

Com o objetivo de verificar se e como o STF tem se posicionado sobre a possibilidade de interferir em políticas públicas prisionais, foi realizada pesquisa jurisprudencial no *site* do STF²¹³.

²¹³ As tabelas elaboradas a partir do resultado da pesquisa podem ser visualizadas na íntegra nos anexos da Dissertação.

Na pesquisa, buscou-se obter os julgados do tribunal que digam respeito a pedidos de interferência do Judiciário para solucionar problemas de políticas públicas que impactam na efetivação dos direitos das pessoas encarceradas.

É de se frisar que os julgados obtidos a partir da pesquisa são oriundos de casos que chegam ao STF tanto pela via recursal como em processos originários do próprio STF. Assim, por exemplo, foram obtidas decisões de recursos extraordinários, reclamações constitucionais, ações diretas de inconstitucionalidade, dentre outras.

Para isso, inicialmente foi feita uma pesquisa preliminar²¹⁴, solicitada diretamente ao STF, disponível no *site*²¹⁵, para analisar o que o tribunal poderia fornecer de julgados relativos ao tema. No resultado da pesquisa preliminar, foram enviados pelo tribunal 4 (quatro) acórdãos e (1) uma decisão monocrática. Dentre eles, apenas um não tinha relação com a pesquisa²¹⁶.

As matérias discutidas nos julgados considerados relevantes tratam: (i) da determinação de reformas em delegacias de polícia²¹⁷; (ii) liberação de saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; (iii) determinação de realização de obras emergências em estabelecimentos prisionais; e (iv) construção de delegacia de polícia.

Dentre os quatro julgados, estão as paradigmáticas decisões proferidas na ADPF 347, e no RE 592.581, já mencionadas no presente estudo. Na decisão cautelar na ADPF 347 foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e algumas medidas foram determinadas, uma delas direcionada à União, para a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, dando a destinação para a qual foi criado e abstendo-se de realizar novos

²¹⁴ Anexo 1.

²¹⁵ No sítio eletrônico, no tópico “Solicitação de Pesquisa”, foi solicitada pesquisa, em 18/11/2019, sobre todos os julgados (acórdãos, decisões monocráticas e etc.) existentes desde 01/01/2006 até 30/06/2019 que tenham conteúdo parecido com o do Recurso Extraordinário 592.581; ou seja, julgados que tratam da possibilidade da intervenção do Judiciário em políticas públicas carcerárias, envolvendo temas como dignidade humana, Estado de Coisas Inconstitucional, violação dos direitos dos presos, e violação dos direitos previstos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). Vale frisar que a pesquisa inicialmente era prevista para findar em 2019, mas depois da realização da banca de qualificação, a pesquisa foi estendida para o ano de 2020. Assim, a pesquisa preliminar disponibilizada pelo próprio STF abrangeu apenas este período.

²¹⁶ A decisão foi descartada (HC 110844 / RS - RIO GRANDE DO SUL), pois trata de controle da prisão preventiva pelo Judiciário.

²¹⁷ Muito embora as delegacias de polícia não sejam destinadas ao cumprimento de penas, verifica-se, na prática, que muitos condenados acabam cumprindo pena em delegacias, motivo pelo qual os julgados foram considerados relevantes para a pesquisa.

contingenciamentos. Esta é a determinação voltada ao Executivo²¹⁸, e considerada como não sendo uma competência do Judiciário²¹⁹.

Porque absolutamente central ao tema do presente trabalho, importa mencionar que, na decisão proferida no RE 592.581, foi fixada a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Importante destacar a referida tese, tendo em vista que expressamente afasta os dois fundamentos centrais (reserva do possível e separação dos poderes) que norteiam os posicionamentos contrários à ingerência do Judiciário em políticas públicas. Esse, portanto, é um dos primeiros indicativos da pesquisa, de que o STF reconhece como legítimo o controle exercido pelo Judiciário em matéria de políticas públicas carcerárias; até porque é uma tese fixada em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

Além disso, das quatro decisões encontradas, todas são favoráveis à intervenção excepcional do Judiciário para determinar a adoção de providências pelos entes administrativos, principalmente em casos envolvendo a garantia da dignidade e integridade física de pessoas privadas de liberdade, por conta de alguma omissão do Estado.

Pela pesquisa preliminar, verificou-se que o número de decisões fornecidas pelo tribunal não foi expressivo, não sendo suficiente para alcançar o objetivo do estudo. Assim, optou-se pela realização de uma pesquisa jurisprudencial diretamente no *site* do STF, a partir da qual foi obtido o maior número de decisões que foram mais substanciais para alcançar o objetivo do estudo. Tal pesquisa foi feita diretamente na aba "*pesquisa de jurisprudência*" do *site* do STF, que permite a busca de julgados utilizando palavras-chave, data de julgamento ou publicação, ministro relator, dentre outros critérios de busca.

²¹⁸ 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, p. 08.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**. Out. 2015.

O recorte temporal da pesquisa foi o período de 01 de janeiro de 2006 a 30 de junho de 2020²²⁰. Para o recorte da matéria, foram escolhidas palavras-chave que pudessem localizar os precedentes relacionados ao estudo. Assim, ao todo foram localizados 916 (novecentos e dezesseis) julgados, incluindo decisões monocráticas e acórdãos, dos quais 44 (quarenta e quatro) foram considerados relevantes para a pesquisa, por atenderem aos parâmetros preestabelecidos²²¹.

Para localizar a maior quantidade possível de julgados relacionados, foram utilizadas várias palavras-chave na busca, de modo que foi possível a separação por grupos, conforme se verá na sequência.

Com as expressões “*presídio*”, “*dignidade*”, “*políticas públicas*” e “*Judiciário*”, foram encontrados 3 (três) acórdãos e 20 (vinte) decisões monocráticas²²² constando todas as expressões, dentre os quais foram excluídas 16 (dezesseis) decisões não relacionadas²²³.

Nos referidos julgados, as matérias discutidas são: (i) possibilidade de pagamento de danos morais pelo Estado ao preso, diante da ausência de condições legais de encarceramento; (ii) dever do Estado de implantar plantão 24 horas em delegacia especializada no atendimento à infância e à juventude, para que sejam direcionados a ambiente próprio; (iii) determinação ao Estado para se abster de

²²⁰ Jurisprudência > Pesquisa > Pesquisa avançada > Inserção da(s) palavra(s)-chave > Filtro pela data de julgamento (01.01.2006 a 30.06.2020).

²²¹ A pesquisa parcial foi realizada durante os meses de janeiro e fevereiro de 2020, e inicialmente tinha como recorte temporal o período de 01/01/2006 a 31/12/2019. Entretanto, após a banca de qualificação, realizada em 18 de junho de 2020, decidiu-se que a pesquisa seria estendida para o ano de 2020. Assim, durante os meses de agosto, setembro e novembro de 2020, foi ampliada a pesquisa, agora com o recorte temporal de 01/01/2006 a 30/06/2020, obtendo a quantidade de julgados mencionada ao longo do texto. Ocorre que, durante esse período, houve mudança na estrutura do *site* do STF, inclusive na aba em que é feita a pesquisa de jurisprudência. Assim, em janeiro de 2021, foi realizada conferência nos dados da pesquisa, a fim de verificar se houve alguma alteração nos resultados das buscas. Verificou-se que, utilizando os mesmos parâmetros da pesquisa, houve pequena alteração do número de julgados encontrados na busca global, em cada grupo de palavras-chave, variando entre 1 e 2, para mais ou para menos. Além disso, verificou-se alteração no número de julgados classificados como “decisão da presidência” ou “com repercussão geral”, também variando entre 1 ou 2 julgados, para mais ou para menos. Entende-se que pode ter havido reclassificação da categoria dos julgados pelo *site* do tribunal e inserção ou retirada da publicidade de algumas das decisões, o que explicaria a alteração. Ainda assim, tendo em vista que a diferença é mínima, entende-se que não interfere no resultado da pesquisa sobre o posicionamento do STF sobre a questão, motivo pelo qual foi mantida a pesquisa realizada ao longo do segundo semestre de 2020.

²²² Anexo 2.

²²³ Foram desconsideradas as decisões que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas: (i) pela não configuração de desrespeito ao que foi decidido pelo STF na ADPF 347; (ii) hipóteses de substituição de prisão preventiva; (iii) questionamento de decreto de indulto; (iv) acórdãos que não sejam de matéria penitenciária, ainda que invoquem precedente dessa matéria; (v) acórdãos tratando de instituições de acolhimento de crianças e adolescentes ou escolas públicas; e (vi) promoção, remoção e transferências de policiais em delegacias de polícia.

colocar mais presos em local superlotado e determinação de transferência; (iv) construção de estabelecimento prisional e realização de obras urgentes; (v) portaria de Juízes editada para conceder prisão domiciliar a alguns reclusos, visando a abertura de vagas no semiaberto; (vi) determinação para que o Estado de São Paulo não permita o ingresso de presos em estabelecimento prisional; e (vii) determinação judicial visando a limitação da quantidade de presos em estabelecimento prisional.

Dos 7 (sete) julgados, 6 (seis) se manifestam claramente afirmando a possibilidade de o Judiciário intervir excepcionalmente em políticas públicas prisionais, e apenas um não é claro nesse sentido, mas não se opõe a essa possibilidade. Além disso, em 5 (cinco) delas são expressamente rejeitados os argumentos da separação dos poderes ou da reserva do possível como impeditivos da intervenção judicial.

Com as expressões “*presídio*” e “*dignidade*”, foram encontrados 9 (nove) acórdãos, 246 (duzentas e quarenta e seis) decisões monocráticas, e 9 (nove) decisões da presidência²²⁴. Dentre elas, 4 (quatro) decisões da presidência e 21 (vinte e uma) decisões monocráticas são relacionadas ao tema pesquisado²²⁵.

Os referidos julgados têm como matérias discutidas: (i) determinação de interdição parcial de unidade, finalização de obras e remoção de presos; (ii) interdição, reformas e construção de presídios; (iii) interdição de delegacia, transferência de presos, remoção de lixo, desativação de carceragem e fornecimento de alimentação aos presos; (iv) determinação de transferência de presos sob pena de multa e impossibilidade de receber novos; (v) indenização por danos morais pelo Estado por conta das condições insalubres do presídio; (vi) determinação de interdição de cadeia pública e remoção de presos; (vii) decretação de inconstitucionalidade de Portaria do Ministério da Justiça que teria suspenso as visitas sociais e íntimas nas

²²⁴ Anexo 3.

²²⁵ Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas: (i) sobre forma de realização de revista íntima em presídios; (ii) requisitos para realizar transferência de presos; (iii) revogação de prisão; (iv) substituição da prisão preventiva por domiciliar; (v) pedidos de progressão de regime; (vi) descumprimento de determinação oriunda da medida cautelar na ADPF 347; (vii) relativas à aplicação da súmula vinculante 56; (viii) remição da pena; (ix) políticas públicas que não sejam penitenciárias; (x) saídas temporárias automatizadas; (xi) pedido de prisão domiciliar por conta da pandemia; (xii) inconstitucionalidade de leis estadual sobre remuneração de professores em presídios; (xiii) execução provisória da pena; (xiv) pedido de prisão domiciliar por conta das condições do presídio; (xv) paralisação de construção em presídio para aguardar licença ambiental; (xvi) realização de condução coercitiva; (xvii) decisão que suspende Decreto de Indulto da Presidência da República.

Penitenciárias Federais; (viii) tutela jurisdicional para remoção de presos e interdição de presídio; (ix) imposição de obrigação de fazer consistente em organizar e manter, com recursos materiais e humanos, local destinado ao acolhimento institucional de crianças e adolescentes; (x) determinação de proibição de transferência e a obrigação de lotação de agentes em delegacia de polícia; (xi) determinação de interdição parcial de unidade prisional; (xii) determinação de implementação de estratégias para restabelecer as condições do presídio local; (xiii) determinação para que a unidade prisional permitisse banho de sol aos presos recolhidos; (xiv) dano moral a ser pago pelo Estado por conta de assassinato de parente encarcerado; (xv) indenização por danos morais pelo Estado por conta da superlotação carcerária; (xvi) questionamento da precariedade de cadeia pública e exigência de controle jurisdicional; (xvii) determinação de compra de aparelhos que substituam a realização de revista íntima em visitantes e internos; (xviii) precariedade da situação das carceragens das delegacias (no julgado, nega seguimento à reclamação, mas manda cópia dos autos ao Governo do Estado, para conhecimento); (xix) determinação ao Executivo para tomada de medidas sanitárias e de pessoal, em face da pandemia do coronavírus; e (xx) determinação para que a unidade permita a entrevista pessoal entre advogado e cliente, independentemente das limitações de espaço.

Das 25 (vinte e cinco) decisões analisadas, percebe-se que em 10 (dez) há uma manifestação positiva pela possibilidade da intervenção excepcional do Poder Judiciário em políticas públicas prisionais; em 14 (quatorze) delas não há manifestação clara, mas também não há negação dessa possibilidade; e em uma o recurso foi apenas julgado prejudicado, sem qualquer manifestação. Dentre elas, 7 (sete) afastam os argumentos da reserva do possível ou da separação dos poderes como impeditivos da intervenção do Judiciário.

Com a expressão “*controle de políticas públicas*”, foram encontradas 9 (nove) decisões monocráticas e 1 (uma) decisão da presidência²²⁶, sendo que nenhuma delas foi considerada relevante para a pesquisa²²⁷.

²²⁶ Anexo 4.

²²⁷ Foram desconsideradas as decisões, pois não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, principalmente a respeito de políticas públicas que não sejam voltadas à questão carcerária.

Com a expressão “*criação de políticas públicas*”, foram encontradas 16 (dezesesseis) decisões monocráticas e 1 (uma) decisão da presidência²²⁸. Dentre elas, nenhuma tinha relação com o objeto da pesquisa²²⁹.

Com as expressões “*dignidade*” e “*sistema carcerário*” foram encontrados 9 (nove) acórdãos, 74 (setenta e quatro) decisões monocráticas, e 3 (três) decisões com repercussão geral²³⁰. Dentre elas, apenas 2 (duas) foram consideradas relevantes para a pesquisa²³¹.

Uma delas discutia a determinação para transferência de presos e tomada de medidas para melhoria da infraestrutura de unidade prisional; e a outra a respeito da determinação para a criação de vagas destinadas a presos dos regimes fechado e semiaberto.

Esta última foi claramente favorável à possibilidade de o Judiciário determinar a adoção de medidas pelo Executivo, diante da omissão dos entes federados. Além disso, rejeita o uso dos argumentos da reserva do possível ou da separação dos poderes como impeditivos da atuação do Judiciário. Já na primeira decisão não se vê manifestação sobre a possibilidade, mas também não há a sua negação.

Com a expressão “*estado de coisas inconstitucional*” foram encontrados 24 (vinte e quatro) acórdãos, 331 (trezentas e trinta e uma) decisões monocráticas, 5 (cinco) decisões com repercussão geral, e 1 (uma) questão de ordem²³².

Delas, 10 (dez) foram consideradas relevantes²³³, pois tratam das seguintes matérias: (i) fixação de prazo para conclusão de obras em presídio e imposição de

²²⁸ Anexo 5.

²²⁹ Foram desconsideradas as decisões que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, principalmente: (i) a respeito de concessão de prisão domiciliar; (ii) discussão do decreto de prisão preventiva; (iii) a respeito de políticas públicas que não sejam voltadas à questão carcerária.

²³⁰ Anexo 6.

²³¹ Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas: (i) sobre pedido de prisão domiciliar ou antecipação de progressão de regime em face da pandemia do COVID-19; (ii) pedido de remuneração do trabalho do encarcerado; (iii) *habeas corpus* coletivo para concessão de prisão domiciliar às mulheres que ostentem a condição de gestantes, puérperas, ou mães de crianças de até 12 anos de idade; (iv) alegação de violação à Súmula 56; (v) discussão sobre a constitucionalidade de lei estadual que prevê o bloqueio de sinal telefônico em região de presídio; (vi) questionamento da constitucionalidade de Decreto de Indulto do Presidente da República.

²³² Anexo 7.

²³³ Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas: (i) a respeito da execução provisória da pena após condenação em segunda instância; (ii) determinação para realizar audiência de custódia, em atendimento às determinações da ADPF 347; (iii) reconhecimento da insignificância, no caso concreto; (iv) intervenção do Judiciário para determinar a criação de cargos e prerrogativas na Defensoria Pública da União; (v) pedido de concessão de saídas

astreintes; (ii) imposição de obrigação de fazer consistente na colocação de câmeras em Unidade de Internação de Menores; (iii) busca do reconhecimento da impossibilidade de contratação de agentes penitenciários de outros modos, na vigência de concurso público com candidatos aprovados; (iv) responsabilidade civil do Estado pela morte de detento; (v) busca a suspensão de atos da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social do Ceará, que teria proibido as visitas familiares aos presos, além de, supostamente, ter determinado transferências, isolamentos e punições coletivas; (vi) suspensão de Portaria que prorrogou o processo seletivo para contratação de servidores temporários do sistema prisional; (vii) determinação de não recolhimento de presos, tanto provisórios, quanto definitivamente condenados, enquanto perdurar o excesso de contingente; (viii) determinação para transferência de presos para estabelecimento prisional adequado e criação ou adequação de sistema estadual de monitoramento de vagas; (ix) determinação para que as apenadas tenham direito a banho de sol diário pelo período de duas horas; (x) alvará de soltura coletivo às presas e àquelas mulheres pertencentes ao grupo de risco da COVID 19.

Das dez decisões, em 5 (cinco) se infere a clara concordância com a possibilidade de intervenção do Judiciário; em 4 (quatro) não se pode identificar se a decisão é favorável à intervenção do Judiciário; e em 1 (uma) é possível verificar a afirmação de que há a necessidade de se discutir a questão (possibilidade de liberação de mulheres pertencentes ao grupo de risco da COVID 19) no Legislativo, antes de uma decisão judicial; entretanto, na oportunidade o STF pediu informações aos órgãos administrativos sobre as condições para conter a pandemia de coronavírus nos estabelecimentos prisionais.

Além disso, em 5 (cinco) delas se infere que há uma rejeição quanto ao uso dos argumentos da reserva do possível ou separação dos poderes como impeditivos da ingerência do Judiciário em tais matérias.

temporárias automatizadas; (vi) pedido de revogação da prisão cautelar; (vii) descumprimento da ADPF 347; (viii) solicitação de informações sobre o estado do estabelecimento prisional; (ix) antecipação de livramento condicional ou progressão de regime; (x) pedido de prisão domiciliar por conta da pandemia de COVID 19; (xi) Execução provisória da pena após condenação em segunda instância; (xii) alegação de descumprimento do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641.

Com a expressão “*regras de Bangkok*” foram encontrados 10 (dez) acórdãos, 144 (cento e quarenta e quatro) decisões monocráticas, e 1 (uma) decisão com repercussão geral²³⁴. Nenhuma delas foi considerada relevante para a pesquisa²³⁵.

Com a expressão “*hands off*” não foram localizadas decisões, do mesmo modo que com a expressão “*Yogiakarta*”²³⁶.

Com isso, tem-se um panorama de quais matérias estão sendo levadas ao STF, o que permite extrair algumas conclusões sobre como o tribunal tem se posicionado sobre as questões que tocam na questão sobre a possibilidade de o Judiciário intervir em políticas públicas do sistema prisional.

2.3 A RECONHECIDA FALHA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A ATUAÇÃO DO STF

A partir da pesquisa jurisprudencial realizada, é possível extrair ao menos quatro conclusões que se mostram relevantes e centrais para o objeto do presente estudo.

A *primeira* delas, e a mais evidente, é a de que o STF reconhece que a falha na execução de políticas públicas prisionais pelo Estado leva à necessidade da intervenção do Judiciário, sendo esta atuação legítima. Das 48 (quarenta e oito) decisões, em 27 (vinte e sete) há uma manifestação clara de forma positiva sobre a possibilidade de intervenção do Judiciário em alguma questão de política pública voltada ao sistema penitenciário; em 20 (vinte) não há manifestação nem de forma positiva, nem de forma negativa, por razões diversas (por exemplo, pelo não conhecimento do recurso); e apenas em 1 (uma) há a afirmação de que, no caso, seria melhor uma manifestação do Legislativo, antes de o Judiciário determinar alguma medida.

²³⁴ Anexo 8.

²³⁵ Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas: (i) sobre concessão de *habeas corpus* coletivo para concessão de prisão domiciliar à mulheres que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos; (ii) sobre substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar; (iii) pedido de extradição; (iv) substituição do regime inicial para cumprimento de pena; (v) alegação de descumprimento de determinação do *habeas corpus* coletivo n.º 143.641.

²³⁶ Anexos 9 e 10.

Com isso, vê-se que o STF reconhece como legítima a intervenção do Judiciário em situações que se verifique algum problema de política pública que implique em violação de direitos dos apenados, em especial, a dignidade humana.

Essa posição favorável à intervenção do Judiciário fica mais evidente a partir de 2015, especialmente nas decisões que seguiram após a decisão cautelar na ADPF 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, e após a decisão no RE 592.581 (em que se fixou a tese de que é lícita a intervenção do Judiciário em políticas públicas, não sendo impedimento o princípio da reserva do possível ou o da separação dos poderes).

Assim, as decisões na ADPF 347 e no RE 592.581 representaram um marco para a manifestação do STF sobre essa forma de atuação. Isso porque, das decisões analisadas e relacionadas com o objeto de pesquisa (48), apenas 10 (dez) delas são anteriores ao ano de 2015 (ano da decisão cautelar na ADPF 347 e da decisão que fixou a tese no RE 592.581). Isso representa apenas 20% das decisões sobre o tema, durante o maior lapso temporal da pesquisa (janeiro de 2006 a agosto de 2015), ao passo que cerca de 80% das decisões foram tomadas no período de apenas 5 anos (setembro de 2015 a junho de 2020).

A pesquisa não identificou a razão pela qual há uma maior quantidade de decisões apenas após 2015, já que o problema carcerário não é recente. Talvez seja possível relacionar essa constatação aos relatórios das CPIs sobre o sistema carcerário, que são datados de 2009 e 2015, e trouxeram à tona uma série de ilegalidades praticadas pelo Estado na execução das penas em várias partes do país. Entretanto, não é possível fazer essa afirmação de forma contundente a partir da pesquisa realizada.

A *segunda* conclusão, e talvez a mais relevante para a pesquisa, é a de que o STF, de um modo geral, rejeita os argumentos da reserva do possível e o da separação dos poderes como impeditivo da ingerência do Judiciário. Isso se percebe, pois em 23 (vinte e três) das decisões obtidas há alguma manifestação afirmando a rejeição dos argumentos da reserva do possível ou da separação dos poderes, seja de forma expressa ou fazendo referência à tese fixada no RE 592.951. Nas demais decisões, não há qualquer posicionamento que seja favorável ao uso dos referidos argumentos para impedir essa atuação do Judiciário.

Com isso, tendo em vista que a maior parte das decisões nesse sentido faz referência à tese fixada no RE 592.581, vê-se que o tribunal reconhece que os

referidos argumentos não podem ser invocados, pois a ingerência do Judiciário corresponde ao cumprimento da obrigação mais elementar do Judiciário, que é de dar concreção aos direitos fundamentais. Assim, para o tribunal, a separação dos poderes não deve ser interpretada como estanque, não havendo proibição para que um poder não possa agir para tutelar direitos fundamentais²³⁷.

Quanto à disponibilidade financeira, infere-se dos votos que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada como um artifício retórico para que o Estado deixe de cumprir uma obrigação sua. Assim, muito embora seja uma cláusula importante quando se esteja lidando com alocação de recursos, isso não desobriga que o Estado observe as prioridades impostas pela Constituição²³⁸, dentre elas, assegurar a dignidade da pessoa humana que esteja privada de liberdade.

Em resumo, entende o STF que os argumentos não são suficientes para afastar a possibilidade de ingerência do Judiciário para interferir em problemas decorrentes da má aplicação ou ausência de políticas públicas prisionais. Com isso, assumindo essa posição, o Judiciário se reconhece também como corresponsável pela atuação a fim de garantir que não haja a manutenção de condições indignas nas prisões brasileiras.

²³⁷ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 13 de agosto de 2015, p. 86 do Inteiro Teor do Acórdão (voto do Min. Edson Fachin): “(...) A Constituição dirigente, que não esgota em si mesma o seu conteúdo direcional, é também política. Ela só se realiza plenamente através da atuação do Poder Legislativo (produção de leis) e do Poder Executivo (criação e execução de políticas públicas). Mas, ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia.” (...) “A separação de Poderes, conforme anotado alhures por Canotilho, é apenas técnica de repartição organizatória funcional. Não há proibição de um Poder agir para tutelar direitos caros em determinada ordem normativa. A forma como cada Poder exerce esta tutela é que diverge. Veda-se, na verdade, que um possa imiscuir-se totalmente na função primordialmente exercida pelo outro. O sistema de freios e contrapesos, por si, já denota que todos devem, na medida da função que lhe foi atribuída, tornar efetivas as escolhas do constituinte originário”.

²³⁸ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 13 de agosto de 2015, p. 97-98 do Inteiro Teor do Acórdão (voto do Min. Luís Roberto Barroso): “O Estado lida com esse drama de ter que alocar recursos escassos entre fins alternativos que são crescentes em uma sociedade como a nossa. O Estado, como eu disse, tem de alocar recursos escassos, e a reserva do possível é uma variável importante. Porém, o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. E aqui, Presidente, na linha também do voto de Vossa Excelência, preservar aspectos mínimos da dignidade da pessoa humana não é uma escolha política, é uma imposição da Constituição, e que não está sujeita à reserva do possível, igualmente na linha do que sustentou o Procurador-Geral, Doutor Rodrigo Janot. De modo que, embora a reserva do possível possa ser um fundamento legítimo para postergar obrigações quando elas dependam de decisão política, não é a reserva do possível um aspecto suficiente para postergar obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana”.

Por isso, de um modo geral, o tribunal não mais discute a possibilidade da intervenção do Judiciário, mas claramente rejeita as apontadas limitações da reserva do possível e da separação de poderes.

A *terceira* conclusão que pode ser extraída da pesquisa é que das 48 decisões, 26 delas (54%) são originadas de Ações Cíveis Públicas ajuizadas em sua maior parte (23) pelos Ministérios Públicos Estaduais, e em sua menor parte (3) por Defensorias Públicas. Do restante, 4 (quatro) são oriundas de *habeas corpus*, sendo dois deles coletivos; 4 (quatro) são reclamações, 8 (oito) são oriundas de Ações de Indenização; 5 (cinco) são Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental; e 1 (um) processo de Extradicação.

Com isso, vê-se que a maior parte das decisões são originadas de Ações Cíveis Públicas, nas quais se buscam obrigações de fazer a serem impostas aos estados. Nesse ponto, se destacam as atuações dos Ministérios Públicos Estaduais e das Defensorias Públicas²³⁹.

Como se sabe, no âmbito da execução penal, o Ministério Público possui papel essencial na execução das penas e medidas de segurança; muito embora exista divergência doutrinária quanto ao seu papel, se de fiscal da lei, parte ou mesmo órgão imparcial da justiça²⁴⁰, é indubitável que é necessário em todas as situações da execução penal. Inclusive, aponta-se que seria o órgão de fiscalização mais importante da execução penal também pelo fato de ter amplos meios de atuação (como é o caso da competência para propositura da Ação Cível Pública, do Inquérito Cível e outros meios conferidos pelo art. 129 da Constituição da República de 1988)²⁴¹.

O art. 68 da LEP elenca suas atribuições em seu aspecto individual, ao passo que sua atuação também tem um segundo plano, que se manifesta com a defesa dos

²³⁹ Essa constatação de que a Defensoria Pública e o Ministério Público são quem mais propõem medidas de garantia da dignidade no cárcere e não em situações pessoais, mas em casos transindividuais (ações de natureza coletiva) é relevante e pode indicar variáveis, que não são objeto central do estudo, mas merecem ser mencionadas: (i) a violação da dignidade não é vista na perspectiva individual (não há voz do indivíduo), mas apenas coletiva; (ii) esses órgãos de atuação coletiva precisam ser privilegiados na sua atuação nesses temas, pois é a partir deles que se identificam os principais problemas levados à atenção do Judiciário; (iii) sendo órgãos públicos, eles indicam uma dimensão interna do problema e se caracterizam como perspectivas intrassistêmicas de controle do cárcere.

²⁴⁰ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 275.

²⁴¹ CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 84.

interesses transindividuais dos presos²⁴². Esse plano de defesa dos direitos transindividuais é possível justamente pela competência dada pela Constituição ao Ministério Público quanto a titularidade para a Ação Civil Pública, ação de inconstitucionalidade e inquérito civil.

Pelo que se viu da pesquisa, a maior parte das decisões são oriundas do exercício dessa competência do Ministério Público.

Do mesmo modo, a Defensoria Pública é definida pela Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita aos necessitados (art. 134 da CR/88).

No âmbito da execução penal, é de sua competência a defesa dos interesses dos presos e internos, seja com a regular representação individual ao necessitado ou mesmo na promoção de ações para a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos para fins de assegurar o cumprimento dos direitos dos apenados.

Na LEP, foi a partir das alterações promovidas pela Lei nº 12.313, de 2010 que se regulamentou a atuação das Defensorias Públicas na execução penal e, com isso *“adquiriu status de dever estatal legal, passível, portanto, de cobrança e de adoção de medidas judiciais tendentes à sua concreção”*²⁴³. Como se vê, é um importante órgão na promoção dos direitos das pessoas privadas de liberdade, principalmente considerando o fato de que a maior parte da população carcerária não possui condições financeiras para contratar advogado particular.

Essa constatação permite identificar que a maior parte das proposituras de ações que chegam ao STF sobre a matéria é de ordem coletiva; ou seja, em sua menor parte são ações individuais. Isso permite concluir que a violação da dignidade não é vista na perspectiva individual, mas coletiva. Isso evidencia que o problema é reconhecido como sendo estrutural e sistêmico – o que não é negado, mas afirmado nas decisões favoráveis à intervenção do Judiciário – por órgãos do próprio Estado.

²⁴² CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na execução penal. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 365.

²⁴³ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 278.

Assim, dado que o problema é estrutural, a resposta ou resolução do problema também deve ser estrutural.

Ocorre que, pelo que se infere da pesquisa realizada (e aqui chegamos à *quarta* conclusão extraída da pesquisa jurisprudencial), vê-se que, muito embora a maior parte das ações sejam coletivas, as respostas dadas pelo Judiciário são pontuais, geralmente para solucionar um problema local ou em determinado estabelecimento prisional. Em resumo, não há um controle da própria política pública, mas sim de problemas decorrentes se sua má aplicação ou de sua ausência.

Assim, embora o Judiciário se reconheça como autoridade competente para controlar políticas públicas, são resolvidos problemas de violação da dignidade humana decorrentes de políticas públicas, mas não de correções das próprias políticas públicas.

No caso da ADPF 347, esta possui um caráter mais amplo, por conta dos pedidos formulados na inicial, com a ambição de resolver problemas mais gerais e estruturais do cárcere brasileiro. A ADPF ainda pende de julgamento do seu mérito, mas é relevante trazer aqui a recente manifestação do Tribunal no caso, para auxiliar na compreensão da atuação do STF.

Com a pandemia do novo coronavírus, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) formulou pedido de tutela provisória incidental na ADPF 347, buscando o deferimento de medida liminar para determinar que os juízos competentes adotem cautela no tocante à população carcerária. Para isso, devem observar as orientações do Ministério da Saúde e analisar a possibilidade de deferimento de várias medidas, dentre elas, a possibilidade de concessão de liberdade condicional, prisão domiciliar ou concessão de medidas alternativas a presos em flagrante.

O ministro relator, ao julgar a liminar²⁴⁴, entendeu que o pedido do terceiro interessado seria juridicamente impróprio, pois a iniciativa para pedido de tutela provisória incidental é exclusiva das partes. Entretanto, mesmo com o indeferimento, fez uma conclamação, de ofício, aos Juízos da Execução, para que analisassem as providências sugeridas no pedido do IDDD. Referida decisão não foi acolhida no

²⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de março de 2020.

Plenário, até mesmo pelo fato de vir à tona a Recomendação n.º 62 e 17 de março de 2020²⁴⁵, do Conselho Nacional de Justiça, com sugestões similares.

O que se destaca, nesse caso, é a inovação feita na decisão monocrática, que parece ampliar em muito a abrangência da ADPF, mesmo formalmente não deferindo a tutela provisória. Nesse sentido, é possível constatar as conclusões já observadas por Dissenha e Kamel:

Diante do problema carcerário, parece não haver grande constrangimento da Corte Suprema em inovar. Essas criativas medidas, embora positivas e justificadas pela emergência, vão de determinações que contrariam a própria lei (...) até novidades importantes na forma de propostas que alargam o cabedal de direitos do apenado (...)²⁴⁶.

A atuação do STF, ainda que em consonância com a proteção de direitos fundamentais, não deve ser isenta de críticas. Isso porque devem ser considerados os posicionamentos contraditórios do STF ao tomar decisões punitivistas com resultados tendentes ao aumento da população carcerária ao mesmo tempo em que afirma o seu papel para a concretização dos direitos dos apenados²⁴⁷. Isso pode ser constatado em várias decisões do STF, que resultaram no aumento da população prisional.

Tal é o caso da decisão tomada no âmbito do HC 126.292/SP²⁴⁸, que havia rediscutido o posicionamento da Corte sobre o início do cumprimento da pena após condenação confirmada em segunda instância. A decisão foi responsável pela criação de jurisprudência com efeitos encarceradores²⁴⁹, muito embora tenha se rediscutido a

²⁴⁵ Recomendação n.º 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.

²⁴⁶ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. *In*: QUADROS, Doacir Gonçalves de; SOUZA, André Peixoto de; BAGGIO, Andreza Cristina (Orgs.). **Estado, Poder e Jurisdição** - Volume II. 1. ed. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2017, p. 144.

²⁴⁷ A afirmação é feita em: DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. *In*: QUADROS, Doacir Gonçalves de; SOUZA, André Peixoto de; BAGGIO, Andreza Cristina (Orgs.). **Estado, Poder e Jurisdição** - Volume II. 1. ed. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2017, p. 117.

²⁴⁸ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 126.292/SP. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

²⁴⁹ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. *In*: QUADROS, Doacir Gonçalves de; SOUZA, André Peixoto de; BAGGIO, Andreza Cristina (Orgs.). **Estado, Poder e Jurisdição** - Volume II. 1. ed. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2017, p. 136.

questão, mais uma vez, em 2019, e retornado ao entendimento anterior pela necessidade de esgotamento dos recursos.

Além disso, no contexto da pandemia de coronavírus, vários foram os pedidos individuais que chegaram à Corte, solicitando a soltura ou aplicação de medidas diversas aos presos com quadro de saúde delicado. O objetivo é de evitar eventual contaminação pelo vírus no ambiente carcerário que, evidentemente, faz com que necessitem de cuidados redobrados, considerando o quadro de superlotação e as precárias condições sanitárias.

Tal foi o caso do pedido de prisão domiciliar humanitária, formulado na Ação Penal 996/DF²⁵⁰, em abril de 2020, em favor de Nelson Meurer, custodiado no Presídio de Francisco Beltrão/PR, por conta de sua idade avançada, o estado de saúde delicado, e o risco de contágio caso mantido no sistema prisional. Na oportunidade, o ministro relator entendeu que o mencionado estabelecimento prisional estaria adequado às recomendações sanitárias, e que a Recomendação n. 62 do CNJ, por ser mera recomendação, não confere direito subjetivo à obtenção de benefícios aos detentos que se incluem nos denominados grupos de risco.

Após a decisão, o apenado contraiu o vírus e, poucos meses depois, em julho de 2020, veio a falecer dentro da prisão por conta da doença.

As referidas decisões são exemplos de como o STF tem lidado com questões que tocam na crise carcerária vivenciada no país. A posição do Tribunal em realidade se mostra conflitante²⁵¹, mas precisa ser repensada e melhor estruturada, não só para atender aos princípios constitucionais de proteção da pessoa humana, mas também para fins de racionalização da forma de decidir do STF.

Seja de uma perspectiva (defensiva dos detentos), seja por outra (adotando posicionamentos punitivistas), o que se evidencia é que o STF amplamente reconhece sua legitimidade de ingerência nas políticas carcerárias estabelecidas e determinadas pelos demais poderes e, assim, torna-se um elemento importante de desestabilização dessas políticas.

²⁵⁰ Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 996/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 02 de abril de 2020.

²⁵¹ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. *In*: QUADROS, Doacir Gonçalves de; SOUZA, André Peixoto de; BAGGIO, Andreza Cristina (Orgs.). **Estado, Poder e Jurisdição** - Volume II. 1. ed. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2017, p. 117.

Portanto, à título de conclusão, é conveniente esclarecer que as decisões do STF não se referem, diretamente, à correção de políticas públicas de gestão do sistema carcerário, mas apenas se voltam à correção de questões pontuais nesse sentido. Reconhecem o problema como um problema geral (“Estado de Coisas Inconstitucional”), mas respondem a ele apenas de forma *inter partes*, em casos de “circunstâncias explosivas”, com maior ou menor abrangência no caso concreto, mas nunca com soluções generalizantes. Em outras palavras, não há uma pretensão de correção da política pública equivocada, mas apenas da sua efetivação pontual e circunstancial.

É duvidoso que tal posicionamento tenha efeitos duradouros ou a longo prazo, pois não toca na origem do problema, apenas nos seus efeitos, além de ignorar que o próprio Judiciário é parte do problema ao permitir (ou obrigar, em certo sentido) que os juízes continuem determinando a execução das penas no mesmo modelo que sempre fizeram como se não fossem responsáveis, também eles, pelo atual estado de coisas.

Especialmente esse problema, que não mais fala da condição de poder o Judiciário interferir nas políticas carcerárias, mas de como o faz, é analisado no capítulo seguinte. A partir disso, é possível apresentar alguns modelos de decisão que vêm sendo adotados por Cortes Constitucionais de outros países, como forma de lidar com problemas estruturais de grave violação de direitos.

3 ENTRE DECISÕES ESTRUTURANTES E NÃO ESTRUTURANTES: A CONFORMAÇÃO DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM POLÍTICAS PÚBLICAS PRISIONAIS

A partir do estudo desenvolvido, é possível verificar que vários são os fundamentos que permitem considerar como sendo legítima a atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas prisionais.

Como constatado, o desenvolvimento da forma de controle carcerário no Brasil chegou ao modelo jurisdicional que se vê hoje, pautado pela dignidade da pessoa humana e demais normas de direitos humanos que orientam a execução penal. Nesse contexto, os problemas de violação de direitos dentro dos cárceres brasileiros chegam até o STF, o qual vem tomando decisões pontuais para solucionar muitos dos problemas locais levados até a Corte. Nessa atuação, vê-se que alguns dos fundamentos contrários à intervenção do Judiciário foram enfrentados, sendo que o STF, hoje, rejeita o uso do argumento da reserva do possível ou da separação de poderes como impedimento para interferir em políticas públicas prisionais.

Tendo isso em consideração, neste capítulo é necessário estabelecer alguns pontos chave que permitem concluir pela legitimidade dessa atuação do Judiciário, perpassando pelo reconhecimento de que ele também é responsável pelo quadro de inconstitucionalidade verificado nos cárceres. Por fim, analisa-se a forma de atuação do Judiciário à luz de algumas novas espécies de decisões judiciais que vêm sendo tendência em Cortes Constitucionais da América Latina e em outras regiões, e que podem auxiliar na compreensão sobre o papel do Judiciário e a legitimidade de sua atuação diante da verdadeira crise prisional constatada.

3.1 A RESPONSABILIDADE DO JUDICIÁRIO DIANTE DA EXECUÇÃO ILÍCITA DAS PENAS E A NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO ALTERNATIVA CONSTITUCIONALMENTE EFICIENTE

Tratar da responsabilidade do Judiciário diante do quadro de violação de direitos dentro do cárcere se mostra necessário neste ponto, justamente para que sejam pensadas alternativas para uma atuação mais eficiente. Assim, revisar a atual forma de atuação parece ser indispensável para que o Judiciário deixe de ser um agente perpetuador de uma política carcerária indignificante. Por isso, serão

apresentados alguns dos fundamentos que permitem concluir pela responsabilidade e a consequente necessidade de uma nova forma de se lidar com a questão.

Como se sabe, o princípio da humanidade das penas, decorrente do princípio da dignidade humana (art. 5º da CR/88), é a principal orientação constitucional para a execução das penas no Brasil. Entretanto, como se vê na decisão cautelar na ADPF 347, o próprio STF já reconheceu o quadro de inconstitucionalidade do sistema carcerário, de modo que as penas que vêm sendo executadas em muitos dos estabelecimentos prisionais brasileiros estão longe de evidenciarem uma mínima humanidade no tratamento das pessoas custodiadas.

Conforme denunciado por Luís Carlos Valois, no Brasil são observadas aquelas penas proibidas constitucionalmente, já que acabam sendo no mínimo cruéis, quando não implicam em uma pena de morte (considerando que muitos presos morrem dentro das prisões, por exemplo, por conta de doenças lá contraídas)²⁵².

Em brilhante estudo, Eugenio Raúl Zaffaroni, ao tratar especificamente da realidade dos cárceres da América Latina, coloca que, hoje, o que se pratica nos presídios são *penas ilícitas*, as quais são ordenadas pelos próprios juízes, estes que sabem dessa condição e, por isso, pode-se dizer que agem com dolo²⁵³. Assim, não apenas o pessoal policial e penitenciário faz parte da execução dessas penas ilícitas, mas também o juiz, que determina o envio do preso às condições ilícitas do cumprimento da pena.

Juan Tapia bem esclarece o relevante papel do Judiciário na concretização da Constituição e das leis em matéria de execução penal, e que o não atendimento da obrigação de mudar a realidade do cárcere os torna responsáveis pelo que se passa dentro das prisões:

O compromisso com a função pública requer o controle permanente dos locais de acomodação dos internos. A jurisdição deve assegurar que as garantias inseridas nos textos constitucionais e nos tratados incorporados na Lei Suprema não se constituam nos chamados direitos de cidadãos de segunda categoria. Nessa perspectiva, a única opção viável é o estrito cumprimento da lei com a consequente cessação das condições ilegítimas de detenção. Até que isso aconteça, todos aqueles que negligenciam sua

²⁵² VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 59-62.

²⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: um desafío a la dogmática penal**. – 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora del Sur, 2020, p. 18: “*ahora se trata nada menos que de penas ilícitas ordenadas por los jueces, pues cada vez que un juez envía a ua persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de prisión y, por ende, actuaría también con dolo*”.

obrigação de modificar o caráter cíclico do problema e da opressão da prisão são responsáveis pelo que acontece por trás dessas paredes²⁵⁴.

Zaffaroni faz menção ao juiz que envia o preso ao estabelecimento *deteriorado* (expressão do autor); entretanto, esse raciocínio também pode ser feito quanto àquele magistrado que, podendo agir dentro dos limites legais, acaba contribuindo para a manutenção do apenado em condições ilícitas de execução penal, sabendo dessa condição.

O autor traz uma solução para o problema da possível tipicidade na conduta dos juízes. Essa solução seria, por exemplo, optar pela redução da pena daquele apenado que tenha sofrido violação de direitos dentro do cárcere. No entanto, destaca o relevante papel da doutrina penal, que deve desenvolver fundamentos para que o juiz encontre apoio ao proferir decisões visando minimizar as consequências da aplicação de penas ilícitas, ou mesmo possa excluí-las²⁵⁵. Assim, a responsabilidade do Judiciário pela manutenção de presos em condições de cumprimento de penas ilícitas pode ter um caminho diferente quando reconhecida essa responsabilidade pelo próprio Judiciário e quando passam a ser tomadas decisões voltadas à efetivação dos direitos dos apenados, com amparo legal e constitucional.

Na linha do que defende o jurista argentino, é possível pensar em transferir esse raciocínio para as decisões do tribunal responsável pela guarda da Constituição (STF), pois, como é evidente, ela própria é violada ao serem mantidas as penas ilícitas. Assim, é possível desenvolver e explorar fundamentos que possam subsidiar o julgador, especialmente o STF, para os casos em que é chamado a se posicionar diante da violação de direitos fundamentais dentro do sistema carcerário.

Conforme proposta de Zaffaroni, há a necessidade de apoio doutrinário aos juízes, a fim de provê-los com instrumentos conceituais para que possam resolver os

²⁵⁴ TAPIA, Juan F. La exigida reacción jurisdiccional frente a las ilegítimas condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires. **Anuario de Derecho de Ejecución Penal**. IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal” Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2002, p. 26: “*El compromiso con la función pública exige un permanente control de los lugares destinados al alojamiento de los reclusos. La jurisdicción debe velar para que las garantías insertas en los textos constitucionales y en los tratados incorporados a la Ley Suprema no se constituyan en los renombrados derechos de los ciudadanos de segunda categoría. Desde ésta óptica, la única opción viable es el estricto cumplimiento de la ley con el consiguiente cese de las condiciones ilegítimas de detención. Hasta que ello no suceda, todos quienes desatiendan su obligación de modificar el carácter cíclico del agobio y la opresión carcelaria, resultan responsables por lo que suceda detrás de esas paredes.*” – tradução livre.

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas**: um desafio a la dogmática penal. – 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora del Sur, 2020, p. 19-20.

casos a eles levados²⁵⁶. Considerando isso, o ativismo judicial estrutural dialógico vem sendo colocado como uma forma legítima de ativismo judicial voltado à efetivação de direitos fundamentais²⁵⁷. Essa forma de ativismo é discutida primordialmente no campo das Cortes Constitucionais, tendo em vista que são diversos os casos de inconstitucionalidade que podem demandar uma interferência do Judiciário.

Como visto na pesquisa jurisprudencial realizada, a situação carcerária brasileira foi definida pelo STF como um estado generalizado de inconstitucionalidade. Por conta disso, questões sobre litígios estruturais passaram a ser discutidas no Brasil, justamente pelo fato de que a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional é originada de decisões da Corte Constitucional Colombiana²⁵⁸, em um modelo de ativismo judicial estrutural dialógico. Referido modelo é caracterizado por três pontos principais, quais sejam: as sentenças dialógicas tendem a ditar ordens mais abertas com alternativas de políticas públicas; são monitoradas periodicamente e publicamente, a fim de analisar seus efeitos; por fim, esse monitoramento tende a envolver um espectro mais amplo de atores sociais, para além do próprio tribunal e das entidades públicas receptoras da decisão²⁵⁹.

A atuação ativa do Judiciário é fundamental para que passe a ser um agente tendente a limitar a política indignificante dos cárceres brasileiros. Isso poderia ser

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas**: um desafío a la dogmática penal. – 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora del Sur, 2020, p. 19.

²⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 240.

²⁵⁸ *Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-153/98*. Bogotá, 28 de abril de 1998. *Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-025/04*. Bogotá, 17 de junho de 2004.

²⁵⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 55-56: “Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar órdenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales “fuertes” de los “débiles” - esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo -, sus remedios tienden a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma. Con frecuencia, además, las órdenes de los fallos no implican obligaciones de resultado muy precisas, sino el deber de las autoridades públicas de diseñar e implementar políticas que avancen en la protección de los derechos vulnerados. Segundo, la implementación de los fallos tiene lugar mediante mecanismos de seguimiento periódicos y públicos. Al mantener su competencia sobre el caso después de la sentencia, las cortes dialógicas suelen dictar nuevas decisiones a la luz de los avances y retrocesos del proceso, y alentar la discusión entre los actores del caso en audiencias públicas y deliberativas. Tercero, por esa razón, los fallos dialógicos tienden a involucrar un espectro más amplio de actores sociales en ese proceso de seguimiento. Además de la misma corte y las entidades públicas destinatarias de las órdenes, la implementación involucra a todos aquéllos que, directa o indirectamente, son afectados o tienen interés legítimo en el resultado del caso estructural”.

conseguido através de novos modelos decisórios, como é o caso das decisões judiciais estruturais dialógicas. Portanto, na sequência serão apresentados alguns modelos de decisões estruturantes e de que forma se relacionam com o ativismo dialógico, bem como, serão apresentados alguns dos indicativos de que esse modelo de decisão pode ser pensado e estudado para a realidade brasileira.

3.2 AS DECISÕES ESTRUTURANTES: OS CASOS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS COLOMBIANA E SUL-AFRICANA

As decisões estruturantes se caracterizam por serem decisões judiciais que ordenam o desenho e a implementação de políticas públicas pelos demais poderes a fim de dar efetividade aos direitos previstos na Constituição. Rodríguez-Garavito classifica os litígios estruturais (que demandam decisões estruturantes) como sendo aqueles que:

(1) afetam um grande número de pessoas que alegam uma violação de seus direitos, diretamente ou por meio de organizações litigantes; (2) implica em múltiplas agências governamentais consideradas responsáveis pela falha generalizada em políticas públicas que contribuem para as violações de direitos; e (3) envolvem medidas cautelares estruturais, ou seja, ordens de execução pelas quais os tribunais instruem várias agências governamentais para tomar ações coordenadas para proteger toda a população afetada e não apenas os reclamantes específicos do caso²⁶⁰.

Essas decisões são uma tendência judicial em ascensão e uma realidade cada vez mais frequente nas Cortes Constitucionais²⁶¹. O início do estudo acerca das decisões estruturantes como uma forma colaborativa de elaboração e execução de políticas públicas é geralmente relacionado com a decisão no caso *Brown v. Board of Education*, nos Estados Unidos. O caso deu início à discussão sobre a cooperação entre juízes e os entes governamentais a fim de promover reformas em larga escala

²⁶⁰ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, p. 1671: "(1) affect a large number of people who allege a violation of their rights, either directly or through organizations that litigate the cause; (2) implicate multiple government agencies found to be responsible for pervasive public policy failures that contribute to such rights violations; and (3) involve structural injunctive remedies, i.e., enforcement orders whereby courts instruct various government agencies to take coordinated actions to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case." - tradução livre.

²⁶¹ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, não paginado.

para a reestruturação de organizações sociais, dando nova definição aos significados da Constituição, afastando a segregação racial que se verificava e estava enraizada nos costumes do país²⁶².

O caso tratava de quatro demandas, reunidas em uma *class action* (ação coletiva) na Suprema Corte dos Estados Unidos, promovida por várias famílias, contra leis estaduais e locais que permitiam a segregação racial escolar em quatro diferentes Estados (Delaware, Carolina do Sul, Kansas e Virgínia). As regras segregadoras eram confirmadas pelos juízes, motivo pelo qual foram objeto de discussão na Corte.

De um modo geral, aponta-se que a decisão da Suprema Corte no caso, com início em 1954²⁶³, acabou estabelecendo as etapas necessárias a serem implementadas pelos governos, a fim de se chegar ao fim da segregação racial nas escolas; mas, além disso, influenciou no aumento das demandas coletivas para questões de direitos públicos e importantes iniciativas legislativas em matéria de direitos civis foram vistas nos anos seguintes²⁶⁴.

No sistema prisional também foram vistos pedidos de reforma estrutural em vários estados, principalmente após a decisão na *class action Holt v. Sarver*, de 1969²⁶⁵, onde se questionava a constitucionalidade das condições carcerárias de determinados estabelecimentos do estado do Arkansas²⁶⁶.

²⁶² VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging**: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 15 e 29. Os casos mais representativos das decisões estruturais são: *Brown vs. Board of Education*, *Grootboom vs. The Republic of South Africa* e a *Sentencia T-025 de 2004*. GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, não paginado.

²⁶³ A primeira decisão da Suprema Corte, no caso, é de 1954 (chamada de *Brown I*), e a segunda decisão, de 1955, que teria revisto a decisão anterior e reconhecido a injusta classificação e a inconstitucionalidade da discriminação feita nas escolas públicas daqueles estados, é de 1955 (chamada de *Brown II*):

²⁶⁴ VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging**: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 34: “*Em resposta a Brown II (1955), surgem importantes iniciativas legislativas de escopo antidiscriminatório, como os Civil Rights Act de 1957 e de 1960, que visavam proteger o direito de voto dos afro-americanos, o Civil Rights Act de 1964, que proibiu qualquer tipo de discriminação e segregação social, e o Civil Rights Act de 1968, que estipulou a igualdade de oportunidades de moradia. Mas, a presunção de inconstitucionalidade das classificações com base na raça, somente passa a ser largamente adotada pela Suprema Corte estadunidense a partir da metade da década de 1960, a medida em que avança o Civil Rights Movement e o Congresso sanciona o mencionado Ato de 1964, legitimando “majoritariamente” Brown*”.

²⁶⁵ *United States District Court, E.D. Arkansas. Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825. 20 de junho de 1969.

²⁶⁶ VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging**: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 42-43: “*Um dos casos mais emblemáticos de reforma estrutural que se sucedeu a Brown II foi a class action denominada de Holt v. Sarver, que reuniu seis causas, entre ações e recursos, que tramitaram entre 1969 e 1982,91*

Na Colômbia, a Corte Constitucional, por meio de decisões de natureza estrutural, tem promovido a tutela de direitos fundamentais. Dentre as decisões da Corte, destaca-se a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional quanto aos deslocados internos por conta do conflito armado no país²⁶⁷, bem como quanto à superlotação das prisões²⁶⁸. Até porque, a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional é relacionada com as sentenças estruturantes²⁶⁹.

A África do Sul também trabalha com uma variação dos modelos estruturantes de decisões²⁷⁰, chamado de “compromisso significativo” e que é compatível com a democracia deliberativa.

Aponda-se que as decisões estruturantes têm acarretado uma maior ingerência do Judiciário nas esferas dos demais poderes do Estado, e essas soluções têm se amoldado ao que se entende por diálogo constitucional, pois busca justamente um diálogo entre os poderes do Estado, a fim de reduzir os impedimentos de ordem democrática que circundam a questão do controle judicial²⁷¹.

questionando a constitucionalidade do sistema prisional do Estado do Arkansas, com base na cláusula que proíbe punições cruéis e incomuns, contida na Oitava Emenda à Constituição estadunidense. Como descreve Margo Schlanger, foi somente a partir da década de 1960 e, especificamente, do julgamento deste caso, que os juízes federais distritais começaram a considerar que a prescrição contida na referida cláusula constitucional poderia fornecer um direito, judicialmente executável a condições prisionais ao menos minimamente adequadas. Nessa demanda e nas que se seguiram a ela, os pedidos versavam precipuamente sobre as punições corporais e as condições de isolamento disciplinar dentro das prisões, todavia, os juízes acabaram por se ver confrontados com provas da existência de ambientes brutais e insalubres, não apenas nas solitárias, mas em todas as instalações dessas instituições, passando então a adotar a emissão de structural injunctions, a fim de ver reparada a violação massiva e generalizada dos direitos constitucionais dos presos. Assim tem início uma intervenção judicial maciça no sistema prisional de boa parte estados do país, que ficou conhecida como Prison Reform Litigation”.

²⁶⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-025/04. Bogotá, 17 de junho de 2004.

²⁶⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-153/98. Bogotá, 28 de abril de 1998.

²⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 187: “Apoiado nas decisões da Corte Constitucional e nos comentaristas colombianos, defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional. O ECI anda lado a lado com as sentenças estruturais” - grifos no original.

²⁷⁰ MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e o “compromisso significativo”: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. **Revista Em Tempo**, v. 15, dez. 2016, p. 28.

²⁷¹ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais**. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 21.

Frise-se que não são apenas em tais países que se discute a ideia do chamado constitucionalismo dialógico, mas também podem ser aqui destacados os casos da Argentina e da Índia²⁷².

Ainda, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, aponta-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir dos anos 2000, passou a adotar um modelo de decisão estruturante, visando promover mudanças estruturais, inclusive com a alteração de políticas públicas dos países²⁷³. Como exemplo, pode ser citado o caso envolvendo o Brasil, sobre a Penitenciária Urso Branco, no qual, após passar pela Comissão Interamericana, a Corte Interamericana além de emitir uma resolução com determinações, também solicitou ao Estado e à Comissão para que adotassem medidas de coordenação e supervisão das ordens da Corte²⁷⁴.

A atuação da Corte, mesmo sendo em um modelo estrutural, não fica isenta de críticas, tendo em vista que a situação degradante do estabelecimento e a violação de direitos permaneceram, mesmo após a tentativa. Posteriormente, isso levou o Ministério Público de Rondônia e o Ministério Público Federal a ajuizarem ação contra o estado e a União pelo descumprimento do “Pacto para Melhoria do Sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento de Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”²⁷⁵.

Essa inefetividade, no caso, não faz com que as decisões estruturantes percam sua credibilidade de forma automática, mas, ao contrário, incentiva o estudo das falhas buscando o aprimoramento da forma de decisão e do monitoramento do seu cumprimento.

²⁷² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196.

²⁷³ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. **Yale Journal of International Law**, vol 40:1, 2015, p. 3. Tratando sobre o modelo estruturante no Sistema interamericano: MORAES, Maria Valentina de; ALVES, Felipe Dalenogare. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças estruturantes**: uma análise das condenações brasileiras. Disponível em: <<https://bit.ly/2Re4hUK>>. Acesso em 09 abr. 2020; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. Corte Interamericana de Direitos Humanos e a crise no sistema carcerário brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural. *In*: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; RESQUE, João Daniel Daibes (orgs.). **Direitos Humanos e(m) Tempos de Crise**. Porto Alegre: Editora Fi, p. 438-456, 2019, p. 448.

²⁷⁴ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging**: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 165-166.

²⁷⁵ ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM RONDÔNIA. **MP/RO e MPF ingressam com ação na Justiça Federal contra o Estado e União por descumprimento de Pacto para melhoria de presídios**. MPF/RO. 08 de julho de 2016.

Com isso, percebe-se que o modelo das decisões estruturantes não é uma novidade para o Brasil, já que no próprio Sistema Interamericano um modelo similar vem sendo aplicado. Além disso, com a decisão cautelar na ADPF 347, o Brasil seguiu a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional colombiano²⁷⁶ para reconhecê-lo em relação ao sistema carcerário brasileiro. Obviamente que, em cada país, a doutrina e a forma das decisões estruturantes tem o seu particular desenvolvimento, considerando as peculiaridades de cada região. Para o presente estudo, serão apresentados especialmente os casos Colombiano e Sul-Africano, pois são os principais orientadores para o Brasil²⁷⁷, bem como pelo fato de que são os casos geralmente relacionados como modelos de ativismo dialógico²⁷⁸.

3.2.1 Corte Constitucional Colombiana

Na América Latina, a Corte Constitucional Colombiana ganha destaque no assunto sobre a transferência do papel ativo ao Judiciário para lidar com a inação dos demais poderes do Estado; a abordagem se mostra flexível e pragmática, principalmente a partir da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional²⁷⁹.

A Constituição de 1991 da Colômbia trouxe um extenso rol de direitos e, para que fossem efetivamente exercidos, várias foram as instituições e os mecanismos criados; dentre eles, a chamada *acción de tutela* permite que qualquer cidadão seja parte legítima para propor a ação caso seus direitos constitucionais e fundamentais estejam ameaçados ou violados por alguma autoridade pública. Foi a partir desse tipo de ação que houve a expansão do controle de constitucionalidade concreto. Além

²⁷⁶ A menção à doutrina colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional é feita expressamente durante o voto do Min. Relator Marco Aurélio (p. 12).

²⁷⁷ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 62.

²⁷⁸ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford Journals, Vol. 5, n. 3, pp. 391-418, 2007. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1669-1698, 2011. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 57.

²⁷⁹ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 66-67.

disso, a maior parte das decisões da Corte Constitucional sobre proteção de direitos sociais e econômicos é oriunda da revisão de *acciones de tutela*²⁸⁰.

A doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional foi usada pela primeira vez em 1997, em sede de controle concreto de constitucionalidade, na revisão de *acciones de tutela*, sendo que desde então, ao menos sete decisões desse tipo foram tomadas²⁸¹.

O caso mais emblemático, e que representou o renascimento ou um refinamento da doutrina²⁸², é o da *sentencia T-025 de 2004*, da Corte Constitucional da Colômbia, em que 108 *acciones de tutela* foram revistas pela Corte, a respeito do pedido de cerca de 1.150 núcleos familiares da população deslocada por conta do conflito armado no país. Na oportunidade, a Corte reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional na situação dos deslocados forçados no país, tendo em vista que o padrão de violação dos direitos da população deslocada vinha persistindo no tempo, havendo omissão das autoridades ao não adotarem medidas suficientes para superar o quadro de violação de direitos, como saúde, educação, moradia, etc.. Dentre as justificativas para a omissão das autoridades, consta da decisão que a escassez de recursos é frequentemente apontada como a causa central dessa condição. Além disso, o governo “central” teria alocado recursos inferiores ao necessário para garantir uma política mínima voltada aos deslocados forçados.

Foi reconhecido, na sentença, que a Corte já havia se manifestado anteriormente afirmando que a alocação de recursos para atender a população deslocada é uma prioridade para superar a crise humanitária representada pela situação, entretanto, isso não aconteceu. Ademais, muito embora existisse uma política pública normativa desde 1997, de atenção aos deslocados, os resultados não estavam sendo efetivos para diminuir o quadro de violação dos direitos constitucionais da maioria dessa população.

Na sentença, foi mencionado que as violações não são imputáveis a uma única entidade, mas sim a todas as autoridades nacionais e territoriais com responsabilidades diversas no atendimento à população deslocada que, por ação ou

²⁸⁰ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 70.

²⁸¹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, 2011, p. 1670.

²⁸² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodium, 2016, p. 165.

omissão, permitiram que a violação dos direitos continuasse e, em alguns casos, se agravasse.

Nesse sentido, a Corte estabeleceu algumas premissas básicas para sanar o quadro de inconstitucionalidade, sem que ocorra violação do Princípio da separação dos poderes:

Para sanar esta situação, é necessário que as diferentes entidades nacionais e territoriais responsáveis pelo atendimento à população deslocada cumpram integralmente os seus deveres constitucionais e legais e a adotem, em prazo razoável e dentro dos limites das suas competências, medidas corretivas que garantam uma dotação orçamental suficiente. Ao ordenar esse tipo de medida, o Tribunal não está desconsiderando a separação de poderes estabelecida por nossa Constituição, nem está deslocando as demais autoridades no cumprimento de suas atribuições. Pelo contrário, o Tribunal, tendo em conta os instrumentos jurídicos que desenvolvem a política de atenção à população deslocada, bem como o desenho da política e os compromissos assumidos pelas diferentes entidades, recorre-se ao princípio constitucional da colaboração harmoniosa entre os diversos poderes, para garantir o cumprimento dos deveres de proteção efetiva dos direitos de todos os residentes no território nacional. Essa é a competência do juiz constitucional em Estado Social de Direito no que se refere a direitos que tenham uma clara dimensão de benefício²⁸³.

É de se frisar que a sentença deixa claro que, eventualmente, dada a limitação de recursos, nem sempre será possível satisfazer, ao mesmo tempo e ao máximo, a dimensão de todos os direitos constitucionais da população deslocada; por isso, devem ser ponderadas e definidas as áreas prioritárias. Entretanto, deixa claro que ao menos o mínimo deve ser assegurado à população, o que significa que deve estar atrelado à ideia de uma subsistência digna.

Com isso, foi determinada pela Corte uma solução geral que abarcasse toda a população deslocada que se encontrasse na mesma situação, e não apenas aquelas

²⁸³ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-025/04. Bogotá, 17 de junho de 2004: “Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional.” - tradução livre.

que ajuizaram as *acciones de tutela*²⁸⁴. Foram dois tipos de ordens emitidas: ordens de execução simples, de abstenção ou ação a serem cumpridas pela autoridade especial de proteção aos deslocados; e ordens complexas que, para serem atendidas, demandariam processos de execução complexos, e envolveriam diversas autoridades, o que significa dizer que deveriam ser desenvolvidas ações coordenadas entre diversos órgãos governamentais.

Com isso, foram determinadas diversas medidas a serem adotadas pelas autoridades responsáveis, a fim de superar tanto as lacunas da capacidade institucional, quanto a insuficiência de recursos. Assim, por exemplo, foi determinado ao Conselho Nacional de Atenção Integral à População Deslocada pela Violência, para que, dentro de sua competência, desenhasse e implementasse um plano de ação, privilegiando a ação humanitária, dentro de um prazo fixado pela Corte. Após, deveria ser definida a dimensão do esforço a ser efetivado pelas entidades territoriais e medidas de Cooperação Internacional para atingir os objetivos do Plano.

Para tanto, também foi encaminhada a sentença ao *Ministro de Hacienda y Crédito Público*, e ao *Director de Planeación Nacional* para a tomada de medidas para alcançar a meta estabelecida pela política de proteção aos deslocados, especialmente quanto à destinação de recursos suficientes, bem como ao *Ministerio del Interior y de Justicia*, e à *Ministra de Relaciones Exteriores*.

Afirmou-se, ainda, a necessidade de convocação pelas autoridades territoriais de Comitês de Atenção à População Deslocada nos municípios onde existissem situações de deslocamento forçado.

Por fim, houve a determinação de comunicação da decisão ao *señor Defensor del Pueblo* para que efetuasse o acompanhamento da maneira como se daria o cumprimento de todas as ordens determinadas na sentença, devendo informar os avanços e as dificuldades encontradas. Nesse ponto, deve ser destacada a atuação da Corte que, mesmo após proferir a sentença, manteve-se com a competência para acompanhar o atendimento às determinações (com os chamados *autos de seguimiento*). Inclusive, um ano após a sentença, a Corte solicitou informações às autoridades responsáveis sobre o cumprimento das determinações, bem como foi realizada a primeira audiência pública, em 29 de junho de 2005, para reunir as

²⁸⁴ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 84.

informações sobre o andamento das medidas determinadas na *sentencia* T-025/2004²⁸⁵.

Anos depois a Corte ainda continuava a realizar audiências periódicas nos *autos de seguimiento*, avaliando rigorosamente as ações do governo a partir de informes periódicos a respeito da política pública sobre os deslocamentos forçados, e fixando novas diretrizes para restabelecer os direitos violados²⁸⁶.

Os objetivos da Corte eram, em síntese, dois: contribuir para solucionar o problema do volume de recursos financeiros destinados a assegurar a efetivação dos direitos das vítimas do deslocamento forçado; e contribuir para solucionar o problemas da capacidade institucional para implementar políticas públicas pautadas pela Constituição²⁸⁷.

O aumento dos recursos destinados à política pública voltada às vítimas do deslocamento forçado foi um dos resultados mais relevantes decorrentes da decisão, posto que correspondeu a um aumento de mais de sete vezes o valor investido em 2004, quando comparado com o ano de 2015²⁸⁸. Além disso, nos seis anos posteriores à decisão, os resultados mais relevantes também foram o alto impacto no “desbloqueio do aparato estatal” na inserção do tema no centro das políticas públicas, bem como, na criação de espaços de participação e controles pelos próprios cidadãos, já que se deu voz às organizações da sociedade civil²⁸⁹.

No âmbito do sistema prisional, a Corte Constitucional da Colômbia já havia se manifestado, com a *sentencia* T-153 de 1998, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário do país, tendo em vista a superlotação que assola as prisões colombianas e que traz consigo outras violações de direitos.

²⁸⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 85.

²⁸⁶ Conforme se infere dos autos de *seguimiento*, constam informações requisitadas em dezembro de 2019. *Corte Constitucional de la República de Colombia. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2019.php>>. Acesso em 20 mar 2021.

²⁸⁷ *Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-025/04*. Bogotá, 17 de junho de 2004.

²⁸⁸ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, não paginado.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social**. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 276.

A *acción de tutela* foi ajuizada por um detento contra o *Ministerio de Justicia y del Derecho*, e o *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC* a fim de que as autoridades adotassem medidas para reduzir a superlotação carcerária do estabelecimento em que o requerente se encontrava preso. O Instituto e as demais autoridades concordavam que a superlotação era evidente, mas que não se tratava de um problema local, senão que seria a mesma situação da maioria das prisões do país.

Foi afirmado na sentença que as condições de superlotação impedem que os reclusos possam gozar das mínimas condições para levar uma vida digna na prisão, como ter um local para dormir, água potável, serviços sanitários, assistência à saúde etc. Assim, a Corte reconheceu que a atuação do Estado tem sido sempre reativa em face de determinadas “circunstâncias explosivas”.

Vale destacar que, na sentença, há menção à relação especial de sujeição a que está o preso, mas que isso não deve implicar em violação aos seus direitos fundamentais:

(...) Os reclusos mantêm uma relação de especial sujeição ao Estado. Isso significa que o condenado deve aceitar a suspensão e restrição de alguns de seus direitos fundamentais. Mas, ao mesmo tempo, supõe que o Estado adquira deveres especiais para com os reclusos, a fim de garantir-lhes o desenvolvimento de uma vida digna e possibilidades para a sua ressocialização. Apesar disso, com exceção da época da construção de prisões de alta segurança, a alocação de dinheiro para as prisões tem sido escassa²⁹⁰.

Com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a Corte determinou a remessa, para conhecimento e providências para superação do quadro, ao *Presidente de la República*, aos presidentes do *Senado de la República* e da *Cámara de Representantes*; aos presidentes da *Sala Penal de la Corte Suprema Justicia* e das *Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura*; ao *Fiscal General de la Nación*; aos *gobernadores* e aos *alcaldes*;

²⁹⁰ *Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-153/98. Bogotá, 28 de abril de 1998: “(...) los internos se encuentran en una relación de especial sujeción frente al Estado. Eso significa que los penados deben aceptar la suspensión y restricción de algunos de sus derechos fundamentales. Pero al mismo tiempo supone que el Estado adquiere deberes especiales para con los internos, con miras a garantizarles el desarrollo de una vida digna y posibilidades para su resocialización. A pesar de ello, salvo la época de la construcción de las cárceles de alta seguridad, la asignación de dineros para las prisiones ha sido escasa.” – tradução livre.*

aos presidentes das *Asambleas Departamentales* e dos *Concejos Distritales y Municipales*; e aos *personeros municipales*.

Foram determinadas ordens bastante detalhadas, destinadas aos órgãos responsáveis: a suspensão de um contrato para a reforma de uma das maiores prisões em Bogotá; a formulação, em três meses, de um plano abrangente para a reforma das prisões existentes e a construção de novas, que deveria ser executado em um período de quatro anos pelo *INPEC*, o *Ministerio de Justicia* e o *Departamento Nacional de Planeación*; e ainda, eliminar, em quatro anos, o confinamento de detidos provisórios com detidos condenados.

Apesar da sentença, anos depois foram constatados os mesmos problemas de superlotação carcerária e de violação aos direitos humanos das pessoas presas, tendo baixa repercussão, conforme opinião de magistrados da Corte Constitucional Colombiana, funcionários públicos e membros da sociedade civil²⁹¹.

3.2.2 Corte Constitucional Sul-Africana

A Corte Constitucional da África do Sul tem desenvolvido um protagonismo institucional que se manifesta no chamado *meaningful engagement* (compromisso significativo) e no *active judicial management* (gestão judicial ativa).

Nesse contexto, há o famoso caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (2000), que tratava das obrigações do Estado em relação à habitação, considerada como “*uma questão constitucional de fundamental importância para o desenvolvimento da nova ordem constitucional da África do Sul*”²⁹².

No caso, a requerente *Irene Grootboom* sustentava que, em 1998, ela e mais 900 pessoas deixaram a localidade de *Wallacedene* (um assentamento ilegal), por conta das condições de vida totalmente precárias (ausência de água, esgoto ou coleta de lixo), e se mudaram para uma área privada conhecida como *New Rust*, destinada à construção de moradias de baixo custo. Muitos estavam inscritos na política de

²⁹¹ A pesquisa foi feita por Rodríguez-Garavito e Rodríguez Franco por meio de entrevistas, a fim de identificar o impacto das decisões tomadas pela Corte em litígios estruturais. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **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, p. 67 (nota 24) e 216.

²⁹² *Constitutional Court of South Africa. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom. Case CCT 11/00. 04 de outubro de 2000, p. 02: “a constitutional issue of fundamental importance to the development of South Africa’s new constitutional order.”* – tradução livre.

moradias de baixo custo do município, mas a lista de espera poderia se prolongar por muitos anos.

Após cerca de um mês em *New Rust*, *Irene* e os demais foram surpreendidos com uma ordem judicial de despejo, concedida ao proprietário das terras. As famílias foram despejadas à força, de forma desumana, onde casas foram destruídas e queimadas, assim como seus pertences. Assim, após a expulsão, muitas famílias retornaram para *Wallacedene*, passando a residir em um tipo de alojamento em um campo esportivo, coberto por lonas, em condições ainda mais precárias, agravadas pelo frio e a chuva do período²⁹³.

Deste modo, a Sra. *Grootboom* e os demais buscavam uma ordem judicial que impusesse o fornecimento de abrigo ou habitação temporária básica adequada aos requerentes e suas crianças, os quais aguardavam a obtenção de uma acomodação permanente; foram solicitados, ainda, nutrição básica, abrigo, saúde e serviços sociais para as crianças desabrigadas.

Na decisão da Corte Constitucional, dentre os argumentos, foi afirmado que o Estado é obrigado a adotar medidas, e que apenas medidas legislativas não são suficientes. O Executivo deveria, portanto, agir com a elaboração de políticas e programas adequados. Mas além da elaboração, deveria haver a efetiva implementação da política, pois, caso contrário, não consistiria em um cumprimento das obrigações do Estado.

Em conclusão, afirmou-se que a seção 26 da Constituição (que trata do direito à moradia adequada) obriga que o Estado elabore e implemente um programa coerente e coordenado para atender a situação dos desabrigados. Entretanto, o que chegou para a Corte foi que o programa local, elaborado em decorrência de decisão judicial prévia, não vinha sendo suficiente para abrandar a situação das famílias.

Assim, a Corte determinou ao Estado o planejamento, financiamento, implementação e supervisão de medidas para amparar os necessitados. Para tanto, a Comissão de Direitos Humanos (aceita como *amicus curiae* no caso) ficou incumbida de monitorar a observância dos direitos humanos na adoção das medidas.

Aponta-se que no caso *Gootboom*, a Corte da África do Sul acabou proferindo uma decisão que não teve um monitoramento forte pela própria Corte, o que

²⁹³ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, Vol. 5, n. 3, 2007, p. 395.

enfraqueceu a sua efetividade²⁹⁴. Muito embora tenha sido ineficaz no caso da requerente (já que *Irene Grootboom* acabou falecendo enquanto esperava por sua moradia decente, mesmo tendo obtido a sentença favorável), a decisão acabou sendo paradigmática, tendo um resultado simbólico no sentido de que, posteriormente, vários litígios semelhantes foram levados até a Corte e puderam impedir uma situação calamitosa na questão habitacional²⁹⁵.

O monitoramento do cumprimento da decisão judicial foi diferente no caso conhecido como *Olivia Road, de 2008 (Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others)*.

O caso tratava do pedido de mais de 400 ocupantes de dois edifícios da cidade de Joanesburgo que questionavam o julgamento da *Supreme Court of Appeal* que teria autorizado o despejo dos referidos ocupantes, sob o argumento de que os edifícios eram inseguros e insalubres.

Antes de proferir uma decisão, a Corte Constitucional emitiu uma ordem provisória para que os moradores e o município tentassem estabelecer um acordo, a partir da discussão dos problemas envolvidos, na tentativa de resolverem as questões, levando em conta a Constituição e a partir da elaboração de um plano de ação voltado para a habitação permanente.

A Corte Constitucional mencionou que um compromisso dessa natureza é uma via de mão dupla, não possuindo uma lista fechada de itens para sua execução; entretanto, deu uma orientação no sentido de que, no caso, havia a necessidade de se discutir: quais poderiam ser as consequências do despejo; se a cidade poderia minimizar de alguma forma essas consequências; se era possível tornar os edifícios em questão relativamente seguros e salubres, ainda que provisoriamente; as obrigações da cidade para com os ocupantes; e quando e como seriam cumpridas essas obrigações²⁹⁶.

O acordo foi assinado em outubro de 2007 e aprovado pela Corte Constitucional em novembro do mesmo ano. Como resultado, os mais de 400

²⁹⁴ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 223.

²⁹⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, 2011, p. 1681.

²⁹⁶ *Constitutional Court of South Africa. Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others. Case CCT 24/07*. 19 de fevereiro de 2008, p. 10.

residentes não sofreram o despejo e, ao menos temporariamente, foram realocados. Além disso, os edifícios insalubres e inseguros foram adequados²⁹⁷.

Posteriormente, os moradores questionaram perante a Corte Constitucional afirmando que o município não conseguiu formular ou implementar um plano de habitação que fosse permanente, já que o acordo resolveu a questão da acomodação temporária, mas os ocupantes exigiam um plano de habitação permanente.

Em face disso, a Corte enfatizou que o município demonstrou vontade em resolver o problema, e vinha aos poucos cumprindo sua obrigação, sendo que não haveria como prever que futuramente não seria significativa essa mudança de postura, e que o município não dialogaria com os novos moradores que podem vir a passar pela mesma situação. Em resumo, concluiu que essa mesma discussão poderia nem mesmo surgir se o município seguisse dialogando com os moradores de prédios nas mesmas condições e que, por qualquer motivo, precisassem ser despejados.

Essa decisão foi significativa para a população menos favorecida de Joanesburgo, que viu a possibilidade de participar ativamente da elaboração de políticas públicas voltadas à habitação. Além disso, é um dos primeiros julgamentos com os institutos da “gestão judicial ativa” e o “compromisso significativo”²⁹⁸.

3.2.3 Elementos das decisões judiciais estruturais dialógicas

As sentenças estruturantes, como visto, podem ter impactos diversos. César Rodriguez-Garavito e Diana Rodriguez Franco definiram três fatores que podem influenciar no quanto de impacto terá a intervenção judicial, e isso está relacionado ao caráter dialógico da decisão; ou seja, intervenções judiciais dialógicas podem ter mais impacto do que as monológicas.

Assim, consideram que uma decisão pode ser considerada mais dialógica quando, considerando os graus *forte*, *moderado* e *fraco*: (a) o conteúdo dos direitos reconhecidos pela sentença seja forte, pois relacionado à proteção de direitos básicos,

²⁹⁷ VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 115.

²⁹⁸ VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 108-109.

o que confere justiciabilidade do direito em questão (*direitos fortes*); (b) as soluções ordenadas pela Corte devem ser abertas, no sentido de que não sejam ordens muito precisas e detalhadas que possam substituir os atores dos demais poderes para a elaboração da política pública (*remédios moderados*); e (c) a existência de mecanismos de monitoramento diversos para garantir o cumprimento da sentença, com a avaliação do progresso e pressão para que se promova a deliberação pública e a solução de forma colaborativa (*monitoramento forte*)²⁹⁹.

Analisando as sentenças colombianas T-025 de 2004 e a T-153 de 1998, Rodríguez-Garavito pontua que, considerando tais critérios, a sentença T-025/04 teve maior efetividade em comparação à T-153/98 por conta de três fatores: dizia respeito a direitos fortes; houve a determinação de medidas amplas (portanto, moderadas) e os mecanismos de monitoramento foram fortes. Diferente é o caso da sentença T-153/98 que, embora tenha uma declaração de direitos forte, as determinações judiciais foram fortes (detalhadas) e o monitoramento foi fraco, o que explicaria o seu baixo impacto³⁰⁰.

Também é possível referir aqui que o baixo impacto da decisão T-153/1998, sobre o sistema prisional, em comparação com a sentença T-025 de 2004, pode estar relacionado ao público atingido. Isso porque, enquanto deslocados são vítimas sociais evidentes para a opinião pública, despertando demandas sociais de ajuda e compaixão, condenados por crimes são entendidos como escória social que precisa passar pelo sofrimento. Nessa condição, assumem o papel de inimigos sociais (e não de vítimas, como os deslocados) e essa condição de ordem política³⁰¹ pode ter contribuído para o baixo impacto da decisão. Nesse mesmo sentido, tratando da inefetividade da decisão T-153/98 e de outras decisões estruturais posteriores sobre as prisões colombianas, Higuera e Gómez afirmam que a falta de movimentos sociais e de apoio da sociedade civil em favor das pessoas privadas de liberdade têm grande peso para o fracasso de medidas de litígio estrutural³⁰².

²⁹⁹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **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, p. 240.

³⁰⁰ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, 2011, p. 1675.

³⁰¹ A condição de ordem política se verifica nesse caso, pois o Judiciário, ao imiscuir-se no político, acaba atuando seguindo parâmetros também políticos (como é o caso da opinião pública). Assim, a própria efetividade da decisão pode depender de uma opção política, condição esta que, obviamente, não é desejada do ponto de vista dos direitos fundamentais que se pretende ver efetivados.

³⁰² HIGUERA, Libardo José Ariza; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia. **Rev. Direito Práx.** Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p.

Afirma-se que a Corte Sul-Africana tende a adotar decisões com as características de direitos fortes, remédios fracos e nenhuma forma de monitoramento, como é o caso *Grootboom*, em que não foram definidas as formas de realização do monitoramento³⁰³. No caso *Olivia Road* a Corte também emitiu uma decisão com as características de direitos moderados, com medidas judiciais e monitoramento também moderados, sendo mais próxima de uma efetividade³⁰⁴.

Com isso, é possível perceber que as decisões estruturantes (e dialógicas) podem ter resultados distintos, podendo ser comparados os resultados e métodos³⁰⁵; mas, de um modo geral, tratam de decisões a respeito de direitos com alta justiciabilidade, no sentido de que são claramente exigíveis, geralmente sendo direitos básicos humanos, previstos nas Constituições. Também são decisões que, para que os direitos sejam efetivados, demandam uma complexidade de medidas a serem adotadas por diferentes órgãos, os quais devem cooperar para que os objetivos determinados nas sentenças sejam alcançados. Por conta disso, são demandas complexas que veem a necessidade de uma modificação estrutural; daí o porquê de exigir a atuação de diversos setores governamentais.

630-660, março 2019, p. 652-653: *“En el caso del litigio estratégico en prisiones, este apoyo es relativamente incipiente. Salvo algunas organizaciones no gubernamentales, organizaciones cristianas, clínicas jurídicas y grupos académicos, en general los medios de comunicación forjan un sentimiento de miedo a la criminalidad que no apoya de manera activa los esfuerzos por proteger a las personas privadas de la libertad. De hecho, algunas soluciones a la crisis carcelaria como la adopción de medidas alternativas al encarcelamiento pueden llegar a ser muy impopulares entre la opinión pública. En consecuencia, los grupos interesados en el litigio estratégico se encuentran frente al reto político de no contar con el apoyo de la sociedad civil, lo cual implica que las estrategias de litigio estratégico dependen de forma más directa de la organización de diferentes grupos de interés que puedan hacer esfuerzos coordinados, así como de la movilización de las mismas personas privadas de la libertad, las cuales se suelen encontrar en serias limitaciones para ejercer medidas de carácter político dentro de los establecimientos carcelarios.”*

³⁰³ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, 2011, p. 1692.

³⁰⁴ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging**: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 117.

³⁰⁵ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging**: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 118: *“Essa comparação demonstra que as opções tomadas pelos juízes para a resolução de litígios estruturais variam de acordo com o contexto sócio-político, jurídico e institucional em que os tribunais estão inseridos. As características e peculiaridades de cada sistema são o que define os graus de justiciabilidade dos direitos, os padrões de controle constitucional e as margens de atuação reconhecidas ao poder judicial. Contudo, a adoção de uma postura judicial ativa e dialógica (ao invés de monológica) em todas as etapas do processo e o desenvolvimento de mecanismos participativos e deliberativos para a implementação das medidas estruturais na fase pós-julgamento, são as peças chave para uma intervenção eficaz no cumprimento progressivo das obrigações de caráter prestacional derivadas de um direito fundamental.”*

Ainda, são decisões que podem ter determinações judiciais direcionadas aos executores, que sejam mais detalhadas (como, por exemplo, a determinação da elaboração de uma política pública, com a execução de obras em determinado prazo), devendo alcançar determinado resultado, ou mesmo pode ser uma determinação mais ampla (moderada), colocando objetivos a serem alcançados e definindo prioridades que devem ser observadas. Com a fixação de objetivos amplos, o diálogo entre os envolvidos passa a ser primordial para que seja possível que os próprios responsáveis fixem os detalhes da medida que deve ser adotada para alcançar a meta geral determinada pela decisão judicial.

Por fim, as decisões podem ter graus diversos de monitoramento do cumprimento da decisão judicial, o que corresponde ao momento posterior da decisão, em que a Corte recebe informações sobre o cumprimento de sua determinação. Assim, pode não haver qualquer monitoramento após as determinações judiciais; ou mesmo pode ser que a Corte prolongue sua intervenção no tempo, acompanhando e exigindo informações concretas sobre o atendimento das ordens emitidas. Nesse ponto, as audiências públicas são fortes instrumentos democráticos utilizados, que permitem a deliberação entre os envolvidos e a fiscalização pela Corte:

As decisões dialógicas abrem também um processo de supervisão que estimula a discussão de alternativas políticas para resolver o problema estrutural detectado na sentença. Ao contrário dos processos judiciais monológicos, os detalhes das políticas aparecem durante o processo de monitoramento e não no julgamento em si. Tribunais dialógicos frequentemente tomam novas decisões dependendo do progresso e de atrasos no processo, e estimulam a discussão entre os afetados pelo caso por meio de audiências públicas deliberativas. Este diálogo constitucional implica um maior espectro de grupos interessados no processo de monitoramento³⁰⁶.

Sob o ponto de vista da separação dos poderes e do ativismo judicial, a dialogicidade da decisão confere legitimidade ao ativismo, justamente porque permite a necessária cooperação que se estabelece entre os demais poderes e o Judiciário a

³⁰⁶ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **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, p. 213: *“Las decisiones dialógicas abren también un proceso de supervisión que estimula la discusión de las alternativas políticas para resolver el problema estructural detectado en la sentencia. A diferencia de los procedimientos judiciales monológicos, los detalles de las políticas aparecen durante el proceso de seguimiento y no en la propia sentencia. Los tribunales dialógicos a menudo dictan nuevas decisiones a la luz del progreso y los retrasos en el proceso, y estimulan la discusión entre los afectados del caso mediante audiencias públicas deliberativas. Este diálogo constitucional implica un mayor espectro de grupos interesados en el proceso de seguimiento.”* – tradução livre.

fim de cumprir a decisão judicial que busca a efetivação de direitos fundamentais. Assim, uma decisão judicial ativista é legítima na medida em que provoca a atuação dos poderes a fim de cumprirem com a Constituição e as leis. Nessa linha, “(...) o enfoque dialógico pensado para evitar a usurpação de competências não atribuídas aos tribunais atinge esta árdua conciliação entre direitos e democracia”³⁰⁷.

Vale aqui esclarecer que o modelo dialógico possui vários contornos problemáticos que devem ser enfrentados com afinco, principalmente sob o ponto de vista da democracia deliberativa. Nesse ponto, Roberto Gargarella celebra a chegada de discussões sobre modelos dialógicos das decisões judiciais, mas aponta a possível frustração que pode ocorrer com a limitação de seus efeitos, pois “o sistema institucional dominante, baseado na lógica dos freios e contrapesos, não atende bem (ao contrário, impede) o desenvolvimento de uma prática adequada de diálogo constitucional”³⁰⁸. Inclusive, na opinião do autor, não seria possível afirmar que a Corte Colombiana ou o Supremo Tribunal Federal (no caso do direito à saúde³⁰⁹) sejam Cortes dialógicas, mas apenas utilizaram de ferramentas dialógicas³¹⁰.

Nesse contexto, a definição do que se pode entender como sendo um diálogo e de que modo se adéquam a cada nação são discussões necessárias quando da inserção de modelos dialógicos para dentro dos tribunais, especialmente os constitucionais. Entretanto, é inegável que o ativismo judicial estrutural dialógico pode apresentar uma boa resposta às objeções à atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas.

3.3 O STF E AS DECISÕES PONTUAIS NÃO ESTRUTURANTES

³⁰⁷ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, não paginado: “(...) el enfoque dialógico ideado para evitar la usurpación de competencias no atribuidas a los tribunales consigue esta ardua conciliación entre derechos y democracia.” – tradução livre.

³⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**. v. 14, Diciembre de 2013, p. 28: “el sistema institucional dominante, basado en la lógica de los frenos y contrapesos, no sirve bien (sino que más bien obstaculiza) al desarrollo de una práctica apropiada de diálogo constitucional.” – tradução livre.

³⁰⁹ Por exemplo, podem ser citadas as várias audiências públicas realizadas ao longo do ano de 2009 e que auxiliaram no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, em que o STF se pronunciou acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos pelo SUS.

³¹⁰ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**. v. 14, Diciembre de 2013, p. 23 e 26.

A aplicação do modelo de ativismo judicial estrutural dialógico já possui diversos estudos no campo acadêmico a respeito do seu desenvolvimento e viabilidade no Brasil. Bianca Van Der Broocke defende que um modelo de gestão judicial ativa e dialógica, com um juiz catalizador deliberativo (modelo estadunidense) pode ser mais eficiente para a resolução de litígios estruturais, inclusive no caso do Brasil, mas desde que tomadas as devidas cautelas quando realizado o estudo comparado³¹¹. Carlos Alexandre de Azevedo Campos também lançou seu olhar sobre a questão, sendo favorável à importação do Estado de Coisas Inconstitucional e do desenvolvimento de um modelo que tenha como norte as sentenças estruturantes e também dialógicas³¹².

Nesse ponto, defende-se que o pleito da ADPF 347 oportunizaria a resolução de um problema estrutural, que necessita da participação de diversos órgãos, devido ao quadro generalizado de inconstitucionalidade que, inclusive, levou à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o que é considerado “*um estágio avançado de omissão inconstitucional*”³¹³.

No âmbito do Poder Legislativo também já existe iniciativa no sentido de regulamentar a forma de exercer o controle judicial de políticas públicas. Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 8058/2014, proposto pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que objetiva instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Conforme Justificação da proposta, esta teve amparo em estudos realizados ao longo de quatro anos (2010-2014), inicialmente pelo CEBEPEJ - Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu ao Professor Kazuo Watanabe³¹⁴.

Além disso, no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do RE 592.581, houve menção a uma atuação que parece seguir a lógica das

³¹¹ VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 67 e 120.

³¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 320-322.

³¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 244: “*a superação do ECI apenas é possível por meio da atuação estrutural coordenada, ou seja, de diversos atores sociais e políticos impulsionados pela intervenção judicial, máxime pela interferência na formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas*”

³¹⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 8058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

decisões estruturais dialógicas, muito embora o resultado tenha sido favorável à resolução do problema pontual analisado no caso (ou seja, de forma monológica):

Portanto, eu gostaria de dizer, Presidente, que a minha visão, em situações como esta, é que a regra geral – que não aplico neste caso pela razão que direi na minha conclusão – é que a decisão do Judiciário não deve ser a de ele se sobrepor ao Executivo e determinar como deve ser feito. O Executivo é que tem que apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos, como ele pretende obter o dinheiro, e aí o Judiciário monitora. Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho – diagnóstico, projeto e monitoramento da execução, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou.³¹⁵

Por isso, é possível afirmar que uma das possíveis formas de atuação do STF em face da crise prisional é a atuação por meio de decisões estruturais dialógicas, com determinações amplas aos demais poderes³¹⁶, e com monitoração constante, a fim de acompanhar o cumprimento pelas instituições do seu dever constitucional.

Ocorre que, conforme analisado na pesquisa jurisprudencial do presente estudo, a forma de decidir do STF segue o modelo monológico. Isso porque o que se constatou foi que as soluções buscadas, em sua maioria, são determinações direcionadas a determinado órgão governamental, a fim de que este adote determinadas medidas a fim de solucionar problemas pontuais, mas não estruturais.

Podemos retomar, como exemplo, a manifestação do STF sendo favorável à intervenção judicial para determinar que o Executivo realize obras de melhoria nos presídios objeto da demanda; à fixação de prazo para a conclusão de obras em presídio, com a imposição de astreintes; à imposição de obrigação de fazer consistente na colocação de câmeras em Unidade de Internação de Menores; à

³¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015, p. 99 do Inteiro Teor do Acórdão (voto do Min. Luís Roberto Barroso).

³¹⁶ Inclusive, conforme afirma Carlos Bernal Pulido, decisões com efeitos gerais, como aquelas com remédios estruturais, são mais adequadas para proteger as pessoas mais vulneráveis: PULIDO, Carlos Bernal. Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law—Part II: The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court. **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. Out., 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3eZC8t5>>. Acesso em 30 abr 2021.

determinação para transferência de presos para estabelecimento prisional adequado e criação ou adequação de sistema estadual de monitoramento de vagas, etc.

Além disso, a maior parte dos julgados identificados são oriundos de Ações Civis Públicas propostas pelos Ministérios Públicos, ou seja, para proteger interesses coletivos. Isso evidencia que o problema, em tais casos, não é pensado de forma individual, mas coletiva, demandando, portanto, soluções mais amplas voltadas à correção da própria política pública, e não do resultado de sua ausência ou falha (verificado em casos pontuais).

Obviamente que não são decisões equivocadas por serem pontuais ou monológicas; pelo contrário, são importantes para que, ainda de que forma pontual, seja minimizada a situação de ilegalidade constatada. Entretanto, as decisões analisadas na pesquisa não são direcionadas à resolução dos problemas de forma estrutural, na linha do conceito das decisões estruturantes apresentadas no presente estudo.

Com isso, o que se percebe é que o problema de políticas públicas voltadas à população carcerária no Brasil é complexo e estrutural, demandando soluções também complexas e estruturais; entretanto, ao menos até o presente momento, a atuação do STF nos casos que chegam até o tribunal é, de modo geral, favorável a uma atuação ativa do Judiciário, mas voltada a resolver problemas pontuais, para “apagar o incêndio” até que outro surja. Nesse sentido, a respeito de prestações pontuais para quadros de inconstitucionalidade, são precisas as palavras de Bianca Van Der Broocke:

(...) demandas individuais ou coletivas por prestações pontuais podem vir a resolver algumas das consequências, mas não a causa do quadro de inconstitucionalidade. Quando as falhas persistentes de política pública que contribuem para a violação de direitos fundamentais decorrem de ações inadequadas ou omissões reiteradas por parte do Poder Público, mostra-se necessária uma mudança na dinâmica organizacional dos entes envolvidos, que permita a institucionalização de um novo estado de coisas. Para tanto, os instrumentos processuais empregados na prática decisória habitual em sede de revisão judicial de políticas públicas mostram-se insuficientes, já que direcionados a soluções definitivas e compensatórias que se exaurem por meio de ordens de dar, pagar, fazer ou não fazer. Uma demanda estrutural exige decisões voltadas para o futuro e que requerem criatividade e protagonismo do juiz no gerenciamento de um processo de execução complexo³¹⁷.

³¹⁷ VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e *managerial judging***: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 13-14.

O modelo vigente prioriza as demandas individuais, havendo a prevalência de decisões que se limitam a suprir a omissão estatal em relação ao direito público subjetivo daqueles que procuram a justiça, ao invés de promover a readequação do agir institucional. Assim, prepondera a lógica individualista na concretização dos provimentos judiciais, de caráter retrospectivo, concebida para resolver disputas pontuais entre sujeitos determinados e que implicam soluções definitivas proporcionais ao dano alegado, com o conseqüente passivismo judicial na fase de execução. Essas visões e ferramentas tradicionais não fornecem a tutela jurisdicional adequada para dar conta dos complexos e imprevisíveis problemas jurídicos que a discussão de políticas públicas alberga em sede de litígios estruturais³¹⁸.

Além disso, as decisões analisadas na pesquisa não indicam qualquer forma de monitoramento pelo tribunal a fim de acompanhar o cumprimento das decisões proferidas, na linha dos modelos estruturantes analisados. Até porque, as decisões não são amplas (o que demandaria uma deliberação entre os envolvidos a fim de atingir os objetivos); ao revés, as determinações geralmente são bem detalhadas.

Como já mencionado, a decisão judicial que resulte na colocação ou manutenção de uma pessoa nas condições ilícitas do cárcere coloca também o magistrado como responsável pela violação praticada contra a pessoa presa. Nesse contexto, o próprio cárcere se deslegitima quando as condições de execução são ilícitas, e *“não se pode legitimar uma instituição que viola direitos diariamente, sob pena de o judiciário assumir como seus os valores que, de fato, representam esses estabelecimentos insalubres e violentos”*³¹⁹.

O STF mantém em sua jurisprudência uma posição que reconhece a responsabilidade do próprio Poder Judiciário pela violação da dignidade humana dentro dos cárceres brasileiros. Entretanto, também há decisões do tribunal que implicam no aumento da população carcerária e, com isso, vão no sentido contrário do que o STF reconhece como sendo de sua responsabilidade.

Há, assim, a necessidade de se repensar e racionalizar o modo de decidir do STF. Obviamente que a adoção de decisões estruturais e dialógicas não resolve o problema da contradição constatada nas decisões do Supremo; entretanto, são um dos possíveis instrumentos nos quais é possível o julgador se pautar a fim de direcionar e impulsionar políticas públicas, para se fazer cumprir a Constituição no que

³¹⁸ VAN DER BROECKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais**. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, p. 122.

³¹⁹ VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 51.

se refere à execução das penas³²⁰. Assim, o Judiciário atua dentro de sua competência e de forma harmônica entre os poderes ao interferir nas políticas públicas a fim de superar quadros graves de inconstitucionalidade³²¹.

Com isso, vê-se que o STF possui responsabilidade pela execução ilícita das penas no Brasil, e que tem o dever constitucional de agir contrariamente a isso. O ativismo judicial estrutural dialógico vem sendo um dos instrumentos desenvolvidos pela doutrina como uma forma legítima de intervenção do Judiciário para a concretização dos direitos dos presos, em face do quadro de inconstitucionalidade do sistema carcerário. Portanto, está entre os fundamentos que permitem concluir pela legitimidade do controle judicial de políticas públicas em matéria penitenciária.

A proposta de trazer aqui o modelo das decisões estruturais dialógicas não teve o objetivo de afirmar a plena importação do modelo ao caso brasileiro; até porque, a adequação de um modelo para o Brasil exigiria um aprofundamento nos problemas e adequações práticas necessárias para a elaboração de um modelo ideal – o que não foi o objeto central do estudo. Como a tendência das Cortes Constitucionais na América Latina vem sendo a utilização de decisões estruturais dialógicas, o estudo aqui realizado permitiu chegar a esses modelos. Até porque, pelo que se observou da pesquisa, além de legítimos, parecem ser mais efetivos para contribuir para a resolução do problema estrutural do cárcere brasileiro.

³²⁰ BASTOS, Douglas de Assis; KRELL, Andreas Joachim. O estado de coisas inconstitucional como ativismo dialógico-estrutural para concretização de direitos fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. *Direito & Paz*. São Paulo, Ano IX, n. 37, p. 293-308, 2017, p. 306: “Cabe a esta Corte Constitucional brasileira o exercício de sua função típica para racionalizar a escorreita criação, aplicação e execução da lei penal e processual penal, sob pena de se agravar ainda mais o quadro caótico dos cárceres brasileiros, já que eles são utilizados como molas-mestres das políticas criminais do País”.

³²¹ CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 76-77: “O equilíbrio de constitucionalidade, pois, é atingido quando o Poder Judiciário, em atividade residual e integradora, dá completude ao sistema, mediante a prolação de sentença, na qual vincula os agentes públicos à satisfação do bem da vida protegido pelo direito fundamental social. Como não interfere arbitrariamente nos processos de escolha dos caminhos a serem percorridos até a consecução material do bem da vida, mas presta única e exclusivamente atividade jurisdicional, o Poder Judiciário mantém a independência das demais formas de expressão do poder estatal. E assim o faz em plena harmonia, porquanto simplesmente redireciona as políticas públicas, no limite do necessário para a consecução do princípio da igualdade substancial”.

CONCLUSÕES

O contexto em que se desenvolveu o controle carcerário no Brasil tem relação com as chamadas Casas de Correção que surgiram na Europa, por volta do século XVI; mas é a manutenção do modelo escravocrata que orientava as necessidades disciplinares no país, sendo percebidos resquícios dessa prática nos diversos regulamentos das primeiras Casas de Correção brasileiras, no período imperial, os quais reforçavam a posição dominante do Estado em relação ao indivíduo, com a cultura da intervenção corporal escravista.

Os Regulamentos das Casas de Correção é que orientavam a execução das penas, já que não existia normativa que unificasse a forma de aplicação. Em tais documentos não havia ou era muito pequena a previsão da participação de um juiz na fase de cumprimento da pena. Apenas ao longo do século XX é que foram elaborados anteprojetos que buscavam regulamentar a fase de execução, mas com a previsão de participação do juiz de forma ainda muito tímida. É com o Projeto Roberto Lyra (1963) (influenciado pela emergência do direito penitenciário e os resultados do Congresso da ONU, em 1955, sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes) que há uma maior preocupação com a atuação do juiz na execução e com os direitos dos presos.

Muito embora fosse prevista a figura do juiz durante a execução das penas (para resolver questões pontuais), ao menos até a Lei n.º 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) prevalecia a ideia de que a forma de aplicação das penas era de competência exclusivamente administrativa. Isso porque, é com a LEP que se reconhece que o juiz passou a exercer o controle da legalidade da execução penal, a fim de impedir excessos ou desvios da execução que possam comprometer a dignidade humana da pessoa presa (processo que se chama de jurisdicionalização da execução penal). Daí o motivo de se afirmar que por muito tempo prevaleceu no Brasil a teoria das relações especiais de poder, ao menos até meados do século XX.

Com isso, é possível perceber que atuação jurisdicional durante a execução penal está diretamente relacionada com o controle da legalidade a ser exercido na execução penal, a qual é pautada principalmente na dignidade humana.

Nessa linha, constata-se que o Brasil possui um sistema normativo da execução penal bastante claro no sentido de que é orientado pela lógica protetiva dos direitos humanos da pessoa privada de liberdade; e esse sistema normativo é o que

deve orientar a elaboração de políticas públicas. Ocorre que essa orientação normativa não se concretiza na realidade dos cárceres brasileiros, havendo uma discrepância entre o plano executivo e o plano normativo; para isso, basta olhar para os números da população carcerária, bem como para os resultados das últimas CPIs sobre o sistema carcerário, para se constatar que as instalações dos estabelecimentos prisionais estão longe de representarem um mínimo de dignidade humana.

Por conta disso, várias questões são levadas ao Judiciário, relatando a violação de direitos dentro do cárcere, como a ausência de assistência à saúde, higiene pessoal, superlotação carcerária, dentre outros. As questões, de modo geral, são relacionadas a falhas ou ausência de políticas públicas para a população carcerária.

É nesse ponto que se questiona a possibilidade de o Judiciário intervir em políticas públicas penitenciárias, a fim de que as leis e a Constituição sejam observadas. Assim, o primeiro fundamento encontrado e que pode subsidiar a possibilidade dessa intervenção do Judiciário é exatamente a constatação da primeira parte do trabalho, de que o controle da legalidade da execução é relacionado à jurisdicionalização da execução penal.

Frise-se que a jurisdicionalização da execução penal, apresentada na primeira parte do trabalho, é algo aparentemente diverso da judicialização de problemas de ilegalidade na execução penal; entretanto, o fundamento da jurisdicionalização da execução penal é o mesmo que fundamenta a judicialização de problemas de políticas públicas, qual seja, o controle da legalidade da execução penal. Reside aqui parcela da justificativa da legitimidade do controle judicial que ora se investiga.

Apesar disso, verifica-se que existem argumentos contrários à intervenção do Judiciário, girando em torno principalmente do princípio da separação dos poderes e do argumento da reserva do possível. Entretanto, o que se constata é que, quanto ao primeiro argumento, não se pode mais ter uma visão estanque do princípio, pois as funções estatais devem ser vistas sob um sistema dinâmico ligado aos freios e contrapesos; além disso, o Judiciário, ao atuar de forma mais proativa para a concretização da dignidade humana e das normas constitucionais, age dentro de sua competência e responsabilidade, que é executar os objetivos do Estado Democrático de Direito.

Até porque, a visão estanque da separação dos poderes permitiu que a ideia da não intervenção do Judiciário na execução penal prevalecesse por muito tempo no Brasil, o que é relacionado a um período de “não-direitos” dos apenados.

Quanto à questão orçamentária, muito embora seja relevante para a elaboração de políticas públicas já que os recursos são finitos, negar a intervenção do Judiciário pelo simples fato de que não incumbe a ele a administração orçamentária significa retornar ao estado em que os presos se submetiam à pura conveniência administrativa, vista principalmente nas teorias *hands off* e das *relações especiais de poder*.

Além disso, a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e existem posicionamentos que defendem que, por conta disso, o gasto com tais direitos é um requisito para a própria manutenção do Estado. Logo, o uso do argumento orçamentário para afastar a possibilidade de efetivação da dignidade humana dentro do cárcere é o mesmo que o Estado se desconstituir como Estado Democrático de Direito; posição com a qual é possível concordar.

Especialmente a partir da pesquisa jurisprudencial realizada no STF, foi possível constatar que o tribunal rejeita os argumentos da reserva do possível e da separação dos poderes como impeditivos dessa ingerência do Judiciário. Ao mesmo tempo, afirma não só a sua legitimidade em realizar o controle de políticas públicas penitenciárias, como também sua responsabilidade na efetivação dos direitos previstos na Constituição da República. Essa posição é mais evidente a partir de 2015, principalmente a partir das paradigmáticas decisões no RE 592.581 e na cautelar da ADPF 347.

Além disso, verificou-se que as decisões do tribunal, obtidas por meio da pesquisa, envolvem pedidos e intervenções judiciais para a resolução de casos pontuais, possuindo uma natureza monológica, ainda que muitas das ações sejam de natureza coletiva. Entretanto, os problemas que chegam ao tribunal evidenciam que são de ordem estrutural e sistemática, demandando, com isso, decisões mais amplas voltadas à adequação das próprias políticas públicas, e não apenas das consequências de sua ausência ou falha.

Referidas decisões não deixam de ser importantes pelos fundamentos nas quais se baseiam, sendo legítimas pela tentativa de minimizar a ilegalidade verificada em cada caso; mas do ponto de vista de sua efetividade, não parecem ser o melhor caminho para superar o quadro generalizado de inconstitucionalidade que levou ao

reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Muito embora sejam várias as decisões do tribunal em favor da diminuição das ilegalidades verificadas dentro do cárcere, também são várias as decisões que permitem a manutenção do Estado de Coisas Inconstitucional. Com isso, há uma esquizofrenia nessa atuação que precisa ser racionalizada em prol da superação desse quadro.

Isso permitiu apresentar o movimento em ascensão nas Cortes Constitucionais sobre o chamado *ativismo judicial estrutural dialógico*, que vem ganhando espaço justamente por levar em conta a necessária dialogicidade que deve se estabelecer entre os poderes do Estado para a resolução de problemas estruturais. Inclusive, os argumentos da reserva do possível e da separação dos poderes são discutidos e superados diante dos modelos estruturais dialógicos.

O movimento do ativismo judicial estrutural dialógico inclusive vem sendo estudado por pesquisadores a fim de que possa ser aplicado e adequado ao modelo brasileiro, guardadas as peculiaridades de cada sistema. Além disso, não é estranho ao sistema brasileiro, já que se percebe algo similar no sistema interamericano, do qual o Brasil faz parte.

Obviamente que a viabilidade e a forma de aplicação do modelo das decisões estruturais dialógicas no Brasil precisam ser amplamente debatidas na sociedade, e ainda mais para ser utilizado o modelo na tentativa de resolver problemas estruturais sobre direitos das pessoas privadas de liberdade, as quais não têm amplo apoio popular da sociedade como um todo. Este não foi o foco da abordagem que se fez no presente estudo, senão o de apresentar, ao final do estudo, o possível caminho que pode seguir o Judiciário para uma intervenção que, além de legítima, pode ser mais efetiva em matéria de políticas públicas prisionais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: Entre a Interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. **Revista de Processo**. vol. 233/2014, p. 13-38, jul. 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2YUN9I0>> Acesso em: 08.ago.2019.

ÁFRICA DO SUL. *Constitutional Court of South Africa. Government of the Republic of South Africa v. Grootboom. Case CCT 11/00*. 04 de outubro de 2000.

ÁFRICA DO SUL. *Constitutional Court of South Africa. Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and others. Case CCT 24/07*. 19 de fevereiro de 2008.

ANABITARTE, Alfredo Gallego. Relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: Contribución a la teoría del Estado de derecho. **Revista de Administración Pública**. n.º 34, 1961.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. Da casa de correção da corte ao Complexo Penitenciário da Frei Caneca: um breve histórico do sistema prisional no Rio de Janeiro, 1834-2006. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. n. 01, 2007. Disponível em: <<http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/wp-content/uploads/2016/12/e01a08.pdf>>. Acesso em 17 dez 2020.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres imperiais**: a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861. 2009. 328 f. Tese (doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM RONDÔNIA. **MP/RO e MPF ingressam com ação na Justiça Federal contra o Estado e União por descumprimento de Pacto para melhoria de presídios**. MPF/RO. 08 de julho de 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Oz5QM3>>. Acesso em 09 abr. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 111-147. *In*: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BASTOS, Douglas de Assis; KRELL, Andreas Joachim. O estado de coisas inconstitucional como ativismo dialógico-estrutural para concretização de direitos fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. **Direito & Paz**. São Paulo, Ano IX, n. 37, p. 293-308, 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução Penal**. – São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário - CPI sistema carcerário brasileiro**. – Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. **Exposição de Motivos n.º 213, de 9 de maio de 1983**. Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em 17 nov 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 8058/2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01tik2ruafnnr713iuojkjaapet9881105.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>. Acesso em 08 mar 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 13 de agosto de 2015. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 09 abr 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interessado: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 09 abr 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 09 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n.º 1.173.510/SP. Agravante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Agravado: Estado de São Paulo. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 12 de março de 2019. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749950449>> Acesso em: 04 fev 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Requerente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 17 de março de 2020. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347decisao.Covid19.pdf>>. Acesso em: 09 dez 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal n.º 996/DF. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Nelson Meurer e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 02 de abril de 2020. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nelson-meurer-fachin-ap-996.pdf>>. Acesso em: 09 dez 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º 37.665/DF. Impetrante: Vitor Hugo de Araújo Almeida. Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Nunes Marques. Brasília, 31 de janeiro de 2021. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345518800&ext=.pdf>> Acesso em: 04 fev 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 527/DF. Requerente: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT). Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 18 de março de 2021. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345975525&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 abr 2021.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRITTO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**, 2009. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Contrôle_judicial_de_políticas_publicas_possibilidades_e_limites> Acesso em 16 fev 2021.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 7/2015, p. 1013-1026, ago/2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2z21Bxr>> Acesso em 08.ago.2019.

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

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. 151 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Eduardo M. O Ministério Público na execução penal. *In*: CARVALHO, Salo de (coord.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. **MÉTIS: história & cultura**. v. 12, n. 23, jan./dez. 2013.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-025/04*. Bogotá, 17 de junho de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 09 dez. 2020.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-153/98*. Bogotá, 28 de abril de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 09 dez. 2020.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional de la República de Colombia. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2019.php>. Acesso em 20 mar 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 35 n. 138, abr./jun. 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi, Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf> Acesso em 19 nov 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf> >. Acesso em 19 nov 2020.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do Poder Judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a

Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 1, n.30, p. 240-258, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1998, p. 78. Disponível em: <<https://bit.ly/39wZX9Z>>. Acesso em 31.jan.2021.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. O conceito de política pública. *In*: DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos**. 1ª ed – São Paulo. Atlas, 2012.

DISSENHA, Rui Carlo. Ensaio sobre o custo dos direitos negativos. **Raízes Jurídicas**. v. 5. n. 2. Jul/dez 2009.

DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na crise prisional. *In*: QUADROS, Doacir Gonçalves de; SOUZA, André Peixoto de; BAGGIO, Andreza Cristina (Orgs.). **Estado, Poder e Jurisdição - Volume II**. 1. ed. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford Journals, Vol. 5, n. 3, pp. 391-418, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Court of Appeals of Virginia. Ruffin v. The Commonwealth*, 62 Va. 790, 21 Gratt. 790. 11 de novembro de 1871.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Coffin v. Reichard*, 143 f.2d 443 (6th Circuit). 03 de julho de 1944.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Banning v. Looney*, 213 F.2d 771(10th Circuit). 25 de junho de 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Monroe v. Pape* 365 U.S. 167. 20 de fevereiro de 1961.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Coleman v. Peyton*, 362 F.2d 905 (4th Circuit). 24 de junho de 1966.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court, E.D. Arkansas. Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825. 20 de junho de 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Bethea v. Crouse*, 417 F.2d 504 (10th Circuit). 03 de dezembro de 1969.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Brown v. Peyton*, 437 F.2d 1228 (4th Circuit). 03 de fevereiro de 1971.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals. Proconier v. Martinez*, 416 U.S. 396. 29 de abril de 1974.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo, n. 21, 1994.

FONSECA, Vicente; BONFIM FILHO, Ernany. Políticas públicas: conceito, ciclo, processo de formação e sua ineficácia no âmbito do sistema penitenciário brasileiro. **Revista Neiba - Cadernos Argentina-Brasil**, Volume 8, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

FOX, Barry M. The First Amendment Rights of Prisoners. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 63, n. 2, 1972.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A perda da liberdade (os direitos dos presos)**. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013008-perda_liberdade.pdf Acesso em 23.set.2020.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**. v. 14, Diciembre de 2013.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. v. 7, n. 7, p. 09-37, 2010.

GRUNER, Clóvis. Em torno à boa ciência: debates jurídicos e a questão penitenciária na imprensa curitibana (1901-1909). **Revista de História Regional da Universidade Estadual de Ponta Grossa**. v. 8, n.1, p. 67-94, 2003.

GRUNER, Clóvis. Un edificio diseñado para castigar: la utopia penitenciaria en Paraná, Brasil, siglo XIX. **Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura**. v. 43, n. 1, p. 235-261, 2016.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. **El amparo estructural de los derechos**. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, não paginado.

HIGUERA, Libardo José Ariza; GOMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia. **Rev. Direito Práx.** Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 630-660, março 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2PDYTtP>>. Acesso em 30 abr 2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 10 Ago. 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos (tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. **Studying public policy**: policy cycles and policy subsystems. Toronto, New York, Oxford. Oxford University Press, 1995.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. **Yale Journal of International Law**, vol 40:1, 2015.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Democracia constitucional, ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas. p. 417-442. *In*: GUIMARÃES, Juarez; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, Martonio; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. (Org.). **Risco e futuro da democracia brasileira direito e política no Brasil contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

LYRA, Roberto. Justificação do Anteprojeto de Código das Execuções Penais de 1963, p. 193-254. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Projeto e Anteprojeto de Código Penitenciário**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978.

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.

MARTINS, Marcos. **Mulheres presas em cadeia com 60 homens são soltas pela Justiça no TO**. G1-TO. 19 jul 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/03/mulheres-presas-em-cadeia-com-60-homens-sao-soltas-pela-justica-no.html>>. Acesso em: 19 out 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de poderes. **Revista dos Tribunais**. vol. 1000/2019, p. 227 – 236, Fev / 2019.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A intervenção judicial em políticas públicas prisionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, pp. 23-54, jul./dez. 2018.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e o “compromisso significativo”: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. **Revista Em Tempo**, v. 15, dez. 2016. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>>. Acesso em: 27 mar 2020.

MELOSSI, Dario. **Controlling crime, controlling society**: Thinking about crime in Europe and America. Cambridge: Polity Press, 2008.

MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

MENDES, Cândido; BRITO, Lemos; CARRILHO, Heitor. Exposição de motivos do Projeto de Código Penitenciário de República, de 1933. p. 13-125. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz natural no processo de execução penal**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. (obra de 1747). Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Valentina de; ALVES, Felipe Dalenogare. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças estruturantes**: uma análise das condenações brasileiras. Disponível em: <<https://bit.ly/2Re4hUK>>. Acesso em 09 abr. 2020.

PALMER, Tom G. Book Review: The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes by Stephen Holmes and Cass R. Sunstein. **Cato Journal**. vol. 19, n. 2, p. 331-336, 1999.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena & execução penal: Uma introdução crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PULIDO, Carlos Bernal. Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law—Part II: The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court. **Blog of the International Journal of Constitutional Law**. Out., 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3eZC8t5>>. Acesso em 30 abr 2021.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina; ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. Apontamentos sobre o controle penal no Brasil Imperial: estudo em homenagem a Massimo Pavarini. In: GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de (Org.). **Cárcere sem Fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2019.

Princípios de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf> Acesso em 19 nov 2020.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBERTSON, James. The Jurisprudence of the PLRA: Inmates as outsiders and the countermajoritarian difficulty. **The Journal of Criminal Law and Criminology**. v. 92, n. 1, 2001-2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária:** estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Cortes y Cambio Social.** Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Dejusticia, 2010.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law Review**, v. 89, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **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.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil.** – Rio de Janeiro: Revan, 2005, 1ª reimpressão, novembro de 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. – São Paulo: Saraiva, 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2. ed. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. p. 11-53. *In:* TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação dos poderes: anotações ao AGRG no AGIN 708.667 do STF. **Revista dos Tribunais**, vol. 921/2012, p. 471-492, jul. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ks24zb>> Acesso em: 08.ago.2019.

STEVENSON, Oscar. Justificação do Anteprojeto de Código Penitenciário de 1957, p. 127-191. *In*: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Projeto e Anteprojeto de Código Penitenciário**. Rio de Janeiro, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1978.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**. Out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 03.fev.2021.

TAPIA, Juan F. La exigida reacción jurisdiccional frente a las ilegítimas condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires. **Anuario de Derecho de Ejecución Penal**. IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal” Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2002. Disponível em: <https://www.academia.edu/38724760/La_exigida_reaccion_jurisdiccional_frente_a_las_ilegitimas_condiciones_de_detencion_en_Pcia_de_Buenos_Aires>. Acesso em 09 dez 2020.

TAPPAN, Paul W. The legal rights of prisoners. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 293 (May, 1954).

TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas** - 3. ed. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. Corte Interamericana de Derechos Humanos e a crise no sistema carcerário brasileiro: entre o litígio estratégico e o litígio estrutural. *In*: ALVES, Verena Holanda de Mendonça; NEVES, Rafaela Teixeira Sena;

RESQUE, João Daniel Daibes (orgs.). **Direitos Humanos e(m) Tempos de Crise**. Porto Alegre: Editora Fi, p. 438-456, 2019.

VAN DER BROOCKE, Bianca M. Schneider. **Estado de coisas inconstitucional e managerial judging: gestão judicial ativa e dialógica nos litígios estruturais**. 2020. 206 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

VOGELMAN, Richard P. Prison Restrictions – Prisoner Rights. **The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science**. v. 59, n. 3, 1968.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. *In*: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. – São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas ilícitas: um desafio a la dogmática penal**. – 1. ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editora del Sur, 2020.

ANEXO 1
(Pesquisa feita pelo STF)

PESQUISA FEITA PELO STF 5 DECISÕES ENVIADAS*						
	AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	DATA DE JULGAMENTO	ASSUNTO PRINCIPAL	FAVORÁVEL À INTERVENÇÃO ?	ORIGEM DO PROCESSO
ACÓRDÃO	STA 843 AgR / MA - MARANHÃO Suspensão da Tutela Antecipada	<p>Como alegado pelo Ministério Público do Maranhão, a decisão agravada fundamentou-se também na possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário para a adoção de providências necessárias pelos entes administrativos estatais, principalmente quando se cuidar de garantia dos direitos constitucionais à dignidade e à integridade de custodiados prejudicados por omissão do Poder Público. Para tanto, adotei entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 592.581/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 1º.2.2016. No agravo regimental não se impugnou esse fundamento, que subsiste íntegro e é suficiente para o desprovimento do recurso, nos termos do art. 317, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:</p> <p>(...) Tutela antecipada concedida na origem para que o Estado do Maranhão arque com as despesas para a reforma da Delegacia da Comarca de Cedral, com base nas especificações trazidas na Lei de Execuções Penais, sem a paralisação dos serviços ora prestados, e designe um Delegado de Polícia para atuar na Comarca.</p>	07/04/2017	Reforma de delegacia	SIM	Ação Civil Pública ajuizada pelo MP Maranhão

	<p>ADPF 347 MC / DF - DISTRITO FEDERAL Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</p>	<p>"a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos."</p> <p>determinou-se: (a) aos juízes e tribunais, para que realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento da pessoa presa perante a autoridade judiciária, com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, consideradas as dimensões continentais do país e as peculiaridades de cada região; (b) à União, que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. E de ofício, (c) que a União e os Estados encaminhassem ao STF informações sobre a situação prisional.</p>	<p>09/09/2015</p>	<p>Liberação de saldo do FUNPEN (além do que ficou para o mérito, como reformas e construção de presídios)</p>	<p>SIM</p>	<p>ADPF - PSOL</p>
	<p>RE 592581 / RS - RIO GRANDE DO SUL Recurso Extraordinário</p>	<p>I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos</p>	<p>13/08/2015</p>	<p>Determinar a realização de obras emergenciais</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública ajuizada pelo MP Rio Grande do Sul</p>

		<p>poderes.O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.</p>				
MONOCRÁTICA	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.131.552 CEARÁ</p>	<p>O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou ser possível ao Poder Judiciário determinar ao ente estatal prática garantidora da concretização do direito constitucional à segurança pública.</p> <p>TRECHO DO ACÓRDÃO DO TJ/CE TRANSCRITO PELO STF: "o magistrado a quo julgou procedente, acertadamente, o pedido de construção da Delegacia de Polícia Civil de Marco, porquanto salta aos olhos que a situação narrada nos autos exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada"</p>	27/05/2019	Construção de Delegacia de Polícia Civil	SIM	Ação Civil Pública pelo MP do Ceará

* Desconsiderada uma das decisões enviadas (HC 110844 / RS - RIO GRANDE DO SUL), pois trata de controle da prisão preventiva pelo Judiciário.

ANEXO 2

**Pesquisa com os termos: PRESÍDIO e
DIGNIDADE e POLÍTICAS adj PÚBLICAS e
JUDICIÁRIO**

Acórdãos encontrados: 3*

Decisões monocráticas encontradas: 20*

	AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	DATA DE JULGAMENTO	ASSUNTO PRINCIPAL	FAVORÁVEL À INTERVENÇÃO?	ORIGEM DO PROCESSO
ACÓRDÃO	RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252 MATO GROSSO DO SUL	<p>TEMA 365. (a) restabelecer o juízo condenatório da apelação, vencidos Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello que lhe davam provimento, mas adotavam a remição como forma indenizatória; e, (b) fixar a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.</p> <p>Ao Estado incumbe a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos detentos.</p> <p>É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem</p>	16/02/2017	Pagamento de indenização por danos morais pelo Estado, diante da ausência de condições legais de encarceramento.	SIM	Ação de indenização

		<p>ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.</p>			
MONOCRÁTICA	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.170.152 MATO GROSSO DO SUL</p>	<p>O Tribunal a quo decidiu a controvérsia acerca do dever do Estado de Mato Grosso do Sul implantar plantão de 24 horas na Delegacia Especializada de Atendimento à Infância e à Juventude-DEAIJ na cidade de Campo Grande/MS, a fim de que todo menor apreendido em flagrante seja conduzido a ambiente próprio.</p> <p>consoante a jurisprudência deste Tribunal, o Poder Judiciário possui legitimidade para, excepcionalmente, determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, o que não configura violação do princípio da separação dos poderes.</p> <p>Bem examinados os autos, verifico que o presente recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Mato</p>	23/10/2018	<p>Dever do Estado de implantar plantão 24 horas em delegacia especializada no atendimento à infância e à juventude</p>	<p>SIM</p> <p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Mato Grosso do Sul</p>

		<p>Grosso do Sul perdeu o objeto.</p> <p>Julgado prejudicado o recurso.</p>				
	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.131.658 MINAS GERAIS</p>	<p>PRESOS RECOLHIDOS EM PRESÍDIOS ESTADUAIS. SUPERLOTAÇÃO. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA DETERMINAR OBRIGAÇÕES DE FAZER AO ESTADO. SISTEMA CARCERÁRIO DE MINAS GERAIS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. (...)</p> <p>A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar a implantação de políticas públicas, por se relacionarem a direito ou garantia fundamental.</p> <p>Multa diária foi fixada na origem para que o Estado se abtenha de colocar mais presos em local superlotado e inicie a transferência do excedente.</p>	<p>23/05/2018</p>	<p>Determinação ao Estado para se abster de colocar mais presos em local superlotado e determinação de transferência</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública do MP de Minas Gerais</p>

	<p>RECLAMAÇÃO 29.800 GOIÁS</p>	<p>No caso dos autos, o ato reclamado determinou a construção de um estabelecimento prisional na comarca de Maurilândia/GO, bem como de obras urgentes que visem a garantir a mínima segurança e gestão do atual ergástulo público ali existente.</p> <p>A decisão cinge-se à determinar a execução de políticas públicas que assegurem a segurança e dignidade humana dos presos que se encontram no referido estabelecimento. Não há, portanto, identidade entre o debate travado na presente reclamação e o entendimento vinculante firmado na ADC nº 4/DF apto a instaurar o exercício da jurisdição, em sede reclamationária, pelo Supremo Tribunal Federal.</p>	<p>23/03/2018</p>	<p>Construção de estabelecimento prisional e realização de obras urgentes</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado de Goiás</p>
	<p>MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 25.119 DISTRITO FEDERAL</p>	<p>"Em linhas gerais, a Portaria lançou mão da incorreta aplicação dos limites da Súmula Vinculante nº 56, bem como do RE 641.320/RS, para a abertura de vagas no regime semiaberto, nas unidades prisionais sujeitas à Coordenação regional de presídios do 9º Decrim"</p> <p>TEMA: A Portaria nº 022/2016, editada pelos Meritíssimos Juizes do Departamento Estadual das Execuções Criminais de São José dos Campos (9ª Região Administrativa Judiciária), tendo presente a necessidade de evitar-se a</p>	<p>03/10/2016</p>	<p>Portaria de Juizes editada para conceder prisão domiciliar a alguns reclusos, visando a abertura de vagas no semiaberto</p>	<p>SIM</p>	<p>Reclamação</p>

		<p>ocorrência, de todo inaceitável, de excesso de execução (anomalia expressamente vedada pelo art. 185 da LEP), cuja origem reside na incapacidade do Poder Público de cumprir o ordenamento positivo em tema de execução da pena, adotou medidas tendentes a superar os graves obstáculos gerados pela omissão do Estado em fazer cumprir os deveres jurídicos que lhe foram impostos, nesse específico domínio, pela legislação da República, notadamente pela Lei nº 7.210/84.</p> <p>A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que veio a consolidar-se no enunciado inscrito na Súmula Vinculante nº 56, constituiu justa reação do Poder Judiciário a esse verdadeiro “estado de coisas inconstitucional” em que vergonhosamente se transformou o sistema penitenciário brasileiro.</p> <p>Ao final, a decisão foi no sentido de "restabelecer, para fins de sua imediata execução, até final julgamento da presente reclamação, a aplicabilidade da Portaria nº 022/2016 editada pelos MMs. Juízes de Direito do DEECRIM da 9ª RAJ (São José dos Campos)."</p>				
--	--	--	--	--	--	--

	<p>AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 948.146 SÃO PAULO</p>	<p>O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, tem assentado, em casos semelhantes, a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, para garantir a concretização de direitos fundamentais de titularidade dos jurisdicionados.</p> <p>As instâncias de origem decidiram pela procedência parcial do pedido, determinando “que o Estado de São Paulo, por seus órgãos competentes, não permita o ingresso de preso na Cadeia de Penápolis, em número maior que 30 indivíduos, removendo, ainda, os presos com condenação definitiva, tudo em 10 dias, mantida a multa de fls. 81” (e-STJ, fl. 232, doc. 4).</p> <p>Portanto, a controvérsia foi decidida em conformidade com a jurisprudência do STF, razão pela qual não merece reforma o acórdão recorrido.</p>	<p>08/09/2016</p>	<p>Determinação para que o Estado de São Paulo não permita o ingresso de presos em estabelecimento prisional</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo</p>
	<p>ARE 832823 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 24/06/2015</p>	<p>O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou a possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, máxime quando se cuida, como na espécie, de adoção de providências específicas, garantidoras dos direitos constitucionais fundamentais à vida e à integridade física daqueles sob a custódia do Estado:</p>	<p>24/06/2015</p>	<p>Determinação judicial visando a limitação da quantidade de presos em estabelecimento prisional</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública pelo MP de São Paulo</p>

		<p>TEMA: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Pretensão de limitar a população carcerária de determinado presídio ao máximo da sua capacidade. Impossibilidade jurídica do pedido não ocorrente. Não pertence à esfera do poder discricionário da Administração desrespeitar os direitos legais dos presos quanto a celas individuais, espaços mínimos ou não alojar inúmeros presos numa única cela."</p> <p>Negado seguimento ao Agravo Interno.</p>				
--	--	--	--	--	--	--

- * Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas:**
- (i) pela não configuração de desrespeito ao que foi decidido pelo STF na ADPF 347;**
 - (ii) hipóteses de substituição de prisão preventiva;**
 - (iii) questionamento de Decreto de Indulto;**
 - (iv) acórdãos que não sejam de matéria penitenciária, ainda que invoquem precedente dessa matéria;**
 - (v) acórdãos tratando de instituições de acolhimento de crianças e adolescentes ou escolas públicas;**
 - (vi) promoção, remoção e transferências de policias em delegacias de polícia.**

ANEXO 3

**Pesquisa com os termos: PRESÍDIO e
DIGNIDADE**

Acórdãos encontrados: 9*

Decisões monocráticas encontradas: 246*

Decisões da presidência encontradas: 9*

	AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	DATA DE JULGAMENTO	ASSUNTO PRINCIPAL	FAVORÁVEL À INTERVENÇÃO?	ORIGEM DO PROCESSO
PRESIDÊNCIA	SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA N.º 147 / AMAZONAS	<p>Dessa feita, não vislumbro, no caso, violação à ordem pública na determinação judicial de que se proceda à interdição parcial da unidade prisional em funcionamento ou mesmo de que se implemente o término das obras da unidade prisional em construção, tendo em vista a evidente e incontroversa necessidade de novas unidades penitenciárias.</p> <p>Por outro lado, há que se reconhecer que o Estado do Amazonas não se encontra inerte, tendo buscado fazer uso dos recursos disponíveis do Fundo Penitenciário. Note-se que, segundo as informações dos autos, desde 2008 firmou contrato de repasse (nº 0282.632-82/2008-MJ), em 2010 efetivou a contratação de empresa para construção da penitenciária, com execução de 73,38% das obras. Essa mesma empresa, todavia, alegou indisponibilidade financeira para dar sequência à obra, o que justificou a rescisão contratual. Promovidos os trâmites administrativos, encontra-se em andamento, perante a CEF, a reprogramação do convênio, necessário a viabilizar novo processo licitatório que permita a continuidade das obras.</p> <p>Dada, assim, a necessidade de preservar a ordem</p>	07/01/2020	Determinação de interdição parcial de unidade, finalização de obras e remoção de presos.	SIM	Ação Civil Pública da Defensoria Pública do estado do Amazonas

		pública sem desatendimento da ordem de origem naquilo que consentânea com a jurisprudência desta Corte, tenho que é caso de concessão parcial da ordem, para determinar a suspensão da decisão tão somente no que respeita à ordem subsequente, qual seja, “que providencie o recambiamento dos presos além do limite de 60 (sessenta) para outras unidades prisionais com capacidade, sob pena de multa de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por mês de atraso em que se verifique número superior”.				
	SUSPENSÃO DE LIMINAR N.º 218 / PARÁ	<p>O ESTADO DO PARÁ apresentou pedidos de extensão da liminar nestes autos deferida pela então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, com o fito de obter a suspensão de ordens emanadas da Justiça comum daquele estado, que lhe impunham a interdição de estabelecimentos prisionais, bem como a realização de reformas e construção de novos presídios.</p> <p>Assim, tem-se que a pretensão em questão atenta contra a moderna jurisprudência deste STF acerca do tema, sendo certo, ainda, que o próprio agir do estado requerente, procurando dar cumprimento às ordens que lhe são ditadas, nessa matéria, pelo Poder Judiciário, reconhece sua obrigação em melhorar a condição carcerária em seu território, do que faz prova, ainda, o fato de que várias das ações arroladas neste pedido de suspensão já foram extintas, porque cumpridas as ordens nelas proferidas.</p>	01/02/2019	Interdição, reformas e construção de presídios	SIM	Ação Civil Pública do Ministério Público do estado do Pará

	<p>MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 139841 MC / DF</p>	<p>Habeas corpus, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública de Alagoas, em benefício dos presos custodiados na Delegacia Regional de Delmiro Gouveia/AL.</p> <p>** Dentre as autoridades coatoras está o Governo do Estado de Alagoas***</p> <p>A Impetrante alega contrariedade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e ressalta que a “OMISSÃO FLAGRANTE DAS AUTORIDADES COATORAS na manutenção de presos em carceragens de delegacia, unidade interdita parcialmente por determinação judicial em razão das CONDIÇÕES DE ABRIGAMENTO DE PESSOAS, caracteriza contrariedade de texto expresso da Constituição Federal, Pactos internacionais do qual o Brasil é signatário e especificamente da lei de Execução Penal pátria.</p> <p>Determinações dadas na origem, pelo Juízo de 1º grau: “1) a interdição parcial da Delegacia de Delmiro Gouveia, permitindo-se apenas o recolhimento simultâneo de, no máximo, 32 (trinta de dois) custodiados, que é o limite original projetado; 2) a transferência de presos de outras comarcas e já sentenciados para outros estabelecimentos prisionais, de preferência o presídio do Agreste; 3) a proibição de permanência na Delegacia de Delmiro Gouveia de presos após serem sentenciados; 4) separação imediata dos adolescentes dos adultos e daqueles recolhidos por dívidas alimentas dos presos por processos criminais; 5) fornecimento imediato e regular de alimentação</p>	16/01/2017	Interdição de delegacia, transferência de presos, remoção de lixo, desativação de carceragem, fornecimento de alimentação aos presos.	SIM	Ação Civil Pública pela defensoria pública de Alagoas
--	---	--	------------	---	-----	---

		<p>aos custodiados, consistente em, no mínimo, três refeições diárias. 6) remoção de lixo, entulhos e combate a pragas; 7) início dos procedimentos necessários para a desativação da carceragem ou, alternativamente, reforma da Delegacia Regional de Delmiro Gouveia, atentando-se para as questões de acessibilidade, instalações elétricas/hidráulicas e separação de celas.</p> <p>11. Pelos elementos trazidos nos autos, não se tem como afirmar esteja essa decisão sendo descumprida atualmente. Alagoas protocolizou a Suspensão de Liminar n. 08042185120168020000 no Tribunal de Justiça alagoano, que está aguardando decisão, com base em consulta no sítio eletrônico desse Tribunal.</p> <p>12. Na espécie vertente, as circunstâncias expostas na inicial e os documentos juntados comprovam ser imprescindível prudência na análise do pleito, por não se poder permitir, sem fundamentação suficiente, a supressão da instância a quo.</p>				
--	--	--	--	--	--	--

	<p align="center">MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.087 RIO GRANDE DO SUL</p>	<p>Suspensão de liminar, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Rio Grande do Sul, em 6.1.2017, com o objetivo de se obter suspensão dos efeitos de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho no julgamento do Agravo de Instrumento.</p> <p>9. Quanto ao alegado risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, é de se concluir que a aplicação de multa diária, com a imediata execução da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho, comprometeria o combalido quadro econômico-financeiro do ente federado, como devidamente demonstrado, que apresentou documentos comprovadores “da superlotação, interdição de presídios e absoluta inexistência de vagas” e da “gravíssima crise financeira” ali instalado .</p> <p>10. Quanto à determinação de transferência imediata dos presos - “condenados, recapturados, provisórios ou em flagrante, com respectivos atos de polícia judiciária findos e que apenas aguardam vagas” - das Delegacias de Polícia para “estabelecimentos penais compatíveis na forma da lei”, anoto que a decisão impugnada condicionou seu cumprimento aos “critérios de conveniência e oportunidade administrativas do” Requerente, pelo que não vislumbro, no ponto específico, possibilidade de grave lesão ao interesse público – à ordem, à economia e à segurança públicas.</p> <p>11. Pelo exposto, defiro em parte o pedido para suspenderem-se os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho no julgamento do Agravo de Instrumento n. 70069345171, apenas quanto à aplicação da multa fixada.</p>	<p align="center">06/01/2017</p>	<p align="center">Determinação de transferência de presos sob pena de multa e impossibilidade de receber novos.</p>	<p align="center">INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p align="center">Ação Civil Pública do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul</p>
--	--	--	----------------------------------	---	---	---

MONOCRÁTICA	<p>ARE 1157430 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO</p>	<p>No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, "a" e "c", da Constituição Federal, aponta-se violação ao art. 37, § 6º, do texto constitucional.</p> <p>Nas razões recursais, alega-se que o Estado é objetivamente responsável pelos danos morais causados em virtude da prisionização em condições que não possuem o mínimo de dignidade. (eDOC 8, p. 11)</p> <p>Assim, divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.</p>	18/09/2018	<p>Indenização por danos morais pelo Estado por conta das condições insalubres do presídio.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Ação de Indenização por Dano Moral</p>
	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.213.887 MATO GROSSO DO SUL</p>	<p>Isso porque o acórdão recorrido não se encontra em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia trazida nos autos no RE 592.581-RG/RS (Tema 220), de minha relatoria, julgado pelo Plenário em 1/2/2016</p> <p>Ademais, quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, que o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais.</p>	04/10/2019	<p>Determinação de interdição de Cadeia Pública e remoção de presos.</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Mato Grosso do Sul</p>

	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1193069 RIO GRANDE DO SUL</p>	<p>Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendeu não existirem provas suficientes de que o agravante teria sofrido graves abalos decorrentes das condições precárias do presídio.</p> <p>Assim, divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário.</p> <p>Por fim, ressalto que a decisão recorrida está em consonância com o julgado por esta Corte no tema 365 da repercussão geral, decisão ementada nos seguintes termos: “Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento.”</p>	<p>14/03/2019</p>	<p>Responsabilidade de do Estado por danos morais. Dever de indenizar.</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação de Indenização por Dano Moral</p>
	<p>ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 518 DISTRITO FEDERAL</p>	<p>Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Instituto Anjos da Liberdade e pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM contra “os parágrafos primeiro, segundo e terceiro, e o artigo 2º da Portaria 718 de 28/08/2017, de responsabilidade do Ministro da Justiça e Segurança Pública”, que regulamenta a visita íntima no interior das Penitenciárias Federais, tendo em vista a “necessidade uma interpretação conforme à Constituição e aos Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos.</p>	<p>06/06/2018</p>	<p>Visava a inconstitucionalidade de Portaria do Ministério da Justiça sobre visita íntima em penitenciárias federais.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</p>

		<p>Salientam que “estamos discorrendo sobre o direito às visitas de familiares com contato direto, pessoal, dos detentos, não importando qual a natureza do regime prisional, com seus filhos, bem como do direito à visita íntima”. Argumentam que estabelecer restrições às visitas pessoais é impor à família do preso uma pena que ultrapassa a pessoa do condenado.</p> <p>Sendo assim, diante da hipótese legal e da situação concreta exposta por esta ADPF apresentada pelo Instituto Anjos da Liberdade e pela Associação Brasileira de Advogados Criminalistas - ABRACRIM, em face da relevância da matéria e de seu significado para a ordem social e a segurança jurídica (notadamente o imprescindível respeito aos direitos dos presos que integram a população carcerária dos presídios federais, bem como aos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana), como prevê o mencionado art. 12 da Lei 9.868/1999, submete-se o processo diretamente ao plenário para a apreciação por parte do Tribunal Pleno do STF.</p> <p>Ante o exposto, solicitem-se informações ao Ministro de Estado do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no prazo de até 10 (dez) dias.</p>				
--	--	---	--	--	--	--

	<p align="center">RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.024.106 SANTA CATARINA</p>	<p>O Tribunal de origem decidiu que a transferência de presos e a interdição de estabelecimento prisional compete ao Juiz-Corregedor das execuções penais, nos termos dos artigos 302 e seguintes do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, não sendo, portanto, a ação civil pública o meio adequado ao caso, pelo que extinguiu o feito sem apreciação do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, conforme se verifica de parte do trecho do acórdão ora impugnado.</p> <p>Nesse sentido, o Tribunal a quo dirimiu a questão com base na legislação local aplicável ao caso, Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, a discussão revela-se adstrita ao âmbito infraconstitucional, tornando oblíqua ou reflexa eventual ofensa à Constituição Federal, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário, incidência ao caso da Súmula 280 do STF.</p> <p>Ante o exposto, nego provimento ao recurso, nos termos do artigo 932, IV, a e b, do Código de Processo Civil.</p>	<p>19/09/2017</p>	<p>Busca de tutela jurisdicional para remoção de presos e interdição de presídio.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do estado de Santa Catarina</p>
--	---	--	-------------------	---	--------------------------------------	---

	RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 979164 SÃO PAULO	<p>Nas razões recursais, com fundamento no permissivo constitucional do art. 102, III, a, aponta-se ofensa aos artigos 2º e 167 da Constituição da República, sob a alegação de violação do princípio de separação dos poderes, invocando a tese da interferência do judiciário no juízo discricionário da Administração na realização de políticas públicas.</p> <p>*Obrigação de fazer consistente em organizar e manter, com recursos materiais e humanos, local destinado ao acolhimento institucional de crianças e adolescentes*.</p> <p>É entendimento iterativo desta Corte reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas, constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, o que não configura violação ao princípio de separação dos poderes.</p>	19/09/2017	<p>Imposição de obrigação de fazer consistente em organizar e manter, com recursos materiais e humanos, local destinado ao acolhimento institucional de crianças e adolescentes</p>	SIM	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo</p>
--	---	---	------------	---	-----	--

	<p style="text-align: center;">RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 799.121 RIO GRANDE DO SUL</p>	<p>Nas razões do sustenta-se, em síntese, que o princípio constitucional da separação dos poderes não pode ser interpretado como uma vedação absoluta à intervenção judicial na tutela de direitos fundamentais sociais e coletivos e de princípios constitucionais fundamentais, sob pena de eliminar completamente a eficácia e a afetividade jurídica das normas constitucionais que tutelam tais direitos e princípios.</p> <p>Este Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do Poder Judiciário para impor obrigação de fazer com vistas à concretização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas, quando houver omissão da Administração Pública. Nesse sentido, a ordem judicial não configura violação do princípio de separação dos Poderes, tampouco da discricionariedade do ente estatal em dispor das verbas orçamentárias a ele vinculadas, pois cuida-se de situação que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada.</p> <p>Ante o exposto, determino a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação à sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 328 do RISTF.</p>	<p>17/02/2017</p>	<p>Determinação de proibição de transferência e a obrigação de lotação de agentes em Delegacia de Polícia</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Rio Grande do Sul</p>
--	---	---	-------------------	---	------------	--

	<p align="center">RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 899.127 GOIÁS</p>	<p>Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que afirmou a possibilidade de interdição parcial de unidade prisional, bem como a prevalência da dignidade da pessoa humana, devendo ser afastada a alegação de ferimento do princípio da reserva do possível e da separação dos poderes.</p> <p>O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria ora tratada, relativa aos limites de atuação do Poder Judiciário sobre determinação ao Poder Executivo de realização de obras em presídio.</p> <p>Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do CPC.</p>	<p align="center">26/08/2015</p>	<p align="center">Determinação de interdição parcial de unidade prisional.</p>	<p align="center">SIM</p>	<p align="center">Ação Civil Pública do Ministério Público do estado de Goiás</p>
	<p align="center">RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.549 GOIÁS</p>	<p>Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Goiás que decidiu que "Tratando-se de obrigação de fazer inserida em política pública constitucional vinculativa, fica autorizada a ingerência do Poder Judiciário para compelir a Administração à eleição de estratégias de atuação visando implementá-la de forma eletiva, restando preservada a sua esfera de atuação, dentro da discricionariedade que lhe confere o ordenamento jurídico".</p> <p>No julgamento eletrônico do Recurso</p>	<p align="center">01/12/2013</p>	<p align="center">Determinação de implementação de estratégias para restabelecer as condições do presídio local (intervenção em política carcerária).</p>	<p align="center">INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO (AGUARDOU A REPERCUSSÃO GERAL NO RE 592.581)</p>	<p align="center">Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado de Goiás</p>

		<p>Extraordinário n. 592.581, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, este Supremo Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral de questão constitucional idêntica a deste recurso extraordinário.</p> <p>Reconhecida a repercussão geral do tema, os autos deverão retornar à origem para aguardar o julgamento do mérito e, após a decisão, observar o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil.</p>				
	<p>HABEAS CORPUS 117.815 SÃO PAULO</p>	<p>Consta dos autos que a impetrante formulou pedido de providências ao Juízo da 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente/SP para que fosse determinado à Autoridade Administrativa da Penitenciária "Tacyan Menezes Lucena", de Martinópolis/SP, que permitisse o banho de sol aos presos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar em todos os dias da semana, no período de duas horas por dia. O pleito, contudo, foi indeferido. A Defensoria Pública estadual interpôs, então, agravo em execução no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e manteve a proibição. Dessa decisão foram interpostos recursos especial e extraordinário, que ainda aguardam juízo de admissibilidade.</p> <p>Conforme informações prestadas pela unidade prisional às fls. 16/17, tal fato decorre de impedimento estrutural, consistente em 'falta de estrutura física (ausência de pátio de sol no respectivo pavilhão), bem como de riscos para a segurança e disciplina da unidade'</p>	<p>28/05/2013</p>	<p>Determinação para que a unidade prisional permitisse banho de sol aos presos recolhidos.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Habeas Corpus</p>

		<p>Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a impetrante interpôs agravo regimental contra a decisão que negou seguimento ao HC 269.265/SP, cujo recurso está pautado para ser julgado nesta data (28/5/2013).</p> <p>Assim, entendo ser de todo conveniente aguardar o pronunciamento definitivo da instância antecedente, não sendo a hipótese de se abrir, neste momento, a via de exceção. Isso posto, com base no art. 38 da Lei 8.038/1990 e no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento a este writ. Prejudicado o exame da medida liminar.</p>				
	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 545567 / RJ - RIO DE JANEIRO</p>	<p>Lusimar Caitano Bertoleiro interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado: “Indenização por dano moral. Pretensão formulada por irmã de vítima que foi assassinada no interior de Presídio onde cumpria pena. Autora com vida própria e independente, que não demonstrou o efetivo sofrimento, dor profunda, equilíbrio psíquico para evidenciar o aludido dano. Visitas à penitenciária, auxílio ao parente preso, presença em momentos</p>	<p>18/08/2011</p>	<p>Dano moral pelo assassinato de parente na prisão.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Ação de Indenização por Dano Moral</p>

	<p>relevantes que não foram comprovadas. Vítima que se encontrava encarcerada há vários anos. Dano moral que não restou comprovado. Presidiário que foi morto asfixiado por constrição do pescoço (enforcamento). Crime que foi assumido por outro detento. Em sede de responsabilidade do Estado, tal não se pode imputar quando os fatos ultrapassam os limites da previsibilidade, sendo assim que a morte do presidiário escapa do risco administrativo, por ser ato predatório de terceiro. Vários precedentes deste Colendo Órgão Fracionário neste sentido. Negado provimento”</p> <p>Nesse caso, para acolher a pretensão da recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem acerca de tais fatos, seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário.</p> <p>Ao final, é citado precedente que fala da falta de respaldo probatório quanto ao dano moral decorrente do vínculo entre a pessoa falecida e o familiar.</p>				
--	---	--	--	--	--

	<p align="center">RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 545376 / RJ - RIO DE JANEIRO</p>	<p>Dilson Bertoleiro interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou seu pedido de indenização por danos morais, em razão do assassinato de seu irmão, no interior de um estabelecimento prisional do Estado (fls. 154 a 162).</p> <p>Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 166 a 168).</p> <p>Alega o recorrente violação dos artigos 5º, inciso XLIX e 37, § 6º, da Constituição Federal, consubstanciada pela rejeição de sua pretensão ressarcitória deduzida contra o estado, em razão do assassinato de seu irmão em um presídio, onde cumpria pena.</p> <p>Na origem, entendeu-se que o abalo emocional não resolu demonstrado</p> <p>Nesse caso, para acolher a pretensão da recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem acerca de tais fatos, seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário.</p> <p>Ao final, é citado precedente que fala da falta de respaldo probatório quanto ao dano moral decorrente do vínculo entre a pessoa falecida e o familiar.</p>	<p align="center">18/08/2011</p>	<p align="center">Dano moral pelo assassinato de parente na prisão.</p>	<p align="center">INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p align="center">Ação de Indenização por Dano Moral</p>
--	---	---	----------------------------------	---	---	--

	<p align="center">AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 748278 / MS - MATO GROSSO DO SUL</p>	<p>AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AGRAVO PROVIDO PARA DETERMINAR A SUBIDA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VISTA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. Relatório</p> <p>1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República.</p> <p>2. O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul: “SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. Improcede a condenação do Estado em indenização decorrente de danos morais advindos de superpopulação carcerária, diante de sua impossibilidade orçamentária, em obediência ao 'princípio da reserva do possível' ” (fl. 367).</p> <p>Sem prejuízo de uma posterior e aprofundada análise do preenchimento dos requisitos para o cabimento do recurso Extraordinário, mas, para melhor compreensão da controvérsia e considerando a forma reiterada com essa controvérsia tem sido submetida à análise deste Supremo Tribunal, dou provimento a este agravo de instrumento. Subam os autos para apreciação do recurso extraordinário</p>	<p align="center">10/02/2011</p>	<p align="center">Indenização por danos morais pelo Estado por conta da superlotação carcerária.</p>	<p align="center">INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p align="center">Ação de Indenização por Dano Moral</p>
	<p align="center">RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 595182 / MG - MINAS GERAIS</p>	<p>RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. ALEGAÇÃO DE PRECARIIDADE DE CADEIA PÚBLICA. CONTROLE JURISDICIONAL 2. RECORRENTE INFORMA PERDA DE OBJETO. DESATIVAÇÃO DA CADEIA COM TRANSFERÊNCIA</p>	<p align="center">23/04/2010</p>	<p align="center">Questiona a precariedade de cadeia pública e exige o controle jurisdicional.</p>	<p align="center">RECURSO PREJUDICADO</p>	<p align="center">Ação Civil Pública do Ministério Público de Minas Gerais</p>

		<p>DOS PRESOS 3. RECURSO PREJUDICADO.</p> <p>1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “DIREITO PROCESSUAL E CONSTITUCIONAL. PRECARIEDADE DA CADEIA PÚBLICA DE MONTES CLAROS. INTERESSE COLETIVO PRESENTE. LEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET. CONTROLE JURISDICIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFETIVIDADE. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS ACOLHIDOS. 1. Tem o Parquet legitimidade ativa para questionar a situação precária da Cadeia de Montes Claros, vez que tal questão compreende tanto o interesse dos detentos, como, primordialmente, a segurança da sociedade e o princípio da dignidade humana, estas questões de relevante interesse social. 2. O Poder Judiciário tem por missão tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. 3. Não há discricionariedade no dever constitucional de garantir a dignidade da pessoa humana, especificamente do preso, que tem assegurado constitucionalmente seu direito à integridade física e moral” (fl. 660).</p> <p>Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso extraordinário, por perda superveniente de objeto da ação civil pública, e determino a baixa dos autos à origem.</p>				
--	--	---	--	--	--	--

	<p style="text-align: center;">RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 456654 / RS - RIO GRANDE DO SUL</p>	<p>O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL interpõe recurso extraordinário (folhas 327 a 345) contra acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho, assim ementado: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ECA. REVISTA ÍNTIMA EM VISITANTES E INTERNOS. DESCABIMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA INTIMIDADE E INTANGIBILIDADE CORPORAL. DETERMINAÇÃO PARA COMPRA DE APARELHOS QUE SUBSTITUAM A REVISTA. INGERÊNCIA EM ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO.</p> <p>A irresignação não merece prosperar, não devendo o presente recurso sequer ser conhecido, pois os dispositivos constitucionais indicados como violados no recurso extraordinário carecem do necessário prequestionamento, sendo certo que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não cuidou explicitamente das referidas normas, não tendo sido, ademais, interpostos embargos de declaração, para sanar essa eventual omissão. Incidem na espécie as Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte.</p> <p>Tem-se, portanto, que para a perquirição da suposta violação dos referidos preceitos constitucionais, mister seria uma detida análise dos fatos relacionados às revistas pessoais a que são submetidos todos quantos pretendem visitar adolescentes que cumprem medidas sócio-educativas de internação no aludido Centro da Juventude de Uruguaiana, o que se mostra de insuscetível realização, no âmbito de um recurso como o presente, pois, para divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem e</p>	<p>01/02/2010</p>	<p>Determinação de compra de aparelhos que substituam a realização de revista íntima em visitantes e internos.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul</p>
--	---	---	-------------------	--	--	--

		acolher a pretensão do recorrente seria necessário o reexame dos fatos e das provas que permeiam a lide, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário.				
	AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 733876 / MS - MATO GROSSO DO SUL	<p>Sustenta, em síntese, que a permanência em presídios cuja população carcerária ultrapassa, em muito, a lotação prevista, como é o estabelecimento prisional em que se encontra, fere a dignidade humana, pois retira do encarcerado os mais básicos direitos, impondo-lhe sanção além da pena prevista em lei.</p> <p>Argumenta, ainda, que a responsabilidade do Estado é cristalina, já que cabe a ele a custódia dos presos e, além disso, é dele a obrigação de construir novos estabelecimentos para os quais possam os mesmos ser redistribuídos.</p> <p>Sem prejuízo de uma posterior e aprofundada análise do preenchimento dos requisitos para o cabimento do recurso extraordinário, mas, para melhor compreensão da controvérsia, dou provimento a este agravo. Subam os autos para apreciação do recurso extraordinário</p>	11/02/2009	Indenização por danos morais pelo Estado por conta da superlotação carcerária.	INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO	Ação de Indenização por Dano Moral
	HC 148119 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS	<p>No presente HC, sustenta-se, em síntese:</p> <p>a) necessário afastamento do óbice contido na Súmula 691/STF;</p> <p>b) ocorrência de constrangimentos ilegais e abusos de poder sofridos pelo paciente, em decorrência do seguinte:</p> <p>b.1) violação aos princípios da legalidade e da hierarquia da leis, porquanto a citada Portaria MJSP 718/2017 violaria expressas disposições legais contidas nos arts. 45, § 3º, e 58 da Lei de</p>	04/10/2017	Reconhecimento do constrangimento ilegal em Portaria do Ministério da Justiça que suspendia as visitas íntimas	INDEFINIDO	Habeas Corpus

		<p>Execução Penal (LEP), os quais vedam a aplicação da sanção disciplinar coletiva no âmbito da execução penal; ademais, apesar de ter sido noticiado que a suspensão da visita íntima em apreço se daria por suposta mortes de agentes penitenciários, tal fato não possui qualquer nexo com o paciente, devendo os culpados ter individualizadas suas condutas e punidos severamente. Assim, não havendo individualização da conduta a ser punida, deveria ser aplicado o entendimento inserto no citado art. 45, § 3º, da LEP, que veda a aplicação de sanções coletivas, com a consequente liberação das visitas íntimas e sociais;</p> <p>(...)</p> <p>Ou seja, no contexto do habeas corpus, a concessão da tutela de urgência é exceção, e, nesse particular, seu indeferimento deve ser motivado de acordo com essa condição.</p> <p>Sendo assim, o ônus argumentativo para afastar o pleito liminar é extremamente reduzido. Calha reiterar que, em tais hipóteses, não há pronunciamento de mérito da autoridade apontada como coatora, de modo que se mostra recomendável aguardar a manifestação conclusiva do Juízo natural.</p>		<p>em presídios federais.</p>		
--	--	---	--	-------------------------------	--	--

	<p align="center">Rcl 33769 / DF - DISTRITO FEDERAL RECLAMAÇÃO</p>	<p>Busca que seja julgado procedente a presente reclamação, para:</p> <p>(i) anular e suspender os atos coatores praticado pela autoridade reclamada qual seja a suspensão das visitas sociais (em pátio de visitação com contato físico) no Sistema Penitenciário Federal, assim como quaisquer PORTARIAS E DEMAIS ATOS NORMATIVOS QUE OS DISCIPLINEM OU OS RENOVEM ou contrarie o decidido na ADPF 347;</p> <p>(ii) Que ainda se considere o ato e sua motivação genéricos, ilegais e arbitrários, assim como outas fundamentações que Vossa Excelência entender como necessárias, assim com os demais tópicos alhures expostos.” (eDOC 1, p. 21-22)</p> <p>No caso, conforme relatado, alega-se que as disposições contidas na Portaria 157/2019, do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública teriam desrespeitado o acórdão proferido na ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 19.2.2016.</p> <p>Todavia, entendo que a presente insurgência não merece prosperar, até porque o reclamante, considerada a especificidade de sua situação em regime prisional, não logrou demonstrar, com exatidão e pertinência, o efetivo desrespeito das disposições contidas na Portaria MJSP 157/2019 à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal consubstanciada no julgamento da ADPF 347 MC/DF, conforme, aliás, exige a jurisprudência desta Corte.</p>	<p align="center">03/04/2019</p>	<p align="center">Busca anular e sususpender Portaria do Ministério da Justiça a respeito de visitas sociais no Sistema Penitenciário Federal</p>	<p align="center">INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p align="center">Reclamação</p>
--	---	---	----------------------------------	---	---	----------------------------------

	<p>Rcl 27207 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 30/10/2017</p>	<p>Pleiteia seja deferida a presente reclamação para confirmar a liminar, de maneira a garantir a autoridade da Súmula Vinculante nº 56, face o estado inconstitucional de coisas agravado, reconhecido na ADPF 347” (pág. 12 do documento eletrônico 1). (...) No julgamento da Rcl 17.212-AgR/AL pelo Plenário desta Suprema Corte, ficou assentado que a “legitimidade para formalizar a reclamação pressupõe a participação na relação processual formada na origem”, e, por este motivo, carecem as Defensorias Públicas de legitimidade para a propositura desta ação, quando não o fazem no interesse da própria instituição. (...) Registro, entretanto, em obiter dictum, que o estado de coisas inconstitucional descrito nestes autos, e devidamente comprovado pelos documentos aqui juntados, indicam a necessidade de atuação urgente do Governo do Estado do Rio Grande do Sul na resolução, com a maior brevidade possível, da situação degradante daqueles que se encontram presos cautelarmente, pois, na linha da jurisprudência pacífica desta Suprema Corte, a garantia à integridade física e moral dos presos é dever constitucionalmente imposto ao Estado. Isso posto, nego seguimento a esta reclamação (art. 21, § 1º, do RISTF), todavia, determino o encaminhamento de cópia destes autos e desta decisão ao Presidente do Tribunal de Justiça e ao Governador do Estado do Rio Grande do Sul para que dela tomem conhecimento.</p>	<p>30/10/2017</p>	<p>Precariedade da situação das carceragens das delegacias. Julgado nega seguimento à reclamação, mas manda cópia dos autos ao Governo do Estado e ao Tribunal de Justiça, para conhecimento.</p>	<p>SIM</p>	<p>Reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul</p>
--	---	--	-------------------	---	------------	---

	<p>ADPF 347 MC-segunda / DF - DISTRITO FEDERAL SEGUNDA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL</p>	<p>O Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, as Defensorias Públicas dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e a Associação Direitos Humanos em Rede – Conectas Direitos Humanos requerem o implemento de medida cautelar incidental, com determinação, aos Poderes Executivo e Judiciário, de tomada de providências de urgência objetivando a preservação da vida, da dignidade e da saúde dos presos, considerada a calamidade pública verificada.</p> <p>Pretendem determinação, ao Poder Executivo:</p> <p>a) da abstenção, pela União e Estados, da prática de racionamento de água;</p> <p>b) da prestação de assistência material integral aos presos, tanto pela União quanto pelos Estados, com atenção à entrega de suficientes itens de higiene e limpeza, consideradas as celas e as roupas, nos termos da Resolução nº 4/2017 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária;</p> <p>c) do fornecimento, no tocante à União e aos Estados, de equipamentos de proteção individual aos agentes públicos da administração penitenciária e socioeducativa, tais como máscaras, luvas e produtos de higiene para as mãos;</p> <p>d) da manutenção de equipes mínimas de saúde nas unidades prisionais, conforme os padrões contidos na Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014, dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, ou, nos casos em que não for possível a execução imediata, a elaboração de plano, juntamente à rede de saúde local, objetivando o atendimento</p>	<p>02/04/2020</p>	<p>Determinação ao Executivo para tomada de medidas sanitárias e de pessoal, em face da pandemia do coronavírus</p>	<p>INDEFINIDO</p>	<p>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</p>
--	---	---	-------------------	---	-------------------	---

		<p>em hospital externo, ressaltando-se não poder ser a ausência de escolta motivo idôneo ao descumprimento, sujeito o gestor público a responsabilização.</p> <p>2. Ante a pandemia que assola o País, o Supremo encontra-se em recesso. A jurisdição não pode cessar, no que voltada ao restabelecimento da paz social momentaneamente abalada por conflito de interesses gênero.</p> <p>O Pleno firmou óptica, em relação à qual guardo reservas, no sentido da inadequação das providências de urgência, assentando ampliado o objeto da pretensão formalizada na peça primeira.</p> <p>3. Nego seguimento ao pedido.</p>				
	<p>Ext 1085 / IT - ITÁLIA EXTRADIÇÃO</p>	<p>O acesso a tais direitos, na realidade, há de ser assegurado, sempre, sem qualquer discriminação, a todos aqueles, brasileiros ou estrangeiros (independentemente de sua condição social, econômica ou funcional), que, eventualmente, se achem sob a custódia do Estado. Os órgãos e agentes que compõem a estrutura do Estado (tanto no Poder Executivo quanto no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário) não podem frustrar, por isso mesmo - ainda que fundados em compreensíveis razões de ordem administrativa ou de caráter material -, o exercício das prerrogativas e garantias individuais fundadas, em sua origem mesma, na própria declaração constitucional de direitos. Sob tal aspecto, portanto, as notórias dificuldades (e limitações) de ordem material que afligem o Poder Público, notadamente no âmbito prisional, não podem ser opostas ao exercício dos direitos e garantias individuais</p>	<p>26/06/2007</p>	<p>Determinação para que a unidade permita a entrevista pessoal entre advogado e cliente, independentemente das limitações de espaço.</p>	<p>SIM</p>	<p>Processo de Extradicação</p>

		<p>consagrados pelo estatuto fundamental, sob pena de inaceitável transgressão - que jamais poderá ser tolerada por esta Suprema Corte - ao que proclama a própria Constituição da República, especialmente em tema do direito de defesa.</p> <p>Cumpre assinalar, finalmente, que, em conversação telefônica hoje mantida com o Senhor Delegado Getúlio Bezerra Santos, ilustre Diretor Executivo do DPF, a propósito do obstáculo administrativo ora denunciado pelos defensores do extraditando, foi-me esclarecido que o Departamento de Polícia Federal adotará as providências necessárias à concretização do regular exercício da prerrogativa profissional assegurada aos Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, III), em ordem a possibilitar, nos termos da Constituição da República (art. 5º, incisos LIV e LV), a prática efetiva das garantias inerentes ao “due process of law”, especialmente daquelas que concernem ao direito à ampla defesa, respeitadas (como se impõe) as pertinentes normas de segurança prisional.</p>				
--	--	---	--	--	--	--

***Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas:**

- (i) da forma de realização de revista íntima em presídios;**
- (ii) requisitos para realizar transferência de presos;**
- (iii) revogação de prisão;**
- (iv) substituição da prisão preventiva por domiciliar;**
- (v) pedidos de progressão de regime;**
- (vi) descumprimento da ADPF 347;**
- (vii) relativas à aplicação da súmula vinculante 56;**
- (viii) remição da pena;**
- (xi) políticas públicas que não sejam penitenciárias;**
- (x) saídas temporárias automatizadas;**
- (xi) pedido de prisão domiciliar por conta da pandemia;**
- (xii) inconstitucionalidade de leis estadual sobre remuneração de professores em presídios;**
- (xiii) execução provisória da pena;**
- (xiv) pedido de prisão domiciliar por conta das condições do presídio;**
- (xv) paralização de construção em presídio para aguardar licença ambiental;**
- (xvi) realização de condução coercitiva;**
- (xvii) Decisão que suspende Decreto de Indulto da Presidência.**

ANEXO 4

**Pesquisa com os termos: CONTROLE adj DE
adj POLÍTICAS adj PÚBLICAS**

Decisões monocráticas encontradas: 9*
Decisões da presidência: 1*

AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	ASSUNTO PRINCIPAL
NENHUM	NENHUM	NENHUM

*Foram desconsideradas as decisões que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, principalmente a respeito de políticas públicas que não sejam voltadas à questão carcerária.

ANEXO 5

**Pesquisa com os termos: CRIAÇÃO adj DE adj
POLÍTICAS adj PÚBLICAS**

Decisões monocráticas encontradas: 16* Decisões da presidência: 1*		
AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	ASSUNTO PRINCIPAL
NENHUM	NENHUM	NENHUM

*Foram desconsideradas as decisões que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, principalmente:
 (i) a respeito de concessão de prisão domiciliar;
 (ii) prisão preventiva;
 (iii) a respeito de políticas públicas que não sejam voltadas à questão carcerária.

ANEXO 6

**Pesquisa com os termos: DIGNIDADE e
SISTEMA adj CARCERÁRIO**

Acórdãos encontrados: 9*

Repercussão Geral: 3*

Decisões monocráticas encontradas: 74*

	AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	DATA DE JULGAMENTO	ASSUNTO PRINCIPAL	FAVORÁVEL À INTERVENÇÃO?	ORIGEM DO PROCESSO
ACÓRDÃO	NENHUM	NENHUM	NENHUM			
MONOCRÁTICA	Rcl 26799 / RJ - RIO DE JANEIRO RECLAMAÇÃO	<p>Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, com fulcro no art. 102, I, "I", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Processo nº 0025892-18.2014.8.19.0000, que confirmou liminar concedida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Magé (RJ) para determinar ao Estado reclamante a adoção de providências para reduzir a superlotação e solucionar problemas de infraestrutura da Cadeia Pública Romeiro Neto.</p> <p>Desta forma, o Juízo reclamado, ao determinar a transferência da população carcerária excedente da cadeia pública Romeiro Neto para outra unidade prisional, em razão da superlotação, bem como melhorias de segurança e infraestrutura da unidade prisional, não afrontou a decisão proferida no julgamento da medida cautelar</p>	17/04/2020	Determinação para transferência de presos e tomada de medidas para melhoria da infraestrutura de unidade prisional	SIM	Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

		<p>na ADPF 347, tampouco usurpou a competência desta Suprema Corte.</p> <p>Verifica-se que não se trata de avocação de competência pelo STF para “presidir a solução global e unificada para o sistema carcerário brasileiro”, como argumenta o peticionário. O STF não se propõe, assim, com a referida decisão, a reconfigurar o sistema prisional brasileiro, mas sim atuar de forma dirigente em um contexto extraordinário de violação generalizada e sistemática de direitos humanos, decorrente de uma reconhecida falha estrutural do Estado.</p> <p>Busca-se, com essa medida, garantir o direito dos indivíduos sob custódia do Estado a não serem submetidos a penas cruéis ou tratamento degradante. Impedir que os juízes e tribunais decidam sobre situações de violação da dignidade de pessoas custodiadas, até que seja julgado o mérito da ADPF 347, seria ir contra seu próprio objetivo.</p> <p>Não é possível falar portanto, em suspensão de todos os processos envolvendo questões relativas à administração penitenciária, uma vez que tal pretensão ultrapassa os limites da decisão acima mencionada, não havendo, no caso dos autos, usurpação de competência do STF ou afronta à autoridade de suas decisões.</p>				
--	--	---	--	--	--	--

	<p>ARE 919467 / SC - SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO</p>	<p>Na origem, foi reconhecido que " Indubitável, pois, a situação caótica do sistema prisional do Estado de Santa Catarina, a qual impõe a afirmativa de que existe - sim! - omissão dos entes federados no trato da questão e que as medidas até então tomadas se mostraram inoperantes, caindo por terra o principal fundamento da sentença, a qual é de ser reformada, para que se reconheça a procedência do pedido de criação e implementação de vagas nos regimes fechado e semiaberto no Estado de Santa Catarina"</p> <p>O agravo não merece prosperar. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é uníssona no sentido de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode determinar a implantação de políticas públicas, por se relacionarem a direito ou garantia fundamental.</p>	<p>18/09/2017</p>	<p>Criação de vagas destinadas a presos dos regimes fechado e semiaberto</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública da Defensoria Pública da União</p>
--	--	---	-------------------	--	------------	--

***Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas:**

- (i) Pedido de prisão domiciliar ou antecipação de progressão de regime em face da pandemia do COVID-19;**
- (ii) pedido de remuneração do trabalho do encarcerado;**
- (iii) habeas corpus coletivo para concessão de prisão domiciliar à mulheres que ostentem a condição de gestantes, puérperas com mães de crianças de até 12 anos;**
- (iv) alegação de violação à Súmula 56;**
- (v) discussão sobre a constitucionalidade de lei estadual que prevê o bloqueio de sinal telefônico em região de presídio;**
- (vi) questionamento da constitucionalidade de Decreto de Indulto do Presidente da República.**

ANEXO 7

**Pesquisa com os termos: ESTADO adj DE adj
COISAS
adj INCONSTITUCIONAL**

Acórdãos encontrados: 24*

Questão de Ordem: 1*

Repercussão geral: 5*

Decisões monocráticas encontradas: 331*

	AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	DATA DE JULGAMENTO	ASSUNTO PRINCIPAL	FAVORÁVEL À INTERVENÇÃO?	ORIGEM DO PROCESSO
ACÓRDÃO	ARE 1192016 AgR / MA - MARANHÃO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO	O Supremo enfrentou matéria similar no recurso extraordinário nº 592.581/RS, sob o ângulo da repercussão geral, assentando ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.	17/09/2019	Fixação de prazo para conclusão das obras em presídio e imposição de astreintes	SIM	Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado do Maranhão
	RE 1155959 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	A ação civil pública faz-se voltada à condenação da Administração ao implemento de instalação de câmeras de monitoramento em unidades de internação de menores submetidos a medidas socioeducativas. Ante excepcionalidade, é possível a intervenção do Judiciário na implantação de políticas públicas direcionadas a concretização de direitos fundamentais, especialmente considerado o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional – gênero –, tal qual reconhecido pelo Supremo quando do exame do	30/11/2018	Imposição de obrigação de fazer consistente na colocação de câmeras em Unidade de Internação de Menores	SIM	Ação Civil Pública do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

		<p>pedido de implemento de medida acauteladora na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de fevereiro de 2016.</p>				
	<p>ADPF 404 AgR / BA - BAHIA AG.REG. NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL</p>	<p>A Confederação dos Servidores Públicos do Brasil ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de liminar, buscando o reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional relativamente ao sistema penitenciário do Estado da Bahia e a adoção de providências estruturais consideradas lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos estaduais. Aponta violação aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, economicidade, isonomia e dignidade da pessoa humana, bem assim ao artigo 37 da Constituição Federal.</p> <p>Apesar da referência ao descalabro vivenciado pelo sistema prisional brasileiro – já reconhecido, aliás, pelo Plenário do Supremo –, requer a agravante a análise de questão individualizada, marcada por contingências e peculiaridades fáticas que impedem o pretendido acesso direto a este Tribunal: o saneamento de supostas irregularidades na contratação de agentes penitenciários no âmbito do Estado da Bahia. Embora em jogo a melhoria do sistema carcerário e a inequívoca relevância da matéria, a</p>	<p>21/08/2019</p>	<p>Busca o reconhecimento da impossibilidade de contratação de agentes penitenciários de outros modos, na vigência de concurso público com candidatos aprovados.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil</p>

		diversidade das premissas inviabiliza o seguimento do pedido.				
ACÓRDÃO COM REPERCUSSÃO GERAL	RE 841526 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO	<p>2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.</p> <p>3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).</p> <p>4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.</p> <p>Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º,</p>	30/03/2016	Responsabilidade civil do Estado pela morte de detento	INDEFINIDO	Ação de Indenização por Danos Morais

		<p>inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.</p> <p>9. In casu, o tribunal a quo assentou que inoocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.</p>				
MONOCRÁTICA	Rcl 33263 / CE - CEARÁ RECLAMAÇÃO	<p>Os reclamantes sustentam, em síntese, que o sistema carcerário do Estado do Ceará se encontra em estado de coisas inconstitucional. Afirmam que os direitos dos presos do Estado, previstos no tratado internacional conhecido como “regras de Mandela”, não estão sendo respeitados. Afirmam que a motivação de proibição de contato familiar, de transferências, isolamentos e punições coletivas, não foram informadas aos advogados dos presos, o que fere a autoridade da Súmula Vinculante nº. 14. Ademais, alegam que a superlotação dos presídios ofende a Súmula Vinculante 56, tendo em vista que não há como individualizar os regimes dos presos.</p> <p>3. Pedem, liminarmente, o restabelecimento do direito de visitas dos presos, bem como que seja concedida medida impeditiva de transferências de presos das cadeias públicas do interior a qualquer unidade prisional do complexo penitenciário da região metropolitana de Fortaleza. Ainda, pedem a abertura de processo de investigação para apuração da veracidade das denúncias de maus tratos no sistema penal, com o afastamento e a responsabilização de seus autores. No mérito, requerem seja julgada procedente a presente reclamação, com a confirmação da medida</p>	02/04/2019	<p>Busca a suspensão de atos da Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social do Ceará, que teria proibido as visitas familiares aos presos, além de, supostamente, ter determinado transferências, isolamentos e punições coletivas.</p>	INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO	Reclamação

		<p>liminar. (...) Apesar de sérias as alegações, verifico que a presente hipótese não possui estrita aderência com o conteúdo da Súmula Vinculante 14, tendo em vista que o caso em análise não trata de acesso aos autos de elementos já documentados em sede de investigação criminal, mas sim de um pedido de análise acerca de possível abuso de autoridade cometidos no sistema carcerário do Ceará. Não é disso que trata a Súmula em questão.</p> <p>9. Ademais, no que diz respeito a possível desrespeito à Súmula Vinculante 56, o enunciado tem por objetivo evitar que o condenado cumpra pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença; ou cumpra pena em regime mais gravoso do que o autorizado por lei, em razão da inexistência de vagas ou de condições específicas que o possibilitem. Estabelece, ainda, que os parâmetros fixados no RE 641.320/RS deverão ser observados em sua aplicação. O fato de os reclamantes alegarem o estado de coisas inconstitucionais no complexo carcerário em questão, afirmando haver incoerência fática entre o regime de cumprimento de sentença e a realidade, não possui aderência estrita ao conteúdo da Súmula em questão. Com efeito, a via escolhida é inadequada, tendo em vista a impossibilidade de dilação probatória em sede de reclamação.</p>				
--	--	--	--	--	--	--

	<p>ADPF 404 / DF - DISTRITO FEDERAL ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENT O DE PRECEITO FUNDAMENTAL</p>	<p>A autora busca o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário do Estado da Bahia em virtude de ilegalidades na contratação de agentes penitenciários, as quais não justificam a intervenção direta e concentrada do Supremo.</p> <p>Ataca-se situação fática cujos contornos, embora relevantes sob o ponto de vista jurídico, não viabilizam o uso da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Irregularidades na contratação de agentes penitenciários, mesmo quando repetidas no âmbito do ente federado, não abrem campo ao acesso direto ao Supremo. O uso dos meios processuais ordinários mostra-se adequado para reparar ou evitar eventual lesão. A ressaltar esse entendimento, consta no processo a notícia do trâmite de ação civil pública e de ação popular, com amplitude suficiente para resolver a controvérsia. O inconformismo com decisões das instâncias ordinárias enseja a interposição do recurso. A arguição não constitui sucedâneo recursal.</p>	<p>30/05/2016</p>	<p>Suspensão de Portaria que prorrogou o processo seletivo para contratação de servidores temporários do sistema prisional.</p>	<p>INDEFINIDO, MAS NÃO SE OPONDO</p>	<p>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil</p>
	<p>ARE 1123616 / MG - MINAS GERAIS RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 03/05/2018</p>	<p>Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, que compete apenas ao Poder Executivo o estabelecimento e execução de prioridades administrativas relativas ao sistema prisional do Estado de Minas Gerais, sob pena de subtração de competência exclusiva do Poder Executivo estadual. Aponta, ainda, a existência de ofensa ao devido processo legal em virtude do não enfrentamento de argumentos suscitados em sede de embargos de declaração.</p> <p>(...) O acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal no sentido da possibilidade de intervenção excepcional do Poder</p>	<p>03/05/2018</p>	<p>Determinação de não recolhimento de presos, tanto provisórios, quanto definitivamente condenados, enquanto perdurar o excesso de contingente</p>	<p>SIM</p>	<p>Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado de Minas Gerais</p>

		Judiciário na implementação de políticas públicas que visem a concretização de direitos fundamentais.				
	ARE 1150116 / RN - RIO GRANDE DO NORTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 23/08/2018	No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, o recorrente aponta violado o artigos 2º e 167 da Constituição Federal. Discorre sobre o postulado da separação dos poderes. Frisa ofendido o princípio da legalidade orçamentária. Afirma inviável a efetivação, pelo Judiciário, de direitos quando ausentes os meios materiais necessários. Articula com o princípio da proporcionalidade, mencionando o prazo, tipo por exíguo, estipulado para o cumprimento da obrigação de fazer versada na sentença. 2. A decisão impugnada está em harmonia com a jurisprudência do Supremo, a qual admite, em circunstâncias excepcionais, a possibilidade de intervenção do Judiciário na implantação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais.	23/08/2018	Determinação para transferência de presos para estabelecimento prisional adequado e criação ou adequação de sistema estadual de monitoramento de vagas.	SIM	Ação Civil Pública do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte
	RHC 179671 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 20/02/2020	Trata-se de recurso ordinário, em habeas corpus, interposto pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro – em favor das “Pessoas Presas nas Celas de Isolamento e Proteção do Presídio Milton Dias Moreira – RJ” – contra acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no HC 515.672/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Acórdão que considerou inadequado o habeas corpus para “resolver graves problemas ligado às condições das cadeias e presídios brasileiros.” (...) Nada obstante a possibilidade, em tese, de impetração de HC coletivo, na concreta situação dos autos, entendo que a via	20/02/2020	Determinação para que as apenadas tenham direito a banho de sol diário pelo período de duas horas	SIM	Habeas Corpus coletivo impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

		<p>processualmente restrita do habeas corpus não se mostra adequada para a providência requerida pela defesa. (...) Apesar de reconhecer a legitimidade da pretensão veiculada pela defesa, entendo que a via restrita do habeas corpus, com todas as vênias dos que pensam diferentemente, não se me afigura a medida processual adequada para a finalidade aqui sustentada, inclusive pela ausência de meios materiais para dar cumprimento à decisão. Para o bem e para o mal, decretos judiciais nem sempre são capazes de modificar, automaticamente, a realidade. (...) No caso de que se trata, as decisões proferidas pelas instâncias de origem não evidenciam indevido cerceio à liberdade de locomoção de quem quer que seja. Evidenciam, de outro lado, a ausência de meios materiais e concretos no sentido de implementar a política pública pretendida pela defesa (concessão de banho de sol diário aos detentos alojados no isolamento e no seguro).</p>				
	<p>HC 143641 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 23/03/2020</p>	<p>Devido à superveniência da pandemia do coronavírus, os amici curiae requereram que seja determinado o cumprimento da ordem por meio de alvará de soltura genérico e coletivo, a ser executado pelas unidades de privação de liberdade feminina. Pediram ainda a extensão da ordem para todas as mulheres pertencentes ao grupo de risco, presas provisórias ou definitivas, pelo prazo que durar a pandemia. (...) Noutro vértice, não considero viável, prima facie, a expedição de alvará de soltura coletivo. Embora</p>	23/03/2020	<p>Alvará de soltura coletivo às presas e àquelas mulheres pertencentes ao grupo de risco da COVID 19. Julgado afirma a necessidade de se discutir isso no Legislativo, antes de uma decisão judicial, mas</p>	NÃO	<p>Habeas corpus coletivo impetrado pela Defensoria Pública da União</p>

		<p>reconheça o potencial inovador e generoso da providência pleiteada pelos amici curiae, penso que tal inovação deveria ser objeto de maior discussão na seara própria, que é a do Parlamento, antes de sua adoção por meio de decisão judicial.</p> <p>(...)</p> <p>Por isso, por ora, limito-me a determinar que se oficie às Secretárias Estaduais responsáveis pela administração penitenciária e pelo atendimento socioeducativo dos detentos, ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), à Coordenação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e aos juízos corregedores dos presídios para que esclareçam, em 48 horas, quais as medidas tomadas, dentro do respectivo âmbito de competência, nas unidades prisionais para conter a pandemia, especificando-as, bem assim para que informem se já há suspeitas de contaminação nesses estabelecimentos e, em caso afirmativo, como serão ministrados os cuidados necessários e observada a quarentena em tais casos.</p>		<p>pede informações aos órgãos administrativos sobre as condições para conter a pandemia nos estabelecimentos prisionais.</p>		
--	--	---	--	---	--	--

***Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas:**

- (i) a respeito da execução provisória da pena após condenação em segunda instância;**
- (ii) determinação para realizar audiência de custódia, em atendimento às determinações da ADPF 347;**
- (iii) reconhecimento da insignificância, no caso concreto;**
- (iv) intervenção do Judiciário para determinar a criação de cargos e prerrogativas na Defensoria Pública da União;**
 - (v) pedido de concessão de saídas temporárias automatizadas;**
 - (vi) pedido de revogação da prisão cautelar;**
 - (vii) descumprimento da ADPF 347;**
- (viii) solicitação de informações sobre o estado do estabelecimento prisional;**
- (ix) antecipação de livramento condicional ou progressão de regime;**
- (x) pedido de prisão domiciliar por conta da pandemia de COVID 19;**
- (xi) Execução provisória da pena após condenação em 2ª instância;**
- (xii) alegação de descumprimento do habeas corpus coletivo 143.641.**

ANEXO 8

**Pesquisa com os termos: REGRAS adj DE adj
BANGKOK**

Acórdãos encontrados: 10*

Repercussão Geral: 1*

Decisões monocráticas encontradas: 144*

AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	ASSUNTO PRINCIPAL
NENHUM	NENHUM	NENHUM

*Foram desconsideradas as decisões repetidas ou que não tratavam diretamente da possibilidade do Judiciário intervir em políticas dos demais poderes, como aquelas que decidiram apenas:

- (i) habeas corpus coletivo para concessão de prisão domiciliar à mulheres que ostentem a condição de gestantes, puérperas com mães de crianças de até 12 anos;
- (ii) Substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar;
- (iii) pedido de extradição;
- (iv) Substituição do regime inicial para cumprimento de pena;
- (v) alegação de descumprimento do habeas corpus coletivo 143.641

ANEXO 9

Pesquisa com os termos: HANDS adj OFF

NENHUMA DECISÃO ENCONTRADA

AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	ASSUNTO PRINCIPAL
NENHUM	NENHUM	NENHUM

ANEXO 10

Pesquisa com o termo: YOGIAKARTA

NENHUMA DECISÃO ENCONTRADA

AUTOS	TRECHO INDICATIVO DA MATÉRIA	ASSUNTO PRINCIPAL
NENHUM	NENHUM	NENHUM