

REBECCA GROTERHORST

**PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA:
Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras**

Tese de Doutorado

Orientadora: Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

REBECCA GROTERHORST

**PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA:
Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras**

Versão corrigida em 16 de fevereiro de 2021. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação da Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

REBECCA GROTERHORST

**PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA:
Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação da Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Groterhorst, Rebecca

Papel das Cortes Constitucionais na América Latina. Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras. ; Rebecca Groterhorst ; orientadora Anna Candida da Cunha Ferraz -- São Paulo, 2020.

272 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Cortes Constitucionais. 2. América Latina. 3. Sentenças estruturais. 4. Implementação e impacto. 5. Transformação social. I. Ferraz, Anna Candida da Cunha, orient. II. Título.

Rebecca Groterhorst

**PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA:
Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de concentração Direito do Estado, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovada em: **17 de dezembro de 2020.**

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz – Orientadora
Universidade de São Paulo (USP)

Profa. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Prof. Dra. Flavia Cristina Piovesan
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Prof. Dr. Diego Werneck Arguelhes
Insper

Prof. Dr. Luiz Felipe Hadlich Miguel
Universidade Ibirapuera (Unib)

A meus pais, por sempre acreditarem no potencial transformador da educação e por serem meu maior e melhor referencial em toda a minha trajetória.

AGRADECIMENTOS

Dizem que a experiência de passar pela pesquisa do mestrado torna a realização de um doutorado muito mais fácil. Não é bem verdade, o caminho do doutorado exige uma reflexão muito mais aprofundada e uma responsabilidade muito maior. Chegar até aqui não foi fácil. Foi uma trajetória de muita entrega e dedicação, mas que também se deparou com situações totalmente diferentes do inicialmente planejado.

A entrega da tese se deu no início da pandemia covid-19, em um contexto totalmente incerto, e a defesa do trabalho foi realizada de forma remota. Muitas expectativas foram frustradas em meio a uma situação nunca experimentada. Mas posso afirmar que foram exatamente as dificuldades enfrentadas no percurso da pesquisa e da defesa que possibilitaram conhecer pessoas maravilhosas pelo caminho. Foram estas pessoas que me permitiram, de diferentes formas e em distintos momentos, superar obstáculos e empregar a maior energia possível para a execução e defesa do trabalho.

Essa pesquisa só foi possível por meio do apoio de pessoas que me acompanharam durante a trajetória acadêmica e no meu dia a dia do doutorado. Sei que a vida moderna é repleta de compromissos, sejam eles profissionais ou pessoais. Para muitos(as) pesquisadores(as), professores(as) e amigos(as), os momentos de descanso se tornam cada vez mais raros. Ainda assim, não deixei de ter ao meu lado pessoas que me inspiram diariamente, e que contribuíram de forma única para a realização da tese de doutorado. Conte com o carinho e a atenção de pesquisadores(as) e professores(as) que até então não conhecia, mas que se colocaram e estiveram à disposição durante toda minha pesquisa.

Primeiramente, agradeço à querida Professora Orientadora Dra. Anna Candida da Cunha Ferraz, que desde 2012 tem estado ao meu lado na busca pelo conhecimento. Foi ela quem depositou em mim a confiança para realizar um mestrado sob sua orientação, e depois me incentivou para a pesquisa do doutorado. Com certeza sem o seu apoio e seus ensinamentos, a pesquisa não seria possível.

Professora Anna, se assim me permite, você é fonte de inspiração para mim e para muitos(as) acadêmicos(as), que nos corredores da faculdade, quando a encontram, relembram suas aulas instigantes. Sinto orgulho em ser sua orientanda. Mais orgulho ainda de ser uma das últimas alunas a ser orientada por você. Obrigada por caminhar junto comigo na área acadêmica, pelas palavras de incentivo, pelas longas conversas regadas a café e bolo, e por me guiar tão cuidadosamente no percurso da pesquisa.

Também não poderia deixar de agradecer aos professores que estiveram comigo durante essa trajetória acadêmica. Ao Professor Dr. Roberto Baptista Dias, a quem devo o gosto pelo Direito Constitucional desde os tempos saudosos de PUC-SP. Por meio de suas aulas, provocou em mim a vontade de seguir sempre em frente na busca de respostas para as minhas inquietações. Hoje como docente na área de Direito Constitucional digo que minha trajetória acadêmica começou com as suas aulas.

Agradeço à Professora Dra. Flávia Piovesan, cujo entusiasmo na vida acadêmica inspira pesquisadores(as) não só no Brasil, mas no mundo. Foi minha professora de Direitos Humanos na PUC-SP, mas por um curto período, já que a Sophia chegava a esse mundo naquela época; depois participou da minha apresentação da monografia de conclusão de curso. Nossos caminhos se cruzaram novamente mais tarde, e foi a ela a quem recorri pessoalmente e através de literatura para aprofundar alguns temas da tese.

Ao Professor Dr. Roger Leal, por quem tenho um carinho especial e grande admiração. Sei que estive mais distante durante o doutorado, mas nunca deixou de me incentivar a sempre ir além nas reflexões sobre os mais variados temas do Direito Constitucional.

Ao Professor Dr. Diego Arguelhes Werneck, não só por aceitar fazer parte da banca de doutorado, mas por todos os comentários tecidos sobre o trabalho, que me inspiraram a aprofundar nas reflexões sobre o tema. Você é um acadêmico que tenho grande admiração e cuja literatura instiga acadêmicos(as) atuais a se debruçarem sobre temas espinhosos do Direito Constitucional.

Às amigas e acadêmicas da América Latina, que compartilharam comigo muitos conhecimentos e distintas trajetórias. Diana Quintero, Gabriela Recalde, Alicia Katherin, Luisa Canon, María Lucía Torres, Monica Castelleros, muito obrigada por fazerem parte da construção dessa tese, cada uma à sua maneira.

Ao João Daniel Rassi, pelas conversas sobre as dificuldades da pesquisa e por me apresentar o Professor Júlio César Casarin Barroso Silva, com quem tive oportunidade de conversar sobre alguns pontos da pesquisa. Obrigada Rassi, pelos devidos “puxões de orelha”, por se preocupar com a realização do doutorado e pelas ligações no meio da tarde para perguntar sobre o andamento da pesquisa.

Agradeço também pelo apoio da querida amiga Karina Denari Matos Barros e do querido amigo Marcelo Doval Mendes. Foi no mestrado que nos conhecemos, mas ali já sentimos uma conexão, e sabíamos que essa cumplicidade e amizade seguiria após a pós-graduação.

A Karina resolveu ir para o Rio de Janeiro fazer doutorado por lá, e o Marcelo já quase emendou o mestrado com o doutorado. Mesmo em lugares e momentos distintos, foram inúmeras mensagens trocadas, e-mails enviados, textos compartilhados e cafés para comemorar as conquistas e compartilhar os obstáculos da vida pessoal e acadêmica. Sem vocês ao meu lado, essa pesquisa não teria sido realizada da mesma forma. Não tenho palavras para agradecer e dizer o quanto vocês dois são importantes na minha vida. Todas as palavras e mensagens de apoio, reflexões acadêmicas durante almoços e cafés no final da tarde, abriram caminhos durante a pesquisa e permitiram, mesmo em dias difíceis, seguir em frente.

Ao Gabriel Calil, que foi se tornando um companheiro nessa jornada acadêmica. Nos conhecemos em seu ingresso no mestrado, e ali já pude ver seu potencial. Nos intervalos do trabalho e dos estudos, nos encontramos para discutir nossas pesquisas e isso ajudou muito a aprimorar o olhar sobre o trabalho acadêmico. Muito obrigada pelas reflexões, pelas sugestões e pelo apoio nessa caminhada acadêmica.

Ao Marcel Simões, amigo que tive o prazer de conhecer virtualmente em razão da pandemia e que me ajudou muito com reflexões sobre a defesa da tese e procedimentos a serem adotados em razão do contexto. Muito obrigada por me escutar e conversar tanto comigo neste período, Marcel. Posso afirmar que você tornou este momento de espera para a defesa muito mais leve, que alegria ter te conhecido, ainda que virtualmente.

À Natalie Endo Kabakura, que me acompanha desde os tempos de PUC-SP. Dizem que amigos são a família que a gente escolhe e eu sei que, de um jeito ou de outro, você sempre está na torcida por mim, enviando mensagens positivas e me alertando nos momentos de dispersão. Você não é apenas uma amiga, é uma irmã para mim! Obrigada por sempre me apoiar e por compreender minha ausência em muitos momentos.

À Vanessa Emi Yamane, também amiga dos tempos de PUC-SP, a qual, mesmo de longe, continua torcendo por mim. Sinto falta das nossas reflexões, mas saiba que seu apoio continua valendo sempre à pena.

À Mylena DiGiorgio, pelos cafés regados a desabafos e por se preocupar tanto comigo. Seu apoio em muitos momentos foi essencial, suas palavras me deram confiança e sua amizade alegria.

À Larissa Otubo, pela amizade despreziosa e por tantas palavras de incentivo ao longo desses últimos anos.

Às muitas amigas que estiveram ao meu lado durante a realização da pesquisa, e que compreenderam minha ausência constante e meus muitos “nãos” a compromissos e eventos

sociais. Devo um agradecimento especial a Ieda Garcez, Mariana Bernardes Costa, Marília Golfieri, Pepi Belmonte, Vivian Calderoni e Vinicius Barboza. Obrigada por tantas conversas e por me escutarem em diversos momentos críticos da pesquisa.

À equipe do Instituto Pro Bono, pelo apoio durante a realização da pesquisa, pela compreensão nos meus constantes momentos de cansaço físico e mental, e por estarem por perto entre tantos altos e baixos. Alexandre, Marcos Fuchs, Nadia e Octavio, muito obrigada por torcerem por mim e por compreenderem a passagem por esse momento tão importante.

Também agradeço imensamente à Surrailly Fernandes Youssef, que apesar de não fazer mais parte da equipe do Instituto Pro Bono, tornou-se uma grande amiga e incentivadora dos meus sonhos. Su, saiba que você me inspirava e ainda me inspira muito com toda sua força e energias. Obrigada por compartilhar tanto comigo sempre.

Deixo aqui também registrado um agradecimento especial ao Ale, que auxiliou com a leitura do texto (mesmo não sendo da área jurídica) e enviou muita energia positiva nesta reta final.

Ao Guilherme, por compreender a importância da pesquisa acadêmica em minha vida, e que mesmo diante das noites em claro, da minha ausência em inúmeros encontros familiares e com amigas e amigos, sempre me apoiou incondicionalmente e torceu por mim em todos os momentos dessa caminhada. Obrigada por estar em minha vida e por ser um companheiro tão presente, mesmo eu estando ausente de corpo e alma nestes últimos tempos.

Por fim, agradeço à minha família, por estar sempre comigo, de um jeito ou de outro!

La primera condición para modificar la realidad consiste en conocerla.

(Eduardo Galeano)

RESUMO

GROTERHORST, Rebecca. **Papel das Cortes Constitucionais na América Latina.** Reflexões sobre impacto e implementação de decisões transformadoras. 2020. 272 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente pesquisa pretende, a partir da revisão da literatura acadêmica sobre impacto e implementação de sentenças estruturais e do estudo de caso, contribuir para a escassa produção acadêmica em relação ao tema. O foco na etapa de elaboração de sentenças e a discussão sobre legitimidade democrática, separação de poderes e capacidade institucional dos tribunais não permitiu observar as potencialidades das Cortes Constitucionais após proferirem decisões, em especial decisões entendidas como estruturais. Na América Latina, as Cortes têm experimentado novas práticas para impulsionar a implementação e obter um maior impacto de suas decisões. Diante de um contexto social complexo e bloqueios institucionais profundos, as Cortes são vistas como última esperança na efetivação de direitos, principalmente de grupos vulneráveis e estigmatizados. Assim, a partir da análise de sentenças estruturais proferidas pela Corte Constitucional colombiana e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação à violação massiva e generalizada de direitos de pessoas privadas de liberdade, são analisadas as estratégias de implementação da decisão e seus resultados na efetivação de direitos do grupo afetado. O estudo destes casos permite observar as distinções entre as decisões nos referidos países. As diferenças observadas entre a decisão T-762 de 2015, da Corte Constitucional colombiana, e a decisão cautelar na ADPF 347/DF, do Supremo Tribunal Federal, estão relacionadas à atuação das Cortes após a decisão, instituição de mecanismos de seguimento e participação da sociedade civil. Enquanto na Colômbia, a Corte parece ter assumido um papel de destaque na efetivação de direitos; no Brasil, o julgamento final da ADPF 347/DF continua pendente. Assim como o comportamento ativo da Corte Constitucional colombiana não significa necessariamente a presença de resultados positivos na efetivação de direitos; de mesmo modo, o comportamento passivo do Supremo Tribunal Federal brasileiro não significa a completa ausência de efeitos a partir da decisão tomada. Diante disso, é preciso observar o cumprimento e o impacto da decisão, partindo da interação entre efeitos e resultados. A pesquisa traz a necessidade da utilização de mecanismos de seguimento e de estímulo à participação da sociedade civil para melhorar a implementação e o impacto de decisões transformadoras. Dessa forma, as Cortes podem exercer um papel importante na promoção e garantia de direitos de populações vulneráveis, atuando como verdadeiros agentes de transformação em colaboração e harmonia com as demais autoridades públicas e com a sociedade civil.

Palavras-chave: Sentenças Estruturais. Mecanismos de Seguimento. Sociedade Civil. Implementação e impacto. Transformação Social.

ABSTRACT

GROTERHORST, Rebecca. **Role of Constitutional Courts in Latin America.** Reflections on impact and implementation of transformers decisions. 2020. 272 f. thesis (Doctorate) – School of Law - *Universidade de São Paulo* [University of São Paulo], São Paulo, 2020.

This present research intends to, from the academic literature on the impact and implementation of structural sentences and empirical study, contribute to the scarce academic production concerning the theme. The focus in the elaboration step of the sentences and the discussion on the democratic legitimacy, separation of powers and institutional capacity of the courts, did not allow to observe the potentialities of the Constitutional Courts after giving decisions, especially decisions which are understood as structural injunctions. In Latin America, Courts has been experienced new practices for driving and obtaining a greater impact on its decisions. In face of the complex social context and a profound institutional blockage, Courts are the last hope in the rights establishment, especially in the vulnerable and stigmatized groups. Thus, from the analysis of the structural analysis given by Colombian Constitutional Court and Brazilian Federal Supreme Court in relation to the massive and generalized violation of the rights of private person's freedom, the strategies of implementation of the decision and its results on rights establishment of the affected group were analyzed. This cases studies allow to observe the distinctions of the decisions in the referred countries. The distinctions observed between the decision T-762 of 2015, of the Colombian Constitutional Court, and ADPF 347/DF, of the Federal Supreme Court, are related to the Courts actions after the decision, institution of mechanisms of follow-up and participation the civil society. Whereas in Colombia, Court appears to have assumed an important role in the rights establishment; in Brazil, the final judgment of ADPF 347/DF is still pending. Like the active behavior of the Colombian court does not mean necessarily that the occurrence of positive results in the rights establishment; likewise, the passive behavior of the Brazilian Court does not mean the complete absence of the effects as of the decision taken. Considering this, the fulfilment and impact of decision must be taken into consideration, from the interaction between effects and results. The research demands the need of use of mechanisms of follow-up and fostering to the participation of the civil society to improve the implementation and the impact of transformers decisions. Therefore, the Courts can play an important role in the promotion and guarantee of the rights of vulnerable populations, acting as legitimate agents of transformation in collaboration and in accordance with other public authorities and civil society.

Keywords: Structural Sentences. Mechanisms of Follow-up. Civil Society. Implementation and Impact. Social Transformation.

RÉSUMÉ

GROTERHORST, Rebecca. **Le rôle des Cours Constitutionnelles en Amérique Latine.** Réflexions sur l'impact et la mise en œuvre des décisions transformatrices. 272 f. Thèse (diplôme de docteur) – École de Droit – *Universidade de São Paulo* [Université de São Paulo], São Paulo, 2020.

Cette recherche a l'intention de, à partir de la révision de la littérature académique sur la mise en œuvre et l'impact des jugements structurels et de l'étude empirique, contribuer pour la faible production académique concernant le thème. L'accent dans la phase d'élaboration de jugements et la discussion sur la légitimité démocratique, la séparation de pouvoirs et la capacité institutionnelle des tribunaux, n'a pas permis de faire attention aux potentiels des Cours Constitutionnelles après avoir rendu des décisions progressistes. En Amérique Latine, les Cours essaient de nouvelles pratiques pour stimuler la mise en œuvre et obtenir un plus grand impact de leurs décisions. En face d'un contexte social complexe et des blocages institutionnels profonds, les Cours sont envisagées comme un espoir dans l'accomplissement de droits, surtout des groupes vulnérables et stigmatisés. Alors, à partir de l'analyse des jugements structurels rendus par la Cour Constitutionnelle colombienne et par la Cour suprême fédérale brésilienne concernant la violation massive et généralisée des droits de gens privés de liberté, on analyse les stratégies de mise en œuvre de la décision et ses résultats dans l'accomplissement de droits du groupe affecté. L'étude de ces affaires permet de faire attention aux distinctions des décisions dans les pays mentionnés. Les distinctions remarquées entre la décision T-762 de 2015 de la Cour Constitutionnelle colombienne et l'injonction dans l'ADPF 347/DF de la Cour suprême fédérale, sont relatives à la performance des Cours après la décision, à l'institution de mécanismes de suite et à la participation de la société civile. Alors qu'en Colombie la Cour semble avoir engagé un rôle remarquable dans l'accomplissement de droits, au Brésil le jugement final de l'ADPF 347/DF reste en instance. De la même façon que la conduite active de la Cour colombienne ne signifie pas nécessairement la présence de résultats positifs dans l'accomplissement de droits, la conduite passive de la Cour brésilienne ne représente pas l'absence complète d'effets à partir de la décision prise. Face à cela, il faut observer le respect et l'impact de la décision, en partant de l'interaction entre les effets et les résultats. La recherche apporte la nécessité de l'emploi de mécanismes de suite et d'encouragement à la participation de la société civile, pour améliorer la mise en œuvre et l'impact de décisions transformatrices. Ainsi, les Cours peuvent jouer un rôle important dans la promotion et dans la garantie de droits des populations vulnérables, en agissant comme de vrais agents de transformation, en collaboration et en harmonie avec les autres autorités publiques et la société civile.

Mots-clés : Jugements Structurels. Mécanismes de suite. Société Civile. Mise en œuvre et Impact. Transformation Sociale

Lista de abreviaturas

ABREVIATURAS	
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CtIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Comissão de Seguimento do Grupo Líder na sentença T-762/15	CSS
Comissão de Seguimento da Sociedade Civil	CSSC
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DAPRE	Departamento Administrativo da Presidência (antigo Ministério da Presidência na Colômbia)
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DESC	Direitos econômicos, culturais e sociais
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
INPEC	Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário
ONG	Organização Não Governamental
OSC	Organização da Sociedade Civil
PIDESC	Protocolo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
STF	Supremo Tribunal Federal
USPEC	Unidade de Serviços Penitenciários e Carcerários

Lista de Tabelas e Gráficos

TABELAS

Tabela 1	Cumprimento <i>versus</i> Impacto de decisões
Tabela 2	Medidas cautelares e pedidos definitivos solicitados pelos demandantes na ADPF-347/DF
Tabela 3	Medidas judiciais gerais proferidas na ADPF 347/DF-MC e responsáveis pela execução
Tabela 4	Sumário do cumprimento e impacto da ADPF 347/DF-MC de 2015
Tabela 5	Superação do caráter massivo da violação de direitos no sistema penitenciário colombiano
Tabela 6	Medidas judiciais gerais proferidas na T-762/15 e responsáveis pela execução
Tabela 7	Índice de superlotação carcerária na Colômbia (comparação 2015-2020)
Tabela 8	Sumário do cumprimento e impacto da sentença T-762 de 2015
Tabela 9	Comparação das sentenças estruturais sobre população carcerária

GRÁFICOS

Gráfico 1	Dados da população carcerária no Brasil
Gráfico 2	Execução orçamentária FUNPEN
Gráfico 3	Taxa de aprisionamento por ano no Brasil
Gráfico 4	Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro

Sumário

INTRODUÇÃO	19
CAPÍTULO 1 – CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: DECISÕES ESTRUTURAIS, EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E DILEMAS EM TORNO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL	25
1 CORTES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL.....	25
1.1 A experiência constitucional latino-americana: uma introdução necessária _____	25
1.2 Reformas constitucionais e o protagonismo judicial: do fenômeno global à América Latina ____	35
2 DECISÕES ESTRUTURAIS E BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS: A BUSCA DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL PELA VIA JUDICIAL _____	42
2.1 Efetivação de direitos sociais e perspectivas da América Latina _____	42
2.2 Complexidades das sentenças estruturais: a esperança de uma solução para problemas complexos _____	48
2.3 Litígios individuais de políticas públicas para solução de problemas estruturais: individual v. coletivo, qual é a melhor alternativa? _____	58
3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E SEPARAÇÃO DE PODERES: O DILEMA DAS SENTENÇAS ESTRUTURAIS _____	62
3.1 Justiça e legitimidade democrática em casos de sentenças estruturais: há um equilíbrio possível entre a contenção e o ativismo judicial? _____	62
3.2 Diálogos interinstitucionais, democracia deliberativa e a construção de um novo paradigma de justificação da intervenção judicial em políticas públicas na América Latina ____	70
CAPÍTULO 2 – IMPACTO E IMPLEMENTAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS: REFLEXÕES PARA ALÉM DAS SALAS DOS TRIBUNAIS.....	78
1 POR QUE DISCUTIR ESSE TEMA NO CONTEXTO ATUAL? _____	78
2 O CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS: O QUE ACONTECE COM UMA SENTENÇA PARA ALÉM DA SALA DO TRIBUNAL? _____	88

2.1 Níveis de cumprimento de sentenças sobre DESC: fatores de influência e estratégias das Cortes	90
2.2 Estratégias de êxito na utilização de mecanismos de implementação em distintos tribunais	95
3 IMPACTO JUDICIAL NA AMÉRICA LATINA: UMA QUESTÃO A SER DEBATIDA	102
3.1 Conceituando impacto judicial: por que impacto não é sinônimo de cumprimento?	102
3.2 Impacto judicial e transformação social: limites e possibilidades	109
CAPÍTULO 3 – LITÍGIOS ESTRUTURAIS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO SOLUÇÃO ALTERNATIVA NO ENFRENTAMENTO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: BRASIL E COLÔMBIA EM PERSPECTIVA COMPARADA.....	112
1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL EM RELAÇÃO À OMISSÃO DOS PODERES PÚBLICOS: CONTEXTUALIZANDO O DEBATE	112
2 METODOLOGIA	116
3 A FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E O LITÍGIO ESTRUTURAL NA AMÉRICA LATINA: BRASIL E COLÔMBIA EM PERSPECTIVA COMPARADA	121
3.1 Inércia das autoridades públicas e a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro: ADPF 347/DF	121
3.2 A transformação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário colombiano: processos de aprendizagem da sentença monológica T-153/98 às sentenças dialógicas T-388/13 e T-762/15	157
CAPÍTULO 4 – CORTES CONSTITUCIONAIS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: ESTRATÉGIAS PARA MAXIMIZAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO E AVALIAÇÃO DO IMPACTO DE DECISÕES TRANSFORMADORAS	200
1 DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE BRASIL E COLÔMBIA NA BUSCA DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: AS SALAS DOS TRIBUNAIS COMO PONTO DE PARTIDA?	200
2 REPENSANDO BOAS PRÁTICAS PARA MAXIMIZAÇÃO DO IMPACTO DE DECISÕES TRANSFORMADORAS: MONITORAMENTO, PARTICIPAÇÃO SOCIAL E OUTRAS ESTRATÉGIAS	210

3 RESSIGNIFICANDO O PAPEL DAS CORTES, DOS JUÍZES E DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL NO ALCANCE DE UMA JUSTIÇA TRANSFORMADORA _____	224
CONSIDERAÇÕES FINAIS	238
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	243
ANEXOS	255
ANEXO I _____	256
ANEXO II _____	260
ANEXO III _____	267
ANEXO IV _____	268
ANEXO V _____	269
ANEXO VI _____	271

Introdução

Nas últimas décadas, a América Latina passou pela terceira onda de redemocratização, a qual impulsionou inúmeras transformações, como o desenvolvimento de novas práticas de litígio voltadas à transformação social e política; e alterações estruturais nas instituições existentes. As reformas constitucionais realizadas com a redemocratização conduziram a uma nova atuação dos poderes do Estado, trazendo a necessidade de aprofundar os debates sobre o tema.

Diante destas transformações no continente latino-americano, o Judiciário é demandado a responder de forma inédita aos inúmeros desafios impostos, o que estimula decisões inovadoras e o surgimento de ferramentas orientadas ao seguimento e acompanhamento das sentenças proferidas. As Cortes passam a ser vistas como espaço de conquista de direitos e disputas políticas, transformando-se em uma arena essencial de proteção de direitos, discussão e negociação de políticas públicas, e transformação social.

A expansão da atuação do Judiciário não é algo particular da América Latina, correspondendo a um fenômeno global, que tornou esta instituição em um espaço central de debates sobre questões sociais complexas. A desigualdade socioeconômica e a consequente constitucionalização não apenas de direitos civis, mas também de direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), e a crescente mobilização da sociedade civil, são considerados como alguns dos fatores que conduziram à gradativa atuação judicial.

A alta demanda pela solução de conflitos nas Cortes, acompanhada de intervenções judiciais de caráter estrutural e inovador para superar injustiças políticas e sociais, fomentou o estudo deste fenômeno entre diversos acadêmicos do mundo. Mas a literatura acadêmica centralizou o debate nas críticas em relação à judicialização da política, separação de poderes, ativismo judicial e ausência de legitimidade democrática das Cortes, inibindo a criação de espaços voltados à reflexão sobre o impacto e implementação das decisões judiciais proferidas.

Apesar de demandas estruturais terem encontrado nos tribunais uma alternativa de acolhimento e efetivação, não são raras as vezes que sentenças desse tipo não são implementadas ou o são de forma precária. A ausência de cumprimento destas decisões afeta diretamente as vítimas do caso, trazendo à tona a reflexão sobre o papel da Corte na efetivação e concretização de suas decisões e consequentes impactos na transformação da justiça social e econômica.

A ausência de cumprimento de sentenças judiciais pode afetar a própria democracia, já que ao não conseguir fazer valer suas próprias decisões, por meio do exercício da competência que lhe foi atribuída pela Constituição, o Poder judiciário restaria como um poder sem independência em relação aos demais. Isso descaracterizaria por completo a independência funcional entre os poderes, que pressupõe que cada um deles exerce funções específicas dentro do Estado e da própria democracia.

O descumprimento de decisões judiciais também acarreta outros problemas. Além de limitar o acesso efetivo aos direitos humanos, ameaça a legitimidade dos sistemas judiciais na medida em que suas decisões não são reconhecidas por aqueles que são demandados.¹ Se uma Corte tem liberdade na construção de suas decisões, mas estas são ignoradas, a independência judicial é considerada ineficaz. Sem mencionar que o desrespeito às decisões da Corte pode moldar o próprio comportamento judicial e outras deliberações em casos politicamente importantes.² É preciso reiterar, porém, que a ausência de implementação de decisões não lhes retira por completo o impacto que podem ter ante distintos contextos.

Assim, se antes o papel das Cortes Constitucionais era reduzido à proteção da Constituição, a evolução de contextos sociais e políticos ofereceu às Cortes uma posição distinta na mediação de conflitos e transformação social, trazendo a necessidade de observar em que medida as decisões judiciais podem promover mudanças sociais relevantes. Não basta a Corte decidir, exercendo a função para a qual foi criada, é preciso analisar como suas decisões se relacionam com os resultados obtidos após a decisão.

As pesquisas que se propõem a investigar o papel das Cortes Constitucionais como agentes de transformação social se concentraram nos Estados Unidos e na Europa. Na América Latina, esta literatura é recente. Assim, ao mesmo tempo em que surgem decisões inovadoras dos tribunais da Argentina, Brasil e Colômbia, por exemplo, que se utilizam de remédios complexos para enfrentar violações sistêmicas de direitos humanos, a literatura sobre o potencial e o impacto de decisões das Cortes Constitucionais latino-americanas ainda se revela escassa. Não há tampouco um diálogo regional que permita extrair lições dos casos concretos e debater como distintas experiências podem contribuir umas com as outras para melhorar as boas práticas em outros países.

¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César Rodríguez; KAUFFMAN, Celeste. *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales*. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas. Documentos 17. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 8.

² KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. “Compliance. Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings”, *Law and Social Inquiry*, v. 38, n. 4, p. 803–835, 2013, p. 803.

A bibliografia acadêmica continua a reproduzir um vazio em relação às possíveis alternativas dos tribunais para impulsionar o cumprimento de suas decisões e impactar os casos que se propõe resolver. Nessa linha, é preciso destacar que pesquisas sobre impacto e implementação se revelam necessárias nos meios acadêmicos, devendo centrar esforços para refletir sobre estratégias utilizadas pelos tribunais na efetivação de decisões transformadoras e os efeitos em relação ao problema enfrentado no tribunal. O campo a ser explorado neste âmbito é enorme.

Por isso, o presente trabalho pretende contribuir com reflexões sobre o potencial das Cortes Constitucionais a partir de suas decisões, dentro e fora das salas dos tribunais. A pesquisa busca inovar nos estudos sobre a relação entre impacto e implementação de decisões judiciais, contribuindo para futuras investigações sobre o tema. Para fundamentar a análise, o estudo proposto se apoia na análise de sentenças emblemáticas proferidas pela Corte Constitucional colombiana (CCC) e pelo Supremo Tribunal brasileiro (STF). O exame central gira em torno da decisão declaratória sobre o estado de coisas inconstitucional (ECI) do sistema penitenciário colombiano, replicada no Brasil em 2015.

A partir da análise de decisões estruturais sobre o sistema penitenciário no Brasil e na Colômbia, através da comparação da sentença T-762 de 2015, da CCC, e da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, do STF, pretende-se observar as consequências das medidas judiciais ordenadas por estes tribunais. Assim, será possível analisar a relação entre os fatores de influência após a decisão e o resultado observado. Como será visto, diferente da Corte Constitucional colombiana, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi mais contido no acompanhamento das medidas judiciais ordenadas, verificando-se distintos efeitos e resultados entre os dois casos estudados.

Não se ignora o fato de que a elaboração e promoção de políticas públicas voltadas ao sistema penitenciário constitui tema complexo. A população carcerária não conta com apoio político e muito menos social, e a inércia estatal é muito mais evidente nessa seara do que em outras. Mas são justamente os espaços em que a proteção de direitos está ausente que oferecem caminhos para refletir sobre o potencial das Cortes Constitucionais, aprofundando nas estratégias e mecanismos para reversão do quadro violador de direitos, em especial de grupos vulneráveis.

Nesse sentido, cumpre salientar que o Brasil se utilizou do modelo de decisão estrutural pela primeira vez – ainda que não tenha mencionado essa denominação – no caso “Raposa Serra do Sol”. Em 2015, o STF importou a figura jurídica do *estado de coisas*

inconstitucional da Colômbia para decidir acerca da violação massiva de direitos dentro do sistema penitenciário, proferindo medidas cautelares na Arguição de Descumprimento Fundamental ADPF 347-MC. O julgamento definitivo da ADPF 347 ainda está pendente, mesmo passados 5 (cinco) anos da decisão acerca das cautelares ordenadas.

Se a decisão do STF foi uma quebra de paradigma, a permitir a influência em futuras decisões sobre outros temas; por outro lado, afirma-se que ela foi pouco eficaz. Há ainda quem critique a adoção do estado de coisas inconstitucional, pois seria considerado uma afronta à separação de poderes. Fato é que a decisão cautelar na ADPF 347 suscitou elogios e críticas, mas pouco estudo foi realizado sobre não apenas sobre resultados verificados na prática, mas também sobre possíveis estratégias para alcançar um maior impacto na efetivação de direitos da população carcerária.

Na Colômbia, de outra forma, o *estado de coisas inconstitucional* não é uma ferramenta de decisão tão recente. A Corte Constitucional colombiana enfrentou diversos casos em que se utilizou desse método de decisão para declarar a violação de direitos e ordenar medidas para sanar a situação. Mas foi no sistema penitenciário que o estado de coisas inconstitucional foi declarado por três vezes consecutivas. A primeira vez foi em 1998, na sentença T-153, ao discutir a infraestrutura do sistema penitenciário como causa da superlotação e violação de direitos. Praticamente quinze anos depois, em 2013, a Corte se deparou com um novo caso, no qual observou a existência de políticas criminais incoerentes com o contexto de proteção de direitos.

Ao adotar uma posição muito mais assertiva, a Corte Constitucional Colombiana determinou, na sentença T-388/13, inúmeras medidas a serem adotadas pelas autoridades públicas, que ainda assim foram consideradas insuficientes para sanar o problema do sistema penitenciário. Tal fato impulsionou uma nova série de pedidos perante a Corte, alegando a permanência do *estado de coisas inconstitucional*.

Uma terceira decisão sobre o tema foi então proferida, sentença T-762/15, reiterando o quadro precário do sistema penitenciário e determinando às autoridades públicas diversas ordens, com ações e prazos para cumprimento. A previsão de uma comissão de seguimento, composta por autoridades públicas, ao lado de uma comissão de seguimento da sociedade civil, trouxe novos olhares não só para a questão do sistema penitenciário, mas também para a construção de estratégias voltadas a contribuir com aqueles que têm direitos vulnerados.

A partir da observação do caso do sistema penitenciário no Brasil e na Colômbia, pretende-se discutir se o engajamento de atores sociais, como organizações da sociedade civil e movimentos sociais, ao lado da utilização de mecanismos de monitoramento da Corte,

é capaz de trazer maiores impactos às decisões judiciais que se propõem a desafiar problemas estruturais.³ Nesse sentido, propõe-se oferecer um panorama dos mecanismos e estratégias desenvolvidos pelas Cortes na América Latina para melhorar os níveis de cumprimento de decisões estruturais e proporcionar maiores e melhores resultados de suas decisões. Como consequência, este estudo permitirá avançar na construção de mecanismos institucionais e interinstitucionais para solução de problemas complexos em países com contam com desigualdade e injustiça social.

A pesquisa estimula reflexões sobre alternativas capazes de gerar um maior impacto dentro e fora das Cortes na América Latina, além de aprofundar na discussão sobre o potencial da participação de distintos atores, como juízes constitucionais, autoridades governamentais, sociedade civil, entre outros, no decorrer do processo, e repensar a efetivação de direitos a partir do diálogo e da supervisão. A compreensão sobre a relação entre implementação e o impacto judicial também permite examinar o papel das Cortes Constitucionais. Dessa forma, a pesquisa se dividiu em quatro partes, detalhadas a seguir.

O capítulo 1 está dedicado a compreender o fenômeno de expansão judicial, demonstrando como as reformas constitucionais ocorridas na América Latina a partir da década de 80 influenciaram a forma de atuação do Poder Judiciário, suscitando inúmeras discussões sobre o seu papel. Nesse sentido, o aumento do litígio para promoção de direitos acabar por transformar litígios individuais em litígios mais complexos, surgindo a figura do litígio estrutural. Como será estudado no referido capítulo, os litígios estruturais surgem em resposta à inércia estatal na promoção e proteção de direitos. Os tribunais passam a ser vistos como principais responsáveis pela efetivação de direitos, mas a nova postura judicial, permeada pelo denominado ativismo dialógico, e a atuação mais dinâmica da Corte não ficou isenta de críticas.

O capítulo 2, por sua vez, está dedicado a explicar e delinear alguns conceitos e marcos teóricos relativos ao tema, como implementação e impacto das decisões judiciais dentro do ativismo judicial dialógico. Nesse sentido, busca por meio de uma revisão da literatura, demonstrar como a lacuna sobre o tema impede avanços no sentido de pensar critérios e parâmetros para verificar o avanço na fruição de direitos. Ao estudar os mecanismos utilizados pelas distintas Cortes Constitucionais para o cumprimento e alcance

³ Essa é a hipótese formulada por alguns doutrinadores. Nesse sentido: BOTERO, Sandra. *Courts that Matter. Judges, litigants and the rights enforcement in Latin America*. Indiana: Notre Dame (Tese de Doutorado), 2015, p. 6.

de resultados desejados, é possível refletir de maneira mais aprofundada sobre o papel das Cortes na promoção da transformação social.

Já o capítulo 3 está dedicado ao estudo de caso. Através da construção doutrinária colombiana sobre o *estado de coisas inconstitucional*, procura-se demonstrar a atuação da Corte Constitucional em casos estruturais. Não apenas a autoridade judicial seria responsável por declarar a violação de direitos, mas também por emitir ordens destinadas a diversas instituições para sanar o problema estrutural. A figura jurídica do estado de coisas inconstitucional migrou para outros países, como, por exemplo, o Brasil. Além disso, a evolução dessa ferramenta utilizada pela Corte permitiu com que ela tivesse uma função de coordenadora das ações das autoridades públicas, preservando o seguimento de suas ordens e declarando novas medidas necessárias para sanar o *estado de coisas inconstitucional*.

Partindo para as conclusões finais do estudo realizado, o capítulo 4 pretende refletir e estabelecer conexões entre teoria e prática constitucional, a partir da experiência da jurisdição constitucional brasileira e colombiana. Portanto, referido capítulo coloca em perspectiva comparada as decisões estruturais sobre o sistema penitenciário brasileiro e o colombiano, decididas respectivamente pelo STF e pela CCC, para extrair conclusões.

Através de elementos das decisões estudadas e do seguimento posterior a elas, a pesquisa busca analisar a relação entre cumprimento e impacto, em um processo de verificação da consonância da doutrina com a jurisprudência. Os casos em si servem apenas como uma ferramenta para extrair conclusões acerca dos mecanismos que possibilitam a melhoria do impacto de decisões das Cortes Constitucionais, especialmente aquelas que buscam contribuir na transformação de problemas estruturais.

Nesse sentido, ao observar o avanço nas teorias sobre o papel e potencial das Cortes, verifica-se a necessidade de repensar em como a transformação de contextos políticos e sociais impulsionam essa atuação, ressignificando ideias consolidadas. Além disso, pretende-se demonstrar os parâmetros possíveis para o impacto da decisão judicial e o alcance da transformação social. Assim, a tese termina com algumas reflexões e propostas, que podem ser eventualmente aplicadas em estudos e pesquisas posteriores.

Capítulo 1 – Cortes Constitucionais na América Latina: decisões estruturais, efetivação de direitos e dilemas em torno da intervenção judicial

1 Cortes Constitucionais na América Latina: causas e consequências da expansão do poder judicial

1.1 A experiência constitucional latino-americana: uma introdução necessária

O constitucionalismo na América Latina, decorrente da proclamação das primeiras Constituições do continente, conta com uma tradição de mais de 200 anos.⁴ A experiência constitucional na região, inclusive, é mais extensa que a de muitos Estados europeus e da maior parte dos Estados do mundo. As contribuições do continente latino-americano em relação ao constitucionalismo trazem à tona reflexões sobre concepções constitucionais de longa data, mas que ainda vigoram na sociedade atual.

Nesse sentido, diferentes teorias e movimentos jurídicos têm acompanhado o constitucionalismo na América Latina, principalmente após as reformas e ondas de redemocratização dos países do continente ocorridas nas últimas décadas. O estudo das distintas concepções teóricas e filosóficas que sustentam as práticas jurídicas latino-americanas contribuem para a compreensão sobre o surgimento e a evolução do protagonismo das Cortes Constitucionais do continente.

Compreender os traços do constitucionalismo na América Latina permite aprofundar as reflexões sobre o contexto e as condições de florescimento da atuação das Cortes Constitucionais no continente. Mas não só isso, viabiliza o debate sobre o papel esperado – e desejado – em relação às Cortes frente a contextos políticos e sociais complexos.

Na América Latina são identificadas algumas construções doutrinárias para explicar o desenvolvimento do constitucionalismo regional, como neoconstitucionalismo (ou constitucionalismo contemporâneo); novo constitucionalismo latino-americano; constitucionalismo transformador; e constitucionalismo latino-americano em perspectiva

⁴ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2016

histórica.⁵ A seguir serão analisadas as peculiaridades das diferentes teorias constitucionais desenvolvidas ao longo da história latino-americana recente, o que permitirá entender como as distintas matizes se entrelaçam para conformar o panorama constitucional atual na América Latina.

O *neoconstitucionalismo* seria a primeira teoria a ser mencionada dentro dos distintos movimentos constitucionais. Desenvolvido após a segunda guerra mundial e considerado um dos fenômenos mais visíveis de teorização e aplicação do Direito Constitucional em alguns países do continente latino-americano, o neoconstitucionalismo comporta inúmeras denominações e definições, não abrangendo um conceito único. Certas características específicas do referido fenômeno podem ser notadas em maior ou menor intensidade, como a maior aplicação de princípios, a ponderação, a preponderância do Poder Judiciário e, por fim, aplicação direta da Constituição.⁶

As Constituições neoconstitucionalistas decorrem da fusão das tradições constitucionais norte-americana e europeia dos séculos XVII e XIX. A incorporação do princípio da supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade (de tradição norte-americana), e a previsão de um amplo catálogo de direitos (de tradição europeia),⁷ conformam uma nova forma de compreender e praticar o direito. A proposta de se contrapor ao positivismo jurídico, que vigorava até então nos Estados europeus, confere um conteúdo material ou substantivo às Constituições configuradas no marco do neoconstitucionalismo, transformando-as em fonte direta de direitos e obrigações.

As Constituições passam então a contar com um forte teor axiológico ou valorativo, mediante o estabelecimento de princípios e um amplo catálogo de direitos fundamentais, que fundamentam e limitam a atuação do poder político.⁸ O neoconstitucionalismo foi interpretado como um novo método de análise e interpretação do direito;⁹ e a representação de uma nova cultura jurídica,¹⁰ cuja característica mais marcante estaria na aplicação direta

⁵ URREGO, Cielo E. Russinque. “El neoconstitucionalismo latinoamericano”. In: ALVARADO, Paola Andrea Acosta; HENAO, Magdalena Correa; PATIÑO, Néstor Osuna; RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo (Ed.). *Lecciones de derecho constitucional*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado, 2017, pp. 481-488.

⁶ ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’. Entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187. Neste estudo, há uma descrição mais detalhada de cada uma dessas características, analisando-as em comparação com o modelo constitucional brasileiro.

⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20-17, p. 76.

⁸ URREGO, Cielo E. Russinque. “El neoconstitucionalismo latinoamericano”, p. 469.

⁹ COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. In: *Isonomía*, n. 16, 2002, pp. 96 e ss.

¹⁰ PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

de princípios para solucionar casos concretos e no estímulo aos tribunais para aplicar com maior entusiasmo o texto constitucional, já que passam a enaltecer e respeitar a supremacia da Constituição e a vinculação do legislador às normas constitucionais.

A promulgação de novas constituições com amplo catálogo de direitos e os mecanismos para assegurar seu respectivo cumprimento renovam a jurisprudência constitucional, oferecendo a ela um caráter garantista. O Poder Judiciário passa a examinar os atos do poder público (Legislativo e Executivo) e amparar toda espécie de direito fundamental e social,¹¹ impulsionando um papel mais criativo dos juízes na tarefa de interpretar o Direito e a Constituição.

Nesse momento, estudiosos buscaram desenvolver teorias para estabelecer diretrizes para a tomada de decisão sobre direitos fundamentais e impedir arbítrios das autoridades governamentais e judiciais. A exemplo disso, pode-se mencionar a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy,¹² na qual os direitos fundamentais são definidos como princípios. Nessa linha, os direitos fundamentais seriam interpretados como mandamentos de otimização a serem realizados na maior medida possível ante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.¹³

Diferentemente das regras, em que prevaleceria o “tudo-ou-nada”, posto que as regras são consideradas válidas ou inválidas diante de determinados fatos,¹⁴ os princípios seriam entendidos como deveres *prima facie*,¹⁵ cujo conteúdo não estaria definido *a priori*, mas somente seria fixado após o sopesamento com outros princípios. Observa-se uma íntima relação entre direitos fundamentais, ou princípios, e a proporcionalidade, desenvolvida como método de solução em casos difíceis, nos quais há colisão de direitos fundamentais ou omissão estatal na proteção destes direitos. O método da proporcionalidade incluindo as suas três etapas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito),¹⁶ seria

¹¹ CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Prólogo. Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional.” In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 12.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 104-105.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 35-39.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

¹⁶ Nesse sentido:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pp. 116-117.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79-81.

compreendido como um método para a resolução de casos difíceis, apontando e determinando a norma a ser aplicada após o sopesamento dos direitos fundamentais em conflito.

Portanto, a proporcionalidade seria utilizada nos casos de conflito de direitos ou insuficiência estatal na sua proteção. Nesse quesito, é importante mencionar que o princípio da proporcionalidade foi concebido tradicionalmente como ferramenta de controle de abusos do poder estatal, impedindo o arbítrio. No entanto, o desenvolvimento da doutrina também passou a prever o uso da proporcionalidade como um mecanismo vinculado ao dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.¹⁷ Essa percepção é essencial para compreender a atuação das instâncias judiciais em relação a problemas estruturais, como será visto ao longo do presente trabalho.

A teoria da proporcionalidade vinculada à proteção de direitos, entretanto, acabou por ser criticada justamente por abrir caminhos para o ativismo judicial. Uma vez que nada está definido *a priori*, tudo dependerá do papel interpretativo do juiz, podendo gerar efeito reverso, ou seja, abuso do poder judicial em esferas que não lhe são conferidas pelas Constituição.

Conforme assevera Rodrigo Brandão,¹⁸ se por um lado, os princípios contidos nos direitos fundamentais deveriam reduzir a discricionariedade judicial em casos difíceis; por outro, estabelecem parâmetros jurídicos muito frágeis para a atuação judicial. No Brasil, o neoconstitucionalismo acabou “assumindo um ‘viés judicialista’ que deposita elevadíssimas expectativas sobre a capacidade de o Judiciário tirar do papel as promessas ainda não cumpridas da Constituição de 1988”,¹⁹ ofuscando o papel de outras instâncias públicas, como o Legislativo e Executivo, na definição do sentido do texto constitucional.

As críticas em relação à implementação gradual do modelo neoconstitucionalista trouxeram preocupações sobre o alcance do poder dos juízes, principalmente dos magistrados das Cortes, os quais começaram a proferir decisões de grande impacto na economia nacional com o objetivo de proteger determinados direitos.²⁰ A utilização da

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 195-209.

¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. 2 ed. Ver. Atual. e Ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 88-91.

¹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 76.

¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 81.

²⁰ CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Prólogo. Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional.”, p. 12.

proporcionalidade para resolução de conflitos entre direitos e inércia estatal também não passou despercebida pelos críticos, suscitando opiniões divergentes, já que não seria um método totalmente seguro na interpretação das normas em conflito.

Na América Latina,²¹ há um setor doutrinário que defende o neoconstitucionalismo – também conhecido como neoconstitucionalismo transformador – partindo da premissa que a influência neoconstitucionalista europeia, decorrente do processo de institucionalização e estabilização política regional, marcou a prática jurídica do continente latino-americano a partir dos anos oitenta. Assim, as características do neoconstitucionalismo se tornaram ferramentas úteis para a aplicação prática da Constituição,²² permitindo aos magistrados das Cortes a realização da árdua tarefa de reduzir em alguma medida a distância entre realidade social e o modelo jurídico. A crença era de que os magistrados teriam potencial de conduzir transformações sociais frente aos desafios impostos pelo contexto social e econômico.

Por outro lado, os teóricos do *novo constitucionalismo latino-americano*²³ criticam o neoconstitucionalismo, o qual teria se esquecido da pobreza, desigualdade e inúmeros outros problemas sociais existentes no continente latino-americano. Não é à toa que os críticos destacam o estímulo do neoconstitucionalismo à elaboração de textos constitucionais com inúmeros compromissos e valores reproduzidos das constituições europeias no período pós-ditadura na América Latina, desconsiderando, de certa forma, a pluralidade existente no continente latino-americano.

Ao considerar o neoconstitucionalismo como uma teoria insuficiente para resolver problemas da América Latina, alguns Estados do continente, como Bolívia, Equador e Venezuela, desenvolveram o que passou a se chamar de “novo constitucionalismo latino-

²¹ Nesse sentido:

CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis”. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

POLIDO, Carlos Bernal Polido. *O direito dos direitos*. Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013; *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed. Madrid, CEPC, 2005.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

²² CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo. Significado niveles de análisis.” In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, p. 164.

²³ Nesse sentido:

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”. *Otro Derecho*. N. 48, 2013, pp.63-84.

PISARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999*. Balance de una década. Disponível em: <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>. .

americano”. Na tentativa de romper com a colonialidade marcada pelo padrão europeu, esses países buscaram uma maior participação popular na assembleia constituinte e aprovação de textos mais plurais e inclusivos, com a incorporação de direitos antes inimagináveis, como direitos da natureza, direitos de populações indígenas e grupos vulneráveis.²⁴

De acordo com o novo constitucionalismo latino-americano, a proclamação das Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009) representaria o nascimento de um paradigma “em construção” na América Latina. A orientação mais radical no tema da nacionalidade e do reconhecimento dos povos indígenas, faz as constituições boliviana e equatoriana serem consideradas emergentes e distintas das demais transformações ocorridas na América Latina.²⁵

O modelo do novo constitucionalismo também se caracterizaria pela luta no estabelecimento de regimes democráticos decorrentes de iniciativas populares, proteção de grupos social e historicamente vulneráveis, como mulheres, crianças, pessoas com deficiência, idosos, e reconhecimento do pluralismo jurídico, com a consequente ruptura do colonialismo.²⁶ Não se pode dizer que o novo constitucionalismo atingiu plenamente seus objetivos, já que ainda é considerado um modelo em construção. Não é um constitucionalismo que se disseminou da mesma forma por toda América Latina e tampouco está isento de críticas.

Nesse sentido, o denominado novo constitucionalismo latino-americano tem se demonstrado como incapaz de cumprir as promessas feitas aos cidadãos, como bem-estar social e igualdade. Os arranjos institucionais das estruturas de poder permitiram, por exemplo, a perpetuação de alguns líderes à frente do Estado, contrariando os objetivos deste movimento constitucional. É só observar os acontecimentos recentes na Bolívia e Venezuela para verificar essa afirmação.

Em razão disso, há um crescente movimento de estudiosos que prefere destacar o *constitucionalismo transformador* como aquele capaz de orientar e efetivar a Constituição em consonância com a realidade, sociedade, economia, política.²⁷ Apesar de acadêmicos

²⁴ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (Coord). *El derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 111-117.

²⁵ UPRIMNY, Rodrigo. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America. Trends and Challenges”. *Texas Law Review*. Vol. 89:1587, 2011, p. 1590.

²⁶ URREGO, Cielo E. Russinque. “El neoconstitucionalismo latinoamericano”, p. 485.

²⁷ Nesse sentido:

BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Observations on Transformative Constitutionalism”. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela

estudarem o constitucionalismo transformador dentro do guarda-chuva teórico do novo constitucionalismo latino-americano, no presente trabalho essa corrente doutrinária é analisada de forma apartada por razões didáticas.

O constitucionalismo transformador é considerado um projeto normativo que busca a efetividade dos compromissos constitucionais latino-americanos, oferecendo um importante papel ao poder judiciário nessa concretização. Ele teria como função garantir o cumprimento dos ideais democráticos dentro de contextos políticos e sociais marcados por *déficits* democráticos.²⁸

A característica mais marcante do constitucionalismo transformador seria a busca pela integração da América Latina a partir de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano (ICCAL), composto por um corpo normativo desenvolvido a partir de múltiplos diálogos na região e integrados por meios de tratados e convenções ratificados pelos países.²⁹ Em razão da exclusão que diversos grupos desfavorecidos sofrem na região, há uma constante busca de alternativas para superação da exclusão social à luz dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito.

O constitucionalismo colombiano, cujo marco é a Constituição colombiana de 1991, passou a prever a efetividade dos direitos humanos como um de seus pilares fundamentais e influenciou o conceito de constitucionalismo transformador.³⁰ A Corte Constitucional colombiana foi reconhecida como instituição exemplar no continente latino-americano, já

Morales; PIOVESAN, Flávia (Ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford University Press, 2017.

PIOVESAN, Flávia. “*Ius Constitutionale Commune em América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*”. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Transformative Constitutionalism in Latin America*. The Emergence of a New Ius Commune. Oxford University Press, 2017.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. “O Estado Aberto: Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos”. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Marco conceptual. V. 1. Curitiba: Juruá, 2016.

²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. “El papel del juez transformador en Brasil. Ius Constitutionale Commune, avance y resiliencia”, março de 2020. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*. n. 2020-05, Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3548830>.

²⁹ BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune latinoamericano*. Una aclaración conceptual.” In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica n. 688. Mexico, 2014, p. 14-15.

³⁰ BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Una mirada a un constitucionalismo transformador.” *Revista Derecho del Estado*, n. 34, jan.-jun. 2015, pp. 3-50, p. 5. Em muitas obras doutrinárias encontra-se o termo *Ius Constitutionale Commune* para relacionar o fenômeno vivenciado na América Latina em busca de similitudes das promessas e desafios constitucionais.

que na tentativa de aplicar direitos sociais em um contexto extremamente difícil, passou a desenvolver notáveis inovações jurídicas.

O século XXI trouxe novos contornos para a América Latina, buscando refletir sobre um Direito Constitucional Comum e recusar algumas ideias constitucionais tradicionais que vigoravam na região como ideal político. É sabido que a Constituição mexicana de 1917 foi uma das pioneiras na inclusão de direitos sociais, fenômeno replicado em diversas Constituições de países da região. Nesse sentido, nota-se que o objetivo central do constitucionalismo transformador esteve centrado em assegurar regionalmente a implementação das decisões e o cumprimento dos compromissos centrais das Constituições, insistindo na efetivação das promessas feitas aos povos latino-americanos em relação aos direitos sociais.

A base principal do constitucionalismo transformador, portanto, está fundada nos direitos fundamentais e os direitos humanos, em razão (i) do conteúdo transformador dos textos constitucionais transcrito nas disposições sobre direitos fundamentais; (ii) da mobilização da sociedade civil em torno destes direitos; e (iii) das sentenças judiciais sobre direitos fundamentais e humanos ser produto da luta de grupos sociais.³¹ As Cortes Constitucionais acabam assumindo um papel fundamental no constitucionalismo transformador, especialmente quando as instâncias burocráticas não aplicam ou efetivam a Constituição.

Nesse sentido, as Cortes seriam entendidas como os órgãos capazes de tomar decisões com um certo distanciamento do processo político. Isso também dependeria de fatores como independência judicial, desenho institucional, acessibilidade e capacidade das Cortes para sustentar suas decisões a longo prazo.

O fato de textos constitucionais conterem direitos que carregam conteúdo valorativo denso foi uma pré-condição para que os tribunais levassem mais a sério a Constituição. Foi inevitável a transformação da percepção do potencial das Cortes Constitucionais, que passaram a ser vistas como instituições centrais para levar adiante o projeto do constitucionalismo transformador, sendo um grande motor de inovações transformadoras através de suas decisões. Muitas sentenças que, perante o velho paradigma, se assemelhavam

³¹ Nesse sentido:

ARANGO, Rodolfo. “Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina”, p. 26-35.

BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune latinoamericano*”, p. 8-13.

PIOVESAN, Flavia. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*”, p. 49.

a um ativismo judicial questionável, passam a ser vistas como catalisadoras da promoção dos novos projetos constitucionais do continente latino-americano.³²

Na tentativa de fazer uma transformação social através do direito, os juízes passam a assumir maiores responsabilidades e compromisso judicial com os textos constitucionais. Os tribunais são convidados a ter um papel importante na transformação da sociedade, criando-se e fortalecendo-se cada vez mais as instituições jurisdicionais. Há uma compreensão de que o direito e os tribunais devem estar igualmente a serviço de grupos que enfrentam alta vulnerabilidade social e econômica. Os tribunais deveriam assim se empenhar para a superação das desigualdades por meio de suas decisões. Por outro lado, reforça-se o caráter coletivo dos direitos humanos a partir de casos paradigmáticos, fruto de estratégias de litígio de grupos e organizações não governamentais que advogam para uma transformação social.³³

O constitucionalismo transformador também foi criticado, já que a atuação judicial tem gerado efeitos contraditórios.³⁴ Em outras palavras, a transformação da arena judicial em um dos campos de batalha mais utilizados para solução de conflitos sociais tem causado efeitos colaterais, bloqueando mudanças sociais pretendidas inicialmente. Por outro lado, há um temor de que se houver recusa das Cortes em seguirem com um papel transformador, os objetivos relacionados à promoção de direitos, do Estado de Direito e da democracia deliberativa nunca serão atingidos plenamente. Permanece assim a dúvida sobre os caminhos mais seguros para a efetivação da Constituição.

Por fim, o *constitucionalismo latino-americano em perspectiva histórica* investiga possíveis traços comuns do modelo “em construção” latino-americano, apoiando-se nas distintas experiências constitucionais da América Latina.³⁵ Ao observar os movimentos

³² BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*”, p. 22-23.

³³ BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*”, p. 23.

³⁴ POLIDO, 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”. *Int'l J. Const. L. Blog*, Out. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court>. Essa posição é de Carlos Bernal Polido, ex-juiz da Corte Constitucional Colombiana, que apesar de observar o potencial transformador das Cortes Constitucionais, tem demonstrado grande preocupação com os efeitos reversos que essa atuação tem contribuído.

³⁵ Nesse sentido:

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2016.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Promesas e interrogantes”. CEPAL, *Serie Políticas sociales*, Santiago, n. 153, nov. 2009. Seções 1, 2 e 3.

constitucionais na América Latina, essa corrente doutrinária menciona a similaridade das crises políticas, econômicas e de direitos humanos experimentadas no continente.

Após o período ditatorial, os diversos países latino-americanos buscaram fortalecer compromissos sociais. Nesse sentido, desde meados dos anos 80, em especial a partir da década de 90, a América Latina conheceu um período de mudanças constitucionais, pois em quase todos os países se adotaram novas constituições.³⁶ Um breve exame das reformas constitucionais no continente mostra que a maior parte compartilha características similares na definição dos princípios ideológicos do Estado e na regulação dos direitos e deveres cidadãos.

As alterações nos textos constitucionais tiveram um aspecto muito generoso no reconhecimento de direitos, incorporando um amplo catálogo de direitos civis e políticos, e amplos direitos econômicos, sociais e culturais, como a educação, a moradia, a saúde. Também avançaram no reconhecimento de formas de direitos coletivos, em especial o direito ao meio ambiente.

Os grupos tradicionalmente discriminados, como os indígenas, igualmente receberam amparo, reconhecendo-se a eles direitos especiais e diferenciados de cidadania em determinados países do continente. Na medida em que se estabelecem circunscrições especiais de representação política para essas comunidades, os seus idiomas passam a ser considerados como línguas oficiais, garantindo-lhes também um poder judicial próprio e autônomo em seus territórios para a decisão de conflitos, de acordo com suas cosmovisões.³⁷ Estas constituições não só avançaram em uma ideia de identidade pluralista senão que incorporaram elementos e formas de cidadanias diferenciada e multicultural.

Por outro lado, essa análise das Constituições em perspectiva histórica reconhece que as Constituições latino-americanas mantiveram a estrutura de poder vertical, com predominância do presidencialismo, quase intacta, causando um descompasso entre o fortalecimento dos compromissos e a sua efetivação na prática.³⁸ Assim, as novas Constituições apenas reproduzem o que o antigo constitucionalismo buscava preservar, com

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos”. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *El derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

³⁶ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America”, p. 1587-1588.

³⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America”, p. 1590.

³⁸ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*, p. 284.

a diferença de que passaram a incluir as demandas sociais em seus textos, ocasionando tensões e contradições em si mesmas.

A organização de poder (seção orgânica) e o catálogo de direitos (seção dogmática) dentro das Constituições latino-americanas passaram a funcionar como duas seções independentes entre si, dificultando a efetivação de direitos previstos no texto constitucional.³⁹ Em outras palavras, a velha maquinaria, ou estrutura de poder (apelidada de “sala de máquinas” por Roberto Gargarella), não foi adaptada para aplicar e concretizar os novos direitos, advindos com o constitucionalismo social. A velha estrutura, fechada e impermeável aos novos tempos, acabou bloqueando a introdução de mudanças capazes de impactar e alterar os problemas sociais enfrentados até então.

Esse breve histórico em relação às experiências constitucionais na América Latina lança luz sobre a problemática das reformas constitucionais nas ondas democráticas latino-americanas e a conseqüente expansão judicial. Os distintos modelos de política e de justiça desenvolvidos na América Latina demonstram o esforço para dotar de eficácia os direitos fundamentais. A construção de um modelo constitucional regional capaz de lidar com as questões específicas do continente, como a pobreza e a desigualdade extremas enfrentadas por muitos povos latino-americanos, tem demandado reflexão e esforço de estudiosos, que buscam através de distintas teorias construir alternativas para um modelo inclusivo, democrático e integrador da América Latina.

No próximo item serão analisadas as reformas constitucionais do continente latino-americano, que ofereceram condições institucionais e políticas para a expansão do Poder Judiciário. As teorias delineadas neste tópico ilustram o desenvolvimento de algumas características e condições que impulsionaram, de certa forma, o protagonismo judicial.

1.2 Reformas constitucionais e o protagonismo judicial: do fenômeno global à América Latina

A expansão do poder judicial é um fenômeno global, percebido não apenas na América Latina, mas em diversos países do mundo. Ao se falar em expansão do poder judicial, pretende-se refletir sobre a intervenção judicial e procedimentos judiciais na esfera eminentemente política,⁴⁰ o que se denomina atualmente como judicialização da política ou

³⁹ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*, p. 332-334.

⁴⁰ Nesse sentido: VALLINDER, Torbjörn. “When Courts go Marching In”. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995, p. 13.

politicização da justiça. A judicialização da política é entendida como o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar o campo de desenho e formulação das políticas públicas e normas elaboradas anteriormente pelas agências governamentais, especialmente pelo Legislativo e Executivo.⁴¹

De acordo com a doutrina,⁴² a expansão do poder judicial estaria relacionada com fatos históricos relevantes, como a queda do comunismo na Europa Ocidental e o desaparecimento da União Soviética. Ao lado desses fatos históricos, outros acadêmicos preferem fazer uma divisão da expansão da atuação judicial através da análise do controle de constitucionalidade,⁴³ dividindo em três momentos distintos. O primeiro momento estaria relacionado à afirmação da *judicial review* nos Estados Unidos (*Marbury v. Madison*); o segundo seria observado no pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa; e, por fim, o terceiro e último momento seria a expansão do controle de constitucionalidade na redemocratização de países latino-americanos e de antigos países comunistas, após a queda da União Soviética.

De igual modo, não se pretende aderir a uma única teoria explicativa da expansão do poder judicial, senão que oferecer um breve panorama da atuação do poder judicial ao longo de sua trajetória, com os principais fatores que contribuíram para o quadro atual. Dessa forma, aponta-se que os Estados Unidos, através do julgamento histórico *Marbury vs Madison* (1803), tornou-se referência do fenômeno da judicialização da política. Foi este julgamento que permitiu à Suprema Corte dos Estados Unidos inaugurar o *judicial review of legislation* na sua modalidade difusa, compreendendo-se a Constituição como norma suprema e parâmetro de validade de todas as demais normas.⁴⁴

Muito embora o controle de constitucionalidade tenha sido algo peculiar do sistema norte-americano por um longo período, a maior parte dos sistemas constitucionais conta com instrumentos formais de jurisdição constitucional atualmente,⁴⁵ 158 de 191 sistemas constitucionais, demonstrando a influência do da jurisprudência e do modelo norte-americano em distintas jurisdições constitucionais. Inclusive, estudos da ciência política sugerem que a previsão do controle de constitucionalidade estaria relacionada à expansão

⁴¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. "The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics". In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995, p. 28.

⁴² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. "The Global Expansion of Judicial Power", p. 02.

⁴³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 83-84.

⁴⁴ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes* p. 63.

⁴⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 83.

global do Poder Judiciário e à judicialização da política, transferindo o poder de tomada de decisões políticas aos juízes.⁴⁶

A experiência norte-americana é reconhecida para tratar do tema, já que ao longo da história, as mudanças de concepção em torno dos direitos previstos na Constituição dos Estados Unidos são explicadas através das alterações na visão dos juízes em relação a políticas sociais e econômicas.⁴⁷ A evolução nas decisões judiciais estadunidenses está relacionada a uma mudança na cultura existente na sociedade, corroborada pelo famoso caso *Brown v. Board of Education*, que impulsionou inúmeras reflexões sobre o papel da Suprema Corte estadunidense .

Ao lado dos momentos históricos mencionados acima, os quais buscam explicar a expansão do poder judicial, há uma discussão mais prática acerca de condições que facilitariam essa expansão. Entre elas estariam a positivação de direitos nas Constituições, a própria existência da democracia, a separação dos poderes, o uso das cortes por grupos de interesse e de oposição, a ineficiência ou bloqueios das instituições democráticas, e a delegação sobre decisões de políticas públicas às cortes pelas próprias instituições democráticas em razão de custos políticos.⁴⁸

As tentativas de elaboração de teorias explicativas sobre a “expansão global do Poder Judiciário” apresentam inúmeras dificuldades. Conforme leciona Rodrigo Brandão,⁴⁹ além dos inúmeros países que presenciaram tal fenômeno apresentarem culturas distintas, os processos de reconstitucionalização e redemocratização também aconteceram em diferentes momentos. Mas há um consenso doutrinário em torno do fato de que a expansão da democracia estaria relacionada à ampliação do controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, à expansão do Judiciário.

Através de extenso estudo de decisões constitucionais de sistemas judiciários de distintos países,⁵⁰ Ran Hirschl chegou à conclusão de que a representação política de grupos

⁴⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 84.

⁴⁷ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. “El Diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)”. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 18.

⁴⁸ Para aprofundar mais em cada uma das condições, ver TATE, C. Neal. “Why the Expansion of Judicial Power?”. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995, p. 28-32. Rodrigo BRANDÃO (in: *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 86-91) também faz uma análise sobre distintas teorias que buscam explicar a expansão da atuação judicial.

⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 85.

⁵⁰ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p.38-40.

historicamente discriminados e o sufrágio universal constituiriam uma ameaça às elites políticas e econômicas, já que a vitória na deliberação majoritária no Parlamento não seria mais garantida tranquilamente. Portanto, observou-se uma corrida da elite em direção ao Judiciário para transferir a supremacia parlamentar pela supremacia judicial. As elites, com fácil acesso ao Poder Judiciário, desejavam bloquear as mudanças almejadas pela maioria através da judicialização de determinadas questões antes reservadas ao Parlamento, buscando manter a sua hegemonia e o *status quo*.

A democratização da América Latina, Ásia e África presenciou igualmente a tendência de judicialização de políticas públicas, quando em suas novas democracias, aqueles países estabeleceram um judiciário forte.⁵¹ Em um contexto político de ditaduras ou com contornos autoritários, como foi o caso de distintos países na América Latina, o uso do Poder Judiciário não era uma prática, pois não se podia esperar dele um papel ativo, progressista e transformador em uma agenda de direitos.⁵²

No caso do Brasil,⁵³ por exemplo, não se pode nem mesmo falar em supremacia judicial antes de 1988, já que a transição entre períodos autoritários e democráticos desde a Primeira Constituição da República (1891) até a Constituição Federal de 1988, trazia inúmeros obstáculos para a atuação da Corte. Se nos períodos autoritários (1930 a 1945 e 1964 a 1988), a Corte não tinha poder para o exercício do controle de constitucionalidade, estando submissa a regimes políticos resistentes à atuação judicial; nos momentos mais democráticos (1891 a 1930 e 1946 a 1964), as elites do país e reações políticas à determinadas atuações do STF limitavam esse poder, que não contava com a independência necessária para decidir. Sem mencionar o descumprimento de suas decisões em resposta às reações políticas, que enfraquecia ainda mais o poder de atuação do STF.

Foi a Constituição de 1988 que ampliou os poderes do STF,⁵⁴ ao prever um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, além de ampliar os distintos canais de acesso a esse poder pela sociedade. Mas para além disso, as interpretações constitucionais sedimentaram a expansão do poder do tribunal.

⁵¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. “The Global Expansion of Judicial Power”, p. 02.

⁵² CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*. Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. São Paulo: Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2012, p. 50.

⁵³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 145-147.

⁵⁴ Nesse sentido: ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador. Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, ago. 2016. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200405&lng=en&nrm=iso. Acesso em 19 mar. 2020.

Nesse sentido, as reformas constitucionais na América Latina, especialmente durante o período de transição constitucional de regimes autoritários para regimes democráticos, configuraram um marco na transformação dos textos constitucionais causando impacto nos diversos países do continente. Em casos como da Bolívia, com a criação do Estado Plurinacional, o impacto foi mais político, em outros, como Argentina, Brasil e Colômbia, as reformas conduziram a uma nova forma de agir do Judiciário,⁵⁵ passando a discutir especialmente questões de políticas públicas (implementação, dotação orçamentária, responsabilidade institucional, público-alvo), antes delegadas prioritariamente à esfera eminentemente política.

A redemocratização de diversos países do continente latino-americano trazia consigo o receio de novas intervenções militares, conflitos étnicos e revoluções.⁵⁶ Os países recém-democráticos ainda contavam com democracias frágeis que precisavam se consolidar ao longo do tempo. Não foi à toa que os governos que arquitetaram as novas constituições latino-americanas viram o poder judicial, e aqui falando especificamente das Cortes, como um grande aliado no estabelecimento e construção das novas democracias, sendo importante a sua participação na proteção das regras e políticas estabelecidas durante e após o período de transição.

Assim, verifica-se que as condições políticas e institucionais permitiram a expansão do Judiciário na América Latina e a consequente judicialização da política. Ainda que as reformas constitucionais no continente não tenham modificado totalmente as instâncias ou estruturas políticas frente aos direitos incorporados nas Constituições nas últimas décadas,⁵⁷ elas culminaram com a criação das novas cartas de direitos, alargamento da positivação de direitos humanos, incorporação de institutos internacionais e reforma ou definição de formas processuais específicas de proteção, que impulsionaram o desenvolvimento de novos campos de advocacia estratégica.⁵⁸

A combinação de Constituições ambiciosas, denominadas assim pelo amplo rol de direitos individuais e sociais previstos, com a expansão do acesso à justiça e ao próprio

⁵⁵ UPRIMNY, Rodrigo. “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America”, p. 1604.

⁵⁶ TATE, C. NEAL; VALLINDER, TORBJÖRN. “The Global Expansion of Judicial Power”, p. 02.

⁵⁷ Esse fato é visto com um olhar crítico por GARGARELLA (in: “The ‘new’ Latin American Constitutionalism. Old Wine in New Skins”. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (Ed.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*, p. 211-12).

⁵⁸ CARDOSO, EVORAH. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 71.

Judiciário trouxe um papel relevante para essas instituições.⁵⁹ Nesse sentido, acabou se desenvolvendo na América Latina um constitucionalismo que amplia o conceito de direitos humanos e a função dos tribunais para a sua proteção.⁶⁰ Superava-se a concepção de que as Cortes eram instituições destinadas a resolver conflitos entre duas partes, de acordo com regras pré-ordenadas, levando em considerando os fatos que envolvem o caso objeto do conflito e sopesando a argumentação entre ambas as partes.

Ainda que as Cortes Constitucionais na região apresentem distintas configurações, relacionadas à sua composição, contexto político do país e normativa constitucional, o que influencia diretamente o tipo de atuação destas instituições,⁶¹ a experiência do constitucionalismo na América Latina demonstra que foram as promessas em relação aos direitos previstos nos textos constitucionais que acabaram investindo aos tribunais a tarefa da efetivação do texto constitucional como um todo.

A redução da pobreza e a promoção de direitos sociais sempre foram vistos como questões de políticas públicas, devendo ser decididas eminentemente na esfera política, e não na esfera judicial. Mas os canais tradicionais que deveriam lidar com questões de pobreza e direitos sociais, como os poderes Executivo e Legislativo,⁶² passaram a ser vistos como bloqueadores da transformação social almejada com as reformas ocorridas na América Latina. A tensão entre as cláusulas socialmente mais robustas e politicamente mais amplas e uma organização de poder centralizada e vertical observada na maior parte das Constituições latino-americanas acabou provocando transformações adicionais no modo de operar dos tribunais.⁶³

Sem ter a quem recorrer, os grupos vulneráveis passaram a lutar por seus direitos no âmbito das Cortes, alcançando importantes vitórias.⁶⁴ É preciso recordar que muitas reformas no continente latino-americano ampliaram a legitimação para litigar e facilitaram

⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Ambitious constitutions. Prominent courts”. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Ed.). *Comparative Constitutional law in Latin America*, Edward Elgar, 2017, p. 253.

⁶⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento. Cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales”. In: LANGFORD, Malcom, RODRÍGUEZ GARAVITO, César e ROSSI, Julieta (Ed.). *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 100.

⁶¹ CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 79.

⁶² COUSO, Javier A. “The Changing Role of Law and Courts in Latin America. From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar e ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, p. 61.

⁶³ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*, p. 338 e ss.

⁶⁴ GLOPPEN, Siri. “Courts and Social Transformation. An Analytical Framework”. In: Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar e Roux, Theunis (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*, p. 35.

o acesso aos tribunais. As Cortes passaram aos poucos a serem percebidas como agentes de transformação social e inclusão de grupos marginalizados, impulsionando a opção pelo canal judicial para a promoção de direitos ao invés da busca por canais políticos.

Nessa toada, a atuação dinâmica do Judiciário frente ao Executivo e ao Legislativo na tomada de decisões sobre políticas públicas abriu caminhos para seu protagonismo.⁶⁵ Temas polêmicos, como aborto, matrimônio igualitário, homofobia, sistema de cotas, vagas em creche, demarcação de terras indígenas, entre outros, passaram a migrar de forma recorrente do campo das autoridades representativas para a seara jurídica.

O Judiciário ganhava aos poucos um apoio expressivo da sociedade no exercício de suas competências, o que possibilitou às Cortes Constitucionais ampliar progressivamente a margem de ação e as próprias funções constitucionalmente previstas. As sentenças judiciais proferidas passaram a ser vistas como ferramentas capazes de impulsionar reformas profundas na sociedade, fomentar a inclusão de minorias, transformar a opinião pública e introduzir certos temas na agenda política nacional.⁶⁶

As mudanças ocorridas parecem ter afetado o funcionamento e a interação dos poderes, ou melhor dito, a “sala de máquinas da Constituição”,⁶⁷ impactando a seção de direitos da Constituição. A abertura das Cortes permitiu o acesso de mais cidadãos, trazendo à tona a necessidade de repensar a interação do Judiciário com os demais Poderes. A inversão da lógica da separação de poderes, com a criação de espaços de diálogo social e institucional passa a ser vista como uma possível solução para contornar eventuais críticas sobre ausência de deliberação e legitimidade democrática.⁶⁸

Como menciona Rodrigo Brandão,⁶⁹ a expansão do Judiciário só é possível se contar com a aceitação dos demais poderes, pois é dependente deles para que as decisões sejam cumpridas e para que a interpretação da Constituição se mantenha no futuro. A aceitação ou não da expansão judicial tem impactos não apenas no papel das Cortes, mas no dos demais poderes.

⁶⁵ AVRITZER, Leonardo. “O novo constitucionalismo latino-americano. Uma abordagem política”, p. 33.

⁶⁶ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid (Tesis Doctoral), 2016, 01.

⁶⁷ GARGARELLA, Roberto. “The ‘new’ Latin American Constitutionalism”, p. 232. Nesse sentido, Roberto Gargarella se refere à “sala de máquinas” para explicar como as reformas constitucionais na América Latina transformaram a forma de interação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (seção orgânica) e impactaram na efetivação de direitos (seção dogmática).

⁶⁸ GARGARELLA, Roberto. “The ‘new’ Latin American Constitutionalism”, p. 232.

⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013, p. 183.

As inovações institucionais passaram a ser frequentes, muito em resposta à coletivização de demandas por meio de litígios de casos complexos e estruturais, bem como o litígio em massa de casos individuais.⁷⁰ Ao mesmo tempo em que decisões das Cortes em casos complexos atraíram o olhar da mídia e fomentaram o debate público, atores da sociedade civil cada vez mais assumiam uma participação ativa dentro processo judicial, colaborando com as inovações procedimentais surgidas. Nesse sentido, os juízes constitucionais, no exercício de suas competências, passaram a inovar as técnicas de suas decisões. A sociedade civil também passou a ter mais espaço com o desenvolvimento de novos mecanismos para a participação.

Considerando o contexto de extrema desigualdade e pobreza que os diversos países da América Latina enfrentam, muitos acadêmicos têm buscado respostas sobre o potencial das Cortes em promover mudanças estruturais. A crescente mobilização social e jurídica demandou adaptações da Corte para lidar com as novas formas de litígio, não mais individuais, mas estruturais, deparando-se com conflitos ainda maiores em relação à capacidade institucional de impulsionar uma verdadeira transformação social sem desprezar o Estado de Direito e a própria democracia.

Nessa linha, o protagonismo da jurisdição constitucional passou a suscitar debates sobre os limites da intervenção judicial e a legitimidade democrática, como se verá mais adiante neste capítulo. A seguir será estudado o surgimento das decisões estruturais – como consequência da evolução do contexto social e político –, a migração para outros países e a exigência de respostas mais amplas e estruturadas das Cortes como consequência de litígios estruturais.

2 Decisões estruturais e bloqueios institucionais: a busca da transformação social pela via judicial

2.1 Efetivação de direitos sociais e perspectivas da América Latina

A discussão nacional e internacional sobre a possibilidade de exigir judicialmente direitos econômicos, sociais e culturais não é recente. A partir do momento em que esses direitos foram consagrados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

⁷⁰ CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 19.

Culturais (PIDESC),⁷¹ adotado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em dezembro de 1966, surge um debate sobre sua exigibilidade, no sentido de não tornar o referido pacto uma mera “folha de papel”. O PIDESC, porém, enfrentou objeções relacionadas às particularidades dos direitos sociais, criando obstáculos para sua judicialização.⁷²

Na América Latina, como anteriormente mencionado, as transformações constitucionais ocorridas nas últimas décadas conduziram a inúmeras mudanças significativas e um giro nos debates sobre o significado e a extensão dos direitos sociais na região.⁷³ A constitucionalização de múltiplos direitos nos textos constitucionais de distintos países da região⁷⁴ e a ratificação de tratados de direitos humanos foram algumas dessas mudanças. Muitas das tradições jurídicas do continente entendem que a ratificação torna esses tratados parte integrante das normas constitucionais locais.

Apesar da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pela maioria dos Estados latino-americanos, prever, no artigo 26, o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, há posicionamentos divergentes em relação à judicialização destes direitos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH). Aqui não está se discutindo se DESC são direitos ou não, mas se haveria possibilidade de condenação de Estados de forma autônoma perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Uma das questões mais controversas em relação à judicialização de direitos econômicos e sociais encontra-se na questão de que, diferentemente dos direitos civis e políticos, eles são direitos que dependem da capacidade econômica das instituições públicas. Ao migrar o debate para o Sistema Interamericano, o assunto torna-se ainda mais complexo, já que a condenação de Estados em razão da ausência ou insuficiência de políticas públicas

⁷¹ Nessa mesma data foi também adotado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

⁷² FAIRSTEIN, Carolina; KLETZEL, Gabriela; REY, Paola García. “En busca de un remedio judicial efectivo. Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales.” In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás ESPEJO; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). *Derechos sociales*. Justicia, política y economía en América Latina. Bogotá: Siglo de hombre editores y LAEHR, 2010, p. 26.

⁷³ COURTIS, Christian. “Judicial Enforcement of Social Rights. Perspectives from Latin America”. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar e ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. An Institutional Voice for the Poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, p. 169.

⁷⁴ A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917) foi um dos marcos mais importantes para o reconhecimento e garantia dos direitos sociais. A Constituição Alemã, também conhecida como Constituição de Weimar (1919), aperfeiçoou a Constituição mexicana, exercendo grande influência sobre a evolução dos direitos sociais. Na América Latina, a maior parte dos países conta com direitos sociais em seus textos constitucionais, como, por exemplo, Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Constituição Política da Colômbia (1991), Constituição da Nação Argentina (1994) etc.

poderia ser caracterizada como uma condenação de caráter político, havendo, em outras palavras, uma interferência na soberania dos países membros da Convenção Americana.

Na maior parte dos textos constitucionais da América Latina, os direitos sociais estão desenhados como objetivos, princípios e direcionamentos, contando com uma vagueza em seu conteúdo e dando margem a inúmeras interpretações. Os instrumentos de direito internacional de direitos humanos, por sua vez, compreendem os direitos sociais como direitos a serem efetivados. Tanto no âmbito doméstico quanto no internacional, a questão sobre como conceber direitos sociais ainda remanesce controversa, já que esses direitos foram tradicionalmente tratados como normas programáticas, ou sejam, como normas que estabelecem objetivos a serem alcançados pelas autoridades políticas.

A dificuldade em relação à adjudicação de direitos sociais estaria associada ao esforço em especificar seu conteúdo. A ausência de práticas interpretativas em relação a eles também desincentivou o desenvolvimento de instrumentos voltados a efetivar esses direitos. Uma consequência disso foi o avanço inadequado do conteúdo dos direitos sociais, desafiando a visibilidade das vozes das vítimas e a responsividade da Corte às demandas.⁷⁵

Uma parte da doutrina brasileira,⁷⁶ por exemplo, defende a aplicabilidade direta e mediata dessas normas, ou seja, elas necessitariam de mediação legislativa para aplicação e integração ao ordenamento jurídico vigente. Mas ao lado do caráter vago de seus enunciados, cuja interpretação estaria a cargo das instituições representativas, pode haver ausência de esforços das instâncias legislativa, judicial e doutrinária em estabelecer parâmetros de reconhecimento do conteúdo desses direitos dentro de uma linha conceitual base. Este tratamento dado aos direitos sociais acaba se tornando então uma barreira para que sejam exigidos judicialmente de forma individual ou coletiva.

A ausência de limitação dos contornos e elementos constitutivos dos direitos sociais se tornou um obstáculo para a efetiva atuação do governo na garantia e promoção destes direitos,⁷⁷ veiculados na maior parte das vezes sob a forma de políticas públicas. Ainda sobre esse quesito, não se pode olvidar que, durante um longo período, predominou o entendimento de que direitos sociais seriam responsabilidade de instituições da democracia majoritária, isto é, do Poder Legislativo e Executivo, propiciando uma atuação mais discreta

⁷⁵ COURTIS, Christian. “Judicial Enforcement of Social Rights”, p. 169.

⁷⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 163-164.

⁷⁷ RESTREPO, José Iván Cuervo. “La implementación de políticas públicas. Un problema conceptual y metodológico”. In: HOLGUÍN, Carmen Jimena. *Políticas Públicas Sociales y Territoriales: reflexiones teóricas y estudios de caso*. Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2014, p. 145.

dos tribunais. Os juízes, ao se depararem com demandas relativas aos direitos sociais, geralmente lhes negavam eficácia sob a justificativa de que os demais poderes seriam os competentes e responsáveis pela sua efetivação. Toda essa situação prejudicou sobremaneira a tutela jurisdicional de direitos sociais.

Assim, conclui-se que a ausência de uma tradição de efetivação de direitos sociais afetou a concepção sobre o papel do Judiciário na adjudicação destes direitos, respaldando a baixa responsividade das Cortes em relação a eles. Os grupos vulneráveis sequer tinham uma percepção de violação de direitos sociais como violação de direitos, e quando o tinham, tentavam utilizar-se de outros mecanismos na seara de Legislativo e Executivo, muitas vezes contando com o apoio da sociedade civil organizada ou movimentos sociais. A Corte e os advogados eram vistos com certa desconfiança,⁷⁸ o que não estimulava a busca por instrumentos jurídicos na satisfação de direitos. A conclusão é de que pouca jurisprudência foi desenvolvida àquela época sobre efetivação judicial de políticas públicas ou demandas sociais.

Foi na última década que o uso estratégico do litígio em busca de mudanças sistêmicas ganhou força e êxito nos tribunais. O desencantamento com a política, ao lado de outros fatores, impulsionou a ida ao Judiciário. Dessa forma, diversos setores da sociedade buscaram o Judiciário na esperança de solucionar problemas que *a priori* deveriam ser debatidos e resolvidos em outros canais de maior participação política.⁷⁹

Muitos conflitos centrados na seara da agenda política migraram aos poucos para o Judiciário, convocando os tribunais a oferecer soluções para as diversas demandas que chegavam rotineiramente. A busca de novos espaços de participação para transformação social impulsionou o litígio estratégico de demandas sociais, oferecendo um novo marco para discussão sobre o papel dos tribunais na transformação do direito.

Os altos índices de pobreza e a persistente desigualdade social em muitos dos países do Sul Global mudaram o comportamento de alguns tribunais constitucionais, os quais avançaram na interpretação da Constituição para proteger direitos sociais e o acesso a bens e serviços pelas populações vulneráveis. Nesse sentido, a maior abertura dos tribunais e os bloqueios institucionais na esfera política em relação aos direitos inscritos na Constituição estimulou a busca pela efetivação de direitos através da atuação do judiciário. As inúmeras

⁷⁸ COURTIS, Christian. “Judicial Enforcement of Social Rights”, p. 177.

⁷⁹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Cases and Debates.” In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar e ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*, p. 129.

experiências concretas em diferentes países passaram a desafiar a doutrina predominante de que direitos sociais não seriam passíveis de judicialização.⁸⁰ O drama social vivido em diversos países do continente latino-americano tornava imperativa a atuação judicial e reprovável uma eventual passividade do juiz. Nesse contexto, a expansão de litígios sobre políticas públicas se tonava cada vez mais inevitável.

Ao enfrentar diversas demandas exigindo a proteção efetiva de direitos consignados no texto constitucional, os tribunais começaram a dar-lhes efetividade a partir de suas decisões. As Cortes passaram a desencadear estruturas sociais, mobilizando ferramentas institucionais para resolver problemas profundos de violações de direito. As intervenções judiciais ganharam força e se transformaram em alternativas para lidar com as injustiças socioeconômicas, refletidas na privação de condições materiais básicas para a garantia de uma vida digna de grupos vulneráveis.⁸¹

Muitas decisões progressistas passaram a ser observadas, ampliando os horizontes daqueles que estavam esquecidos, oferecendo ao mesmo tempo uma alternativa contra a violação de direitos. Os tribunais assumiram aos poucos a responsabilidade de mediar a tradução de direitos aos distintos grupos vulneráveis, passando a ser a voz da igualdade e a esperança daqueles que há muito tinham seus direitos negligenciados pelas autoridades públicas.

A necessidade de amparo aos direitos sociais para garantia do exercício dos direitos individuais impulsionou também uma mudança de posicionamento da doutrina majoritária,⁸² estimulando o desenvolvimento de teorias sobre a judicialização dos DESC dentro de parâmetros da teoria democrática e frente a contextos de desigualdade social extrema.⁸³ Defensores de direitos humanos, juízes, funcionários do poder público, organizações da sociedade civil (OSC) nacionais e internacionais e diversos outros atores trabalharam

⁸⁰ COURTIS, Christian. “Judicial Enforcement of Social Rights”, p. 170.

⁸¹ 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. 24.

⁸² GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la construcción de una dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 175.

⁸³ Nesse sentido:

ARANGO, Rodolfo. “Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy”, *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 141-154, Junho 2003.

BILCHITZ, David. *Poverty and Fundamental Rights*. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights. Oxford University Press, 2007.

arduamente para que os direitos sociais fossem reconhecidos e exigidos judicialmente perante tribunais nacionais e internacionais.

A intervenção judicial recebeu diversas críticas. Uma das grandes objeções ao reconhecimento total de direitos sociais, econômicos e culturais estaria relacionada à dificuldade de desenhar remédios judiciais significativos para sua garantia e efetivação.⁸⁴ Também se argumentava que a adjudicação desses direitos faz surgir tensões entre individual e coletivo, justiça corretiva e justiça distributiva, Cortes e autoridades públicas etc. Foram ainda levantadas críticas em relação à legitimidade democrática e capacidade técnica dos tribunais para tornar efetivos esses direitos, já que arenas políticas seriam mais apropriadas para debater e decidir sobre prioridades na efetivação de políticas públicas. Para esses críticos, a intervenção judicial nos direitos sociais conduziria a um governo antidemocrático nas mãos dos juízes.

Para os defensores da judicialização, os direitos sociais e os direitos civis e políticos não estariam em uma categoria tão distinta, já que aqueles também passaram por um período de revolução, necessário para a mudança de concepção sobre a aplicação desses direitos.⁸⁵ Assim como a revolução dos direitos é entendida como algo que faz parte da história, outra não deveria ser a concepção sobre o avanço e transformação dos litígios individuais em litígios estruturais. Nesse sentido, os litígios estruturais deveriam ser interpretados como a busca de maior efetividade na promoção e garantias de direitos, especialmente quando envolvem populações vulneráveis.

Apesar da judicialização de direitos sociais e políticas públicas ser considerada uma tendência mundial, a emergência de uma jurisprudência inovadora em relação à concretização de direitos sociais passou a ser notada principalmente em países do Sul Global, no marco das sentenças estruturais. Dessa forma, diversos juízes constitucionais da América Latina passaram a prever o dever do Estado em realizar ações positivas para garantir esses direitos. Atualmente, muitos acadêmicos chegam a mencionar que a questão não é mais “se”, porém “como” direitos sociais podem ser efetivados pela tutela jurisdicional,⁸⁶ estimulando

⁸⁴ ROACH, Kent. “The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights.” In: LANGFORD, Malcolm. *Social rights jurisprudence*. Emerging trends in international and comparative law. Cambridge University Press, 2009, p. 46.

⁸⁵ EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. University of Chicago Press, 1998.

⁸⁶ TUSHNET, Mark. A Response to David Landau. *Harvard International Law Journal*, v. 53 (p. 155-164), 2012, p. 155.

a reflexão sobre ferramentas institucionais necessárias para a transformação do estado de violação de direitos.

2.2 Complexidades das sentenças estruturais: a esperança de uma solução para problemas complexos

2.2.1 Caso *Brown v. Board of Education* como gênese das sentenças estruturais

As “sentenças estruturais”, também encontradas na doutrina como “decisões estruturais”, “processos estruturais”, “medidas estruturantes” ou “sentenças macro”, têm origem na jurisprudência dos Estados Unidos, através da figura *structural reform*,⁸⁷ modelo de decisão em que os juízes determinam às autoridades públicas a elaboração de medidas para sanar situações incompatíveis com a Constituição.⁸⁸

A Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou, no mínimo, três casos de grande repercussão envolvendo questões raciais, sendo eles *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Plessy v. Ferguson* (1896) e *Brown v. Board of Education* (1954), os quais tiveram grande impacto na história norte-americana.⁸⁹ Dos três casos, o mais emblemático e importante foi a decisão *Brown v. Board of Education*,⁹⁰ tomada pela Corte Warren (1953-1969), relacionada à segregação racial nas escolas estadunidenses.

Um breve recorrido histórico é necessário antes de adentrar no caso em si.⁹¹ A escravidão, no início da formação dos Estados Unidos, era reconhecida e defendida pela Suprema Corte Federal como uma prática protegida pela Constituição. A abolição da escravatura, no início do século XIX, trouxe mudanças nas relações raciais em todos os níveis. A população negra passou enfim a ter acesso a direitos civis e políticos, mas

87 Na literatura norte-americana, diversas expressões são encontradas para denominar o litígio estrutural, forma de ingressar com a ação perante os tribunais, tais como “public law litigation”, “structural reform litigation” ou “institutional reform litigation” (Cf. PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*. Legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 25, nota de rodapé). Nessa mesma linha, nos Estados Unidos, utiliza-se o termo “structural injunctions” para se referir às ordens determinadas pelos juízes e tribunais nesse modelo de tomada de decisão judicial.

88 OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. In: BAZÁN, Victor (Ed.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. (Coleção Konrad Adenauer, n. 5, 2015), p. 92.

89 JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes*, p. 64.

90 Sentença da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, de 17 de maio de 1954, caso 347 U.S. 483 (1954), assunto *Brown vs. Board of Education*.

91 Nesse sentido: PUGA, Mariela. “La Litis estructural en el caso *Brown v. Board of Education*”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 88-104.

infelizmente esse período de fruição de direitos foi curto, durando até meados de 1877. Os retrocessos ocorreram especialmente em Estados do Sul, com respaldo de leis locais e estaduais, que restringiam liberdades civis e exploravam economicamente pessoas negras.

Foi no dia 17 de maio de 1954 que, ao enfrentar um caso envolvendo a segregação racial nas escolas públicas (primárias e secundárias), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela inconstitucionalidade da doutrina “*separate but equal*” (separados, mas iguais), a qual permitia a segregação racial em diferentes âmbitos da sociedade norte-americana. Neste caso, Oliver Brown ingressou com uma ação contra o Conselho de Educação Estadual para que sua filha, Linda Brown, pudesse estudar perto de sua residência. Naquela época, Brown era obrigada a atravessar a pé toda a cidade em que vivia (Topeka, Kansas) para chegar à sua escola. Muito embora tivessem outras escolas perto de sua residência, não podia frequentá-las pela única razão de ser negra.⁹² Ao julgar este caso, a Corte entendeu que a referida doutrina era inconstitucional exatamente por violar a igualdade perante a lei.

A Suprema Corte já havia se deparado com casos relacionados à segregação racial nos Estados Unidos antes mesmo de decidir o caso *Brown v. Board of Education*. Mas o que torna esse caso um dos mais emblemáticos é justamente o fato de afirmar que a segregação racial era contrária à Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos.⁹³ Foi assim que este caso permitiu a difusão desta modalidade de litígio estrutural para outras áreas, alcançando uma dimensão sem precedentes na década de 80.

Apoiando-se no argumento de que a separação dos estudantes com base em critérios raciais não só fomentava sentimentos de inferioridade nas crianças discriminadas, mas também representava um obstáculo ao desenvolvimento acadêmico e mental dos menores, a Suprema Corte invalidou todas as leis estatais e locais que permitiam e impunham a existência de escolas públicas separadas com base na segregação racial.⁹⁴ Por meio da decisão no caso *Brown v. Board of Education*, buscou-se a transformação do sistema

⁹² Nesse sentido:

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMAN, Caio César Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira. Critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*. V. 4, n. 1, 2018, p. 220.

FISS, Owen. Models of adjudication. *Caderno Direito GV*, v. 1, n. 8, 2005, p. 06.

⁹³ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes*, p. 69. A 14ª Emenda prevê que “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitos à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

⁹⁴ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El Amparo Estructural de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 299.

nacional de ensino estadunidense, dividido entre escolas para negros e escolas para brancos, em um sistema unitário não segregacionista.⁹⁵ Esse foi apenas o início de uma intensa mobilização jurídica e social que buscou colocar um ponto final na segregação racial existente até então nos Estados Unidos.

A situação da segregação racial não era observada apenas dentro da sala de aula; mas estava presente desde o ônibus escolar até os corredores da escola, com a separação de bebedouros e banheiros. Não é difícil perceber que inúmeros esforços institucionais haveriam de ser empreendidos para que a decisão tomada no caso não se tornasse apenas uma utopia. Diante dessa questão de enorme complexidade, Corte Suprema emitiu diversas ordens na decisão, como a exigência de novos procedimentos de escolha de docentes, critérios para construção das escolas e modificação do sistema de transportes.⁹⁶

Considerando a resistência e complexidade de implementação da sentença no caso *Brown*, os magistrados decidiram adiar a decisão definitiva do caso.⁹⁷ Em algumas regiões havia certa resistência à implementação da decisão da Corte Suprema, tanto que na reunião da Corte para avaliação dos avanços do caso, um ano após a sentença, em 1955, houve a decisão de reiterar a argumentação do caso, ato que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*.⁹⁸

A Corte tomou então a decisão de delegar o desenho dos remédios aos tribunais estaduais, conhecidos como cortes distritais, que conheceram originalmente a demanda. A proximidade com as circunstâncias específicas de cada Estado e o conhecimento com o tema da educação no respectivo território permitiriam e facilitariam o monitoramento e acompanhamento mais próximo das autoridades responsáveis por implementar medidas voltadas a impedir a segregação no sistema educativo,⁹⁹ quais sejam, os conselhos educacionais.

Dessa forma, os tribunais estatais ficaram encarregados de realizar o seguimento e acompanhamento das ações realizadas pelas autoridades públicas locais. A única ordem que receberam da Corte Suprema para cumprir com essa tarefa foi realizar com celeridade,

⁹⁵ FISS, Owen. “Fazendo da Constituição uma verdade vida. Quatro conferências sobre a *structural injunction*”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 25.

⁹⁶ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes*, p. 83.

⁹⁷ ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*. Can courts bring about social change? Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 43.

⁹⁸ Sentença da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, de 31 de maio de 1955, caso 349 U.S. 294 (1955), assunto *Brown vs. Board of Education*.

⁹⁹ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 300.

buscando superar a segregação no sistema educativo da forma mais breve possível.¹⁰⁰ O trabalho de fiscalização dos tribunais permitiu reformas institucionais em temas que nunca tinham sido objeto de discussão na política dos Estados Unidos, mas para os quais havia grande insatisfação no interior da sociedade.

Os tribunais exerceram grande criatividade para garantir o cumprimento das medidas. Além de nomearem interventores para o acompanhamento das instituições, estabeleceram comitês populares que iriam supervisionar as medidas previstas.¹⁰¹ As resistências das instituições em cumprir a decisão, a interposição de novas ações que se aproveitaram das conquistas alcançadas no caso, a criação e consolidação de grupos de pressão que buscavam impulsionar os êxitos obtidos através da decisão, o processo de seguimento delegado aos tribunais estatais, entre tantos fatores, tornam esse caso como a gênese do litígio estrutural, que será estudado mais adiante neste capítulo.¹⁰²

A previsão da Corte de que as oportunidades educacionais deveriam ser iguais para brancos e negros foi decorrente de uma mudança do contexto social e político estadunidense. Mas apesar da decisão da Suprema Corte ser considerada historicamente uma das mais importantes em matéria de direitos civis nos Estados Unidos, ela não seria facilmente implementada. Tanto é verdade que a controvérsia enfrentada pela Corte na decisão só terminou décadas depois do julgamento, quando se observou que a transformação almejada havia se tornado, ao menos em parte, uma realidade.¹⁰³

Com efeito, essa decisão trouxe à tona contornos de um conflito inerente a um debate político mais amplo, permitindo a realização de discussões sobre direito à educação, igualdade e discriminação racial. O caso *Brown* possibilitou a criação de precedentes para o julgamento de futuros casos envolvendo discriminação racial. Apesar da impopularidade da decisão, ela contou com o apoio de acadêmicos que compartilhavam valores contidos na própria decisão.¹⁰⁴

A solução tomada pela Corte no caso *Brown* fomentou teorias para justificar a revisão judicial, e propiciou na literatura acadêmica o desenvolvimento de concepções sobre diálogo

¹⁰⁰ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 300.

¹⁰¹ PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*. Legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 30-31.

¹⁰² BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 53.

¹⁰³ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El Amparo Estructural de los Derechos*, p. 53.

¹⁰⁴ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. El Diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 20.

entre juízes e legisladores a partir da revisão judicial. Além disso, destaca-se que a solução empregada nessa decisão foi utilizada posteriormente para a reforma de hospitais, prisões, departamentos de polícia, instituições psiquiátricas, sistemas públicos de habitação etc.¹⁰⁵

De acordo com alguns doutrinadores da época, emergia ali um novo modelo de adjudicação, denominado *structural reform*,¹⁰⁶ como visto no início deste tópico. O Poder Judiciário estaria, pois, autorizado a realizar intervenção na efetividade de determinados direitos em razão da inércia dos demais poderes. Em outras palavras, o juiz, ao defender valores constitucionalmente previstos, deveria enfrentar a burocracia estatal para concretizar direitos constitucionais.

Conforme menciona Owen Fiss,¹⁰⁷ o uso da *structural injunction* dentro dessa técnica decisória, alcançou grande êxito no caso da reforma prisional dos Estados Unidos, passando a ser defendida pela Suprema Corte. A partir dos denominados *prison reform cases*, as Cortes federais declararam a inconstitucionalidade de inúmeros sistemas prisionais norte-americanos, determinando minúcias de seu funcionamento, além de ordenar a efetivação de direitos relacionados à alimentação, saúde, educação etc.¹⁰⁸ Inclusive, para contornar a resistência de órgãos administrativos no cumprimento de suas ordens, os tribunais mencionavam a possibilidade de aplicação de sanções sérias pelo descumprimento, como a prisão de funcionários públicos que deixassem de atender suas decisões, soltura de pessoas encarceradas em presídios superlotados e até mesmo o fechamento de instituições que não obedeciam as diretrizes estabelecidas.¹⁰⁹

Passados alguns anos de implementação de medidas estruturantes nos Estados Unidos, elas acabaram enfraquecidas por alguns juízes, em especial após a década de 1990, em razão das críticas de que esse tipo de decisão violaria o princípio da separação de poderes. A era dos litígios estruturais parecia ter chegado ao seu fim, apesar de ainda ser um modelo de adjudicação comum nos Estados Unidos. Mas como se verá mais adiante, foi exatamente nessa época que as sentenças estruturais passaram a migrar dos Estados Unidos para América Latina e outros países, em um livre debate de ideias e construções teóricas.

As sentenças estruturais representam um paradigma na técnica decisória dos tribunais, e continuam a ser, ainda que de forma tímida, uma forma de decidir nos Estados

¹⁰⁵ FISS, Owen. “Fazendo da Constituição uma verdade vida”, p. 25.

¹⁰⁶ FISS, Owen. “Fazendo da Constituição uma verdade vida”, p. 26.

¹⁰⁷ FISS, Owen. “Fazendo da Constituição uma verdade vida”, p. 26.

¹⁰⁸ Cf. FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State*. How Courts Reformed America’s Prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 40-41.

¹⁰⁹ PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*, p. 32.

Unidos. Porém, é interessante observar a migração desse modelo de decisão para outros continentes, como América Latina. Nesse sentido, é importante delinear os contornos do termo “sentença estrutural”, em especial na literatura acadêmica latino-americana, buscando apontar as potencialidades que possui na jurisdição constitucional.

2.2.2 Sentenças estruturais e suas complexidades: reflexões sobre a migração de casos estruturais para América Latina

As sentenças estruturais são espécies do gênero processos coletivos,¹¹⁰ remontando suas origens no direito federal estadunidense. Apesar de sentenças estruturais nascerem no bojo da jurisdição constitucional estadunidense, elas têm sido encontradas também em países que contam com tribunais considerados mais ativistas, como África do Sul, Colômbia e Índia, conquistando também a atenção de outros países que enfrentam situação similar de pobreza e desigualdade social, como, por exemplo, o Brasil.

A Corte Constitucional colombiana tem sido muito utilizada em estudos comparados em razão de seu protagonismo na proteção de direitos em casos estruturais, bem como pela construção jurisprudencial sobre o “estado de coisas inconstitucional” (ECI). Os primeiros anos da jurisprudência constitucional colombiana, que utilizou o modelo de sentenças estruturais para os problemas enfrentados, caracterizou-se por ordens hierárquicas, que indicavam de forma detalhada o tipo de ação que os governos deveriam executar.¹¹¹

As críticas a esse tipo de decisão moveram os tribunais para um tipo de decisão judicial experimental, mais flexível e contingente, com um enfoque dialógico. Nesse sentido, surge um novo marco teórico que, ao buscar uma revisão na relação entre direito e democracia, propõe processos deliberativos e soluções dialógicas para o problema da violação de direitos.

Como foi possível observar, a partir da decisão no caso *Brown*, desenvolveu-se nos Estados Unidos o modelo das sentenças estruturais, permitindo aos juízes remediar recorrentes e graves violações de direitos humanos através de ordens (também chamadas de *injunctions*) direcionadas às autoridades competentes. O pedido direcionado às instituições públicas responsáveis pela concretização de direitos ou pelo desenho e implementação da

¹¹⁰ VERBIC, Francisco. “Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina – dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 65.

¹¹¹ BLANDÓN, Luisa Fernanda Cano. *Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia*. Universidad de los Andes (Tese de Doutorado), 2017, p. 9.

política pública discutida no litígio prescreve algumas medidas, como o desenho e a implementação de políticas públicas, que sejam capazes de sanar a situação sistêmica de déficit de direitos humanos.¹¹²

Os litígios estruturais são definidos como aqueles que: (1) afetam um número amplo de pessoas, as quais buscam a proteção de direitos em juízo, diretamente ou representadas por organizações da sociedade civil que atuam como litigantes; (2) envolvem diversos órgãos públicos, responsáveis pelas falhas sistemáticas na política pública e consequente violação de direitos fundamentais; e (3) implicam ordens judiciais complexas, através das quais os tribunais buscam instruir os órgãos públicos a atuar de maneira coordenada na proteção de direitos de toda a população afetada, e não somente daqueles que estão formalmente no processo.¹¹³ Como é possível notar, a tradicional forma bilateral para dar conta dessas questões não se demonstra suficiente, até porque envolve múltiplas instituições e interesses.

Nas sentenças ditadas no bojo de um litígio estrutural, os tribunais se envolvem na gestão de estruturas burocráticas e assumem a vigilância das políticas e práticas institucionais dos demais poderes. Assim, David Landau¹¹⁴ sustenta que as ações estruturais seriam o remédio mais eficaz e apropriado para transformar a atuação administrativa e impactar grupos vulneráveis socioeconomicamente. Nesse sentido, os bloqueios institucionais, entendidos como situações em que as burocracias e os sistemas políticos se encontram em uma situação de completa estagnação na promoção de direitos constitucionais e políticas públicas, são utilizados como justificativa para a intervenção judicial nesses casos.¹¹⁵ Dessa forma, as Cortes teriam capacidade de mobilizar o aparato estatal e promover a adequada garantia de direitos através de suas decisões.

Há uma associação muito comum entre litígios estruturais e efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais, conhecidos como direitos de segunda dimensão. Cumpre ressaltar, porém, que litígios estruturais protegem direitos de distintas dimensões, sejam eles

¹¹² BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 38.

¹¹³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión*, p. 25; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 213; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 16.

¹¹⁴ LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012, p. 190.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 17.

de primeira, segunda ou terceira dimensão. Portanto, direitos de liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade também estão abarcados pelos litígios estruturais, e podem ser objeto de proteção de uma sentença estrutural.

Dotadas de enorme poder institucional, as Cortes Constitucionais buscam se utilizar de decisões estruturais para superar situações de vulneração de direitos, e permitem, por outro lado, uma maior participação do cidadão na reconstrução do tecido social rompido.¹¹⁶ A abertura das salas dos tribunais, com maior participação cidadã, permite com que a instituição judicial não seja mais um espaço fechado e impermeável; ao contrário, cria espaços de abertura e diálogo, em que a sociedade civil organizada, movimentos sociais e cidadãos são bem-vindos.

Os tribunais quebram o paradigma da separação de poderes e se esforçam, por meio de distintas ações, para o restabelecimento de direitos de grupos vulneráveis desprotegidos em virtude da omissão das autoridades competentes. A atuação dos tribunais cria esperança de justiça para as vítimas de violações de direitos. Reflexão e criatividade passam a ser parte da prática cotidiana dos tribunais, já que as sentenças estruturais necessitam essencialmente de remédios capazes de superar os bloqueios institucionais e impulsionar a engrenagem estatal.

É importante destacar que a sentença estrutural se diferencia da sentença individual por uma série de razões, que serão explicadas a seguir. Na sentença estrutural,¹¹⁷ (i) há um elevado número de pessoas beneficiadas pela decisão judicial, já que a sentença contém um remédio coletivo e não está destinada somente àqueles que participaram formalmente do processo, mas a todas as pessoas que se encontram em uma situação semelhante à do demandante; (ii) há um entendimento de que a violação de direitos tem como causa um bloqueio institucional, que o tribunal busca superar com a emissão de ordens contidas na sentença destinadas a diversas autoridades, projetando a reforma de determinada instituição para o futuro¹¹⁸; e (iii) a sentença não dá fim ao processo judicial, mas, pelo contrário, dá início a uma nova fase que avalia o cumprimento das ordens declaradas na decisão, ou seja, a fase de seguimento.

¹¹⁶ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. In: BAZÁN, Victor (Ed.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. (Coleção Konrad Adenauer, n. 5, 2015), p. 114.

¹¹⁷ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 39-40.

¹¹⁸ Para Owen Fiss (“To make the constitution a living truth: four lectures on the Structural injunction”, in *Processos Estruturais*, p. 590), as decisões estruturais buscam transformar o estado de coisas atual, criando uma nova realidade para o incidente objeto da lide.

Já na sentença individual, (i) há proteção individual de direitos de uma pessoa ou um grupo pré-definido *a priori* na ação judicial; (ii) existe um elo condutor entre o ato infracional do direito e a sentença, que busca tão somente desfazer os efeitos da infração e restabelecer a situação originária; e (iii) o juiz não pode estender os efeitos da decisão para atingir pessoas que não participaram do processo.

Nesse sentido, as decisões estruturais contam com características muito particulares.¹¹⁹ Como elas se destinam a proteger direitos de titularidade coletiva, e não individual, seus efeitos são, por definição, globais. Além disso, como mencionado anteriormente, os efeitos de uma decisão estrutural afetam obrigatoriamente uma coletividade, mesmo que ela não esteja participando formalmente do processo.

Uma outra característica marcante da sentença estrutural é a fase do cumprimento. Diferentemente do modelo bipolarizado, caracterizado pela presença de dois indivíduos, ou ao menos dois interesses unitários diametralmente opostos;¹²⁰ na sentença estrutural, o magistrado constitucional não dá fim ao processo. Após a decisão principal, são estabelecidas linhas gerais para a proteção do direito tutelado e novas decisões podem ser proferidas na busca de solução de problemas pontuais surgidos na fase de implementação. Ao contrário de emitir ordens tradicionais como “fazer” e “não fazer”, o tribunal exige ações das autoridades demandadas no processo para que superem a situação de violação de direitos e cumpram com o estabelecido no texto constitucional, o que demanda certo esforço institucional.

Como anteriormente mencionado, as sentenças estruturais, em razão da complexidade, demandam um processo de seguimento, cujo objetivo é avaliar o cumprimento das medidas judiciais proferidas pelo tribunal. Os tribunais reservam-se o direito de monitorar o cumprimento da decisão, buscando envolver e coordenar uma ampla rede de instituições estatais para que, através do diálogo e atuação conjunta, cumpram os objetivos estabelecidos na sentença.

Não se pode olvidar que as decisões estruturais encontram como causa principal os bloqueios institucionais do Estado. Assim, a postura inerte frente a um contexto social complexo por parte do Estado, aliada à negligência e ao desinteresse das autoridades competentes na solução de questões de política pública, intensifica a busca por medidas judiciais como resposta à inércia e paralisia estatal.

¹¹⁹ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 45-52.

¹²⁰ CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, v. 89, n. 7, 1281-1316, p. 1282.

Nesse cenário de letargia estatal, o Judiciário se transforma em uma alternativa para a remoção de obstáculos que dificultam o cumprimento das funções previstas constitucionalmente a cada autoridade. A implementação da decisão, de acordo com estudiosos do tema,¹²¹ restabeleceria a fruição de direitos e as autoridades competentes poderiam continuar a exercer suas funções de forma autônoma, ou seja, sem interferência judicial. A fase de implementação de decisões estruturais é vista como um momento de grande importância, pois dada a complexidade das medidas ordenadas, pode ocorrer uma desorientação dos esforços institucionais para o cumprimento da decisão.

O avanço de decisões estruturais, porém, passou a suscitar críticas relacionadas à concepção clássica de separação de poderes, tensionando ainda mais o debate acerca da legitimidade democrática dos juízes para decidir sobre questões políticas. Os questionamentos sobre essa nova atuação dos juízes partem de críticas principais relacionadas a legitimidade democrática e à capacidade institucional dos tribunais para liderar essa espécie de decisão. Além dos juízes não serem democraticamente eleitos, também possuem uma formação técnica limitada para lidar com assuntos da esfera política e administrativa.

Persiste ainda o questionamento não só sobre como essas sentenças têm sido implementadas, mas se são capazes de desbloquear a burocracia estatal e transformar a efetivação de direitos constitucionais, principalmente para populações pertencentes a grupos vulneráveis socioeconomicamente. Conforme menciona Beltrán,¹²² “toda sentença estrutural é resultado de uma particular conjunção de causas sociais, jurídicas e institucionais, ante as quais reagem os tribunais” (tradução livre).

As críticas precisam ser analisadas no sentido de verificar se há uma alternativa possível para que os tribunais atuem dentro dos parâmetros constitucionais estabelecidos, respeitando os demais poderes, sem que com isso nem suas funções e muito menos suas decisões sejam estéreis e ineficazes. A reflexão em relação às críticas sobre os casos estruturais permite a construção de um olhar mais qualificado sobre diálogos institucionais e o papel das Cortes no processo de efetivação de direitos e políticas públicas.

A proteção estrutural de direitos inscritos nos textos constitucionais é um fenômeno recente do constitucionalismo na América Latina, já que foram as lutas e reivindicações

¹²¹ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 47-48.

¹²² BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 59. Cf. texto original, “Toda sentencia estructural es el resultado de una particular conjunción de causas sociales, jurídicas e institucionales ante las que reaccionan los tribunales”.

sociais que impulsionaram a inserção de inúmeros direitos nas diversas Constituições latino-americanas na busca de uma pacificação social. As promessas constitucionais não cumpridas elevaram a busca do Judiciário como uma alternativa para a efetivação dos direitos inscritos nos textos constitucionais. Nesse contexto, os litígios estruturais encontram um cenário favorável para seu surgimento na América Latina.

Não há ainda uma teoria institucionalizada de utilização de sentenças estruturais pelos tribunais latino-americanos, por isso é preciso fazer uma digressão histórica com o fim de demonstrar o início, o fundamento e a evolução ao longo do tempo. Com efeito, esse olhar histórico permite demonstrar as razões pelas quais sentenças estruturais têm sido adotadas pelos tribunais, especialmente aqueles considerados mais ativistas, como uma alternativa decisória.

2.3 Litígios individuais de políticas públicas para solução de problemas estruturais: individual v. coletivo, qual é a melhor alternativa?

O surgimento de litígios estruturais para solução de problemas relacionados a políticas públicas, contudo, foi precedido por uma ampla judicialização individual de casos. No Judiciário brasileiro, por exemplo, houve uma extensa judicialização individual por vagas em creche e medicamentos.

As demandas judiciais apresentadas por indivíduos que solicitam bens específicos relacionados à saúde, como medicamentos, como destaca Ferraz,¹²³ costumam ser exitosas no cumprimento fático e jurídico; de outra forma são compreendidas as demandas coletivas para solucionar problemas de saúde pública, como campanhas de vacinação, construção de hospitais, entre outras. Muitas vezes essas demandas fracassam no cumprimento jurídico, ou seja, nem mesmo são traduzidas em medidas que possam ser efetivadas na prática. Deste modo, a escolha de ações individuais em desfavor de demandas coletivas estaria relacionada ao receio de fracasso da demanda coletiva em razão da falta de familiaridade dos juízes para decidir casos coletivos sobre direitos sociais e as implicações das decisões sobre esses temas.¹²⁴

¹²³ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. “Brasil ¿Es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?”. In: LANGFORD, Malcom, RODRÍGUEZ GARAVITO, César e ROSSI, Julieta (Ed.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 223.

¹²⁴ PIOVESAN, Flavia. “Impact and Challenges of Social Rights in the Courts”. In: LANGFORD, Malcom (Ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law* (pp. 182-191). Cambridge: Cambridge University Press, p. 189.

O próprio desenvolvimento do estado de coisas inconstitucional na Colômbia, a ser estudado mais detalhadamente no Capítulo 3, também decorre da proposição de *acciones de tutela* individuais na busca de amparo por direitos, em razão da inércia estatal. A jurisdição constitucional colombiana estava (e ainda está) marcada por litígios individuais que buscam resolver problemas estruturais, em razão da existência de um sistema de acesso direto à Corte colombiana por meio de *acciones de tutela*, as quais possuem baixo nível de formalidade.¹²⁵ Em virtude das características dessa ação, a instância judicial se torna uma via atrativa para demandas de indivíduos e grupos vulneráveis que buscam a proteção de seus direitos.

Assim, em diversas ocasiões, a Corte Constitucional Colombiana, ao se deparar com *acciones de tutela* individuais sobre a mesma temática, decidiu agrupá-las e decidi-las conjuntamente por meio de uma só decisão, a qual valeria para todas as ações versando sobre o mesmo tema. Ao agir desta forma, a Corte não só buscou a prevalência do princípio da igualdade, mas também o descongestionamento do Judiciário, evitando a interposição de ações individuais para pessoas que se encontram em igual situação.

Nesse sentido, o aumento de litígios individuais, em especial mobilizados pelas classes médias, na busca de proteção de seus direitos, chamou a atenção de distintos doutrinadores. Surpreende o fato de que os litígios individuais eram utilizados em desfavor das classes desprivilegiadas, dos grupos mais vulneráveis socialmente. Enquanto as classes médias possuem maiores possibilidades para mobilizar o sistema jurídico em busca da satisfação de seus direitos, as classes vulneráveis dependem da ação e representação de organizações sociais.¹²⁶

No sistema judicial brasileiro, os litígios individuais têm sido bastante exitosos, uma vez que os juízes de primeira instância não apresentam dificuldades na elaboração de ordens judiciais, seja para solicitar ao Estado que proporcione um tratamento médico ou remédio específico, prevendo prazo e sanções monetárias caso a decisão seja descumprida.¹²⁷ No próprio STF, a maior parte de litígios sobre o direito à saúde é individual. Nestes casos, nem os juízes de instâncias inferiores e muito menos o STF parecem se preocupar com questões relativas à separação de poderes, ingerência orçamentária e até mesmo capacidade

¹²⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court”, p. 129.

¹²⁶ TUSHNET, Mark. “A Response to David Landau”. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 54-55.

¹²⁷ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. “Brasil ¿Es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?”, p. 224-225.

institucional para decidir sobre esse assunto. Prevaecem o princípio da dignidade da pessoa humana e sanções duras ao poder público quando do descumprimento da decisão.

A postura do Judiciário brasileiro é completamente distinta quando se trata de litígios coletivos, cuja resistência dos juízes é evidente, raramente adotando medidas judiciais de amparo a referido direito. Ainda que as demandas coletivas encontrem decisões favoráveis ao demandante, elas enfrentam diversos obstáculos para serem cumpridas. A ausência de detalhes necessários sobre o cumprimento das ordens de natureza coletiva, como aponta estudo de Ferraz,¹²⁸ cria brechas para que o Estado evite ou atrase o cumprimento da decisão.

A Costa Rica, apesar de não ser objeto de estudo detalhado na presente pesquisa, também é mencionada como um país cuja Corte Constitucional tem se destacado nos últimos anos pela atuação na proteção de direitos fundamentais. Apesar da jurisprudência costarricense não compreender o universo de litígios estruturais, o baixo nível de formalidade da Corte Constitucional da Costa Rica e a maior abertura para o ingresso de casos individuais acabou estimulando a busca deste canal para a solução de problemas estruturais de violação de direitos.

Antes considerada uma Corte Constitucional inerte, ela passou a ser um dos tribunais mais poderosos do continente após 1989, especialmente em razão da criação da Sala IV, nova Sala Constitucional do Tribunal Supremo da Costa Rica. A Sala IV passou a ser um espaço com uma estrutura jurídica muito mais acessível para ingresso de ações perante o Tribunal Supremo, decidindo inúmeros casos voltados à garantia de direitos,¹²⁹ e reconhecendo a existência de novos DESC.

Os canais abertos da Sala IV permitiram às populações vulneráveis buscar individualmente o tribunal, com o fim de terem seus direitos protegidos. Isso também reduziu a necessidade de contar com apoio de movimentos sociais ou organizações da sociedade civil (OSCs) durante o litígio. Como a estrutura jurídica permite o acesso individual das pessoas ao tribunal, é muito difícil encontrar ações coletivas ou voltadas a uma mudança estrutural.

O baixo nível de formalidade, acessibilidade e prioridade outorgada aos grupos em situação de vulnerabilidade tornou a Corte mais aberta e atrativa, aumentando expressivamente o número de casos recebidos ao longo dos anos. Mas isso não significou

¹²⁸ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. “Brasil ¿Es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?”, p. 231.

¹²⁹ WILSON, Bruce M.; RODRÍGUEZ L. Olman A. “Costa Rica. Comprender las variaciones en el cumplimiento”. In: LANGFORD, Malcom; Rodríguez Garavito, César, Rossi, Julieta. *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*. Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 139-141.

automaticamente respostas favoráveis às demandas dos grupos vulneráveis, nem mesmo o fortalecimento e impacto social desta instituição,¹³⁰ fomentando a reflexão sobre a individualização de casos em detrimento da coletivização para resolução de problemas estruturais.

A ausência de ações coletivas e estruturais apresenta inúmeras implicações. Não se pode deixar de sublinhar que ações individuais geram sobrecarga no tribunal e impedem a construção de soluções voltadas a satisfazer um problema não apenas individual, mas estrutural. Também a falta de apoio de movimentos sociais organizados e OSCs nos litígios levados à Corte pode enfraquecer o cumprimento, já que ao litigarem de forma solitária, as populações vulneráveis exercem pouca pressão política, não favorecendo o cumprimento de decisões que as beneficiam.¹³¹

Enquanto os litígios individuais se deparam com uma resistência burocrática, os litígios estruturais encontram uma resistência política. Assim, as críticas e obstáculos em relação a ambas as formas de litígio, segundo Tushnet,¹³² não seriam tão distantes. A burocracia estatal apresenta resistência à implementação de ordens decorrentes de litígios individuais por exigirem a alocação de recursos, há uma longa discussão que contrapõe o princípio da dignidade da pessoa humana e a reserva do possível. Os políticos, de outra forma, reagem às demandas estruturais em razão de buscarem mudanças para setores específicos da sociedade, mas eles – os políticos – são responsáveis por outros muitos setores. Assim, a atenção a determinados setores da sociedade pode trazer custos políticos, o que não seria desejável em determinados contextos.

Também merece atenção o eventual efeito reverso dos litígios individuais, pois além de beneficiarem poucos em detrimento da coletividade, eles tendem a favorecer grupos economicamente privilegiados,¹³³ cujos instrumentos e conhecimentos suficientes lhes permite chegar às salas dos tribunais de maneira mais fácil. Igualmente, a vitória em litígios

¹³⁰ WILSON, Bruce M.; RODRÍGUEZ L. Olman A. “Costa Rica. Comprender las variaciones en el cumplimiento”, p. 143.

¹³¹ WILSON, Bruce M.; RODRÍGUEZ L. Olman A. “Costa Rica. Comprender las variaciones em el cumplimiento”, p. 141-142.

¹³² TUSHNET, Mark. “A Response to David Landau”, p. 59-60.

¹³³ Em relação à concessão de medicamentos, esse assunto foi abordado de forma aprofundada nos artigos e livros de Octavio Luiz Motta FERRAZ. Cf. FERRAZ, Otávio Luiz Motta. Health inequalities, rights and courts. The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating the right to health*. Can courts bring more justice to health systems? Harvard University Press, 2011; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. “The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?”, *Health and Human Rights, An International Journal*, v. 11, n. 2, 2009.

individuais pode desviar recursos públicos antes destinados a reformas estruturais em benefício da coletividade, gerando ainda mais desigualdades na sociedade.

A busca por direitos através da justiça é parte das relações sociais, mas a litigância individual pode possivelmente levar a uma sobreposição do direito individual frente ao coletivo, provocando, ao revés, uma sensação de injustiça. Sem mencionar os impactos orçamentários e a congestão de processos judiciais acarretada pela alta demanda de direitos sociais por meio de litígios individuais. Mais do que isso, litígios individuais impedem e bloqueiam a reflexão sobre a política como um todo, freando reformas institucionais e sociais mais profundas. Assim, os litígios estruturais, ao buscarem a efetivação de direitos para uma coletividade, aparentam estar mais alinhados ao princípio da igualdade.

3 Legitimidade democrática e separação de poderes: o dilema das sentenças estruturais

3.1 Justiça e legitimidade democrática em casos de sentenças estruturais: há um equilíbrio possível entre a contenção e o ativismo judicial?

A proteção judicial dos direitos humanos atraiu transformações nas democracias contemporâneas. A atividade judicial, antes limitada à aplicação do direito ao caso concreto, passou a ser vista de forma mais dinâmica, atraindo para os juízes um papel mais ativo na efetivação de normas constitucionais. Em detrimento à contenção judicial, o Poder Judiciário passou a ser mais ativo ao se deparar com determinados casos complexos, ampliando a sua participação em arenas antes reservadas às autoridades políticas.

A ideia de que um tribunal possa – através de suas decisões – impor ao Poder Executivo e Legislativo as políticas públicas a serem implementadas para efetivação da Constituição parece entrar em conflito com a própria função judicial estabelecida no texto constitucional. Já que ao Poder Judiciário ficou reservada a função de julgar, solucionar lides, resolvendo o conflito de interesses, e não tomar decisão sobre políticas públicas e assumir funções que não lhe são inerentes. Levando em conta a função típica do Poder Judiciário, não pareceria legítimo e nem adequado esta instituição se envolver em assuntos de natureza política, como são os direitos sociais – vestidos sob o manto das políticas públicas – e reformas sociais estruturais mais profundas, que envolvem ponderação entre prioridades, dotação orçamentária, entre outros fatores.

Costumam ser recorrentes as discussões em relação ao fato de que juízes não eleitos democraticamente acabam investidos de poder para invalidar leis criadas pelos

representantes do povo democraticamente eleitos. Inclusive, no Brasil, a judicialização propulsada pela Constituição de 1988 e a crescente expansão do Judiciário no campo político, levou à elaboração de dois projetos de lei (PLs) destinados a incluir como crime de responsabilidade a usurpação de competência do Poder Legislativo ou Poder Executivo pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (Anexo V e Anexo VI). Torna-se, dessa forma, inevitável refletir sobre como Judiciário e conjuntura política encontram-se conectados e interrelacionados, demandando uma análise mais precisa do fenômeno.

Por certo, em razão da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento das tarefas para as quais foram designados, o Poder Judiciário passou a intervir na competência daqueles poderes, ocorrendo o fenômeno conhecido como “ativismo judicial”. Mas se por um lado, essa intervenção judicial é interpretada uma usurpação de competências e antidemocrática; há quem entenda que o “ativismo judicial equilibrado” traz benefícios, como nos casos *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, que permitiram maior representação de negros e mulheres no Congresso estadunidense, tornando referidas decisões marcos culturais da sociedade.¹³⁴

Em razão dessa atuação judicial mais ativa e dinâmica, intensificou-se a discussão sobre a mobilização jurídica em torno de direitos de liberdade e, mais recentemente, em matéria de DESC e políticas públicas. A mobilização jurídica em torno da efetivação de direitos que dependem essencialmente de reformas estruturais mais profundas é vista como a principal responsável por modificar o papel dos tribunais, trazendo questionamentos sobre justiça e legitimidade democrática da atuação dos tribunais em determinadas questões que não lhe são afetas.

Ainda, a emergência de decisões estruturais, ao estabelecer o desenho e a implementação de políticas públicas para proteger e garantir direitos de grupos vulneráveis, passou a suscitar dilemas ainda mais complexos em relação à legitimidade democrática. Não se pretende exaurir aqui todos os dilemas e discussões sobre o ativismo judicial propriamente dito, por não ser o tema central do trabalho. Porém, não seria possível avançar no tema de impacto e implementação de decisões tomadas em casos estruturais sem perpassar as críticas em torno do ativismo judicial contido nas decisões estruturais.

Em casos estruturais,¹³⁵ mesmo sem contar com legitimidade democrática formal, os juízes acabam por interferir em assuntos de política pública, que exigem, no mínimo, a

¹³⁴ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes*, p. 87.

¹³⁵ Nesse sentido:

ponderação entre as necessidades sociais e priorização de objetivos coletivos, tarefa também reservada aos representantes do povo, que contam com melhor preparação para lidar com esse assunto.¹³⁶ Essa é apenas uma das inúmeras manifestações críticas a respeito do tema.

Assim, persistem argumentos tradicionais para desqualificar as decisões estruturais, como (i) ofensa ao princípio da separação de poderes; (ii) ausência de legitimidade democrática dos tribunais; (iii) falta de capacidade institucional dos tribunais para coordenar assuntos de políticas públicas; (iv) inadequação do processo civil para esse tipo de litígio; (v) efeitos antidemocráticos do excessivo ativismo do Poder Judicial e a juristocracia.¹³⁷

A maior oposição a essa forma de intervenção judicial se associa ao fato de que as sentenças estruturais representariam uma violação ao princípio da separação de poderes, ao deslocar questões que pertencem tradicionalmente ao campo político para o jurídico, trazendo riscos para a qualidade da democracia e para o próprio funcionamento da administração da justiça.¹³⁸ A separação de poderes é um elemento que pressupõe a divisão das tarefas estatais entre distintos órgãos para que seja evitada a concentração de poder e eventual abuso de governantes. Ainda que os poderes controlem uns aos outros, através do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), eles devem (ou deveriam) conviver em harmonia entre si e não ultrapassar as respectivas funções estabelecidas pelo texto constitucional.

Nesse sentido, a separação de poderes proibiria *a priori* a interferência do Judiciário em questões afetas ao Legislativo e Executivo. Com efeito, nas sentenças estruturais, os juízes podem acabar excedendo o campo de atuação do Judiciário, intervindo na esfera de atribuição dos demais órgãos estatais. Como juízes não estão sujeitos ao controle popular por meio de novas eleições, argumenta-se que não possuiriam legitimidade democrática para atuar em questões de políticas públicas.

Os argumentos relacionados às pressões políticas e à opinião pública em torno das Cortes Constitucionais tentam reforçar que este não seria o espaço adequado para a discussão

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 175-182.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1348.

¹³⁶ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 168.

¹³⁷ Nesse sentido:

OSUNA, Nestor, “Las sentencias estructurales”, p. 114.

PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*, p. 51.

¹³⁸ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 170.

de questões complexas,¹³⁹ já ela teriam o potencial de tornar o Judiciário deferente ao “clamor das ruas”, superando seu caráter contramajoritário e a presumida independência nas discussões sobre direitos das minorias.¹⁴⁰ As Cortes certamente não estão imunes à vontade das maiorias e têm sido alvo constante de grupos de interesse que buscam avançar na garantia de direitos através da litigância estratégica. Por outro lado, de acordo com os críticos, isso contribuiria para o enfraquecimento da representação, participação e democracia deliberativa.¹⁴¹

A crítica também menciona que o uso da litigância em detrimento da mobilização e pressão de representantes da população teria o condão de desestimular as autoridades eleitas na tarefa de conduzir as mudanças sociais, pois ao final o tribunal acabaria por realizá-las.¹⁴² O desvio da mobilização de grupos sociais perante os canais democráticos tradicionais¹⁴³ acabariam esvaziando, pois, o debate público e a democracia, criando obstáculos à representação dos interesses dos eleitores.¹⁴⁴

Em relação à ausência de capacidade institucional para o cumprimento da decisão e o desconhecimento técnico e específico do orçamento do Estado,¹⁴⁵ os críticos entendem que o espaço do tribunal seria inadequado para discussões sobre políticas públicas. Os ciclos das políticas públicas demandariam não apenas uma visão sistêmica para avaliação do impacto social e econômico, mas um conhecimento específico para o desenho e implementação das políticas públicas. A interferência do Judiciário para coordenação de políticas públicas poderia mudar a agenda política das instituições democráticas, que possivelmente seriam demandadas a ocupar-se das medidas ordenadas pelos tribunais, o que tornaria a decisão antidemocrática.

Os tribunais também não contariam com ferramentas capazes de implementar as sentenças que contêm reformas sociais significativas, já que dependem dos demais órgãos

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. “The Core of the Case Against Judicial Review”. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1348.

¹⁴⁰ PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*, p. 60.

¹⁴¹ POLIDO, 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.” *Int’l J. Const. L. Blog*, Oct. 31, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court>.

¹⁴² POLIDO, Carlos Bernal. “Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law—Part II”, sem numeração.

¹⁴³ PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*, p. 69.

¹⁴⁴ POLIDO, 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.”.

¹⁴⁵ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales”, p. 114.

estatais para cumprir o disposto nos julgamentos.¹⁴⁶ A ausência de cooperação ativa entre todos os ramos do governo pode tornar as decisões estruturais ineficazes, aumentando a desconfiança nas instituições do Estado e na própria justiça constitucional. Aos juízes não eleitos também não caberia decidir onde o dinheiro público deve ser investido e, caso isso aconteça, poderia haver o consumo de recursos que seriam utilizados para outras áreas prioritárias de acordo com a agenda política estabelecida.¹⁴⁷

Mas ao lado das críticas, há quem veja com bons olhos o surgimento das decisões estruturais,¹⁴⁸ defendendo seu potencial transformador na efetivação de direitos e desbloqueio da engrenagem estatal. Os argumentos fundamentam-se na atual necessidade de repensar a separação de poderes, à luz da emergência de um ativismo judicial dialógico; no potencial extraordinário das sentenças estruturais para proteção de grupos vulneráveis, pois pessoas que não participaram formalmente do processo seriam beneficiadas pela decisão; na participação dos tribunais desde o início do conflito até o cumprimento da decisão, com a constante avaliação dos avanços na efetivação dos direitos em diálogo com os demais poderes.

Os argumentos relacionados à revisão da separação de poderes são utilizados na defesa das sentenças estruturais, já que a evolução dos direitos e a mudança de contexto social e político exigem uma transformação do sobre a divisão entre as funções públicas.¹⁴⁹ A necessidade de proteção dos direitos de liberdade, em um determinado contexto social e político, exigiria uma divisão entre as funções do Estado para evitar abusos e arbitrariedades dos órgãos. Mas no contexto atual, a ação e a omissão estatal também podem ser configuradas como uma ameaça à proteção de direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, a inércia estatal também seria um risco à efetivação de direitos sociais e políticas públicas, comprometendo inclusive o exercício dos direitos de liberdade. Assim, apesar da corte constitucional não ser vista como elemento natural da democracia, ela exerce uma distinta e importante função institucional ao proteger direitos fundamentais e sociais na ocorrência de violação destes direitos por ação ou inércia estatal. A intervenção judicial para

¹⁴⁶ ROSENBERG, Gerald N. *The hollow hope*, p. 21.

¹⁴⁷ Nesse sentido, aponta o estudo de Camila Almeida PORFIRO (in *Litígios estruturais*, p. 67), que revisitou as principais correntes doutrinárias críticas em relação à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

¹⁴⁸ Nesse sentido, é possível encontrar juristas como César RODRÍGUEZ GARAVITO (in: *Cortes y cambio social*, p. 37) que fundamentam a legitimidade democrática do ativismo judicial estrutural; Andrés Mauricio Gutiérrez. BELTRÁN (in: *El amparo estructural de los derechos*, p. 169).

¹⁴⁹ Nesse sentido:

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*. Trad. Isabelle Maria Campus Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

a proteção de direitos fundamentais, especialmente de minorias vulneráveis e estigmatizadas, não ofenderia de modo algum a democracia; ao contrário disso, a proteção de direitos humanos desses grupos é parte da democracia e não poderia ficar condicionada apenas à política majoritária, sob pena de vulneração dos direitos dessa minoria tida como impopular.¹⁵⁰

O tráfico de influências, os *lobbies*, a ausência de representatividade e desconfiança da população em relação ao Congresso contestariam também o argumento de que os parlamentares seriam verdadeiramente responsivos à vontade popular.¹⁵¹ O Judiciário teria o potencial de criar novos espaços para desafiar a autoridade do Legislativo e do Executivo, promovendo a deliberação pública e o controle social sobre órgãos públicos, conforme argumenta César Rodríguez Garavito.¹⁵²

Assim, as sentenças estruturais atuariam no sentido de desenvolver uma jurisprudência dialógica,¹⁵³ priorizando a colaboração entre os distintos poderes e a promoção do debate sobre questões públicas. Elas permitiriam uma resolução de conflitos distinta das sentenças comuns, ou não dialógicas, pois proporcionam um diálogo entre os atores sociais dentro do processo de seguimento, envolvendo também o grupo afetado¹⁵⁴ que – direta ou indiretamente – tem interesse legítimo no resultado do caso, criando espaços mais democráticos e participativos.

O Tribunal se torna um lugar de debates públicos e audiências, antes mesmo de tomar decisões. Para superação em relação à falta de conhecimento técnico dos juízes, existiria a possibilidade de criação ou utilização de mecanismos como audiências públicas, participação de outros atores como *amicus curiae* no decorrer do processo e convocação de peritos,¹⁵⁵ o que revitaliza e fortalece a democracia.

Ao participar desse processo “jurisprudencial” de construção, negociação e adoção de metas constitucionais, os juízes aprofundam a democracia deliberativa, permitindo o diálogo sobre o cumprimento dos objetivos da Constituição. Nesse sentido, de acordo com

¹⁵⁰ Nesse sentido, inclusive teorias de autocontenção judicial defendem uma postura mais ativa na proteção de minorias impopulares. Para um maior aprofundamento no tema, ver John HART ELY. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

¹⁵¹ PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*, p. 62.

¹⁵² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 59-63.

¹⁵³ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales”, p. 114

¹⁵⁴ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales”, p. 115. Aqui menciona-se as vítimas do caso, as organizações da sociedade civil, os organismos internacionais e outros atores relevantes para o caso.

¹⁵⁵ PORFIRO, Camila Almeida. *Litígios estruturais*, p. 69.

Jácome,¹⁵⁶ as decisões que contêm remédios estruturais não só permitem, mas impulsionam o debate sobre o cumprimento dos direitos e o papel dos órgãos institucionais ao fazê-lo, e permitem que a Corte alcance setores mais pobres da sociedade, uma vez que a decisão valerá inclusive para aqueles que não constam formalmente no processo.

Ao contrário das sentenças com ordens detalhadas e precisas, nas sentenças estruturais os juízes emitem ordens mais abertas, devolvendo às autoridades públicas o dever de desenhar e implementar políticas públicas que avancem na proteção de direitos. O tribunal não desenha a política pública, mas articula com o Legislativo e o Executivo para dar visibilidade à questão, emitindo ordens para superação da violação de direitos.¹⁵⁷

O julgamento de sentenças estruturais não põe fim ao processo em si, mas dá origem a um processo de seguimento, por meio do qual serão discutidas as alternativas de políticas públicas para solucionar o problema objeto do litígio. Esse processo de seguimento traz transparência ao trabalho realizado pelas autoridades públicas, que devem enviar informes periódicos sobre os avanços no cumprimento das ordens, e permite um amplo debate entre atores do caso em audiências públicas.¹⁵⁸ A decisão judicial, portanto, seria uma espécie de “reforço de representação”, na medida em que amplia o debate público em torno dos valores da Constituição, ampliando a reflexão dos demais poderes sobre os princípios constitucionais identificados pela Corte e a debate público sobre alternativas para o cumprimento dos objetivos sociais e econômicos previstos no texto constitucional.

A própria corrente que prevê o constitucionalismo transformador entende que em contextos políticos e sociais complexos, nos quais impera a desigualdade e violação de direitos de todas as formas, a justiça constitucional é vista como uma alternativa para restabelecer o equilíbrio de poderes e proteger a democracia. A atuação judicial em demandas sociais frente à inércia da burocracia estatal não seria considerada ativismo. Porém, ressalta-se que não é aceitável qualquer justiça constitucional, mas sim aquela que é caracterizada como uma justiça constitucional forte e dialógica, que não só permite a participação social, mas dialoga com os demais poderes. Para tanto, os juízes devem ser independentes e ter garantias institucionais; caso contrário, poderia haver uma captura ou influência indevida dentro de espaços que deveriam ser independentes entre si.

¹⁵⁶ JÁCOME, Jorge González. “The Promise and Peril of “Transformative Constitutionalism” – A Reply to Justice Carlos Bernal”.

¹⁵⁷ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 176.

¹⁵⁸ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales”, p. 115.

As experiências jurisprudenciais de diversos países da América Latina em relação ao litígio estrutural demonstram que ele opera como um instrumento de controle e desafio da autoridade estatal. Os conflitos discutidos nos litígios estruturais geram impactos diretos em setores importantes da sociedade, permitindo não apenas a participação cidadã no controle dos interesses públicos, mas também a criação de um diálogo institucional de grupos desfavorecidos que buscam a via judicial para proteção de seus direitos.¹⁵⁹ Por isso, não se pode negar que a Corte tem cumprido um papel transformador através de suas decisões, especialmente em casos estruturais.

Nas democracias existentes, os bloqueios institucionais e políticos impedem a realização de direitos, tendo consequências para a fruição de direitos sociais e econômicos básicos. Esses bloqueios são ainda mais evidentes no Sul Global. Em situações de bloqueio institucional, de acordo com Sabel e Simon,¹⁶⁰ a realização de direitos fundamentais restaria frustrada, cabendo ao Judiciário superar a inércia dos demais poderes, já que seria ele o único órgão dotado de independência e poder suficientes para romper esse bloqueio institucional e proteger direitos. Dessa forma, os tribunais passam a ser atores relevantes no controle da inércia estatal em relação à adoção de políticas públicas, atuando como fiscais do poder governamental na realização dos objetivos da Constituição.¹⁶¹

De modo algum a decisão judicial deve ser feita de forma monológica ou solitária. Deve haver um diálogo nas decisões estruturais que permita ampla participação dos setores mais excluídos da sociedade, que são os mais impactados pela inércia estatal e ação do tribunal. O diálogo permite a construção de um ambiente democrático de participação, impedindo que eventualmente sejam gerados efeitos contrários àquilo que se espera em um Estado de Direito.

Nesse sentido, o diálogo entre Cortes e instituições democráticas, como o Legislativo e o Executivo, representaria uma alternativa ao argumento do ativismo judicial, buscando uma solução que não retire a harmonia e o equilíbrio entre os poderes, e que ao mesmo tempo não impeça a efetividade da Constituição. Na medida em que a jurisprudência dialógica tem

¹⁵⁹ VERBIC, Francisco. “Ejecución de sentencias em litigios de reforma estructural en la República Argentina”, p. 69.

¹⁶⁰ SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”. *Harvard Law Review*. V. 17, n. 4, p. 1115-1101, 2004.

¹⁶¹ JÁCOME, Jorge González. “The Promise and Peril of ‘Transformative Constitutionalism’ – A Reply to Justice Carlos Bernal”. *Int’l J. Const. L. Blog*, Dec. 27, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/12/the-promise-and-peril-of-transformative-constitutionalism-a-reply-to-justice-carlos-bernal/>.

se revelado como uma nova forma decisória e de atuação nos tribunais, seria ela um novo paradigma a ser observado e aprimorado?

Se sentenças estruturais criam uma forma de atuação judicial, é preciso também analisar as teorias desenvolvidas sobre como (e se) os tribunais têm oportunizado e impulsionado o diálogo e a deliberação com e entre instituições na solução de problemas complexos. Mais do que isso, é preciso reconhecer também a capacidade e os limites dos tribunais para desbloquear o processo legislativo no que tange à concretização de direitos constitucionais.

A necessidade de refletir sobre o diálogo constitucional entre Cortes e demais poderes, dando forma a uma espécie de constitucionalismo cooperativo, o qual reconhece as potencialidades e os limites de respostas judiciais e legislativas para a satisfação de direitos protegidos pela Constituição,¹⁶² torna-se mandatária.

3.2 Diálogos interinstitucionais, democracia deliberativa e a construção de um novo paradigma de justificação da intervenção judicial em políticas públicas na América Latina

Não se pode esquecer que a maioria dos objetivos constitucionais é negociada a todo tempo por diferentes atores, como cidadãos, autoridades públicas eleitas e juízes. Portanto, quando novos casos surgem e formam novos cenários de conflito, o significado de direitos e metas constitucionais são discutidos e reformulados. Os debates travados entre diferentes atores sociais e institucionais sobre o significado constitucional, conseqüentemente, sofrem influências de toda forma.

O senso comum de que os parlamentos seriam a expressão do ideal democrático tem sido bastante questionado, surgindo controvérsias sobre quem deve ter a última palavra quando há conflitos entre direitos constitucionalmente protegidos, ou mesmo proteção insuficiente pelas autoridades estatais. Mas afinal, quem deve ter a última palavra sobre o sentido da Constituição? Respostas distintas e opostas podem vir à tona, de acordo com Mendes,¹⁶³ mas a “teoria do diálogo” poderia ser uma alternativa a essa dualidade.

¹⁶² DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles.” In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 20.

¹⁶³ MENDES, Conrado Hübner. “Una división de poderes deliberativa. Entre el diálogo y la última palabra”. In: GARGARELLA, Roberto. *Por una justicia dialógica*, p. 159.

A expansão do Judiciário, ao lado de fatores políticos e sociais, impulsionou a intervenção judicial em esferas antes reservadas ao campo estritamente político. A indeterminação de cláusulas constitucionais também é compreendida como parte desse fenômeno de expansão, já que seu significado estará sujeito ao debate entre os poderes, incluindo também a sociedade. Em decorrência do exposto, a discussão sobre revisão judicial e democracia tornou-se inevitável, surgindo uma pergunta complexa, “quem decide o que e como e quando e por que numa democracia?”.¹⁶⁴

Apesar de imperfeita, a atuação dos tribunais na efetivação de direitos sociais e políticas públicas tem sido uma prática consolidada, por isso alguns autores mencionam não ser nem mesmo possível reverter esse quadro, devendo-se aprofundar a reflexão sobre “como os tribunais deveriam efetivar e implementar direitos sociais”.¹⁶⁵

Nesse sentido, acadêmicos do mundo todo passaram a debater como os juízes e as Cortes poderiam agir para proteger e efetivar devidamente os direitos constitucionalmente previstos, sem que com isso a deliberação democrática fosse desrespeitada. Em outras palavras, restou o questionamento sobre como poderiam as instituições, dentro das competências previamente estabelecidas pelo texto constitucional, agir de acordo com o princípio da separação de poderes e, ao mesmo tempo, fazer uso do mecanismo de freios e contrapesos para garantir os objetivos previstos no texto constitucional. Se por um lado, o questionamento parece simples; por outro, a resposta traz à tona complexidades sobre o tema.

Ao verificar que a separação pura e simples de funções entre os poderes é um modelo dissonante do contexto social e político atual, acarretando bloqueios para uma mudança na situação vigente, parte da doutrina passou a defender propostas no sentido de repensar a divisão formal de funções entre os poderes.¹⁶⁶ A ideia de refletir sobre um novo modelo de distribuição de tarefas entre os distintos poderes leva em conta as deficiências do atual modelo tripartite. Da forma como está estruturado, não se permite respostas rápidas e eficientes para as demandas da sociedade.

¹⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2008, p. 03.

¹⁶⁵ Cf. Camila Almeida PORFIRO (in: *Litígios estruturais*, p. 70) ao mencionar a afirmação de G. BRINKS e V. GAURI sobre a rotineira intervenção judicial em políticas públicas. Se o fenômeno está consolidado, já que tribunais de todo o mundo seguem concretizando e coordenando políticas públicas, o mais importante seria refletir como aperfeiçoar a prática e garantir a democracia.

¹⁶⁶ NEGRETTO, Gabriel L. “Hacia una nueva visión de la separación de poderes em América Latina”. In: Carbonell, Miguel; Vázquez, Rodolfo (Comp.) *El Estado de Derecho. Dilemas para América Latina*. Lima: Palestra, 2009, p. 183.

Nessa linha, o que se propõe é uma adaptação do modelo atual de separação de poderes para que seja dotado de integração e cooperação, promovendo acordos e compromissos de forma equilibrada, sem romper com a legitimidade e deliberação democrática.¹⁶⁷ Nos casos em que há alta probabilidade de fragmentação política, dependendo de uma atuação estratégica dos tribunais e dos parlamentos, a Corte tem se apresentado como uma instância alternativa,¹⁶⁸ responsiva às demandas sociais.

Mas o fortalecimento da democracia não é alcançado com sobreposição de poderes ou mesmo uma batalha sobre quem tem a última palavra. Ela depende, acima de tudo, do intercâmbio de informações e da cooperação entre os poderes na garantia dos valores constitucionais. Assim, a interação deliberativa entre as distintas autoridades do governo, segundo Mendes,¹⁶⁹ tem a capacidade de promover boas respostas ao longo do tempo.

Experiências como a do caso *Brown v Board of Education* demonstram que o potencial transformador dos tribunais também é limitado se não estiver acompanhado de mudanças econômicas e mobilização social e política. Na prática, as condições econômicas, institucionais e sociais de mobilização política têm enorme influência na alteração do *status quo* de violação de direitos ou proteção insuficiente. Por isso mesmo não é possível imaginar que o tribunal possa, sozinho, sustentar decisões de alto impacto no longo prazo. Assim, há que mobilizar não apenas a sociedade, mas também as instâncias políticas para participação desse processo de transformação e de diálogo.

O desenvolvimento de teorias sobre diálogos institucionais¹⁷⁰ emerge, dessa forma, como proposta para superar a crítica em relação à separação de poderes e desconfiança em relação ao controle de constitucionalidade das leis. Mas mais do que isso, como uma alternativa para que transformações sociais não sejam peremptórias, e sim duradouras. A perspectiva dialógica, porém, não abandona a preocupação da intervenção judicial usurpar

¹⁶⁷ NEGRETTO, Gabriel L. “Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina”, p. 184.

¹⁶⁸ MATTOS, Karina Denari Gomes. *Democracia e diálogo institucional: A relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. Universidade de São Paulo (Dissertação), 2014, p. 112.

¹⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. “Una división de poderes deliberativa”, p. 168.

¹⁷⁰ Importante mencionar que aqui não se pretende revisitar e nem aprofundar as teorias de diálogo desenvolvidas por doutrinadores como Alexander BICKEL e Cass SUNSTEIN, mas oferecer um panorama geral sobre como o diálogo e a deliberação interinstitucional têm sido utilizados como argumento para superar as críticas em relação às sentenças estruturais. Para aprofundar no estudo de diálogo, sugere-se, além da leitura dos autores mencionados, o estudo realizado por Conrado Hübner MENDES (in: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, 2008), que buscou uma revisão ampla da literatura crítica e favorável à revisão judicial, além da literatura sobre diálogos institucionais.

das competências e atribuições que lhe foram atribuídas, posto que isso não seria considerado legítimo dentro de um marco constitucional.¹⁷¹

A necessidade de estabelecer um compromisso com o diálogo constitucional entre Cortes e Legislaturas, conforme preconiza Dixon,¹⁷² avança na construção de um constitucionalismo cooperativo, sem, contudo, deixar de reconhecer os potenciais e os limites do processo de interpretação de direitos constitucionalmente protegidos. Portanto, o processo dialógico permitiria superar não apenas os pontos cegos legislativos e a inércia da burocracia estatal, mas também contestar erros do juízo constitucional e fortalecer a inclusão constitucional das demandas individuais e sociais. A concepção dialógica permite formas ativas e reflexivas de revisão judicial, aumentando a participação cidadão nos processos de deliberação constitucional.¹⁷³

A reconfiguração da jurisdição constitucional, decorrente da própria dinâmica das relações institucionais, desafiou o desenvolvimento de um desenho institucional distinto e adequado a essa nova dinâmica de relações. Um desenho institucional que pretenda se aproximar do contexto político e social deve, ao coordenar as funções constitucionais impostas a cada poder, levar em consideração a realidade encontrada na atualidade, composta de alternativas de resolução de conflitos permeadas pela cooperação institucional.¹⁷⁴ Nesse sentido, o princípio da separação de poderes estaria em um permanente e dinâmico circuito de complementaridade,¹⁷⁵ um poder não só controla o outro por meio do mecanismo de *checks and balances*, mas também um complementa o outro de forma cooperativa.

Ao analisar as possibilidades de realização de diálogos na Corte Constitucional, a doutrina costuma mencionar os diálogos internos, que ocorrem entre os membros da Corte através do debate e construção da decisão; e os diálogos externos, que ocorrem entre a Corte e os demais poderes, e entre a Corte e sociedade. Os diálogos externos são comumente mencionados como diálogos interinstitucionais,¹⁷⁶ e é exatamente neles que se

¹⁷¹ DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos”, p. 77.

¹⁷² DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos”, p. 54-55

¹⁷³ DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos”, p. 68.

¹⁷⁴ MATTOS, Karina Denari Gomes. *Democracia e diálogo institucional*, p. 115.

¹⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 14.

¹⁷⁶ Nesse sentido:

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. “Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol.2 no.3 Curitiba Sept./Dec., 2015.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Universidade Federal do Paraná (Tese de Doutorado), 2015, p. 166-167;

pretende focar, por estarem intimamente relacionados à ideia de litígios estruturais, que impulsionam uma prática de diálogo interinstitucional inédita na América Latina.

Na construção da teoria sobre diálogos interinstitucionais, a decisão da corte não é o fim da linha e nem a última palavra, ela é o início de uma nova etapa, que aprofundaria o diálogo na constante avaliação e revisão das medidas ordenadas. O diálogo entre a Corte e os demais poderes, ou entre Corte e sociedade pode se revelar como mecanismo de fortalecimento da democracia, com melhores respostas aos problemas relacionados com as disputas do sentido da Constituição,¹⁷⁷ permitindo a construção de mecanismos formais e informais de diálogo. Porém, a literatura sobre diálogos institucionais teve um enfoque muito mais sobre as razões pelas quais as Cortes deveriam adotar um modelo dialógico de adjudicação do que verdadeiramente como fazer esse diálogo,¹⁷⁸ sendo essencial se debruçar sobre os mecanismos capazes de promover essa interação entre os poderes.

Conforme destaca Tushnet,¹⁷⁹ para que uma sentença seja mais ou menos dialógica, ela depende basicamente de três elementos, quais sejam, o conteúdo substantivo, as medidas judiciais e os mecanismos de seguimento. Nesse sentido, a depender do conteúdo, das medidas ordenadas e do seguimento, pode haver maior ou menor diálogo entre a Corte e os demais poderes, e entre a Corte e a sociedade.

Na América Latina, como mencionado anteriormente, os tribunais superiores frequentemente têm sido demandados a decidir sobre litígios estruturais que versam sobre graves violações de direitos humanos. Nesse sentido, eles vêm adotando o ativismo dialógico como forma de decisão, impulsionando o diálogo através da construção de medidas inovadoras, como a convocação de audiências públicas em que participam representantes estatais, as partes afetadas e a sociedade civil.¹⁸⁰ Há uma busca constante de legitimação da ação dos tribunais e aproximação da sociedade e demais poderes na construção e

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo).” In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

¹⁷⁷ BATEUP, Christine. “The Dialogic Promise. Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue.” *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1174-1175.

¹⁷⁸ BLANDÓN, Luisa Fernanda Cano. *Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia*. Universidad de los Andes (Tese de Doutorado), 2017, p. 12.

¹⁷⁹ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 237-238. De acordo com esse autor, tanto o conteúdo dos direitos quanto as medidas judiciais ordenadas podem ter caráter forte ou fraco, e tudo isso influencia também os mecanismos adotados para a promoção dos direitos através das ordens emanadas.

¹⁸⁰ GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 121.

participação do diálogo. Nesse sentido, ao buscar o diálogo na construção de soluções para os problemas encontrados, a Corte se fortalece enquanto instituição democrática.

No Brasil, por exemplo, o STF tem iniciado uma cultura de diálogo, ainda tímida, mas que busca a participação da sociedade nas suas decisões. Cumpre observar que foi através da ADI n. 3.510, em 2007, que o STF inaugurou as audiências públicas e as incorporou no cotidiano de seus trabalhos.¹⁸¹ As audiências públicas, ao lado do *amicus curiae*, compõem o rol de instrumentos utilizados pelo STF para ampliar a participação social na tomada de decisões pela Corte.

Previstas na Lei 9.868/1999,¹⁸² as audiências públicas são utilizadas para eventuais esclarecimentos sobre matéria cujas informações sejam insuficientes ou inexistentes nos autos da ação; através das audiências públicas, a Corte tem a possibilidade de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria para formar seu juízo de valor e tomar a decisão. A introdução das audiências públicas no bojo do controle de constitucionalidade reflete as disputas entre distintos atores na interpretação de direitos e políticas públicas. Para além disso, elas são utilizadas estrategicamente pelos ministros do Tribunal em relação aos demais poderes, à sociedade civil e aos grupos de interesse.¹⁸³

No entanto, apesar de seu potencial para promoção de diálogo e debate sobre as matérias discutidas no âmbito da Corte, permitindo uma maior participação popular e legitimidade de julgamentos no âmbito do STF, elas têm sido pouco utilizadas. Ainda, quando utilizadas, estudos empíricos demonstram a ausência de ministros e ministras nas audiências públicas e falta de interação entre eles, o que leva à conclusão as audiências públicas são significam que haja de fato um diálogo entre sociedade e Tribunal.¹⁸⁴ As questões problemáticas relacionadas às audiências públicas estão relacionadas em grande parte ao desenho destes instrumentos, que impede com que haja de fato uma deliberação no âmbito do STF.

Já o *amicus curiae*, considerado amigos da Corte, aproxima-se de uma espécie de intervenção de terceiros no decorrer do processo, mas muito mais no sentido de

¹⁸¹ MATTOS, Karina Denari Gomes. *Democracia e diálogo institucional*, p. 138.

¹⁸² Nesse sentido, o art. 20, § 1º, prevê que “[e]m caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

¹⁸³ GUIMARÃES, Livia Gil. “Participação Social no STF. Repensando o papel das audiências públicas.” *Revista Direito Práxis.*, Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 01, 2020, p. 236-271, p. 238.

¹⁸⁴ GUIMARÃES, Livia Gil. “Participação Social no STF”, p. 243.

esclarecimento dos fatos e do Direito. O *amicus curiae* seria então considerado como uma forma de intervenção popular no controle de constitucionalidade, impulsionando a democracia.¹⁸⁵ Portanto, a figura do *amicus curiae* não busca defender interesses subjetivos dos postulantes, mas oferecer subsídios robustos para o juízo tomar a melhor decisão.

Considerando a relevância da matéria e a representatividade daqueles que postulam ingressar como terceiros no processo constitucional, bem como o seu interesse, a Corte pode decidir pela habilitação ou não daqueles que postulam para esta função. Nesse sentido, observa-se que o *amicus curiae* é um colaborador da justiça, agregando informações que possam contribuir para a qualidade da decisão a ser tomada pela Corte. A presença de instituições que têm interesse na demanda acaba ocorrendo em benefício da jurisdição, possuindo amplos efeitos também na proteção de grupos vulneráveis.

Muito embora os instrumentos de *amicus curiae* e audiências públicas tenham sido implantados há um tempo na estrutura do Tribunal, a doutrina questiona o potencial para o fomento do diálogo entre Corte e sociedade. Isso porque eles, quando utilizados, não têm permitido verdadeiramente um diálogo, no sentido amplo do termo, aproximando-se de uma representação pacífica, que agrega muitos, mas que mantém a qualidade do diálogo baixo.¹⁸⁶

Diversas obras acadêmicas têm promovido um debate sobre alternativas intermediárias entre a contenção e o ativismo judicial, buscando legitimar a exigibilidade dos direitos sociais previstos na Constituição, ao mesmo tempo em que propõem limites ao poder de atuação dos juízes e das Cortes na imposição de políticas públicas.

A proposta de um ativismo judicial dialógico,¹⁸⁷ respeitaria a legitimidade democrática, promovendo deliberação entre distintos poderes, além de fortalecer a democracia. Ele teria o potencial de maximizar o impacto dos tribunais em relação ao cumprimento e impacto de decisões sobre políticas públicas.¹⁸⁸ O diálogo permanente e cooperativo entre cortes e demais poderes na busca da efetivação dos objetivos previstos na Constituição eleva as capacidades da própria democracia. No entanto, não se pode deixar de

¹⁸⁵ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes*, p. 190.

¹⁸⁶ MATTOS, Karina Denari Gomes. *Democracia e diálogo institucional*, p. 138.

¹⁸⁷ Nesse sentido:

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, 2004.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. "Introduction. The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights." In: *Courting social justice*. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. "Más allá del cumplimiento", p.120.

mencionar a preocupação de Gargarella,¹⁸⁹ quando menciona que é preciso promover uma organização institucional diferente, que seja capaz de reformular o sistema de freios e contrapesos, consolidando e inserindo o modelo de diálogo constitucional no marco democrático.

¹⁸⁹ GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, p. 122.

Capítulo 2 – Impacto e implementação de decisões judiciais: Reflexões para além das salas dos Tribunais

1 Por que discutir esse tema no contexto atual?

Em outubro de 2016, Jorge Iván Palacio, magistrado da Corte Constitucional colombiana, abriu uma audiência pública sobre a sentença T-760 de 2008, relacionada ao sistema de saúde na Colômbia. Apesar da audiência ter sido realizada em um hospital que estava em uma situação precária, demonstrando as inúmeras necessidades para fazer efetivo o direito à saúde, ela deixou claros os efeitos de sete anos de intervenção da Corte neste tema. Estes anos de processo de seguimento da decisão teriam conduzido a reformas legislativas e administrativas, que trouxeram melhorias nos serviços de saúde. Além disso, o tema também atraiu os meios de comunicação, que deram mais atenção ao assunto, permitindo com que fosse debatido publicamente.¹⁹⁰

O trecho acima busca demonstrar a esperança no ativismo da Corte como solução para problemas de efetividade de direitos em contextos de privação e desigualdades extremas. Mas o que leva a acreditar que o cumprimento da decisão possa levar a mudanças significativas no acesso a direitos? Os efeitos da decisão estão apenas no cumprimento ou são muito maiores do que aqueles imediatamente observáveis? O que de fato indicaria o impacto de uma decisão em determinado contexto político e social? Essas e outras inquietações surgiram não apenas na análise da sentença T-760/08, mas também em outras decisões estruturais proferidas no continente latino-americano, não havendo estudos para aprofundar os efeitos da decisão e os resultados na efetivação de direitos na prática.

Nas últimas décadas, as Cortes Constitucionais na América Latina têm assumido um protagonismo inédito, buscando catalisar mudanças relativas à promoção de direitos de populações vulneráveis através de suas decisões. Elas se tornaram grandes cenários de discussão sobre a efetivação de políticas públicas e de lutas para uma transformação social, principalmente após a última onda de redemocratização no continente latino-americano.

A quantidade de decisões judiciais relativas aos direitos sociais e econômicos no continente latino-americano só tem aumentado, muito em razão da mobilização jurídica por parte da sociedade civil organizada, da constitucionalização desses direitos em muitas das

¹⁹⁰ Esse trecho foi retirado da obra de RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento”, p. 99-100.

Constituições da região e da adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC (2008).¹⁹¹

Na Colômbia, por exemplo, a Corte Constitucional enfrentou casos de violação de direitos de pessoas privadas de liberdade (T-153/98, T-388/2013, T-282/2014, T-762/2015, e T-197/17), de deslocamento forçado em razão do conflito armado (T-25/2004), de promoção do direito à saúde (T-760/2015), entre tantos outros. O Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, não escapou a essa tendência, também protagonizando algumas decisões transformadoras relacionadas a populações indígenas (Pet-3388), cotas raciais pelo ProUni e de ingresso pela Universidade de Brasília (ADI 3197 e ADPF 186); união homoafetiva (ADI 4277), criminalização da homofobia (ADO 26 e MI-4733) e debatendo o caso de violação de direitos de pessoas privadas de liberdade (ADPF 347/DF e HC 143.641).

Enquanto parte dos estudos esteve centrada na fase de elaboração das sentenças, discutindo o seu fundamento teórico e detalhes jurídicos relacionados aos processos de decisão judicial; outra parcela da literatura acadêmica sobre o tema, dentro de uma perspectiva de direitos humanos, focou na construção de parâmetros para efetivação de direitos e a respectiva utilização pelos órgãos judiciais e de monitoramento. Houve ainda quem se dedicasse à análise e desenvolvimento de críticas relacionadas à separação de poderes e politização da justiça, deixando de lado, porém, as possíveis consequências da intervenção judicial em casos complexos.

Muito pouco foi discutido sobre o que acontece com as decisões consideradas ativistas depois de proferidas, particularmente no que se refere a seus efeitos práticos, ou seja, o efetivo acesso aos direitos demandados. A consequência disso foi o acobertamento de uma discussão ainda mais profunda, voltada ao estudo da relação entre efeitos e resultados decorrentes das decisões proferidas pelas Cortes. O que acontece com as medidas judiciais ordenadas na sentença? Qual é o impacto de decisões ativistas nas ações do Estado, na sociedade civil, nos movimentos sociais e na opinião pública? Qual é a relação entre cumprimento e impacto de decisões relativas a problemas estruturais? Essas decisões atingem o resultado esperado e desejado?¹⁹²

¹⁹¹ O inteiro teor do Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pode ser acessado através do link https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OProtocol_en.pdf. Acesso em 11 out. 2019.

¹⁹² Algumas dessas questões foram adaptadas do livro de RODRÍGUEZ GARAVITO, César (in: “Más allá del cumplimiento”, p. 101.). “*Más allá de la sala de audiencias, ¿Qué pasa con las órdenes contenidas en esas sentencias? ¿Hasta qué punto los funcionarios adoptan la conducta exigida por los tribunales para proteger un derecho específico? Qué efectos tienen esas decisiones judiciales en el estado, la sociedad civil, ¿los movimientos sociales y la opinión pública? ¿En última instancia, contribuyen a la realización de los DESC?*”.

Em resumo, a literatura acadêmica deixou de lado a análise sobre o cumprimento e o impacto dessas sentenças na promoção e garantia de direitos, principalmente quanto aos grupos vulneráveis. Nessa linha, as pesquisas não aprofundaram as discussões sobre as possibilidades de buscar no Judiciário transformações sociais, sendo essa uma das questões mais relevantes para os cidadãos que têm seus direitos violados.¹⁹³ A ausência desse estudo não permite avaliar a legitimação da atuação dos Tribunais na efetivação de direitos sociais e o endereçamento de medidas para solucionar problemas sociais complexos em campos nos quais a atuação política tem sido precária.

Os grupos vulneráveis são aqueles que mais sofrem com a ausência de efetivação de direitos em razão da inércia estatal, e são justamente os que têm poucos recursos para uma mobilização jurídica efetiva. Eles dependem, na maioria das vezes, da mobilização jurídica de movimentos sociais e de organizações da sociedade civil, por exemplo. Ainda que sejam ouvidos nas Cortes e obtenham uma decisão favorável, continuam a depender das autoridades públicas – aquelas mesmas autoridades inertes e omissas – para efetivação de seus direitos na prática.

Nem sempre a decisão será cumprida; às vezes ela nunca será cumprida. Mas ainda que a decisão seja cumprida ou descumprida, ela poderá causar múltiplos efeitos na sociedade. Portanto, para além da implementação propriamente dita, é preciso mencionar que, ainda que as decisões sejam cumpridas conforme determinação do tribunal, nem sempre são capazes de atingir os efeitos desejados na efetivação de direitos.

É importante destacar que os efeitos notados para além do cumprimento da decisão assumem um grande significado, posto que podem gerar tanto impactos positivos quanto negativos. O cumprimento de uma sentença não significa necessariamente que seu impacto na prática tenha sido positivo.¹⁹⁴ Nos casos de demandas individuais por tratamentos ou medicamentos,¹⁹⁵ por exemplo, o cumprimento de decisões que implicam recursos para solucionar caso a caso pode reduzir o acesso ao direito à saúde de grupos mais vulneráveis, ou seja, de uma coletividade, e impedir o aprimoramento do sistema de saúde como um todo,

¹⁹³ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 290.

¹⁹⁴ Nesse sentido:

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*. Can Courts Bring About Social Change? Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

KECK, Thomas M; STROTHER, Logan. *Judicial Impact*. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2016.

¹⁹⁵ Nesse sentido, observar obra que desenvolve litígios relacionados à saúde. Cf. YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (eds.). *Litigating the right to health*. Can courts bring more justice to health systems? Harvard University Press, 2011.

como a construção de hospitais, investimento e qualificação em pesquisas para desenvolvimento de medicamentos etc.

A ausência de cumprimento também não significa necessariamente que a sentença tenha sido inócua, uma vez que o descumprimento pode produzir outros efeitos como, por exemplo, levar a novos processos judiciais voltados à garantia de direitos, possibilitar o desenvolvimento de precedentes judiciais e o envolvimento de novos atores; impulsionar a formação de uma coalizão de ONGs e movimentos sociais que busca novas estratégias políticas e jurídicas para promoção de direitos;¹⁹⁶ e gerar um amplo debate público.

Porém, existe ainda uma zona nebulosa que permeia o cumprimento e o impacto de decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais. Apesar destes conceitos estarem relacionados entre si, o cumprimento é apenas uma parte do impacto, não é equivalente ao impacto propriamente dito.¹⁹⁷ Portanto, pretende-se evitar confundir o cumprimento de uma sentença com o seu respectivo impacto.

Nesse sentido, de acordo com Kapiszewski e Taylor,¹⁹⁸ o *compliance* (também entendido como cumprimento) com as regras judiciais pode facilitar o impacto. Um *compliance* mais forte pode ter um impacto mais fraco se as cortes limitarem suas ações somente no sentido de obter o cumprimento. Por outro lado, as Cortes também podem ter impacto mesmo na ausência de *compliance*, especialmente se os custos de resistência ao cumprimento das decisões são baixos.

O tema é complexo, mas os estudos e as críticas relativas à extensiva atuação judicial para solucionar demandas sociais acabaram não permitindo aprofundar a análise da dimensão do cumprimento em relação aos efeitos das decisões. Dessa forma, a relação entre cumprimento e impacto merece uma maior reflexão e discussão.

Ao estudar mecanismos propostos pelas Cortes, aliados a uma participação de atores externos, pode-se aprimorar a concepção de decisões judiciais e o papel dos juízes constitucionais na realização de uma justiça transformadora. Portanto, o estudo proposto se

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento”, p. 103.

¹⁹⁷ Nesse sentido:

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. “Introduction. The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights”. In: *Courting social justice*. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LANDAU, David. “The Reality of Social Rights Enforcement”. *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012.

¹⁹⁸ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. “Compliance”, p. 807.

revela extremamente atual e necessário, ao colocar em evidência temas ainda pouco explorados na doutrina pátria.

Nessa linha, Rodríguez Garavito buscou desenvolver uma tipologia para explicar as distintas interações entre cumprimento e impacto de sentenças sobre DESC,¹⁹⁹ relacionando se as autoridades públicas cumprem ou não com a decisão (cumprimento); e se a sentença contribui ou não com o cumprimento dos direitos (impacto). Para referido autor, o impacto positivo é mais importante que apenas o cumprimento de uma decisão judicial. Essa tipologia, porém, precisaria ser mais aprofundada, até para dar conta dos distintos fenômenos que acontecem entre cumprimento e impacto.

Tabela 1. Cumprimento *versus* Impacto de decisões

Relação entre cumprimento e impacto de decisões			
		Impacto positivo?	
		Não	Sim
Cumprimento	Não	“Sentença de papel”	“Ganhar perdendo”
	Sim	Litígio de “soma zero”	Litígio de “soma positiva”

Fonte: Tabela desenvolvida por Rodríguez Garavito²⁰⁰

Como é possível observar na tabela acima, há quatro tipos de interações possíveis entre cumprimento e impacto de uma sentença: (i) cumprimento com impactos positivos (litígio de “soma positiva”), (ii) cumprimento que não possui nenhum tipo de impacto (litígio de “soma zero”), (iii) descumprimento com impactos positivos (“ganhar perdendo”), e (iv) descumprimento sem nenhum tipo de impacto (“sentença de papel”).

Também é preciso adicionar a essa tipologia a categoria do cumprimento com impactos negativos. Assim, o cumprimento da decisão, ao contrário do que se pretende, poderia impor efeitos negativos, favorecendo o individual em detrimento do coletivo, ou até mesmo impulsionando um retrocesso na agenda de direitos, como foi muito discutido nos

¹⁹⁹ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Más allá del cumplimiento”, p. 102.

²⁰⁰ Tabela desenvolvida por César RODRÍGUEZ GARAVITO (in “Más allá del cumplimiento”, p. 102).

litígios relacionados ao direito à saúde, em especial a judicialização do acesso a medicamentos.

Nesse sentido, menciona-se que a judicialização de medicamentos, por exemplo, proporcionou o acesso a direitos da classe média, restando toda uma coletividade privada deste direito. Recursos que poderiam ter sido revertidos na melhoria de políticas públicas na área da saúde, como construção de hospitais, pesquisas e ampliação da lista de medicamentos do SUS, acabaram sendo invertidos na promoção de direitos individuais daqueles que buscaram o Judiciário na busca da satisfação de direitos. Esse é um dentre outros exemplos de judicialização individual que agrava a vulnerabilidade de uma coletividade.

Nessa linha, a análise conjunta da implementação e do impacto mostra-se extremamente importante, por ser capaz de proporcionar um caminho para a compreensão da relação entre Cortes, direitos e transformação social; ao mesmo tempo em que fomenta um novo olhar sobre o papel exercido pelas Cortes em uma democracia. Da mesma forma, referida análise permite não só validar ou invalidar o argumento utilizado pelos tribunais para justificar a elaboração de sentenças transformadoras, mas também observar o alcance da decisão e seus múltiplos efeitos, principalmente em Estados cujas burocracias apresentam limitação na efetivação de direitos.

Importante salientar que a doutrina tem debatido o impacto de decisões judiciais sob a perspectiva dos efeitos destas decisões.²⁰¹ Estes estudos se apoiaram em diversas perspectivas de análise, mas todos tinham em comum o propósito de construir teorias e avaliar empiricamente a intervenção judicial direcionada a solucionar problemas sociais complexos, também chamados de problemas estruturais.

Dentre os estudos realizados, observa-se que há autores que expressam ceticismo em relação à capacidade das decisões dos tribunais promoverem mudanças políticas e sociais significativas.²⁰² A partir da adoção de um enfoque neorrealista, esses autores preocupam-se com os efeitos diretos e visíveis das decisões judiciais,²⁰³ sob uma perspectiva estrita de

²⁰¹ Nesse sentido:

FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. *Judicial Policymaking and the Modern State*. How Courts Reformed America's Prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

MCCANN, Michael. *Rights at Work*. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization. Chicago: Chicago University Press, 1994.

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*. Can Courts Bring About Social Change? Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

²⁰² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 21.

²⁰³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. "Un giro en los estudios sobre derechos sociales. El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia". In: ARCIDIÁCONO, Pilar;

adesão das autoridades demandadas às medidas judiciais proferidas, em um estrito teste de causalidade para medir o impacto da intervenção judicial. O olhar desses autores foca essencialmente no cumprimento das decisões judiciais para extrair conclusões sobre o impacto. Acabam por concluir que a superação de problemas estruturais e efetivação de direitos estaria muito aquém do potencial das Cortes.

Assim, para os autores de enfoque neorrealista, o contraste entre as medidas judiciais determinadas e as mudanças que provocam no comportamento dos destinatários seria o fator determinante da efetividade e utilidade da atuação das Cortes em casos complexos. Nesse sentido, a intervenção judicial só seria considerada exitosa se tem capacidade para fazer com que os demandados cumpram a decisão judicial ordenada, ainda que contra a própria vontade. Caso contrário, a intervenção judicial é considerada deficiente em todos os seus propósitos.

Portanto, de acordo a literatura acadêmica mais desconfiada quanto ao potencial de transformador das Cortes, uma sentença só seria efetiva se causou uma transformação na conduta dos demandados. Assim, se as medidas coercitivas previstas na sentença foram capazes de modificar a conduta dos demandados e impulsionar o cumprimento da decisão, a decisão judicial foi efetiva e a Corte teria cumprido um papel importante. Gerald Rosenberg tem sido considerado autor pioneiro no assunto sobre Cortes e transformação social,²⁰⁴ concluindo em seus estudos sobre o tema que as intervenções judiciais são uma “esperança vazia” na promoção de transformações significativas em problemas estruturais.

A partir do estudo empírico do caso *Brown vs. Board of Education*, Rosenberg afirmou que essa sentença teve efeitos precários e que a Corte não poderia ser compreendida como motor de uma transformação social efetiva.²⁰⁵ Para este autor, foi a mobilização política da década de 60 e a legislação contra discriminação as principais responsáveis resultados relativos à proibição da segregação racial. Pesquisas que adotam o enfoque neorrealista, cujo impacto somente é notado a partir do cumprimento da decisão, utilizam-se basicamente de técnicas quantitativas para avaliar os efeitos diretos ou imediatos.

De outro lado, há doutrinadores que são mais otimistas em relação ao papel das Cortes na promoção de direitos, adotando um enfoque construtivista da relação entre direito

ESPEJO, Nicolás; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *Derechos sociales*. Justicia, política y economía en América Latina, Bogotá, Uniandes, CELS, Universidad Diego Portales y Siglo del Hombre Editores, p. 7-11.

²⁰⁴ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*. Can Courts Bring About Social Change? Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

²⁰⁵ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*, p. 70-71.

e sociedade.²⁰⁶ Eles afirmam que a intervenção judicial, mais do que o cumprimento estrito das medidas determinadas pela autoridade judicial, pode contribuir para a mobilização e diálogo entre os distintos atores sociais. A mobilização e o diálogo, portanto, conduziriam a mudanças políticas e sociais significativas, mesmo diante de condições extremamente desfavoráveis, transformando assim as próprias relações sociais ou a percepção sobre o assunto discutido no âmbito da Corte.

Nessa linha, autores que adotam um enfoque construtivista destacam a importância de outros fatores que, ainda que não guardem relação direta com a decisão, resultam indiretamente dela. A mudança da cultura jurídica, a consciência sobre direitos e a mobilização social, por exemplo, poderiam ser associados, ainda que indiretamente, à decisão proferida pela Corte. Portanto, ainda que as vitórias judiciais não representem automaticamente uma mudança social, elas podem trazer novas percepções das lutas travadas pelos distintos grupos sociais em torno de direitos.

Dessa forma, as decisões judiciais seriam capazes de causar transformações diretas e indiretas, conforme a visão dos autores construtivistas. Os efeitos das decisões poderiam ser observados quando são (1) diretos ou indiretos, ou (2) instrumentais ou simbólicos. Essa é a análise de McCann,²⁰⁷ em sua obra sobre as estratégias jurídicas usadas pelo movimento feminista na luta pela igualdade salarial nos Estados Unidos, para quem os efeitos das estratégias dos movimentos femininas mudaram a percepção sobre o tema, dando visibilidade ao problema nos meios de comunicação e permitindo a criação de laços mais consolidados entre organizações ativistas para atuar em ações políticas sobre a mesma causa.²⁰⁸

Esse enfoque construtivista do impacto judicial, para além de técnicas quantitativas, utiliza-se de técnicas qualitativas para capturar os efeitos indiretos e simbólicos da decisão. O impacto não compreenderia nem a Corte como agente único de transformação, muito menos o cumprimento como fator determinante para análise dos efeitos da decisão. Ao não se atentar apenas nas atuações realizadas para o cumprimento das medidas judiciais propriamente ditas, o enfoque construtivista conseguiria captar a repercussão das decisões

²⁰⁶ Nesse sentido, pode-se mencionar:

MCCANN, Michael. *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago. Chicago University Press, 1994.

²⁰⁷ Nesse sentido, vide: MCCANN, Michael. *Rights at Work. Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: Chicago University Press, 1994.

²⁰⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 23.

judiciais de forma ampla, analisando sua capacidade para transformar realidades complexas e desbloquear as instituições.

Não é possível furtar-se à constatação de que a migração de determinadas práticas jurisdicionais e aplicação de técnicas criativas para confrontar e lidar com problemas sociais tão comuns na América Latina tem sido um fenômeno recente. Os desafios e oportunidades para garantia de direitos em países latino-americanos se assentam na presença de Cortes ativistas, litígio e mobilização social na garantia de direitos.²⁰⁹

Estudos empíricos de fôlego, como a análise do experimentalismo judicial da Corte Constitucional Colombiana na Sentença T-025/04,²¹⁰ relacionado ao deslocamento forçado em razão do conflito armado, permitiram a construção de indicadores de resultado para medir a fruição de direitos e evolução de políticas públicas aos grupos afetados pelo deslocamento forçado. A Corte Constitucional Colombiana é considerada uma das pioneiras no continente latino-americano na busca de garantias para o cumprimento de decisões estruturais.

Na sentença T-025/04, a Corte manteve a jurisdição sobre o caso para acompanhar o cumprimento das medidas judiciais proferidas. Além disso, os juízes passaram a elaborar um plano para concretização de políticas públicas, através do diálogo com os responsáveis pelo desenho e formulação dessas políticas e sociedade civil, em verdadeira analogia à teoria de diálogos interinstitucionais.

A participação popular no acompanhamento da decisão supramencionada, o monitoramento da efetivação de políticas públicas e implementação da decisão já dão pistas sobre como a jurisdição constitucional poderia assumir um papel importante na função de mediadora entre a sociedade e as demais instituições que compõem o Estado. Nesse sentido, poderia provocar impactos inimagináveis através das suas decisões e atuação institucional. Não obstante, a decisão T-25/04 foi alvo de críticas severas, principalmente de doutrinadores contrários ao denominado “neoconstitucionalismo”.

Apesar desse novo comportamento judicial suscitar inúmeras críticas, ele traz novas perspectivas de análise sobre o papel das Cortes Constitucionais, especialmente quando se

²⁰⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 14.

²¹⁰ Para um estudo mais detalhado sobre o papel da Corte na sentença 25 de 2004, são recomendadas as seguintes obras: RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO Diana Rodríguez. *Juicio a la exclusión*. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

trata da alteração de uma realidade política e social complexa, cujos interesses envolvidos podem ser sobrepostos, contrapostos ou até mesmo excludentes entre si. Mas o estudo desse tema de forma tímida pela doutrina impede avançar no debate sobre o potencial dessas instituições em promover espaços deliberativos e democráticos quando realizam a intervenção judicial para a promoção de direitos constitucionalmente protegidos.

Diversas são as dificuldades encontradas em relação à implementação das decisões proferidas, e ainda que os níveis de cumprimento de sentenças no continente latino-americano sejam comparativamente maiores que de outros continentes, há uma enorme quantidade de obstáculos e atrasos na fase de implementação.²¹¹ Muitas das sentenças proferidas pelas Cortes têm sido cumpridas de forma precária ou, por vezes, sequer são implementadas pelos órgãos competentes. Os demandantes de distintos países, como, por exemplo, África do Sul, Argentina, Colômbia, Estados Unidos relatam que, apesar de experimentarem avanços na jurisprudência, enfrentam dificuldades em transformar as decisões inovadoras em resultados que tenham impacto na prática, demonstrando-se assim a necessidade de uma reflexão aprofundada sobre o tema.

Para analisar os múltiplos efeitos das decisões da Corte, alguns autores utilizam distintos enfoques teóricos e metodológicos a partir do estudo de caso, observando os diversos efeitos que as decisões despontam, como o reconhecimento de problemas socioeconômicos como questões de direitos humanos, a reformulação da capacidade institucional do Estado, formação de coalizões e a promoção da deliberação pública, por exemplo.²¹²

Da mesma forma, existem fatores relacionados ao impacto que dependem essencialmente da postura da Corte, como a classe de medidas proferidas e a natureza do seguimento da decisão.²¹³ Outros fatores, contudo, dependem da mobilização jurídica e social nos entornos da Corte. Nesse sentido, a doutrina atual tem voltado a atenção para a relação entre a implementação e o impacto, aprofundando a análise para além do cumprimento da decisão, ao considerar os inúmeros fatores que influenciam o cumprimento

²¹¹ DEJUSTICIA, ESCR-Net, University of Oslo. 2010. “Informe del simposio internacional sobre cumplimiento de sentencias sobre derechos ESC”. Bogotá, Colombia, 6-7 de mayo. Disponível em: https://www.escri-net.org/sites/default/files/936495455/Reporte_-_Cumplimiento_del_Sentencias_DESC.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

²¹² RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales” In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica*, p. 216.

²¹³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, p. 216.

e que levam a um maior ou menor impacto na transformação de problemas complexos enfrentados pelas sociedades.

Conclui-se, portanto, que se as decisões estruturais têm estimulado o protagonismo das Cortes na tentativa de solucionar problemas sociais, também se faz necessário compreender a utilidade e o funcionamento das Cortes nessa proteção de direitos. Dessa forma, pode-se verificar se a intervenção judicial tem ou não a capacidade de promover a deliberação democrática entre as instituições estatais e superar os bloqueios institucionais na formulação e implementação de políticas públicas, ou mesmo analisar a existência de instrumentos que poderiam otimizar ou auxiliar essa capacidade das autoridades judiciais. Somente aprofundando nos efeitos dessas decisões seria possível analisar o verdadeiro potencial das Cortes Constitucionais.

Por fim, cumpre anotar que a tarefa de promoção e garantia dos objetivos da Constituição não é somente da Corte, mas de todos os poderes públicos que, de forma cooperativa, devem impulsionar a efetivação de direitos constitucionalmente previstos na maior medida possível. A efetividade das decisões estruturais depende não apenas de ações das Cortes, mas de todos os atores vinculados ao seu cumprimento; e exatamente para que a decisão da Corte não se torne apenas uma sentença de papel, é preciso pensar não só em estratégias para que suas ordens sejam cumpridas, mas para que alcancem o resultado desejado.

2 O cumprimento de decisões judiciais: o que acontece com uma sentença para além da sala do Tribunal?

Se por um lado, decisões direcionadas a solucionar problemas complexos só têm aumentado nas últimas décadas; por outro, um número significativo destas sentenças não tem sido cumprido. É fato notório que o descumprimento de uma decisão judicial, em especial nos casos envolvendo direitos sociais, onera a população mais vulnerável, acarretando impactos negativos para a justiça social e econômica. Ainda, se as decisões proferidas pela Corte não são capazes de constranger as autoridades públicas efetivamente para que cumpram e efetivem as suas ordens ou medidas judiciais, pode haver um sério prejuízo ao comprometimento das contribuições da Corte à efetivação de direitos.²¹⁴

²¹⁴ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. “Compliance”, p. 803.

Nesse sentido, demonstra-se a importância de analisar as razões do cumprimento ou não de determinadas sentenças, e como se pode alcançar o maior impacto possível, além de refletir sobre estratégias que possam contribuir nesse sentido. É preciso mais do que isso, refletir se os tribunais podem ser considerados espaços estratégicos ao inovarem em práticas transformadoras para dar conta de questões complexas de pobreza e desigualdade social.

Conforme menciona Brinks,²¹⁵ as sentenças sobre direitos sociais talvez não sejam as mais difíceis de cumprir, mas representam desafios significativos para a Corte, que deve ponderar muitas variáveis em suas decisões para realizar uma transformação significativa. Para Brinks, as decisões que ameaçam a sobrevivência de políticos podem ser muito mais árduas.

O cumprimento depende, porém, que o juiz traduza uma norma jurídica em uma medida prática e efetiva (cumprimento jurídico) que possa, por sua vez, ser executada na prática por aqueles que são demandados (cumprimento fático).²¹⁶ Portanto, para que o cumprimento seja realizado, é necessário que existam remédios judiciais que disponham o que deve ser cumprido. O cumprimento jurídico seria, nesse sentido, um requisito para o cumprimento fático.

As distintas teorias sobre cumprimento são classificadas em teorias instrumentais e normativas. As teorias instrumentais se concentram nos custos e benefícios do cumprimento, sejam eles de natureza material ou política.²¹⁷ Para essa literatura acadêmica, a potência das leis ou dos tribunais está relacionada ao poder de coerção e às consequências do descumprimento. Mas há quem destaque o papel normativo das leis, uma vez que podem dar razão e justificativa para o seu descumprimento. A lei seria então considerada um fator a ser ponderado na hora do cumprimento e descumprimento.²¹⁸

De outro lado, observa-se que a literatura sobre cumprimento judicial se concentrou nos Estados Unidos. Mas estudos recentes têm sido desenvolvidos na América Latina, procurando combinar distintos métodos de investigação para elaboração de teorias explicativas do fenômeno. Ainda há muita confusão terminológica relacionada a cumprimento e impacto, por isso ambos os conceitos estão em tópicos separados neste

²¹⁵ BRINKS, Daniel M. “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, p. 580.

²¹⁶ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. “Brasil ¿Es más difícil hacer cumplir demandas colectivas?”, p. 222

²¹⁷ LANGFORD, Malcom; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; ROSSI, Julieta. “Introducción. De la jurisprudencial al cumplimiento”. In: LANGFORD, Malcom, RODRÍGUEZ GARAVITO, César e ROSSI, Julieta (Ed.), *La lucha por los derechos sociales. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento*, Bogotá: Dejusticia, 2017, p. 24.

²¹⁸ LANGFORD, Malcom; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; ROSSI, Julieta. “Introducción”, p. 28.

trabalho. Enquanto o cumprimento judicial está relacionado ao cumprimento das medidas judiciais proferidas pelo tribunal, o impacto se aproxima dos efeitos da decisão.

Portanto, a seguir propõe-se uma análise dos fatores de influência no cumprimento de decisões das cortes. Entretanto, é importante destacar que esses fatores geralmente interagem uns com os outros, nunca estando sozinhos na explicação do cumprimento ou não de determinadas decisões. Também serão apontadas algumas estratégias de êxito analisadas pela doutrina para implementação de decisões.

2.1 Níveis de cumprimento de sentenças sobre DESC: fatores de influência e estratégias das Cortes

O cumprimento das decisões de tribunais sobre DESC depende de vários fatores, como a legitimidade do tribunal, os custos do (des)cumprimento, além dos custos políticos, sociais, financeiros e a própria existência de mecanismos para a implementação de decisões judiciais pelo aparato estatal. Assim, o conhecimento de procedimentos disponíveis na jurisdição local permite desvendar as lacunas que ainda existem no cumprimento e impacto de decisões. Por isso a importância de estudar os fatores que influenciam o cumprimento efetivo ou descumprimento de decisões das Cortes.

Entre os fatores apontados pela doutrina como capazes de influenciar o cumprimento estão (i) legitimidade e fortaleza dos tribunais; (ii) capacidade institucional; (iii) custos políticos e financeiros da implementação; (iv) tamanho do grupo demandante.; e (v) mobilização jurídica de ONGs e movimentos sociais.²¹⁹ Há quem mencione também que as características jurídicas, sociais e institucionais do caso específico também devem ser consideradas,²²⁰ especialmente em relação à complexidade da medida judicial demandada, a (in)visibilidade do descumprimento e os agentes burocráticos demandados.

A legitimidade dos juízes está diretamente relacionada ao grau de independência e o poder de um tribunal frente a outros ramos do governo, seu conhecimento, objetividade e clareza de suas decisões.²²¹ É importante que a corte tenha liberdade do controle ou pressão de outros ramos do governo e que não sofra ameaças implícitas ou explícitas para tomada de

²¹⁹ Os fatores mencionados e desenvolvidos a seguir foram extraídos do livro de César RODRÍGUEZ GARAVITO e Celeste KAUFFMAN (*in* “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.14-16).

²²⁰ LANGFORD, Malcom; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; ROSSI, Julieta. “Introducción”, p. 26.

²²¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 14.

decisões de uma ou outra forma, o que comprometeria, acima de tudo, a própria independência judicial.²²² Além disso, os tribunais devem ter capacidade de conservar a jurisdição sobre o caso e monitorar a implementação, ao lado da possibilidade de impor sanções ou multas aos organismos e funcionários do Estado que descumpram o que foi estabelecido e declarar eventual desacato aos organismos e funcionários do Estado.

Ao lado da legitimidade dos tribunais está a *capacidade institucional*, relacionada ao tempo, recursos e conhecimento que um tribunal possui para monitorar a implementação de suas ordens. Claro que a implementação também dependerá de recursos, capacidade e coordenação interinstitucional de organismos estatais responsáveis pela implementação de dita decisão. Neste ponto, é importante mencionar que ONGs de direitos humanos e outras instituições nacionais podem auxiliar na tarefa de monitoramento do cumprimento da decisão, atuando como especialistas em questões para as quais o tribunal não tenha nem tempo e nem recursos para tratá-las de forma apropriada.

Os *custos da implementação* de uma decisão também devem ser analisados como um dos fatores que influenciam o seu cumprimento ou não.²²³ Assim, quanto maior o custo do remédio solicitado, mais preparados devem estar os demandantes para conseguir o cumprimento.²²⁴ Dessa forma, os custos são analisados não só sob a ótica financeira, podendo ser financeiros, normativos e políticos.

Às vezes, o custo financeiro de cumprir uma decisão, seja ela nacional ou internacional, é evidente. Por exemplo, pode-se mencionar a resistência do governo brasileiro em cumprir com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) em relação ao projeto Belo Monte, voltado à criação de usinas hidrelétricas em terras indígenas na região amazônica.²²⁵ Neste caso, foram analisados os benefícios financeiros em construir as usinas, dentro de uma agenda desenvolvimentista, e as perdas advindas do cumprimento da decisão da CtIDH. Este caso é bastante complexo e polêmico e continua a causar embates. Por outro lado, uma decisão que tenha custos financeiros para sua implementação e favoreça direitos humanos na linha de estândares internacionais, pode

²²² KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. “Compliance”, p. 807.

²²³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 15.

²²⁴ BRINKS, Daniel M. “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, p. 584.

²²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*. Institucionalização e política. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 38-43.

ser considerada essencial para alavancar o comércio e negociações com outros países.²²⁶ Neste caso, há mais chances de que seja cumprida.

Apesar de determinados demandantes e tribunais elevarem os custos financeiros do descumprimento, como imposição de multa, por exemplo, não é em todos os casos que essa estratégia funciona. Nesse sentido, sentenças dialógicas e mais abertas permitem desenhar formas mais eficientes, com custos financeiros menores, para alcançar os resultados buscados pela decisão judicial, tendo mais chances de êxito. Portanto, seria preciso investir em estratégias que demonstrem que o cumprimento das sentenças pode ter efeitos positivos na economia a médio e longo prazo, como é o caso Belo Monte.

Ao lado dos custos financeiros, também estão os custos normativos, que representam o choque entre o objetivo do processo judicial e os fins e valores proclamados pela organização ou sujeito em questão, que podem ser resistentes a cumprir com determinada decisão em razão de compromissos normativos ou ideológicos.²²⁷ Ainda que os custos normativos se aproximem dos custos políticos, eles não se confundem. Os custos políticos se referem à “carga de desaprovação pública para os funcionários públicos, burocratas ou empresas, e a carga de desaprovação de um destinatário mais específico, como o poder executivo, um juiz, um cargo público eleito ou um burocrata” (tradução livre).²²⁸

Os Estados e agentes públicos ou privados podem se sentir incentivados a cumprir com determinada decisão se ela influencia positivamente a opinião pública, acaba com protestos e dissensos entre ativistas e Estados.²²⁹ Por outro lado, decisões impopulares, relacionadas a grupos estigmatizados, podem enfrentar grande resistência para sua implementação, exatamente pelos seus custos políticos negativos. Em outras palavras, níveis de cumprimento costumam ser baixos quando se trata de sentenças relativas a grupos altamente estigmatizados, uma vez que eles contam com poucos aliados e as decisões podem ser entendidas como impopulares. As decisões que são congruentes com a opinião pública, por outro lado, podem ter grandes custos políticos quando não são implementadas, então as chances de cumprimento são maiores.

²²⁶ LANGFORD, Malcom; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; ROSSI, Julieta. “Introducción”, p. 26.

²²⁷ BRINKS, Daniel M. “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, p. 588.

²²⁸ BRINKS, Daniel M. “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, p. 592.

²²⁹ LANGFORD, Malcom; RODRÍGUEZ GARAVITO, César; ROSSI, Julieta. “Introducción”, p. 26.

O *tamanho do grupo demandante* também pode ser considerado um fator a influenciar o cumprimento ou não de determinadas ordens dos tribunais.²³⁰ Distintos acadêmicos observam que casos individuais têm níveis de cumprimento muito altos, enquanto casos coletivos ou estruturais, que envolvem grande número de pessoas, teriam os menores níveis de cumprimento. Por outro lado, há autores que entendem justamente o contrário, demonstrando que o uso estratégico dos tribunais foi uma ferramenta eficaz para superar barreiras em relação à violação massiva de direitos.²³¹

Em relação ao tamanho do grupo demandante, pode-se argumentar por duas vias e, ainda, relacionar aos custos políticos decorrentes. Nesse caso, quando há um número pequeno de pessoas na ação, a pressão política é baixa e, conseqüentemente, a implementação também será mínima. À medida que cresce o número de demandantes, o capital político tende a ser maior e os custos do cumprimento também. Por esse motivo que Daniel Brinks menciona que nos dois extremos há problemas de descumprimento.²³²

Uma das únicas variáveis que costuma aparecer na maioria dos estudos sobre cumprimento é a capacidade organizativa dos demandantes em manter a pressão política em torno da questão ao longo do tempo. Por isso que os *movimentos sociais em torno aos processos judiciais* são compreendidos como importantes quando se trata de avaliar o cumprimento da decisão, uma vez que são capazes de mobilizar estratégias de litígio e implementação.²³³

É válido lembrar que a sociedade civil organizada, seja por meio de ONGs ou através de movimentos sociais, pode manter a pressão pública sobre autoridades estatais responsáveis pela implementação da decisão, aumentando os custos políticos relacionados ao descumprimento. Assim, a sociedade civil organizada e movimentos sociais podem garantir altos benefícios a partir de suas vitórias nos tribunais, não só colocando determinados temas no debate público, mas também se utilizando dos meios de comunicação e formando coalizões. Por isso, uma maior participação de ONGs na etapa da execução das

²³⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 15.

²³¹ Nesse sentido:

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento”, In: *La lucha por los derechos sociales*, 2017.

LANGFORD, Malcolm; KAHANOVITZ, Steve. “Sudáfrica. Repensar las narrativas sobre el cumplimiento”. In: *La lucha por los derechos sociales*, 2017.

²³² BRINKS, Daniel M. “Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, p. 592.

²³³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 16.

sentenças e supervisão das medidas judiciais formuladas contribui significativamente para o efetivo cumprimento da decisão.

As Cortes normalmente acabam sendo suscetíveis ao contexto social e político. É justamente nesse sentido que atores sociais e políticos podem ser importantes aliados para superar essas debilidades, viabilizando a implementação e o impacto de decisões em determinados casos que chegam às cortes. Muitos dos sistemas jurídicos carecem de regras de procedimento para a implementação de obrigações positivas complexas, dependendo da vontade do um juiz em assumir um papel como responsável na garantia do cumprimento.²³⁴

Claro que as características do sistema jurídico aliadas a fatores externos, relacionados ao contexto social, político e jurídico de cada sistema jurídico, influenciam o cumprimento ou não de determinada decisão. Dessa forma, os múltiplos fatores de influência interagem entre si nos mais variados casos que chegam à Corte, necessitando de uma análise mais detalhada para superação das barreiras encontradas para a produção de maior impacto aos grupos afetados.

A existência de normas decorrentes de tratados internacionais também impulsiona decisões internacionais que afetam direitos humanos. Nesse sentido, os órgãos de direitos humanos têm desenvolvido ao longo do tempo mecanismos de implementação e monitoramento de suas decisões, ou seja, como os Estados-parte de tratados internacionais respeitam e implementam as decisões das Cortes internacionais.

Um estudo empírico sobre o mapeamento da implementação das medidas e decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na América do Sul,²³⁵ demonstrou os enormes desafios para encontrar parâmetros que permitam avaliar a qualidade da implementação das medidas e decisões do Sistema Interamericano. Assim como no âmbito doméstico, também não há padrões estabelecidos para a implementação das decisões. É interesse observar, contudo, que a pesquisa partiu da análise de implementação como adimplemento das medidas solicitadas pela Corte ou pela Comissão Interamericana, mas verificou *a posteriori* a necessidade de abordar a implementação em relação aos impactos das recomendações.²³⁶

²³⁴ DEJUSTICIA, ESCR-Net, University of Oslo. 2010. “Informe del simposio internacional sobre cumplimiento de sentencias sobre derechos ESC”. Bogotá, Colombia, 6-7 de mayo. Disponível em: https://www.escri-net.org/sites/default/files/936495455/Reporte_-_Cumplimiento_del_Sentencias_DESC.pdf. Acesso em: 11 out. 2019, p. 12.

²³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*, p. 8.

²³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*, p. 8.

Ao final, a pesquisa realizada concluiu pela ausência de mecanismos formais e específicos que permitam cumprir com as recomendações e decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo o cumprimento dependente de fatores imprevisíveis.²³⁷ A implementação das medidas ordenadas estariam assim relacionadas à ausência de apropriação da decisão pelos segmentos envolvidos, de uma agenda pública e de repercussões das condenações ou recomendações.²³⁸

Nesta pesquisa, foram estabelecidos fatores que poderiam facilitar o cumprimento das medidas ordenadas pela CIDH no âmbito local para proteger direitos humanos, como (i) a existência anterior de uma agenda política em âmbito local ou nacional relacionada ao tema da violação; (ii) fundamentação e qualidade das decisões para que sejam apropriadas por atores sociais e sociedade civil; e (iii) boa relação entre União e Estados, em casos que o cumprimento não depende apenas de medidas federais.²³⁹

A experiência internacional, dessa forma, pode ser útil na construção e reflexão sobre estratégias de impacto e implementação de decisões no âmbito nacional. Mais do que isso, pode auxiliar numa visão sobre o próprio papel da Corte quando toma determinadas decisões. Porém, são necessários mais estudos sobre o tema, com o objetivo de desenvolver uma doutrina sólida sobre impacto e implementação de decisões nos sistemas jurídicos nacionais e internacionais. A seguir serão estudados os mecanismos utilizados pelos tribunais como estratégia para implementação de decisões.

2.2 Estratégias de êxito na utilização de mecanismos de implementação em distintos tribunais

Ao analisar uma violação de DESC, Mark Tushnet menciona que os Tribunais têm a possibilidade de adotar distintas medidas reparadoras, que variam no grau de amplitude e obrigatoriedade.²⁴⁰ Podem adotar remédios fortes ou fracos; enquanto os remédios fortes implicam em ordens precisas e ordenadas, os remédios fracos acabam por deixar ampla a margem de discricionariedade para implementação da decisão por parte do governo. Podem

²³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*, p. 9.

²³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*, p. 17.

²³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil*, p. 53.

²⁴⁰ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

também adotar remédios moderados, estabelecendo procedimentos e fins amplos, valorando os progressos no cumprimento da decisão. Neste último caso, o governo que deve decidir os meios e as políticas a serem utilizadas na implementação.

No entanto, ao prever as distintas medidas reparadoras, Tushnet não previu as formas de seguimento possíveis. Independentemente do enfoque dado aos direitos ou remédios adotados nas intervenções judiciais, os tribunais devem decidir se preservam ou não a jurisdição para monitorar a implementação de suas decisões,²⁴¹ prevendo a forma de seguimento das medidas ordenadas. Acadêmicos que realizaram a tarefa de distinguir as inúmeras formas de seguimento possíveis, como Rodríguez-Garavito e Franco,²⁴² fazem a distinção entre seguimento forte, moderado e fraco de decisões judiciais.

No seguimento forte existe uma vontade do tribunal de intervir de forma ativa no processo de implementação da decisão, fomentando o cumprimento pelo Estado a partir de prazos e valores mínimos de referência. Nesse caso, a partir da análise de progressos e retrocessos, o tribunal profere novas ordens, buscando estimular um diálogo entre os envolvidos no caso. Em geral, no seguimento forte, o tribunal pode nomear comissionados para supervisionar a implementação de casos estruturais e oferecer informes periódicos, ou até mesmo criar uma sala especial de acompanhamento do caso no tribunal. Já no seguimento moderado, os tribunais solicitam informes de cumprimento, mas que não estão voltados a produzir pressão. Por último, no caso de seguimento fraco, os tribunais decidem não manter a jurisdição para supervisionar o seguimento da sua decisão.²⁴³

Existem algumas estratégias consideradas exitosas pela doutrina,²⁴⁴ que podem ser úteis para distintos atores encarregados de implementar decisões sobre DESC, sejam os tribunais nacionais, órgãos internacionais, OSCs e movimentos sociais e instituições nacionais de direitos humanos. A partir dessas estratégias, é possível observar se elas também estão presentes nos casos coletivos e estruturais selecionados para estudo empírico, especialmente naquilo que se refere aos tribunais.

Na esfera nacional, são mencionadas estratégias como: (i) preservação da jurisdição de seguimento pelo tribunal; (ii) uso de indicadores de direitos humanos para medir o

²⁴¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*, p. 30.

²⁴² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*, p. 30.

²⁴³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*, p. 30-31.

²⁴⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.43.

cumprimento; (iii) uso de comitês de especialistas; (iv) reforma estrutural levada a sério pela administração judicial; e (iv) intercâmbios substantivos.

Através da *preservação da jurisdição de seguimento*, a Corte Constitucional mantém a jurisdição sobre o caso durante o processo de cumprimento, atitude conhecida como “jurisdição de seguimento” ou “jurisdição de monitoramento”. É sabido, porém, que a maioria dos tribunais não possui capacidade técnica e nem recursos humanos, econômicos e de tempo necessários para realizar essa supervisão.

Muitas Cortes não possuem capacidade técnica e nem recursos humanos, econômicos e de tempo necessários para realizar essa supervisão. Assim, acabam por delegar tal função a especialistas, comitês ou, inclusive, grupos da sociedade civil, os quais ficam a cargo da responsabilidade de realizar a supervisão, levando à Corte toda informação necessária sobre o seguimento do caso. O tribunal segue com o poder de revisar as ações do Estado, baseando-se nas informações coletadas pelos comitês ou especialistas para tomar decisões. Essa é uma forma que o tribunal tem de pressionar e dialogar com as autoridades estatais para garantir o cumprimento da decisão.²⁴⁵

Sob uma perspectiva institucional, a ausência de mecanismos de monitoramento das ordens da Cortes estaria relacionada ao próprio nível de autoridade institucional que essa Corte possui.²⁴⁶ A construção de mecanismos de monitoramento por alguns juízes sugere uma preocupação com as consequências da implementação de suas decisões; mais do que isso, uma preocupação com a missão institucional e legitimidade da Corte perante a sociedade. Por outro lado, em determinados contextos sociais e institucionais, as Cortes podem promover distintos objetivos e preferências entre seus membros.²⁴⁷

É importante registrar que magistrados de Cortes mais recentes, ou constituídas e reformadas nas novas democracias, enfrentam um conjunto de desafios se comparadas com aquelas constituídas em democracias mais estabelecidas e avançadas, em especial no que se relaciona à sua legitimidade no sistema político. Nesse sentido, considerando que a legitimidade institucional é adquirida ao longo do tempo, há razões para acreditar, conforme

²⁴⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.44.

²⁴⁶ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*. Judges, litigants and the rights enforcement in Latin America. Indiana: Notre Dame (Tese de Doutorado), 2015, p. 59.

²⁴⁷ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 60.

afirmam Epstein, Shvetsova, e Knight,²⁴⁸ que isso influenciaria o impacto das medidas judiciais ordenadas pela Corte.

Assim, juízes presentes em democracias ainda em fase de consolidação tendem a se importar mais com *compliance* e impacto de suas decisões. Na medida em que essas Cortes amadurecem, os juízes passam a se preocupar com a tomada de decisões. Sob essa perspectiva, eles promovem mecanismos de supervisão no sentido de avaliar o impacto de suas decisões, que, por sua vez, pode influenciar a legitimidade do tribunal e seu poder.

Com efeito, a presença de mecanismos de supervisão ou organizações é capaz de promover alguns efeitos, como i) oportunidades para que as organizações forneçam *feedback* sobre a implementação e sobre a política; ii) criação de arenas colaborativas para otimização dos efeitos jurídicos e materiais da decisão; e iii) oportunidade para múltiplos atores de exercerem o *accountability*.²⁴⁹ Portanto, nesses espaços há a possibilidade de discussão e negociação de diferentes atores em torno da política pública, proporcionando um verdadeiro diálogo entre Corte e sociedade, Corte e demais poderes, e vice-versa.

No caso de decisões estruturais, os mecanismos de supervisão funcionam como oportunidades de monitoramento e interação entre organizações e outros agentes de supervisão, permitindo a difusão da estrutura de direitos entre os responsáveis pela implementação. O monitoramento institucionalizado pelas organizações pode representar uma condição essencial para a construção de um processo dinâmico e interativo, com o debate de ideias e novos paradigmas entre as autoridades públicas.²⁵⁰ Além disso, permite o intercâmbio de informações e dar a maior visibilidade do assunto em outras arenas.

É importante ressaltar que ao criar mecanismos de supervisão colaborativos, a Corte permite com que diferentes atores pontuem questões e debatam sobre o tema, construindo um discurso apontado na mesma direção. Funcionando como coordenadora institucional nesses espaços colaborativos, a Corte cria a oportunidade de aumentar os níveis de impacto de suas decisões.²⁵¹

Com efeito, o *uso de indicadores qualitativos e quantitativos de direitos humanos para medir o cumprimento* tem sido considerado uma ferramenta útil na estruturação e promoção de reclamações relativas ao cumprimento de obrigações contidas nos tratados

²⁴⁸ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack C.; e SHVETSOVA, Olga. “Comparing Judicial Selection Systems”, 2001, p. 32-35.

²⁴⁹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 43-44.

²⁵⁰ STONE, Diane. “Nongovernmental Policy Transfer. The Strategies of Independent Policy Institutes.” *Governance* 13 (1): 45-70, 2000, p. 58-60.

²⁵¹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 45.

internacionais de direitos humanos. Mas não só isso, os indicadores auxiliam a avaliação de progressos na efetivação de direitos, sendo fonte de informação importante para os tribunais tomarem decisões e medidas de reparação, além de se tornarem método seguro para medir o cumprimento de decisão judicial por parte das autoridades estatais.²⁵²

Enquanto os indicadores quantitativos são numéricos e buscam dar uma ideia estatística da situação, os indicadores qualitativos cobrem outro tipo de informação não numérica, mas que ajuda a entender o grau de efetivação de direitos e a situação em si. Estes dois indicadores – estatísticos e qualitativos – são complementares para avaliar o cumprimento de decisões judiciais. Mas a completa ausência de indicadores dos distintos níveis de cumprimento não permite a extração de conclusões gerais sobre o nível de cumprimento em distintas regiões e em contextos específicos. Assim, conclui-se que estimular pesquisas destinadas ao desenvolvimento de indicadores pode contribuir para o tema em debate.

Também é importante destacar que não são raras as vezes que demandantes e tribunais são desprovidos de acesso à informação essencial sobre caso. Nessas situações, o tribunal tem a alternativa de nomear terceiros, formando um *comitê de especialistas no assunto*, os quais podem ter o acesso à informação facilitado e contribuir para a solução da demanda. Dessa forma, os tribunais costumam nomear comitês de especialistas que podem ajudar a compreender melhor os problemas em relação ao cumprimento da decisão judicial. Os comitês de especialistas também podem ser nomeados para contribuir na determinação de suas ordens, além de serem agentes auxiliares na supervisão da implementação por parte do Estado.²⁵³

Em alguns casos estruturais, os tribunais podem até mesmo delegar aos comitês de especialistas com poderes independentes para solicitar informações e documentos às partes e que sejam necessários para avaliar o cumprimento da decisão. Outra forma de envolver especialistas é por meio da oportunidade de ingresso como *amicus curiae* (amigo da Corte), que nada mais é do que um terceiro especialista coadjuvante, que leva ao tribunal informações relevantes em relação ao caso ou realiza inspeções relativas ao cumprimento das ordens judiciais. Esses coadjuvantes mantêm a continuidade nos casos mediante

²⁵² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 45.

²⁵³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 47.

presença em audiências e processo de implementação, mesmo que o demandante originário perca o interesse ou que não possa seguir no caso por qualquer outra razão.²⁵⁴

Os requerimentos judiciais estruturais buscam alterar condições sociais gerais, reformando relações estruturais internas dos organismos de governo ou as instituições públicas. As demandas judiciais que buscam transformações substantivas e os requerimentos judiciais estruturais têm por finalidade a execução de ações positivas voltadas ao futuro, para então prevenir violações de direitos.²⁵⁵ Essa ação seria denominada como *reforma estrutural pela administração judicial*.

Como mencionado anteriormente, os Estados Unidos são considerados pioneiros no desenvolvimento do litígio estrutural, começando com o caso *Brown vs. Board of Education* nas décadas de 50 e 60. Logo após, os EUA aplicaram a mesma metodologia para os casos sobre os serviços de saúde mental e reforma carcerária. Os requerimentos judiciais estruturais, no entanto, suscitam críticas relacionadas à separação de poderes, o custo financeiro dessas intervenções e o apoio de opiniões de especialistas para tomada de decisões, o que enfraquece a supervisão judicial sobre o cumprimento da decisão e até mesmo a legitimidade da intervenção.²⁵⁶

De fato, os litígios estruturais exigem um papel mais ativo da Corte no monitoramento e cumprimento de sua decisão. Para Rodríguez-Garavito e Kauffman,²⁵⁷ o requerimento judicial estrutural depende de várias etapas. A primeira delas seria a ordem judicial emanada do tribunal, em que se identifica a violação de direitos e reformas necessárias para solucionar tal violação. Na segunda etapa, deve ser apresentado um plano de ação pelos organismos estatais responsáveis, no qual detalham as ações necessárias para as reformas, e que deve ser aprovado pelo tribunal. Após a aprovação do plano de ação, o estado deve cumpri-lo, enquanto o tribunal fica a cargo do monitoramento, através do qual solicita às autoridades informes periódicos sobre o progresso do estado na execução das reformas.²⁵⁸

²⁵⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.48-49.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.53.

²⁵⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.53.

²⁵⁷ As etapas descritas no texto foram extraídas do livro de César RODRÍGUEZ GARAVITO e Celeste KAUFFMAN, Celeste. (in: “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p. 54).

²⁵⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.54.

Ao longo do processo de monitoramento, o tribunal pode ordenar ajustes ou emitir novas ordens. Os informes devem ser entregues até que a decisão tenha sido cumprida; quando descumprida, o tribunal é levado a adotar medidas mais agressivas.

Por fim, também é possível a utilização dos *intercâmbios substantivos*, ferramenta desenvolvida primariamente pela Corte Constitucional Sul-africana no caso *Olivia Road*.²⁵⁹ Em 2008, aproximadamente 400 moradores de um prédio receberam uma ordem de despejo em razão da insegurança e insalubridade do edifício. Os ocupantes se negaram a sair do prédio, alegando o direito à moradia, previsto na Constituição, já que não teriam para onde ir. Ainda que a Corte Suprema de Apelação tenha autorizado a ação de despejo, ordenando ao município para que prestasse auxílio aos moradores do referido prédio, a Corte Constitucional decidiu ouvir os ocupantes. É neste ponto que se encontra a novidade da decisão, pois a Corte ordenou o engajamento entre as partes para discutir questões relevantes e encontrar uma solução para o problema enfrentado.

Entende-se que a Corte permitiu o diálogo entre distintas instituições e contribuiu com um maior cumprimento da decisão judicial. A premissa essencial foi a de que, quando entidades estatais tentam implementar uma política que afeta determinado grupo, a Corte deve propiciar o diálogo entre as partes para que cheguem a um acordo. Dessa forma, as partes devem passar por um processo de troca de informações e informar os termos do acordo alcançado, o qual só terá efeito vinculante quando a Corte o aprovar.

Nesse diálogo fluido, os assuntos são abertos a discussão, porém a Corte Sul-africana desenvolveu certos parâmetros na sua realização,²⁶⁰ buscando solucionar o caso através de um processo produtivo, com a participação ativa dos indivíduos ou comunidades afetadas pela política estatal. A ausência desse processo de intercâmbio substantivo pode levar a Corte a negar a petição de despejo. Entende-se que é mais provável que as autoridades públicas aceitem e executem os remédios ou ordens da Corte quando estão envolvidas no

²⁵⁹ PILLAY, Anashri. "Toward effective social and economic rights adjudication. The role of meaningful Engagement." *ICON*, v. 10, n. 3, p. 732-735, 2012, p. 1-2.

²⁶⁰ Cf. RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste (in "Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales", p. 50), (i) órgãos do governo que pretendam realizar um despejo, devem realizar diálogos com os indivíduos afetados; (ii) entidade estatal responsável deve garantir que órgãos administrativos e burocráticos tenham habilidades para realizar essas negociações; (iii) o Estado deve incluir OSCs nessa negociação para que consigam lidar com o desequilíbrio entre os órgãos estatais e os indivíduos ou comunidades afetadas; e (iv) a autoridade estatal envolvida no intercâmbio deve produzir e disponibilizar uma minuta pública do processo, permitindo aos tribunais revisar o processo e determinar se de fato teve um intercâmbio substantivo.

processo de interpretação do direito e determinação da melhor forma de cumprir com suas obrigações constitucionais.²⁶¹

Apesar do intercâmbio substantivo promover um diálogo institucional e acordos de solução amigável entre as partes, ele não está isento de críticas, até porque nem todos os casos em que foi utilizada a técnica tiveram resultados positivos. Os críticos mencionam que sem uma supervisão judicial efetiva e suficiente, o intercâmbio pode se tornar apenas um obstáculo procedimental a ser cumprido pelas autoridades estatais. Assim, para que o intercâmbio substantivo tenha êxito, é preciso que os tribunais exerçam uma gestão ativa dessa ferramenta e que estejam dispostos a impor sanções às partes quando não concluem os intercâmbios substantivos propostos.²⁶²

3 Impacto judicial na América Latina: uma questão a ser debatida

3.1 Conceituando impacto judicial: por que impacto não é sinônimo de cumprimento?

O estudo sobre impacto judicial não é recente, é possível encontrar na década de 50 algumas pesquisas que demonstravam como as decisões judiciais poderiam influenciar não só o direito, mas também a política e as políticas públicas.²⁶³ A agenda sobre impacto, porém, ganhou maiores contornos e visibilidade no final dos anos 70, variando desde então a sua definição ao longo do tempo.²⁶⁴

Apesar de distintas perspectivas de análise, os estudos realizados por acadêmicos que se dedicaram a questões relacionadas aos efeitos das decisões,²⁶⁵ estão permeados pelas mesmas inquietações sobre como avaliar o impacto de uma decisão e determinar os efeitos da judicialização de problemas sociais complexos. Esta literatura dedicada aos estudos do

²⁶¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste, “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.50-51.

²⁶² RODRÍGUEZ GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste, “Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales”, p.52.

²⁶³ KECK, Thomas M; STROTHER, Logan. *Judicial Impact*. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2016, p. 02.

²⁶⁴ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 10-13.

²⁶⁵ Nesse sentido:

FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State*. How Courts Reformed America's Prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

MCCANN, Michael. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago. Chicago University Press, 1994.

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*. Can Courts Bring About Social Change? Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

impacto judicial de decisões estruturais – denominadas pela presente pesquisa como decisões transformadoras –, apresenta algumas deficiências, acarretando conclusões incompletas sobre como distintos elementos interagem dentro do processo na produção de resultados positivos ou negativos.

Ainda que sejam observados avanços em pesquisas sobre o tema, é dada pouca atenção sobre como distintos mecanismos são mobilizados pelo Judiciário na busca de melhores resultados e otimização do impacto das decisões.²⁶⁶ Como estudado no início deste capítulo, observa-se que impacto judicial é analisado geralmente sob três perspectivas distintas. A primeira delas seria através do foco na Corte como agente de transformação, enquanto a segunda estaria centrada no papel dos litigantes (geralmente representados por organizações da sociedade civil) e, por fim, a terceira, analisa sob o ponto de vista dos incentivos eleitorais das elites. Essas explicações, porém, não oferecem um retrato completo sobre como distintos elementos podem se interconectar antes e depois da tomada de decisão e causar melhores ou piores resultados.²⁶⁷

Aqueles que escolhem focar somente nas Cortes, superestimam o que elas podem fazer sozinhas, e retiram a importância da construção de coalizões e a respectiva influência no âmbito da Corte. Já as explicações centradas no papel dos litigantes, apresentam as organizações da sociedade civil como principais responsáveis por assegurar o cumprimento da decisão e impulsionar outros efeitos, oferecendo apenas um retrato parcial da relação entre implementação e impacto.²⁶⁸ Por fim, os argumentos centrados na política tendem a afirmar que as medidas judiciais sobre políticas públicas constituem uma “esperança vazia”,²⁶⁹ a não ser que haja uma predisposição da elite governamental para quem o cumprimento da decisão possa ser rentável eleitoralmente.

Nesse contexto, é preciso ressaltar que a opção de grupos vulneráveis em lutar por seus direitos nas Cortes, produziu – especialmente na África do Sul e na Índia – importantes vitórias jurídicas em alguns casos. Mas os questionamentos sobre como, quando e por que as Cortes funcionam como agentes de transformação social em determinados casos, dentro de certos contextos políticos e sociais, ainda permanecem sem respostas concretas. A análise

²⁶⁶ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 29.

²⁶⁷ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 30-31

²⁶⁸ EPP, Charles R, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1998), p. 17-20.

²⁶⁹ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*, p. 420-429.

do possível potencial transformador das Cortes deve ter em mente como sua atuação poderia influenciar e impactar grupos vulneráveis.

Nessa linha, ao analisar casos estruturais e a sua relação com a política pública, o tema ganha especial relevância. É exatamente na área dos direitos sociais, muitas vezes negligenciados e ignorados pelas autoridades públicas, que a Corte pode exercer um papel na transformação social através de suas decisões.²⁷⁰ Apesar de ser uma área controversa para a adjudicação, é um campo jurídico que está em constante mudança, especialmente em razão de reformas constitucionais e alterações legislativas. Nesse campo, talvez seja possível encontrar não só os maiores dilemas em torno do tema, mas também as maiores discussões sobre implementação e impacto.

A obscuridade conceitual, as explicações incompletas e a ausência de atenção a mecanismos explicativos da relação entre decisão judicial e resultados alcançados teve como consequência uma ampla imprecisão conceitual sobre o tema do impacto judicial. Os acadêmicos associavam impacto ao i) *compliance*, ou seja, execução completa ou parcial da ordem judicial; ou, então, aos ii) efeitos indiretos, relacionados às mudanças em grupos ou áreas para além das ações especificadas diretamente pelas medidas judiciais ordenadas; e, por fim, à iii) efetividade de direitos, relacionada aos resultados das medidas.²⁷¹

No entanto, impacto não é a mesma coisa que *compliance* ou efeitos indiretos, muito menos efetivação de direitos; impacto é algo muito mais amplo. O impacto compreende as ações tomadas como resultado da medida ordenada e as mudanças nas ideias e discursos que elas fomentam,²⁷² bem como a efetiva fruição de direitos pela população beneficiária.

Ao construir uma tipologia sobre possíveis efeitos de uma decisão, Rodríguez-Garavito menciona que as sentenças podem ter efeitos diretos ou indiretos; simbólicos ou instrumentais.²⁷³ Enquanto os efeitos diretos consistem nas condutas exigidas pela sentença e afetariam os atores vinculados ao caso (demandantes, demandados e beneficiários das medidas); os efeitos indiretos seriam aqueles derivados da sentença, afetando não apenas as pessoas e instituições vinculadas ao caso, mas qualquer outro ator social.

Já os efeitos instrumentais estariam relacionados a mudanças na conduta de indivíduos ou grupos, como, por exemplo, o desenvolvimento de políticas públicas, o envolvimento de entidades internacionais como financiadoras do processo de seguimento e

²⁷⁰ GLOPPEN, Siri. *Courts and Social Transformation*, p. 36.

²⁷¹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 9.

²⁷² KAPISZEWSKI, Diane; TAYLOR, Matthew M. "Compliance", p. 4

²⁷³ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social*, p. 24-25

formação de grupos de pessoas afetadas para intervir no processo; e os efeitos simbólicos seriam as mudanças nas ideias e percepções sociais coletivas em relação ao problema enfrentado no caso, como, por exemplo, a mudança de percepção pública sobre a urgência do problema em razão da cobertura dos meios de comunicação.

Nesta pesquisa, o conceito de impacto judicial busca aproximar-se da mistura entre os enfoques construtivista e neorrealista, não se confundindo, de outra forma, com eles. Não se pretende apenas fazer o teste de causalidade, como propõem os neorrealistas, e muito menos dar importância demasiada aos efeitos indiretos e simbólicos, como é o caso do enfoque construtivista.

Compreende-se que ainda que o enfoque construtivista ofereça uma proposta teórica que vai além do cumprimento, ele também acaba incorrendo em erros. Assim, quando oferecem demasiada importância aos efeitos indiretos e simbólicos, fica comprometida a análise das consequências concretas das decisões estruturais.²⁷⁴ Ora, se efeitos indiretos e simbólicos não trazem consigo mudanças significativas no acesso aos direitos contestados em juízo e nas condições de vida das vítimas da inércia estatal, o resultado deles seria considerado irrelevante, representando vitórias aparentes.

A pesquisa entende ser apropriado analisar os efeitos e resultados das decisões estruturais, sem perder de vista o estudo dos resultados que impulsionam transformações no acesso a direitos. Portanto, a avaliação das decisões estruturais deve se apoiar em uma perspectiva complexa, dando ênfase especialmente aos grupos afetados e fatores que favorecem a transformação da condição de vida deles. Nesse sentido, busca-se observar como as decisões das Cortes, aliadas a outros fatores, podem desencadear outros processos transformativos que, por sua vez, têm consequências para os grupos vulneráveis.

A análise proposta não está focada somente nos efeitos diretos ou indiretos, instrumentais ou simbólicos. Pretende-se, a partir da observação da mudança política e social, ou da falta dela, avaliar o impacto de decisões estruturais em relação ao resultado alcançado. Dentro dessa perspectiva, procura-se estabelecer uma conexão entre efeitos e resultados da decisão, demonstrando que o impacto é um processo construído através de diversos elementos que se agregam ao longo do tempo.

Dessa forma, o impacto costuma ser notado através da análise das ações decorrentes da ordem judicial e as mudanças desencadeadas ao longo do tempo, bem como a consequente transformação nas condições buscadas pela população através da ação judicial. Para a análise

²⁷⁴ BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. *El amparo estructural de los derechos*, p. 296.

de efeitos, analisa-se as mudanças ocorridas nas seguintes dimensões (1) ideias e discursos, (2) normas formais, (3) mudanças organizacionais e (4) disponibilidade de recursos, aproveitando-se do estudo realizado por Sandra Botero.²⁷⁵ Cada uma dessas dimensões traz uma reflexão sobre distintos âmbitos que a decisão judicial pode afetar, trazendo reflexos para discussão sobre a matéria, mudança legislativa, mobilização social e até mesmo novas estratégias de uso de ferramentas jurídicas.

Enquanto a dimensão das “ideias e discursos” se relaciona a estruturas normativas e interpretações sobre determinadas matérias que podem mudar por conta do resultado da decisão judicial; as “normas formais” estão mais relacionadas a mudanças na estrutura legislativa e regulatória e jurisprudência em torno da questão. Dessa forma, é preciso analisar como a decisão mudou a jurisprudência posterior e outras decisões se utilizaram da decisão parâmetro para obter discutir possíveis mudanças legislativas.

As “mudanças organizacionais” focam nas coalizões ativistas e grupos relacionados à matéria discutida no âmbito judicial. Uma vitória na corte pode promover uma ampla visibilidade do grupo ou a formação de uma coalizão, gerando incentivos para outros atores se juntarem e resultar num diferente tipo de mobilização depois da decisão. Nesse sentido, a análise da mobilização jurídica gerada em torno do caso para estender os benefícios obtidos a partir da decisão a outras pessoas ou outros grupos vulneráveis também é capaz de influenciar o impacto,²⁷⁶ já que pode mudar a forma que os oficiais do governo fazem decisões sobre política pública, por exemplo.

Por fim, os “recursos” criados a partir da decisão estão relacionados à imposição de custos para as autoridades vinculadas ao caso. Nesse sentido, ao requisitar informes e informações, estabelecendo prazos, a Corte promove mecanismos de supervisão, criando espaços para controle das ações das autoridades e incentivos para o respectivo cumprimento da decisão.

Ainda assim, o impacto da atuação das Cortes na inclusão e transformação social depende de alguns fatores,²⁷⁷ como, por exemplo, a forma que as demandas dos grupos vulneráveis são levadas ou representadas em instâncias judiciais; a disposição das Cortes em responder a demandas de grupos vulneráveis; a habilidade das Cortes em dar efeitos jurídicos a direitos sociais de forma que possam desestabilizar e transformar a situação vigente; e

²⁷⁵ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 20.

²⁷⁶ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 20.

²⁷⁷ Esses fatores são descritos por GLOPPEN, Siri (in *Courts and Social Transformation*, p. 36-37).

como as autoridades públicas cumprem as decisões judiciais, refletindo em sua legislação ou política pública.

A análise do impacto judicial depende muito da compreensão não só sobre como as demandas foram percebidas pelas Cortes, mas da disposição dos magistrados em responder a essas demandas e torná-las jurídicas, determinando seu cumprimento. Por esse motivo, a intervenção judicial é concebida como uma dentre as muitas possibilidades de efetivação de direitos em determinada sociedade; muitos outros fatores podem influenciar a extensão da realização de um direito em determinada sociedade.²⁷⁸

Percebe-se que o impacto da atuação da Corte depende de variáveis que influenciam o resultado da transformação para um ou outro caminho. A transformação social é entendida como a mudança nas desigualdades estruturais e nas relações de poder na sociedade. Além disso, as Cortes contribuem para essa transformação quando dão voz aos grupos economicamente vulneráveis e contribuem para a inclusão social daqueles que estão à margem da sociedade. Nessa linha, as Cortes podem sim, através de suas decisões contribuir direta ou indiretamente para a transformação social, gerando impactos na sociedade.²⁷⁹

Através desse processo mencionado acima, é possível verificar como as decisões judiciais interferem nos sistemas políticos, afetando as decisões políticas e as próprias políticas públicas. Os resultados e as consequências da decisão judicial são capazes de determinar, em última instância, a função das Cortes na defesa de direitos e do processo democrático.

Nessa mesma linha, é importante observar que as decisões das Cortes Constitucionais podem desestabilizar o comportamento político e social dos atores envolvidos na causa, demandando assim mudanças na situação discutida. As decisões judiciais moldam o direito ao mesmo tempo em que podem afetar inúmeras pessoas.²⁸⁰ Elas são capazes de desestabilizar a própria democracia. Estudos clássicos focavam na separação de poderes e democracia. Mas atualmente não se pode mencionar a separação de poderes sem pensar no

²⁷⁸ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 21.

²⁷⁹ GLOPPEN, Siri (in *Courts and Social Transformation*, p. 38) menciona que as Cortes podem realizar uma transformação social diretamente através da criação de uma arena na qual as demandas de grupos vulneráveis são aceitas como demandas jurídicas; da ação contra a erosão dos direitos de grupos vulneráveis; do fomento a políticas públicas voltadas a grupos vulneráveis. De forma indireta, a Corte pode permitir a participação de grupos vulneráveis em outras arenas em que seja possível lutar por direitos e servir como uma plataforma na qual as demandas podem ser articuladas.

²⁸⁰ Cf. GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (In: "Introduction", p. 20), um exame das fases de implementação e monitoramento pós-decisão permitem avaliar quantas pessoas foram beneficiadas pela decisão.

outro lado da moeda, qual seja, na interação entre poderes e suas consequências quando da decisão judicial.

O impacto de determinada decisão judicial representa algo muito maior que o mero cumprimento de determinada ordem do tribunal, englobando o efeito que tais ordens possuem para além das ações ou mudanças políticas.²⁸¹ Nesse sentido, além dos efeitos diretos do cumprimento das ordens judiciais, há uma potencialidade de efeitos indiretos, que são igualmente importantes, como o reconhecimento de problemas socioeconômicos como questões de direitos humanos, o fortalecimento das capacidades institucionais do Estado para lidar com esses problemas, a formação de coalizões de ativistas para supervisão da implementação e promoção da deliberação pública.²⁸²

Com efeito, há uma série de fatores internos aos tribunais que podem auxiliar na execução das ordens e produzir efeitos positivos, permitindo um maior impacto da decisão. É nesse sentido que a doutrina tem feito referência ao ativismo dialógico como alternativa atraente ao enfrentamento de problemas sociais de forma a não gerar efeitos negativos ou indesejáveis.²⁸³ O enfoque estrutural de sentenças dialógicas observa não apenas o caso individual, mas amplia seu olhar ao reconhecer a existência de casos semelhantes, ainda que não sejam parte do processo. Nesse sentido, a preferência por decisões de efeitos coletivos, que considera as necessidades de pessoas que se encontram em situação similar, aponta para a realização da justiça social.

As decisões em casos estruturais, na maioria das vezes, estabelecem objetivos amplos e um percurso para implementação, deixando a cargo dos órgãos estatais as decisões mais substantivas. Por isso que as constantes críticas em relação à separação de poderes são rebatidas pelos defensores do ativismo dialógico, pois nesse caso, a Corte Constitucional não decide pelo Estado, mas ao contrário, cria mecanismos de diálogo sobre a melhor forma de garantir direitos estabelecidos na Constituição, estimulando mecanismos participativos de seguimento da decisão. Diante disso, não só há um fortalecimento da democracia, mas um melhor impacto das intervenções do tribunal.

²⁸¹ KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. “Compliance”, p. 807.

²⁸² RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento”, p. 106.

²⁸³ Nesse sentido:

DIXON, Rosalind. “Creating dialogue about socioeconomic rights. Strong-form versus weak-form judicial review revisited”. *I•CON*, Volume 5, Number 3, 2007, pp. 391–418.

GARGARELLA, Roberto et al. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, n. 2, dez. 2013.

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

Se por um lado, as decisões estruturais e coletivas impulsionam a deliberação democrática e diminuem o risco de injustiças em relação à garantia de direitos; por outro, elas são mais difíceis de serem cumpridas por distintos fatores, encontrando também resistência política dos Estados. O surgimento de casos complexos, envolvendo demandas estruturais, exige um olhar atento não só para o cumprimento das decisões das Cortes, mas também para seus impactos. Porém, ao falar de impacto, não se deve focar no sucesso ou fracasso de determinada decisão, mas entender perfeitamente os efeitos decorrentes dela, ilustrando os resultados das ordens proferidas.²⁸⁴

Portanto, apesar de não ser algo tão recente, a forma de entender impacto judicial mudou ao longo dos anos. Acadêmicos de outras tradições, inclusive, não se utilizavam do termo impacto judicial quando de suas investigações sobre a temática. O interesse nessa área de estudo se relaciona em grande parte com a interação entre direito e política. Ainda, com o interesse de acadêmicos em verificar a capacidade da decisão judicial em transformar a realidade política e social. O estudo do impacto das decisões judiciais continua a representar um tema atual e desafiador, despertando atenção e interesse de distintos acadêmicos do mundo.

3.2 Impacto judicial e transformação social: limites e possibilidades

Nas últimas décadas, o Judiciário se transformou em um espaço de discussão sobre proteção de direitos, promoção de políticas públicas e luta por mudanças políticas, especialmente quando um número crescente de cidadãos passou a acessar as cortes e os juízes na busca da efetivação de direitos.²⁸⁵ Mas nem todas as decisões produziram os efeitos desejados em relação à efetivação de direitos, já que algumas delas aparentemente foram esvaziadas em seu potencial de transformação. Restou a dúvida sobre porque certas decisões são capazes de produzir maiores mudanças políticas e sociais que outras e o que causaria essa diferença.

As discussões sobre o tema focaram na capacidade de decisões das Cortes produzirem mudanças sociais, políticas e econômicas. Teorias sobre fatores que influenciam o maior ou menor impacto judicial, como a utilização de mecanismos de monitoramento pelas cortes e a participação da sociedade civil, não foram suficientemente desenvolvidas.

²⁸⁴ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 24.

²⁸⁵ GLOPPEN, Siri. “Courts and Social Transformation. An Analytical Framework”, p. 35.

A compreensão sobre as condições que permitem às Cortes avançarem em direitos aprimora o entendimento e permite analisar em que medida as Cortes podem contribuir para transformação de problemas estruturais complexos, seja colocando o problema na agenda política de direitos humanos, seja permitindo a criação de coalizões, seja construindo espaços de deliberação pública ou até mesmo aprofundando a democracia.²⁸⁶

Os efeitos das decisões das Cortes, nesse sentido, podem não necessariamente permitir o cumprimento total das medidas ordenadas na decisão; por outro lado, podem ter consequências igualmente – ou até mais – importantes. É preciso deixar claro que os tribunais não atuam em um vácuo, e que o nível de atividade de inúmeros atores envolvidos no litígio pode influenciar a efetividade da decisão judicial.

Através do desenvolvimento de decisões estruturais, as Cortes têm inovado na utilização de mecanismos para monitorar o cumprimento de suas decisões, como comitês de monitoramento, audiências públicas e requerimentos periódicos de informações. O estudo desses mecanismos permite avaliar quais fatores influenciam o impacto das decisões da corte, aprofundando a teoria sobre o novo papel das cortes nas sociedades contemporâneas.

O aperfeiçoamento da análise do impacto social, com seus respectivos fatores de influência, permite o desenvolvimento de teorias sobre mecanismos de monitoramento elaborados pela Corte. Além disso, através desta análise, permite a elaboração e extração de conclusões sobre o papel que a sociedade civil organizada desempenha no aperfeiçoamento do impacto. Conforme já mencionado, sabe-se ainda muito pouco sobre as consequências das decisões depois de tomadas, e como distintos atores podem contribuir não só para o seu cumprimento, mas para um maior impacto.

Como mencionado,²⁸⁷ Cortes consideradas mais ativistas têm atuado de forma mais assertiva na promoção de direitos, influenciando inúmeros cidadãos e grupos vulneráveis. Com efeito, muitas Cortes têm apostado em distintas ferramentas para verificar a efetividade de suas decisões ao longo do tempo, como, por exemplo, a realização de audiências públicas, a solicitação de informações periódicas e criação de mecanismos de monitoramento, além do estímulo ao engajamento da sociedade civil e outros atores nesse processo.

Em casos estruturais, a interação da sociedade civil com os mecanismos de monitoramento das cortes pode trazer resultados positivos não só no cumprimento da

²⁸⁶ GLOPPEN, Siri. “Courts and Social Transformation. An Analytical Framework”, p. 43. Nesse sentido, é importante mencionar que Siri Gloppen fez um estudo sobre distintas condições que afetam a capacidade das Cortes em influenciar a transformação social.

²⁸⁷ Nesse sentido, vide Capítulo 1 desta tese.

decisão, mas na verdadeira efetivação de direitos. De acordo com Botero,²⁸⁸ a atividade da sociedade civil antes, durante e depois no monitoramento da decisão possui um papel importante no impacto da decisão.

Ao criar espaços institucionais de diálogo entre múltiplos atores, a Corte também pode impulsionar altos níveis de impacto de sua decisão.²⁸⁹ A mudança não depende apenas da Corte, que deve atuar como coordenadora entre os distintos atores que participam dos processos judiciais, criando oportunidades de convergência na busca de soluções.

Na América Latina, diversas Cortes têm desenvolvido novas ferramentas para lidar com esse seu novo papel. Agindo em cooperação com a sociedade civil e os governos, entende-se que suas chances de sucesso no avanço de direitos são maiores. Essa seria também uma nova responsabilidade a ser assumida pelas Cortes, que têm atuado como coordenadoras da discussão sobre os problemas sociais enfrentados e com os quais têm que lidar a partir da mobilização jurídica em torno dos direitos.²⁹⁰

A presente pesquisa pretende aprofundar o conhecimento sobre o impacto judicial, analisando a capacidade institucional das Cortes para a produção de importantes mudanças sociais, econômicas e políticas. A teoria tem se dedicado muito à capacidade institucional do Poder Judiciário, desconhecendo as possibilidades que possui para desestabilizar a ordem vigente e causar impactos.²⁹¹ Ao examinar o impacto judicial na intervenção de políticas públicas, será possível verificar se de fato as Cortes estão assumindo um novo papel nas novas democracias, ou se, ao contrário, estão exercendo um ativismo judicial exacerbado, sem reflexos para qualquer tipo de transformação ou mobilização da máquina estatal.

Dessa forma, o estudo comparativo de casos sobre esta temática permite analisar a efetividade das decisões proferidas pelas Cortes em relação aos fatores presentes e mecanismos utilizados, verificando o nível de impacto e cumprimento das decisões. As Cortes ao redor do mundo, em especial na América Latina, têm assumido um papel importante na promoção de direitos, desenvolvendo teorias inovadoras, por isso a importância de analisar como distintos mecanismos são mobilizados pelas Cortes para catalisar transformações sociais no contexto atual.

²⁸⁸ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 37.

²⁸⁹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 24.

²⁹⁰ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 08.

²⁹¹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 07.

Capítulo 3 – Litígios estruturais e o estado de coisas inconstitucional como solução alternativa no enfrentamento à violação de direitos no sistema penitenciário: Brasil e Colômbia em perspectiva comparada

1 Estado de coisas inconstitucional como construção doutrinária e jurisprudencial em relação à omissão dos poderes públicos: contextualizando o debate

A promulgação da Constituição Política da Colômbia, em 1991 transformou o modo de entender e aplicar o direito naquele país ao trazer instrumentos jurídicos inovadores, como, por exemplo, a *acción de tutela*,²⁹² e permitir o acesso direto de cidadãos ao controle de constitucionalidade, oferecendo também mais poderes aos juízes constitucionais para realização de suas atividades cotidianas.²⁹³ Sem dúvida, a Colômbia se tornou um dos países mais influentes da América Latina no que tange a teorias jurídicas e doutrinas jurisprudenciais.

O protagonismo da jurisdição constitucional colombiana na América Latina impulsionou a inovação de instrumentos destinados à proteção de direitos. Um dos exemplos mais emblemáticos é a decisão declaratória do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), desenvolvida pela jurisprudência colombiana, que migrou posteriormente para outros países da América Latina,²⁹⁴ como, por exemplo, o Brasil.

Para proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a Corte Constitucional colombiana desenvolveu a doutrina do ECI, decorrente de ações ou omissões estatais no desenho, implementação e seguimento de políticas públicas, cuja consequência é a prolongada violação de direitos fundamentais de setores vulneráveis da população. Ao

²⁹² Essa figura jurídica foi desenvolvida no sistema jurídico colombiano, que permite o acesso direto de qualquer pessoa à Corte para reclamar perante os juízes a proteção imediata de seus direitos constitucionais fundamentais, quando estiverem vulnerados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. O artigo 86 da Constituição Política da Colômbia prevê que “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*”.

²⁹³ BOGDANDY, Armin von *et al* (Ed.). *La jurisdicción constitucional em América Latina*. Um enfoque desde el *Ius Constitutionale Commune*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019, p. 193-199.

²⁹⁴ Nesse sentido, menciona-se o Tribunal Constitucional do Peru (Sentença no expediente n. 03426-2008-PH/TC, de 26 ago. 2010) e o Supremo Tribunal Federal brasileiro (ADPF-347).

reafirmar o compromisso com os princípios constitucionais em contextos de desigualdade, as decisões da Corte colombiana são interpretadas como uma tentativa de reduzir a dramática separação entre normas e realidade social, oferecendo possibilidades de reformas e transformações sociais em um contexto determinado pela desigualdade, pobreza e déficit na proteção de direitos.²⁹⁵

Em linhas gerais, a Teoria do ECI é entendida como uma técnica através da qual a Corte Constitucional, no processo de revisão da *acción de tutela*, acumula de ofício um conjunto de sentenças referentes a situações similares de violação de direitos, derivadas de diferentes demandantes e demandados, e proferidas por diferentes juízes.²⁹⁶ Foi o desenvolvimento de novas práticas jurisprudenciais, ao lado da interpretação sistemática da Constituição, responsável por fomentar a construção da doutrina do ECI.

A sentença de 1997, a SU-5589,²⁹⁷ é considerada pioneira na doutrina do ECI na Colômbia. Esta foi a sentença em que o ECI foi decretado pela primeira vez na Colômbia, em razão da omissão dos prefeitos municipais em realizar a afiliação de professores no fundo previdenciário *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*. Neste caso, a Corte reuniu demandas de 45 professores contra os municípios de “*Maria la Baja*” e “*Zambrano*”, os quais alegavam ter seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais.²⁹⁸

Os professores afirmavam que apesar de contarem com vínculo empregatício nos referidos municípios, e terem descontada uma porcentagem de 5% de seus salários pela afiliação ao Sistema de Segurança Social, nunca sequer foram filiados ao referido fundo.²⁹⁹ Dessa forma, esta omissão violaria os direitos à vida, à saúde, à segurança e ao trabalho dos professores. A Corte então reconheceu a omissão do poder público e a violação a direitos fundamentais, declarando o ECI com efeitos *erga omnes*, com efeitos estendidos não apenas aos petionários, mas a todas as pessoas em idêntica situação.

²⁹⁵ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 172; 185.

²⁹⁶ Nesse sentido, texto constitucional colombiano, em seu art. 241, n. 9, prevê que a Corte pode selecionar para revisão as sentenças de tutelas proferidas por outros juízes, confirmando ou reformando a sentença proferida inicialmente: “*Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales*”.

²⁹⁷ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes”. *Revista del Observatorio de Derechos Humanos*, Rostros y rastros, n. 16, p. 67-93, jan.-jun. 2016, p. 70-71.

²⁹⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Ver. Atual. Ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 127.

²⁹⁹ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 78.

A doutrina do ECI foi assim estruturada para confrontar uma realidade incompatível com a Constituição, cujas fronteiras ultrapassam o caso concreto da *acción de tutela* específica. Apesar de não contar com previsão expressa no ordenamento jurídico colombiano, o ECI encontra amparo normativo no art. 27, do Decreto 2.591 de 1991,³⁰⁰ que regulamenta a ação de tutela e estipula que o juiz estabelecerá os demais efeitos da decisão para o caso concreto e manterá a competência até que esteja completamente restabelecido o direito e eliminadas as causas de ameaça.

A declaração do ECI foi utilizada posteriormente pela Corte Constitucional colombiana em decisões relativas à violação massiva e sistemática de direitos no sistema penitenciário (T-153/98, T-388/13 e T-762/15), ao deslocamento forçado em razão do conflito armado (T-25/04) e ao sistema de saúde (T-760/08), para citar parcela dos casos mais emblemáticos em que o ECI foi declarado. O progressismo da Corte tem sido justificado com base no argumento de que a violação sistemática, massiva e prolongada de direitos fundamentais é um problema cuja responsabilidade recai sobre todas as autoridades públicas.

Outros países da América Latina também começaram a se utilizar da doutrina do ECI para declarar a violação de direitos em razão da omissão das instâncias burocráticas. No Brasil, por exemplo, no julgamento da decisão liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, o STF mencionou expressamente o estado de coisas inconstitucional. Antes mesmo desta decisão, o STF já havia proferido ordens muito similares às da Corte Constitucional colombiana, reconhecendo a possibilidade de intervenção do Judiciário em questões de políticas públicas.³⁰¹

A Corte Constitucional colombiana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro têm se declarado legitimados para afirmar em suas decisões o estado de coisas inconstitucional como causa violadora de direitos fundamentais que justifica a atuação da Corte. Enquanto a

³⁰⁰ Cf. Art. 27, Decreto 2.591/1991, Colômbia: “*Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.*”

³⁰¹ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 74-75. Os autores mencionam, nesse sentido, o Agravo de Instrumento n. 734.487-AgR, de 2010, referente à política pública da saúde; o julgamento de suspensão da liminar n. 47-AgR, de 2010; e o Recurso Extraordinário 410.715/SP, de 2005.

Corte colombiana, por exemplo, justifica sua atuação no dever de colaborar harmonicamente com os demais órgãos do Estado para o cumprimento de seus fins, diminuir o uso de *acciones de tutela* e o congestionamento de processos nos tribunais, proteger direitos e superar a vulneração enfrentada por determinados setores da sociedade; o Tribunal Supremo brasileiro fundamenta sua atuação com base na inoperância dos demais órgãos do Estado.³⁰²

A figura jurídica do ECI conta com alguns traços característicos. O primeiro deles seria o alcance de pessoas que não estavam formalmente envolvidas nas *acciones de tutela* revisadas pela Corte. As ordens proferidas pelo tribunal, divididas em “ordens específicas” e “ordens gerais”,³⁰³ fazem parte do desenho do ECI. Enquanto as ordens específicas estariam destinadas aos petionários que deram origem à revisão; as ordens gerais estariam relacionadas ao próprio ECI, buscando resolver o problema estrutural da violação de direitos. Por último, a preservação da competência da Corte para determinar o cumprimento da decisão é considerada uma característica singular da declaração do ECI, incluindo ordens precisas sobre medidas necessárias para superação da violação, indicando prazos e mecanismos de monitoramento.

A declaração do ECI, por sua vez, depende da (i) violação massiva e sistemática de um ou mais direitos fundamentais; e (ii) ação ou omissão de autoridades públicas na implementação de políticas públicas relacionadas à situação de violação de direitos.³⁰⁴ Nesse sentido, ao reconhecer a situação de vulnerabilidade do grupo afetado pela violação de direitos e o fato de que as instituições não estão promovendo medidas para sanar tal situação, a Corte estaria legitimada a intervir por meio de ordens concretas, estabelecimento de prazos para cumprimento das obrigações constitucionais e jurídicas, e outras ações de colaboração com as demais autoridades estatais.³⁰⁵

Como é possível observar, a criação jurisprudencial do ECI foi uma resposta à dissociação entre direito e realidade. Porque apesar de contar com uma Constituição igualitária, garantista e inclusiva, a Colômbia também enfrentava um contexto social de pobreza, desigualdade, alto desemprego e subdesenvolvimento, que bloqueavam o acesso a direitos. Diante de contextos políticos e sociais que prejudicam a efetivação de direitos

³⁰² MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 87.

³⁰³ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 72.

³⁰⁴ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 69-70.

³⁰⁵ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 187-188.

fundamentais, a Corte Constitucional passou a intervir na promoção de direitos, suscitando inúmeros debates sobre seu papel diante de problemas sociais complexos.

É preciso sublinhar que o estado de coisas inconstitucional não faz parte de uma teoria que está totalmente concluída. Além de não estar regulado normativamente, persiste o questionamento sobre o momento em que o ECI é considerado superado. Não existem critérios para avaliar se os direitos estão sendo assim acessados da melhor forma possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes. Por outro lado, parte da doutrina considera o ECI,³⁰⁶ decorrente da prática jurisprudencial no continente latino-americano, como importante aporte ao constitucionalismo regional e aos processos de aplicação do direito em contextos marcados por injustiça, desigualdade e déficit generalizado na proteção de direito.

2 Metodologia

Considerando que, nas últimas décadas, a falha estrutural dos sistemas penitenciários na América Latina passou a ocupar a agenda dos tribunais³⁰⁷ e suscitar inúmeras discussões políticas e acadêmicas sobre a intervenção judicial para promoção e proteção de direitos e mudanças nas políticas públicas criminais, decidiu-se analisar esta temática em perspectiva comparada. Dessa forma, o estudo empírico proposto foi desenvolvido por meio da análise de dois casos estruturais emblemáticos da jurisprudência latino-americana referentes ao ECI no sistema penitenciário colombiano e brasileiro,

A seleção de respectivos países, Brasil e Colômbia, como se verá mais adiante, tem relação com o fato de que o Brasil importou a doutrina do ECI colombiano para aplicação no caso de violação sistemática de direitos dentro do sistema penitenciário brasileiro, inaugurando uma prática jurisprudencial sobre este mecanismo dentro do Supremo Tribunal Federal. Ainda, o caso colombiano é significativo no estudo de reformas estruturais fomentadas pelo tribunal, cuja postura ativista foi disseminada pela região da América Latina.³⁰⁸

A análise é feita a partir de casos estruturais em razão de estarem concentrados nas causas sistêmicas da violação de direitos e na promoção de medidas estruturais para solucionar o problema, apresentando melhores perspectivas para o respectivo cumprimento

³⁰⁶ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo*, p. 214.

³⁰⁷ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel. La judicialización del mundo penitenciario en Colombia.” *Revista Direito e Práxis*. Vol. 10. N. 01, Rio de Janeiro. Jan.-mar., 2019, p. 632.

³⁰⁸ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel”, p. 632.

dos direitos fundamentais e sociais. Os casos estruturais podem proporcionar uma alternativa quando comparados a casos individuais, já que estes podem levar a injustiças e produzir resultados contraditórios, além de saturar a capacidade dos tribunais.³⁰⁹

Ao colocar casos estruturais de distintos países em perspectiva comparada, é possível avaliar as semelhanças e diferenças de diálogo entre o local e as respectivas “zonas de influência” na região, sendo possível a apresentação de dados empíricos em relação ao papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais e a mobilização social e jurídica em torno dos casos decididos por elas.³¹⁰ Ao preservarem a jurisdição nesses casos, os tribunais têm uma grande oportunidade para criar mecanismos de monitoramento, dialogar com as autoridades públicas e a sociedade civil, avançando na proteção de direitos. Esses dados, contudo, ainda encontram escassez teórica dentro da agenda constitucional do continente latino-americano.

Na análise dos casos foi preciso reconstruir elementos causais e fornecer descrições temporais necessárias para a análise dos efeitos de diferentes elementos no resultado (acesso efetivo a direitos). Também foram observados os julgamentos em relação a eventuais mudanças na implementação de políticas públicas nessa seara, ou até mesmo o padrão de decisão administrativa e de juízes de primeira e segunda instância. Esta análise ajuda a desvendar como as ordens judiciais influenciam (ou podem vir a influenciar) processos sociopolíticos.³¹¹ Assim, a pesquisa doutrinária e jurisprudencial possibilitou coletar informações sobre decisões estruturais das Cortes Constitucionais colombiana (CCC) e brasileira (STF).

A América Latina é um continente extenso, e não apenas apresenta contrastes em suas instituições, mas conta também com um contexto de extrema desigualdade social e econômica. Considerada a extensão e diversidade do continente, seria inviável analisar todos os países que seguiram a tendência de judicialização de problemas estruturais. Assim, a pesquisa buscou centrar a análise em países nos quais as Cortes Constitucionais têm aderido a decisões estruturais, apresentando variações no uso de estratégias e mecanismos para impulsionar o seu cumprimento e alcançar resultados.

Foram selecionados para o estudo de caso as Cortes Constitucionais do Brasil e da Colômbia porque, apesar dos respectivos países contarem com sistemas de justiça distintos,

³⁰⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión*, p. 25.

³¹⁰ CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 21.

³¹¹ Nesse sentido:

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.

as Cortes Constitucionais dos respectivos países assumiram uma postura ativa na efetivação de direitos humanos, utilizando-se de sentenças estruturais. Compreende-se que a comparação entre os casos nestas duas instituições judiciais pode oferecer pistas sobre os elementos que as distintas Cortes se utilizam em casos estruturais e os respectivos impactos no cumprimento e efetivação de direitos.

É importante fazer a ressalva de que, neste trabalho de tese, o termo “Cortes Constitucionais” designa os órgãos de cúpula do Poder Judiciário responsáveis pelo controle de constitucionalidade. Estes órgãos de cúpula contam com desenhos institucionais variados, desde a seleção dos magistrados até o desenho do modelo de controle e disponibilidade de ações disponíveis.³¹² Nesse quesito, entende-se que o desenho institucional da Corte pode ter impactos significativos na forma pela qual interage com o sistema político de seu país.³¹³

No Brasil, o *Supremo Tribunal Federal* decidiu há cinco anos um caso estrutural que envolvia a superpopulação carcerária, ditando determinadas medidas provisórias para a solução da questão. Já na Colômbia, a *Corte Constitucional colombiana* é pioneira no engajamento em decisões estruturais, possuindo decisões emblemáticas não somente sobre a superpopulação carcerária, mas sobre outros temas, como pensão, direito à saúde e outros.

O estudo de casos da Argentina e Costa Rica também tem sido utilizado para o aprofundamento da análise do cumprimento e impacto de decisões das Cortes. Na Argentina, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Corte Constitucional Argentina) se utilizou de mecanismos públicos para o monitoramento de suas decisões, especialmente aquelas relacionadas à superpopulação carcerária (caso *Verbistky*) e degradação do meio ambiente (caso *Mendoza*).

Já a Corte Constitucional da Costa Rica (através da famosa *Sala IV*), ainda que não tenha se ocupado de casos estruturais propriamente ditos, tem chamado atenção pela sua atuação na promoção de direitos na área da saúde. A Sala IV também tem decidido questões complexas relacionadas à superpopulação carcerária por meio de litígios individuais. Assim, a Costa Rica tem sido exemplo, ao lado da Argentina e Colômbia, na construção de mecanismos de monitoramento de suas decisões.

Mas para um estudo mais detido do tema, optou-se pela análise do caso brasileiro em perspectiva comparada com a Colômbia, país pioneiro na construção da teoria do *estado de*

³¹² CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 21.

³¹³ LANDAU, David. “Judicial role and the limits of constitutional convergence in Latin America”. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Ed.). *Comparative Constitutional law in Latin America*, Edward Elgar, 2017, p. 240.

coisas inconstitucional. A escolha foi baseada em relação ao caso estrutural e similaridade temática, como mencionado anteriormente, permitindo extrair conclusões mais qualificadas, uma vez que os casos de violação de direitos às pessoas privadas de liberdade foram discutidos nos respectivos países, tendo variações no cumprimento e impacto da decisão.

Ao selecionar decisões sobre a violação de direitos massiva e generalizada no sistema penitenciário brasileiro e colombiano, é possível aprofundar nos argumentos utilizados na T-762/2015 (Colômbia) e na ADPF 347/DF-MC (Brasil). É importante recordar que à época em que o Brasil proferiu sentença sobre demarcação de terras indígenas, caso raposa Serra do Sol,³¹⁴ foram utilizadas medidas judiciais de grande repercussão, porém O Tribunal Supremo brasileiro não se utilizou da designação “sentença estrutural” e tampouco reconheceu o estado de coisas inconstitucional neste caso específico. A primeira decisão no Brasil a reconhecer o estado de coisas inconstitucional foi a ADPF 347/DF, que inseriu o Brasil na discussão sobre sentenças estruturais.

Para compreender como cumprimento e impacto se relacionam nos casos estruturais analisados, será preciso verificar não apenas a decisão em si, mas quais foram os atores sociais ativados pelas medidas judiciais solicitadas e as ferramentas utilizadas pela Corte para engajar esses atores. Ao mesmo tempo em que parte da doutrina afirma que melhores níveis de impacto podem ser encontrados em espaços institucionais criados pela Corte,³¹⁵ ao impulsionar arenas colaborativas, a promoção destes espaços impõe custos para as entidades envolvidas.

Os espaços participativos de discussão e reforma política, conforme explica Botero,³¹⁶ expõem o processo e a Corte a pressões políticas, o que pode, porém, bloquear ou reduzir os resultados almejados. Os custos relacionados ao cumprimento, em especial os custos políticos, podem ser altos quando a questão atrai controvérsias na sociedade, como é o caso de direitos das pessoas privadas de liberdade e as condições degradantes do sistema penitenciário.

Nessa toada, enquanto o cumprimento será analisado sob a perspectiva de acatamento das ordens solicitadas pela Corte Constitucional, o impacto será analisado sob a ótica do

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3.388-Roraima*. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Data do julgamento: 19 mar. 2009.

³¹⁵ De acordo com Sandra BOTERO (in *Courts that Matter*, p. 47), o alto nível de impacto deriva do fato de que, em arenas de supervisão colaborativa, há espaços para interação e fluidez de informação, o que consequentemente poderia oferecer maior visibilidade para a questão na opinião pública e atrair atores e grupos que estão para além daqueles diretamente envolvidos no processo

³¹⁶ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 24.

resultado alcançado na efetivação de direitos do grupo afetado e desbloqueio das autoridades públicas para buscar soluções para o problema estrutural.

Pretende-se observar, neste sentido, como as distintas dimensões descritas no Capítulo 2 interagiram com a decisão, principalmente no que se refere ao impacto e resultados alcançados na efetivação de direito. O presente trabalho busca um equilíbrio entre os enfoques construtivista e o neorrealista, observando se o cumprimento ou descumprimento da sentença modificou as condições de vida dos grupos afetados.

Como não há ainda uma literatura aprofundada sobre cumprimento, que permita neste sentido, aferir uma medição do cumprimento dentro de critérios determinados e específicos, com indicadores qualitativos e quantitativos de direitos humanos, pretende-se analisar apenas se houve ou não cumprimento da decisão, e se ele foi “total”, “parcial/moderado” ou “nulo”. Neste último caso, seria o descumprimento total da decisão judicial determinada.

Mas para além disso, pretende-se relacionar este cumprimento com os impactos da decisão, compreendidos como a desestabilização das burocracias estatais para a busca de soluções na resolução do problema estrutural e obtenção de resultados positivos nas condições de vida das pessoas afetadas pela falha estrutural. Dessa forma, a análise do impacto será feita através da observação da possível superação da omissão das autoridades públicas e o acesso efetivo a direitos.

A hipótese de que as sentenças dialógicas, ao contarem com medidas judiciais moderadas e seguimento forte, têm maior impacto no cumprimento de casos estruturais, será analisada no decorrer do estudo proposto.³¹⁷ Ainda, tendo em vista que os casos selecionados trazem características específicas dos litigantes, qual seja, população carcerária, em um contexto social que busca o fortalecimento da segurança pública, não se pode perder de vista o fato de que esse grupo geralmente não conta com apoio da população e traz altos custos normativos e políticos às instituições estatais e a autoridade judicial quando tratam do tema.

A informação sobre os casos foi obtida através de revisão da literatura e busca de documentos públicos disponíveis na internet, além da utilização de lei de acesso à informação, uma vez que muitas informações sobre dados da população carcerária se encontravam indisponíveis. O objetivo era verificar como esses atores políticos e judiciais cumpriram ou não as decisões, bem como eventuais efeitos surgidos da decisão, que podem estar relacionados ao impacto que a decisão teve nas demais esferas de poder.

³¹⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento”, p. 130.

Em relação ao desenho do remédio ordenado,³¹⁸ pretende-se verificar se a Corte Constitucional determinou remédios provisórios, definitivos, dialógicos, de prestação de contas etc. Em relação à implementação, procura-se observar se a Corte preservou a jurisdição; se foram determinados mecanismos de seguimento em relação às medidas ordenadas; se houve intervenção da sociedade civil e em que medida ela atuou durante o processo; ou, ainda, se houve intervenção de algum outro ator relevante para a temática no decorrer da ação ou do cumprimento da decisão. Em relação aos impactos, procura-se demonstrar os 1) efeitos da decisão, e 2) resultados das medidas judiciais, demonstrando possíveis resistências políticas ou procedimentais no decorrer do processo de seguimento.

Dessa forma, comparar decisões sobre temática similar nas Cortes Constitucionais brasileira e colombiana permite observar os erros e acertos da jurisprudência nos dois países, também servindo como aprendizado para estudos sobre outros temas discutidos no âmbito do Judiciário. A seguir serão analisados os casos selecionados da América Latina para o debate sobre implementação e impacto de decisões das Cortes, questionando mecanismos e estratégias que impulsionaram a decisão para uma transformação na situação enfrentada pela população em situação de vulnerabilidade.

3 A falência do sistema penitenciário e o litígio estrutural na América Latina: Brasil e Colômbia em perspectiva comparada

3.1 Inércia das autoridades públicas e a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro: ADPF 347/DF

3.1.1 O dramático quadro do sistema penitenciário brasileiro e a proposição da ADPF 347/DF

O aumento de rebeliões; a violência entre pessoas privadas de liberdade; as denúncias de torturas e maus-tratos; a superpopulação carcerária; a reincidência elevada; a falta de assistência jurídica; o descumprimento da Lei de Execução Penal e outras tantas violações de direitos motivaram, em 2008, a criação da “CPI sobre o sistema carcerário brasileiro”. Para a realização de suas atividades, conforme relatório desenvolvido no âmbito da “CPI do

³¹⁸ Aqui aproveita-se parte do estudo realizado por Luisa Fernanda Cano BLANDÓN (in *Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia*, 2017, p. 21) na construção de sua metodologia.

sistema carcerário”,³¹⁹ a CPI realizou audiências com autoridades públicas, especialistas, pesquisadores, jornalistas, policiais, representantes da sociedade civil e agentes penitenciários, buscando dialogar também com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Conduzida pelo Congresso Nacional, a CPI tinha por objetivo investigar a real situação do sistema carcerário e apontar soluções capazes de garantir a promoção de direitos humanos dentro do sistema prisional, comprometendo-se também com a própria segurança da sociedade.³²⁰ Após realizar diligências em inúmeras unidades prisionais, a CPI concluiu que havia uma grave violação de direitos dentro do sistema prisional brasileiro, e seu relatório previu certas recomendações de responsabilização de vários Estados e discussão de propostas legislativas, voltadas à satisfação e proteção de direitos previstos no art. 5º, CF, como, por exemplo, a proibição da tortura, e Art. 6º e seguintes da CF, como alimentação, saúde, educação, assistência social, trabalho para ressocialização dos egressos etc.³²¹

No final de 2013 e início de 2014, muito embora inúmeras medidas tenham sido recomendadas no âmbito da CPI do sistema carcerário, com o objetivo de sanar a situação precária do sistema carcerário brasileiro, o país presenciou uma nova onda de rebeliões no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, que culminou com a morte de 61 pessoas no presídio. A onda de violência e mortes em rebeliões seguiu no início do ano de 2015, dessa vez em Recife, no Complexo do Curado, deixando três mortos e dezenas de feridos.³²²

Em 2011, entidades da sociedade civil já haviam pedido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a elaboração de medidas cautelares destinadas à proteção da vida e integridade pessoal dos presos do complexo do Curado. A situação revelava a falência do sistema penitenciário brasileiro, demandando a tomada de providências urgentes por parte do Estado. A CIDH então condenou o Estado brasileiro ao cumprimento de medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida

³¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 17.

³²⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*, p. 41

³²¹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*, p. 523-615.

³²² “Sobe para três número de mortos em rebelião em presídio no Recife”. *Globo News PE*, Pernambuco, 20 jan. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/01/sobe-para-tres-numero-de-mortos-em-rebeliao-em-presidio-no-recife.html> Acesso em: 14 mar. 2020.

e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país.³²³

Em março de 2015, por ato da Presidência da Câmara dos Deputados, novamente foi instalada uma “CPI do sistema carcerário”.³²⁴ O relatório desta nova CPI, aprovado em agosto de 2015, contou com a apresentação de 20 propostas legislativas, que deveriam ser apreciadas pela Câmara e pelo Senado, com o objetivo de melhorar a situação no sistema penitenciário brasileiro. Entre as sugestões recomendadas estavam a instituição das audiências de custódia,³²⁵ transferência obrigatória de recursos do Funpen para os Estados, Distrito Federal e Municípios,³²⁶ estímulo ao trabalho do egresso do sistema penitenciário, entre outras recomendações. Muitas delas não prosperaram.

Apesar das medidas propostas, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) demonstravam um crescimento disparado da população carcerária, o que evidenciava que as medidas sugeridas no âmbito da CPI em 2015 não haviam avançado. O número de pessoas privadas de liberdade, em maio de 2014, chegou a 563 mil e, de acordo com o último relatório publicado pelo Depen, atualmente passa dos 700 mil,³²⁷ possuindo o Brasil uma das maiores populações carcerárias do mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos e China.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), tem desenvolvido iniciativas relacionadas ao sistema carcerário, à execução penal e à execução de medidas socioeducativas. A população carcerária segue crescendo cada vez

³²³ CtIH. *Medidas Provisória a Respeito do Brasil*. Assunto Complexo Penitenciário de Curado. Resolução de 28 de novembro de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

³²⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. Brasília, julho de 2015. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/int/atopre_sn/2015/atodapresidencia-56783-19-marco-2015-780597-publicacaooriginal-146735-cd-presi.html. Acesso em 27 fev. 2020.

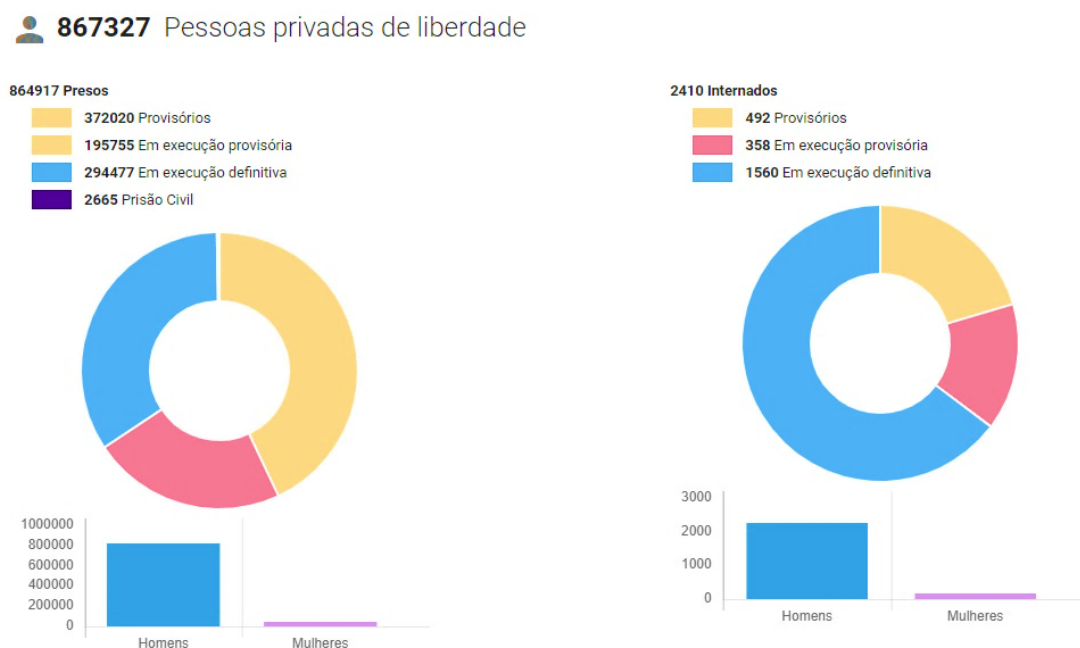
³²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*, p. 199. A justificativa, no âmbito da CPI, para a alteração legislativa, de modo a incluir a realização das audiências de custódia, toma como base a experiência positiva da audiência de custódia, que já estava sendo realizada em alguns Estados, por meio de convênios firmados com o Conselho Nacional de Justiça, e que auxiliou na redução do número de prisões preventivas desnecessárias. Portanto, o projeto de lei, tornaria a medida obrigatória em todos os Estados da Federação, estando em harmonia, inclusive, com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil.

³²⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*, p. 202-207.

³²⁷ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Atualização - Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019, p. 8-9. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf.

mais e o déficit de vagas no sistema carcerário, ao lado do precário oferecimento de serviços prioritários para essa população, como saúde e educação, por exemplo, acarreta a violação de inúmeros direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Gráfico 1. Dados da população carcerária no Brasil



Fonte: Banco Nacional de Monitoramento de Prisões³²⁸

De acordo com o cadastro nacional de presos,³²⁹ o Brasil conta atualmente com 867.327 pessoas privadas de liberdade no território nacional, entre presos provisórios, em execução provisória e execução definitiva, presos em decorrência da prisão civil, e pessoas internadas, como é possível observar no Gráfico 1. Mesmo diante da constatação de inúmeras inconstitucionalidades dentro do sistema carcerário brasileiro, e de várias propostas para sua transformação – inclusive legislativas –, esforços não foram empreendidos pelas autoridades públicas responsáveis por modificar a situação de violação de direitos em seus distintos aspectos.

Diante da prolongada inércia estatal em propor uma solução para a questão prisional no Brasil, em 27 de maio de 2015, foi protocolada, após representação formulada pela

³²⁸ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Dados disponíveis na página do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>. Acesso em 15 mar. 2020.

³²⁹ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Dados disponíveis na página do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>. Acesso em 15 mar. 2020.

Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF),³³⁰ com pedido de concessão de medidas cautelares, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Essa ADPF ficou conhecida como ADPF 347/DF,³³¹ trazendo um novo paradigma em relação ao estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

De certo, o tema das condições precárias dos presídios brasileiros tem sido objeto de constante debate no STF, aprofundando reflexões sobre as condições degradantes às quais as pessoas privadas de liberdade estão submetidas. A responsabilidade estatal, com o consequente dever de indenizar, inclusive, foi discutida no Recurso Extraordinário 580.252/MS,³³² cujo relator era o falecido Ministro Teori Zavascki.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 5.170/DF,³³³ versando sobre o tema. O Recurso Extraordinário 592.581/RS,³³⁴ cuja relatoria ficou a cargo do ministro Ricardo Lewandowski, em âmbito de repercussão geral, entendeu pela possibilidade de intervenção judicial para obrigar a União, independentemente de dotação orçamentária, a realizar obras em presídios e garantir a integridade física dos presos.

A ADPF proposta pelo PSOL solicitava o reconhecimento do ECI do sistema penitenciário brasileiro – figura jurídica importada da jurisprudência colombiana –, decorrente de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no país. Requisitava também a adoção de medidas para sanar essa violação generalizada e massiva na efetivação de direitos.

Ao expor o dramático cenário prisional brasileiro, a petição inicial argumentou que a superlotação nas unidades prisionais e a negligência na promoção de direitos fundamentais

³³⁰ Cumpre destacar que a ADPF é um tipo de ação prevista na CF brasileira, ajuizada exclusivamente no STF, e tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental. Ela está prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99,³³⁰ mas nenhum desses dispositivos definiu quais seriam os preceitos fundamentais da Constituição. Para o seu cabimento, é necessário que (1) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (2) causada por ato dos Poderes Públicos, e que (3) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Além disso, as decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 10, §3º da Lei nº 9.882/99).

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requeridos: União et al. Data do julgamento da cautelar: 09 set. 2015.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 580.252/MS*, Relator: Ministro Teori Zavascki. Requerente: Anderson Nunes da Silva. Requerido: Estado do Mato Grosso do Sul. Data do julgamento: 16 fev. 2017.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.170/DF*, Relator: Ministra Rosa Weber. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Requerido: União. Data do julgamento: N/C.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 592.581/RS*, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Requerente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Data do julgamento: 13 ago. 2015.

e sociais³³⁵ conduz a rebeliões violentas. Também a violação aos direitos fundamentais previstos nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal e o descumprimento de tratados internacionais ratificados pelo Brasil agravariam ainda mais as condições da população carcerária.

As condições desumanas nas instalações carcerárias; a violência generalizada dentro das unidades prisionais; a ausência de acesso adequado à jurisdição, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho e à assistência material são elementos que contribuem para o quadro de violação de direitos das pessoas privadas de liberdade. Por fim, os demandantes complementaram que a não aplicação dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos,³³⁶, violaria igualmente os direitos fundamentais.

Para os demandantes, os presos seriam parte de um grupo impopular da sociedade brasileira, cujo sistema político e burocracia estatal acabam desestimulados a agir para a correta efetivação de direitos desse grupo. A seletividade penal que vigora no sistema prisional brasileiro atinge sobremaneira os mais pobres, justificando a necessidade de intervenção judicial no enfrentamento às ações e omissões do poder público, especialmente quando constatada a violação de direitos de uma minoria estigmatizada, como são as pessoas privadas de liberdade.

Aproveitando a construção jurisprudencial do *estado de coisas inconstitucional* pela Corte Constitucional colombiana, os demandantes afirmaram ser a figura do “estado de coisas inconstitucional” perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira. Não só os Poderes Executivo Federal e Estadual estariam descumprindo preceitos fundamentais

³³⁵ Nesse sentido, aponta a petição inicial a questão da proliferação de doenças infectocontagiosas, a má qualidade da alimentação, a ausência de água e produtos higiênicos básicos, a lacuna no acesso à educação e ao trabalho; além disso, discorre também sobre a violação de direitos fundamentais, com a ocorrência de homicídios, tortura e violência sexual.

³³⁶ O art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos prevê que “[q]ualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”, in: BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 592*, de 06 jul. de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. O art. 7.5 da Convenção Americana, nesse mesmo sentido, prevê que “[t]oda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”, in: BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 678*, de 06 nov. de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm.

da norma suprema, mas também o Legislativo, ao estabelecer políticas criminais em desacordo com o dramático cenário do sistema penitenciário brasileiro, agrava ainda mais a superlotação dos presídios e a insegurança social, segundo o alegado pelos demandantes.

Diante dessa violação massiva e generalizada de direitos das pessoas privadas de liberdade, que ofende preceitos fundamentais da Constituição brasileira, como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, a assistência judiciária e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, os demandantes fizeram pedido de concessão de medida cautelar e listaram seus pedidos definitivos, que constam na tabela a seguir.

Tabela 2. Medidas cautelares e pedidos definitivos solicitados pelos demandantes na ADPF-347/DF

Pedidos cautelares e definitivos na ADPF 347/DF	
Pedidos de concessão de medida cautelar	Pedidos definitivos
Determinação aos juízes e tribunais para que motivem as razões da inaplicabilidade de medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, em caso de manutenção da prisão.	Declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.
Realização das audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, em razão dos artigos. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.	Confirmação das medidas cautelares reivindicadas.
Determinação aos juízes e tribunais para que considerem o dramático cenário do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão ou denegação de cautelares penais, aplicação da pena e durante o processo de execução penal.	Determinação da elaboração pelo Governo Federal, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos, a ser encaminhado ao STF.
Determinação aos juízes e tribunais para que apliquem, sempre que possível, penas alternativas à prisão.	Deliberação sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional.
Abrandamento dos requisitos temporais pelo juiz da execução penal para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o	Determinação ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e

<p>livramento condicional e a suspensão condicional da pena.</p>	<p>que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos.</p>
<p>Abatimento do tempo da de prisão da pena, pelo juiz da execução penal, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica</p>	<p>Submissão dos planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar.</p>
<p>Determinação ao Conselho Nacional de Justiça a coordenação de mutirões carcerários para a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade.</p>	<p>Submissão dos planos à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.</p>
<p>Descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – Funpen e vedação da realização de novos contingenciamentos pela União Federal, até que seja reconhecida a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.</p>	<p>Deliberação sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão.</p>
<p>—</p>	<p>Monitoramento da implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que seja superado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.</p>

Fonte: Elaborada por Rebecca Groterhorst, a partir da análise da petição inicial na ADPF 347/DF

3.1.2 Fundamentação sobre o papel contramajoritário do STF em questões relativas ao sistema penitenciário

O STF decidiu, em 9 de setembro de 2015, acerca dos pedidos liminares formulados pelos demandantes na ADPF 347/DF-MC. Durante as discussões em relação ao papel do STF, o próprio Tribunal Supremo passou a argumentar e justificar a sua intervenção judicial no tema relativo ao sistema penitenciário brasileiro, buscando legitimar a interferência na questão. É o que será observado neste tópico, com base em argumentos retirados da leitura da decisão.

Nesse sentido, os votos dos ministros contam com objeção a eventuais críticas formuladas em relação à violação da separação de poderes e ausência de legitimidade democrática do STF para decidir sobre o tema. Também demonstram um possível papel do Supremo na superação do quadro de violação de direitos no sistema penitenciário brasileiro.

Ao reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, o STF afirmou que esta situação o levaria a exercer não apenas a sua função típica, mas também a atuar – no exercício de sua função atípica – em decisões sobre políticas públicas, buscando superar a violação a direitos fundamentais e efetivar a Constituição e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.³³⁷

A atuação do Judiciário na proteção de direitos de pessoas presas estaria respaldada no fato de que as questões relativas ao sistema penitenciário não encontram espaço para tratamento adequado perante os Poderes Executivo e Legislativo, já que “os direitos dos encarcerados não encontram qualquer espaço na criação e implementação de políticas públicas (Executivo) e tampouco em qualquer atuação legislativa (Legislativo)”.³³⁸ Por tratar-se de pauta extremamente impopular, os bloqueios políticos são inevitáveis.

Como os condenados criminalmente contam com sub-representação parlamentar, por estarem impedidos de votar e de serem votados enquanto perdurarem os efeitos da sentença penal condenatória (art. 15, III, da CF), e pertencerem a um grupo altamente estigmatizado e impopular pela sociedade,³³⁹ cuja consequência é a inércia de atuação das autoridades públicas para o enfrentamento da questão, o Supremo seria considerado como a única

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requeridos: União et al. Data do julgamento da cautelar: 09 set. 2015, p. 13 (voto Min. Marco Aurélio).

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 04.

³³⁹ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 14.

instituição capaz de superar bloqueios políticos e institucionais na busca de soluções para o sistema penitenciário.³⁴⁰

Também os políticos, salvo raras exceções, não reivindicam nem recursos públicos muito menos melhorias para a população carcerária. De acordo com o STF,³⁴¹ isso traria um alto custo político. Dessa feita, a intervenção judicial estaria baseada na permanência de bloqueios políticos; e na rejeição popular em relação a melhorias no sistema prisional, que acarreta o chamado “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*), caracterizado pela ausência de debate parlamentar sobre determinadas matérias que trazem custos políticos.

Os custos de atuar em determinados temas também conduzem a uma incapacidade da democracia parlamentar e dos governos majoritariamente eleitos para enfrentar e discutir sobre eles. Em um cenário de bloqueios políticos, ausência de representação, pontos cegos legislativos e temores de altos custos políticos, a intervenção do Supremo não poderia sofrer qualquer objeção de natureza democrática, de acordo com Ministro Relator Marco Aurélio.³⁴²

Ainda neste quesito, os custos de atuar em determinados temas também conduzem a uma incapacidade da democracia parlamentar e dos governos majoritariamente eleitos para enfrentar e discutir sobre eles. De acordo com a decisão do STF,³⁴³ é possível encontrar na história casos moralmente controvertidos em que agentes políticos acionaram a Corte para a busca de soluções. As autoridades públicas buscam assim se apoiar- em uma decisão judicial para justificar a implementação de casos moralmente controvertidos, evitando os custos políticos.

Dessa forma, ao exercer sua função contramajoritária no reconhecimento dos direitos de um grupo que a sociedade repudia e que ao mesmo tempo os poderes públicos ignoram, o Tribunal teria um papel importante na defesa de minorias, através da mobilização das autoridades públicas, fomento dos debates e políticas públicas em torno da questão, e coordenação das ações e monitoramento dos resultados.³⁴⁴ Para a superação de bloqueios políticos e institucionais, o Tribunal não poderia afastar os demais Poderes da consecução de suas tarefas, devendo atuar em diálogo com eles para afastar o estado de inércia e colocar a máquina estatal em movimento.

³⁴⁰ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 29.

³⁴¹ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 33.

³⁴² Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 16-35.

³⁴³ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 15.

³⁴⁴ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 18.

Concluiu então que para a superação do ECI do sistema prisional, o STF deveria “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas.”³⁴⁵

Nesse sentido, a elaboração de ordens flexíveis sob monitoramento, com margem de criação legislativa e de execução que deveriam ser realizadas pelos outros Poderes, ao lado da manutenção da jurisdição para o efetivo monitoramento do cumprimento da decisão, permitiria ao Supremo exercer uma verdadeira função de “coordenador institucional” dos demais poderes, conforme preconizou o Ministro Relator Marco Aurélio.³⁴⁶

3.1.3 A decisão e determinação de medidas cautelares na ADPF 347-MC/DF

A ADPF foi recebida e conhecida pelo STF em setembro de 2015 e os Ministros do STF então se reuniram para discutir acerca das medidas cautelares solicitadas pelos demandantes. A ementa do acórdão foi assim elaborada:³⁴⁷

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

³⁴⁵ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 19.

³⁴⁶ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 18-19.

³⁴⁷ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in Brasil. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 19.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS –CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Como é possível observar, entre as oito medidas cautelares solicitadas pelos demandantes (Tabela 2), somente duas foram concedidas. Também foi deferida a proposta do Ministro Luís Roberto Barroso, de forma reajustada, para que União e Estados encaminhassem informações sobre a situação prisional. Neste último caso, era um pedido definitivo que foi deferido em sede de cautelar.

Assim, a partir da consideração da relação de causa e efeito entre a atuação e omissão dos Poderes Públicos da União, Estados, e Distrito Federal, e a dramática situação do sistema penitenciário, os ministros do STF reconheceram a existência de um ECI, cuja superação só seria possível com uma mudança do comportamento do Poder Público.³⁴⁸ Os ministros do STF mencionam na ADPF 347/DF-MC, a violação aos direitos previstos nos artigos 1º, 5º e 6º da CF, como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura (artigo 5º, inciso III); a vedação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, considerando as especificidades de cada custodiado (artigo 5º, inciso XLVIII); a garantia da integridade física e moral dos presos (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).³⁴⁹

Mas não só isso, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil também não estariam sendo cumpridos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A superlotação, causada pelo déficit de vagas disponíveis em inúmeras unidades penitenciárias, ao lado da violação de direitos fundamentais e ausência de promoção de direitos sociais básicos, como alimentação, saúde, educação e trabalho, haviam conduzido o sistema penitenciário a um quadro precário, que

³⁴⁸ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 03.

³⁴⁹ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 07.

se repetiria em todas as unidades prisionais da federação, demonstrando assim a falência do sistema prisional brasileiro como um todo.

De acordo com a decisão,³⁵⁰ a violação a direitos fundamentais dos presos produziria efeitos perversos, conduzindo a uma maior violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não ressocializar, aumentam a criminalidade; prova disso seria o aumento nas taxas de reincidência, conforme consta na decisão da ADPF 347/DF-MC. A inércia não é só constatada na ausência de legislação, mas na ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes, que demonstrariam a falta de vontade para superar ou reduzir o cenário de violação de direitos.³⁵¹

Considerando a falha estrutural na formulação e implementação de políticas públicas dentro no sistema penitenciário como um todo, a decisão atribuiu a responsabilidade pela situação aos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – nos diferentes níveis federativos, sublinhando que eles não contariam com uma coordenação institucional adequada. As omissões e falhas estruturais seriam decorrentes da inércia e incapacidade dos poderes públicos de superar o estado de inconstitucionalidades.

Dessa forma, ao apreciar os pedidos de medida cautelar formulados, após longos debates sobre o tema, o STF decidiu, por maioria (Tabela 3): (i) determinar aos juízes e tribunais, em consonância com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realização de audiências de custódia em até 90 (noventa) dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; e (ii) determinar à União a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, proibindo novos contingenciamentos pelo órgão; e (iii) envio de informações sobre o sistema prisional por parte da União e dos Estados.

As divergências e as propostas do STF podem ser encontradas no Anexo I. Dentre as propostas feitas pelos Ministro Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes estavam apresentação pelo Governo Federal de diagnóstico e plano de ação sobre sistema carcerário, no prazo de um ano, após a publicação do acórdão (Min. Luís Roberto Barroso) e a Criação de plano de trabalho pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento (Min. Gilmar Mendes).

³⁵⁰ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 08.

³⁵¹ Cf. voto do ministro Marco Aurélio, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p. 09.

Tabela 3. Medidas judiciais gerais proferidas na ADPF 347/DF-MC e responsáveis pela execução

Medidas ordenadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF-MC		
Ação relacionada	Remédio judicial	Responsáveis pela execução da medida judicial
Formulação, desenho e implementação da política pública criminal	Realização de audiências de custódia em até 90 (noventa) dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão	Juízes e tribunais
Informações	Encaminhamento de diagnóstico da situação do sistema prisional brasileiro.	União e Estados
Recursos	Liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), proibindo novos contingenciamentos pelo órgão.	União

Fonte: Tabela elaborada por Rebecca Groterhorst, a partir da leitura da ADPF 347/DF.

Ao analisar o conteúdo substantivo dos direitos, as medidas ordenadas e os mecanismos de seguimento previstos pelo STF, observa-se que ele reconheceu a exigibilidade judicial dos direitos violados no sistema penitenciário, por meio da declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário (direitos fortes), adotando medidas precisas, como a realização das audiências de custódia em noventa dias, o repasse de verbas do Funpen e o envio de informações sobre o sistema prisional brasileiro (medidas judiciais moderadas, aproximando-se ao modelo monológico).

Apesar de vasta argumentação no sentido de que as autoridades públicas deveriam ser coordenadas para o alcance de metas e superação do ECI, a Suprema Corte brasileira não estabeleceu as principais linhas de procedimentos e fins amplos na parte resolutiva de sua decisão. Por fim, apesar do STF ter decidido conservar sua jurisdição para supervisão do seguimento, não estimulou o debate sobre alternativas para solucionar o problema estrutural identificado na sentença, qual seja, a falência do sistema carcerário brasileiro. O seguimento

seria considerado moderado ao seguir estritamente o proposto por Mark Tushnet, como visto anteriormente, mas ao avaliar o seguimento proposto pelo STF, pode-se dizer que ele se aproxima mais de um seguimento fraco.

Portanto, pode-se caracterizar a decisão do STF como uma decisão que contém direitos fortes, medidas judiciais moderadas e seguimento moderado a fraco (ou até mesmo nulo). A Corte não tem promovido nenhum debate entre os interessados e nem mesmo um diálogo interinstitucional que permita avaliar o progresso da questão. As medidas judiciais estabelecidas e a ausência de seguimento têm influência sobre a repercussão da decisão para além da sala do tribunal. Isso não significa, por outro lado, que outros efeitos não tenham sido encontrados após a decisão sobre o tema.

3.1.4 O que aconteceu após o deferimento de medidas cautelares na ADPF 347/DF?

Em 2020, a apreciação da cautelar na ADPF 347 MC/DF completou 5 (cinco) anos e ainda não conta com um julgamento definitivo sobre a questão. A ausência deste julgamento demonstra uma atuação branda por parte do STF. Se por um lado, a decisão foi aclamada por inúmeras organizações e instituições que atuam na área de justiça criminal e direitos humanos; por outro, essa decisão parece não ter alcançado a efetividade almejada. A pouca atenção dada ao caso e o agravamento do ECI no sistema penitenciário brasileiro demonstram que os resultados da decisão não produziram todos os efeitos esperados e desejados.³⁵²

Os votos dos ministros durante a argumentação na ADPF 347/DF-MC aparentemente demonstram a intenção de praticar um ativismo dialógico, com a proposta de alinhamento e discussão entre os três poderes sobre possíveis soluções para enfrentar a crise do sistema penitenciário brasileiro. Nessa linha, os argumentos delineados na decisão induzem à conclusão que o STF atuaria como um verdadeiro coordenador institucional junto aos demais poderes, instando a superação do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Sem embargo, ao contrário do que se imaginava, o STF tem mantido um comportamento totalmente passivo dentro do processo, sem verdadeiramente coordenar e engajar as instituições estatais envolvidas na causa, e nem mesmo encorajar a participação da sociedade civil para o dinamismo do processo e diálogo em relação às alternativas para

³⁵² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p. 340.

superação do ECI. Este comportamento mais retraído tem uma série de consequências para o cumprimento e o impacto da decisão.

Acredita-se que a hiperjudicialização da política tenha contribuído para a paralisia do STF,³⁵³ que ficou com sua agenda tomada por discussões políticas e disputa de poder. A partir de 2013, a crise política do governo da ex-presidente Dilma Rousseff tomou bastante tempo e energia do Supremo, em especial as questões da Operação Lava Jato.³⁵⁴ Mas isso não seria por si só uma justificativa plausível para a demora na tomada da decisão de mérito neste processo, o que leva à hipótese de que, os custos normativos e políticos por uma decisão progressista em um tema que gera inúmeros incômodos na população, permeada por um populismo penal, fizeram com que o STF tivesse uma atitude de autocontenção.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar a seguir os efeitos da decisão e extrair conclusões sobre o resultado na efetivação de direitos. Isso permite avançar na reflexão sobre o potencial da decisão na ADPF 347/DF-MC e do próprio Supremo Tribunal Federal para catalisar mudanças em relação à questão do sistema penitenciário, mesmo que ainda não haja o julgamento de mérito em relação à questão.

3.3.4.1. A lógica da ADPF 347/DF em relação ao cumprimento: (des)cumprimento ou resistência ao cumprimento?

Para a análise do cumprimento da ADPF 347/DF, é preciso observar as ordens que foram estabelecidas de imediato na medida cautelar, ou seja, a implementação das audiências de custódia nas distintas unidades da federação, a liberação das verbas do Funpen e a proibição de futuros contingenciamentos, bem como o envio de informações sobre a situação do sistema carcerário. Nesse sentido, a análise do cumprimento das ordens judiciais proferidas pelo STF para sanar a questão carcerária permite trazer reflexões sobre o impacto na transformação das condições da população carcerária.

A implementação das audiências de custódia

Em fevereiro de 2015, o CNJ lançava o projeto piloto Audiência de custódia, em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e o Ministério da Justiça e Cidadania (atualmente chamado de Ministério da Justiça e Segurança Pública). O projeto foi

³⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p. 340.

³⁵⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 195.

iniciativa do Ministro do STF, Ricardo Lewandowski, e tinha por finalidade receber presos em flagrante e analisar a necessidade de manutenção ou não dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.³⁵⁵ Um dos objetivos principais era combater o encarceramento provisório e verificar a violação de direitos no momento da prisão.

Antes da implementação do projeto audiência de custódia em São Paulo, iniciativas semelhantes já tinham sido experimentadas na Bahia e eram praticadas no Maranhão,³⁵⁶ com base no Pacto de San José da Costa Rica. Muitos dos juízes que utilizavam a audiência de custódia em suas comarcas, realizavam o ato com base no voluntarismo e convicção pessoal, não sendo um mecanismo plenamente institucionalizado. Logo após a divulgação do projeto piloto em São Paulo, outros tribunais demonstraram interesse em levar o projeto a seus Estados.

Como é possível observar, o lançamento do projeto audiência de custódia em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), por meio de Termo de Cooperação, aconteceu meses antes da decisão cautelar na ADPF 347/DF, ainda de forma não institucionalizada e contando com a disposição dos Estados para adesão ao projeto por convicções que lhes eram próprias. O projeto piloto passou a chamar a atenção de outros tribunais e de organizações da sociedade civil nacionais e internacionais.

Passados poucos meses da implementação das audiências de custódia em São Paulo, em abril de 2015, foram firmados acordos de cooperação técnica pelo CNJ, STF e Ministério da Justiça, com o objetivo de combater o encarceramento provisório e estimular a adesão ao projeto audiência de custódia por todo Brasil. Também havia a previsão do estímulo ao uso de medidas alternativas à prisão e monitoração eletrônica.³⁵⁷ No acordo mencionado, também foi previsto que o levantamento e análise de dados para avaliação do projeto pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).³⁵⁸

³⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Agência CNJ de Notícias). TJSP se prepara para receber projeto-piloto de audiências de custódia. *Notícia do CNJ*. Publicada em 29 jan. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/xxx/>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Agência XNJ de Notícias). TJSP se prepara para receber projeto-piloto de audiências de custódia. *Notícia do CNJ*. Publicada em 29 jan. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio/>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁵⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Agência CNJ de Notícias). “CNJ e MJ assinam acordos para combater o encarceramento provisório”. *Notícia do CNJ*. Publicada em 9 abr. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-e-mj-assinam-acordos-para-combater-o-encarceramento-provisorio/>. Acesso em: 12 mar. 2020.

³⁵⁸ Nesse sentido, “[o] Instituto de Defesa do Direito de Defesa é uma organização da sociedade civil de interesse público, fundada em julho de 2000, que trabalha pelo fortalecimento do Direito de Defesa. A missão do IDDD é fomentar na sociedade e em instituições do Estado a ideia de que todos têm direito a uma defesa de qualidade, à observância do princípio da presunção da inocência, ao pleno acesso à Justiça, a um processo justo

Em conformidade com a decisão tomada em sede de cautelar, na ADPF 347/DF, o CNJ editou a Resolução n° 213/2015, passando a regulamentar as audiências de custódia em todo o país e prever o prazo de 90 dias, a partir da entrada em vigor da resolução mencionada, para os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais implementarem as audiências nas respectivas jurisdições. A resolução foi editada em 15 de dezembro de 2015, três meses após a decisão tomada pelo STF.

Em janeiro de 2016, o CNJ fez uma solicitação aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais para a apresentação de planos e cronogramas de implementação das audiências de custódia em suas jurisdições para que, até 30 de abril daquele mesmo ano, instalassem as audiências em seus respectivos territórios,³⁵⁹ conforme previsão da Resolução n° 213 de 2015 e na ADPF 347 MC/DF. Empenhado em sua função, o CNJ passou a desenvolver uma ferramenta informatizada para monitorar os resultados das audiências de custódia, permitindo analisar os avanços e desafios da implementação deste mecanismo.³⁶⁰ O monitoramento da capilarização e implementação das audiências de custódia foi assumido quase por completo pelo CNJ, como verdadeiro órgão de controle.

Atualmente, as audiências de custódia se encontram implementadas em todos os Estados brasileiros e o IDDD— organização da sociedade civil que se responsabilizou pelo monitoramento da implementação das audiências de custódia em distintas unidades da federação – já elaborou dois relatórios com os dados referentes a esses mecanismos,³⁶¹

e a cumprir a pena de forma digna. Tudo isso independentemente da classe social, de ser culpado ou inocente, ou do crime pelo qual está sendo acusado”, conforme informação disponível no site. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/quem-somos/>. Acesso em: 14 mar. 2020.

³⁵⁹ “CNJ exige dos tribunais cronograma de implantação das audiências de custódia.” *Jota*. 13 jan. 2016. Disponível em: <https://bityli.com/VV7LQ>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (Agência CNJ de Notícias). Dados das audiências de custódia serão monitorados por sistema do CNJ. *Notícia do CNJ*. Publicada em 28 out. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dados-das-audiencias-de-custodia-serao-monitorados-por-sistema-do-cnj/>. Acesso em: 12 mar. 2020. Os dados estão disponíveis no site <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>.

³⁶¹ Nesse sentido:

SILVA, Vivian Peres da; CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de.; HILDEBRAND OI, Amanda. *Relatório Nacional O Fim da Liberdade*. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em 14 mar. 2020.

SILVA, Vivian Peres da; BANDEIRA, Ana Luiza. *Audiências de Custódia*. Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2018. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

HILDEBRAND OI, Amanda; BANDEIRA, Ana Luiza; SILVA, Vivian Peres da. *Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo*. São Paulo: Instituto de Defesa pelo Direito de defesa, 2015. Disponível em: Acesso em: 14 mar. 2020. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

indicando os avanços e as mudanças necessárias para que ele sirva realmente de instrumento voltado ao combate do encarceramento provisório e das violações de direitos.

Na análise dos relatórios, em especial o de 2018, o monitoramento do IDDD relata uma melhora na qualidade das decisões judiciais proferidas, especialmente em relação ao cuidado e atenção à pessoa custodiada, contribuindo para a aproximação do “direito da realidade das pessoas, criando uma oportunidade para que a aplicação da lei seja feita de forma mais consistente, adequada e com efeitos menos nefastos na vida das pessoas.”³⁶²

De outra forma, o relatório mais recente apontou que os avanços na implementação das audiências de custódia não são refletidos no desencarceramento e efetividade da Justiça, já que menos de 1% dos casos monitorados teve a liberdade provisória sem cautelar como resultado, o que indica que a liberdade irrestrita não existira mais. Menciona ainda que há um uso excessivo de medidas cautelares, que não contam com justificativas e nem relação direta com as circunstâncias pessoais da pessoa acusada ou do crime praticado.³⁶³ Portanto, é preciso avaliar de que formas as audiências de custódia têm sido um instrumento a melhorar as condições das pessoas encarceradas ou se ainda é preciso haver mais diálogo sobre a importância deste instrumento previsto, inclusive, em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A liberação de verbas do Funpen

O Fundo Penitenciário Nacional, conforme redação dada pela Lei nº 13.500, de 26 de outubro de 2017,³⁶⁴ a qual alterou a Lei Complementar (LC) nº 79, de 7 de janeiro de 1994, tem “a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário

³⁶² SILVA, Vivian Peres da; BANDEIRA, Ana Luiza. *Audiências de Custódia*. Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2018. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020, p. 21.

³⁶³ SILVA, Vivian Peres da; CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de.; HILDEBRAND OI, Amanda. *Relatório Nacional O Fim da Liberdade*. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019, p. 119. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em 14 mar. 2020.

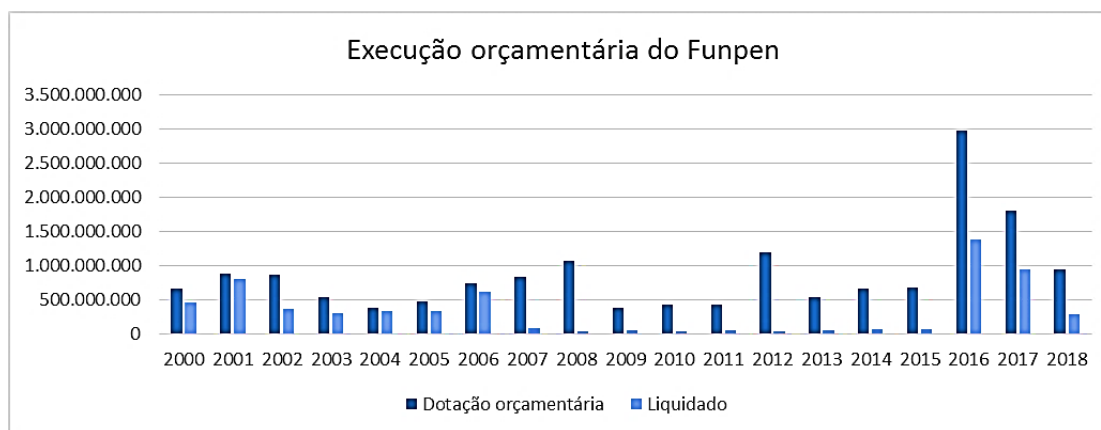
³⁶⁴ BRASIL. Presidência da República. *Lei 13.500, de 26 de outubro de 2017*. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, para permitir a prestação de serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), na qual se inclui a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016.

nacional”. Assim, na decisão foi determinado o repasse de verbas obrigatório do Funpen aos Estados.

Nos autos consta que, decorridos 8 (oito) meses da ciência da União sobre o repasse de verbas, e passados mais de 3 (três) meses da publicação do acórdão na ADPF 347-MC, não se tinha notícias da liberação das verbas do Funpen. Nesse sentido, os Estados do Piauí, Alagoas, Goiás, Mato Grosso do Sul, Sergipe e Rio Grande do Sul relataram que não houve liberação das verbas após a decisão. Apenas o Estado de São Paulo informou que houve liberação parcial.³⁶⁵

Em 2019, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou uma auditoria para avaliar a regularidade e o desempenho dos repasses obrigatórios do Funpen aos Estados e ao Distrito Federal, constatando que os repasses obrigatórios aos Estados têm se demonstrado ineficientes, a partir da análise do baixo volume de execução das despesas.³⁶⁶ Apesar do expressivo aumento da dotação orçamentária de 2015 para 2016, ela diminuiu ao longo dos anos. O Gráfico 2 demonstra a ascensão da execução orçamentária do Funpen após a decisão tomada na ADPF 347/DF e, logo depois, sua queda.

Gráfico 2. Execução orçamentária Funpen



Fonte: Acórdão 1542/2019, Tribunal de Contas da União³⁶⁷

No entanto, é preciso mencionar que os repasses obrigatórios podem criar uma certa distorção na análise do gráfico 2, pois o repasse de valores da União às distintas unidades da

³⁶⁵ Cf. Petição de informação do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*.

³⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*. Relatório Trimestral de Atividades do TCU: 3º Trimestre de 2019 / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.

³⁶⁷ Cf. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*, p. 13.

federação não significa que tenham sido efetivamente aplicados, o que pode futuramente demandar a devolução do valor repassado às UFs ao Funpen.³⁶⁸ Nessa linha, há um baixo nível de execução do Funpen e das próprias UFs. Ainda, de acordo com o TCU,³⁶⁹ “os repasses anuais obrigatórios do Funpen vêm apresentando considerável redução de valor, iniciando com um patamar de R\$ 1,21 bilhão em 2016 e passando a R\$ 590,6 milhões em 2017 e R\$ 63,1 milhões em 2018, estimando-se que equivalerão a aproximadamente R\$ 17,94 milhões a partir de 2020.”

Assim, observa-se que a fiscalização da situação do sistema prisional, em decorrência da decisão cautelar na ADPF 347/DF, demonstrou problemas específicos nas distintas unidades da federação, o que levou o TCU a elaborar, no Acórdão 1.542/2019,³⁷⁰ distintas recomendações para melhoria do sistema prisional. Nesse sentido, o TCU, ao emitir recomendações, atuou de forma cooperativa, buscando, ao final, realizar uma forma de controle externo orientada à boa administração pública.

O relatório apresentado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) também demonstrou que, em setembro de 2018, “havia expectativa de conclusão de apenas cinco obras custeadas com recursos repassados em 2016 e 2017, enquanto que a previsão inicial era de cinquenta e cinco empreendimentos”.³⁷¹ Ainda, afirmou que embora se estime que até o final de 2019 sejam criadas 2.854 vagas, “tal número não é sequer suficiente para suplantar o possível crescimento da população prisional no período entre 2016 e 2018”.³⁷²

Nesse sentido, é importante reforçar que o descontingenciamento e repasse de verbas é medida insuficiente (e até ineficiente na busca dos objetivos almejados), sendo necessário analisar como as verbas têm sido aplicadas não apenas na construção de novas vagas dentro do sistema prisional, mas na efetiva mudança na situação das pessoas encarceradas. Ainda nesse quesito, o TCU tem reafirmado a preocupação entre as distorções dos números de entrada e saída de pessoas presas preventivamente e definitivamente do sistema prisional e a dissonância com as diretrizes estabelecidas na própria Lei de Execução Penal, também se inserindo de certa forma no controle de políticas públicas.

³⁶⁸ Cf. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*, p. 14.

³⁶⁹ Cf. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*, p. 15.

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1.542/2019 do TCU*. Relatório Trimestral de Atividades do TCU: 3º Trimestre de 2019 / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em 13 mar. 2020.

³⁷¹ Cf. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*, p. 56.

³⁷² Cf. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*, p. 55.

A distorção do número de entrada e saída de pessoas presas representa exatamente o hiperencarceramento, que acarreta as inúmeras violações de direitos das pessoas encarceradas. Apesar das medidas adotadas pela União para enfrentar distintas questões de segurança pública, a sensação do TCU é a de que União poderia ter feito mais para auxiliar as unidades da federação (UFs) ante o crescimento da população prisional e o déficit fiscal de muitas UFs.³⁷³

A Constituição Federal brasileira estabelece que o TCU tem a função de realizar o controle no que tange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta (art. 70 e ss., CF). Nesse sentido, este órgão tem a importante função de controlar como os gestores públicos utilizam os recursos, assumindo a responsabilidade de analisar as contas prestadas pelo Poder Executivo e controlar de toda e qualquer atividade que envolva, direta ou indiretamente, recursos públicos federais.

Deste modo, nota-se que o TCU tem exercido cada vez mais uma função relevante no controle e monitoramento da aplicação de recursos públicos, estabelecendo diagnósticos sobre as principais causas de ineficiência estatal para promoção das políticas públicas. Com isso, influencia diretamente o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas, já que a partir da constatação da inércia dos poderes públicos, elabora recomendações ao Ministério da Justiça.

Essa atuação do TCU, porém, carece de pesquisas mais aprofundado, demandando uma agenda de estudos de fôlego para entender melhor como ele pode (ou poderia) impactar na garantia e proteção de políticas públicas, entendidas como “o conjunto de ações e decisões governamentais, capazes de promover modificações na realidade social, atribuindo direitos e responsabilidades em prol de determinado objetivo de interesse público.”³⁷⁴

Também em relação ao Funpen, foi realizado pedido de informação (Anexo IV), questionando-se a liberação e execução dos recursos após a decisão na ADPF 347/DF. Em resposta ao pedido de informação, o Departamento Nacional Penitenciário (Depen) informou que àquela época, o valor de contingenciamento de créditos programados para o Funpen era de R\$ 2.612.572.154,00 (dois bilhões, seiscentos e doze milhões, quinhentos e setenta e dois

³⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório do Acórdão 1.542/2019 do TCU*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>. Acesso em 13 mar. 2020. Brasil. Tribunal de Contas da União. Relatório Trimestral de Atividades do TCU: 3º Trimestre de 2019 / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2019.

³⁷⁴ RIBEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Nerosky. “O controle externo de políticas públicas realizado pelo TCU: estudo de casos.” Dissertação: Brasília – DF, 2017, p. 14.

mil cento e cinquenta e quatro reais), dos quais R\$ 1.209.179.999,88 foram repassados aos Estados Federados naquele exercício, conforme os parâmetros da Portaria MJC nº 1.414, de 26 de dezembro de 2016, elaborada pelo então Ministério da Justiça e Cidadania.

É preciso interpretar essa Portaria do Ministério da Justiça (Portaria n. 1414/2016) em consonância com a Medida Provisória nº 755/2016 passou a prever que até 75% da dotação do Funpen poderia ser destinada a transferências obrigatórias, ou seja, repasse fundo a fundo aos Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei nº 13.500 também alterou o artigo 3º, LC nº 79 de 1994, vedando o contingenciamento de recursos do Funpen. Em 2018, o Senado aprovou em plenário o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 25/2014, para vedar que recursos do Funpen constituam reservas de contingência, projeto este que se encontra atualmente em tramitação na Câmara.

Em relação aos gastos anuais das verbas do Funpen, de acordo com a resposta ao pedido de informação enviado, o gasto acontece em consonância com a ação programática estabelecida na Lei de Orçamentária Anual - LOA, e sua execução, mediante apresentação de relatório de gestão anual encaminhado ao Tribunal de Contas da União. Atualmente há um 'Painel de Análise de dados de Instrumentos de Repasse', destinado a oferecer maior transparência em relação aos gastos do referido fundo, bem como permitir o controle social dos repasses públicos.

Surpreendeu o fato de que a Coordenação de Políticas de Participação Social e de Atenção ao Egresso (CPSAE) somente foi criada apenas no ano de 2019, oportunidade em que firmaram convênios voltados a programas de atenção e apoio ao egresso no montante total de R\$ 12.618.077,93. Ainda, apesar de ter sido notado um aumento das verbas previstas para o sistema prisional logo após a decisão na ADPF 347/DF-MC, concluiu-se que houve um movimento decrescente depois de 2016.

Ainda que o contingenciamento de verbas do Funpen esteja proibido por lei, verifica-se que há denúncias de que ele ainda esteja ocorrendo. Inclusive, em 2019, o Ministério da Justiça pediu a liberação de recursos que estavam bloqueados para uso.³⁷⁵ O STF, nessa linha, não parece ter criado mecanismos de supervisão do cumprimento de suas decisões. Se de fato há denúncias, isso significa que obstáculos para o bom desempenho da política pública ainda existem.

³⁷⁵ MARIZ, Renata. “Moro pede R\$ 560 milhões de fundo penitenciário que estão inacessíveis.” *Jornal O Globo*. 14 set. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/moro-pede-560-milhoes-de-fundo-penitenciario-que-estao-inacessiveis-23948296>. Acesso em: 14 mar. 2020.

Informações sobre a situação prisional

A proposta do Ministro Luís Roberto Barroso sobre o encaminhamento de informações relativas ao sistema penitenciário brasileiro (em especial do Estado de São Paulo) ao Supremo foi recebida de forma cética pelo Ministro Relator Marcos Aurélio,³⁷⁶ que chegou a afirmar que não seria possível fazer nada com os dados recebidos. Ao limitar sua atuação apenas ao recebimento de informações sobre a situação prisional nos respectivos Estados da federação, sem, contudo, tomar prever medidas que conduzam efetivamente a um julgamento final, o Supremo se mantém passivo no processo.

Alguns Estados da federação já enviaram informações sobre a implementação das audiências de custódia e informações genéricas sobre a atual situação do sistema prisional.³⁷⁷ Outros afirmaram o descumprimento no repasse de verbas do Funpen. Enquanto poucos enviaram diagnóstico do sistema prisional,³⁷⁸ demonstrando que de fato há muitas informações que ainda não constam dentro do processo. No entanto, diante da não apresentação do diagnóstico do sistema prisional por outros Estados, o Supremo nada fez.

3.3.4.2. Os resultados da ADPF 347/DF: (des)estabilização da inércia e acesso a direitos?

O receio do hiperativismo judicial após a decisão na ADPF 347/DF-MC, como bem observa Campos,³⁷⁹ não encontra razão, pois a decisão foi (e ainda é) autocontida. Passados cinco anos da decisão liminar, o Tribunal não proferiu sequer uma decisão definitiva sobre o tema. Assevera-se, por outro lado, que nos últimos anos, a Corte enfrentou uma série de ações políticas relacionadas à “Operação Lava Jato” e à corrupção, o que acabou onerando o trabalho cotidiano do tribunal e distraíndo a atenção para decidir acerca de outros assuntos.³⁸⁰

Apesar do Supremo ter mantido uma postura responsiva no campo dos direitos fundamentais durante o governo Dilma,³⁸¹ período em que foi decidida a medida cautelar na ADPF 347/DF, o agravamento da crise política e econômica representaram bloqueios para

³⁷⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*, p.204.

³⁷⁷ Nesse sentido, os autos da ADPF 347/DF apontam que Paraná, Tocantins, Sergipe, Ceará e Bahia.

³⁷⁸ Nesse sentido: Piauí, Distrito Federal, Goiás, São Paulo, Alagoas, Tocantins, Santa Catarina e Amazonas. Cf. autos da ADPF 347/DF.

³⁷⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, p. 340.

³⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 199.

³⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 195-204.

que decisões mais ambiciosas ocupassem a agenda da Corte, que estava tomada em suas funções de tribunal de última instância e foro especializado. A “Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Públicos”,³⁸² aprovada na gestão Temer (logo após o *impeachment* da ex-presidente Dilma), também criou um teto para as despesas públicas até o ano de 2036. Através da EC 95/2016, os gastos públicos sociais ficam condicionados, impondo retrocessos na promoção de direitos sociais básicos.³⁸³

Portanto, o efeito imediato da sentença não foi desestabilizar as burocracias estatais e impulsioná-las para dar maior atenção ao problema de violação de direitos dentro do sistema penitenciário. Pelo contrário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão externo ao Judiciário, mas que tampouco pertence ao governo, e que já vinha realizando projetos em relação às audiências de custódia, passou a se ser considerado legitimado como garantidor da efetividade da decisão do STF, por delegação da própria Corte na ADPF 347/DF. O CNJ recebeu assim a função de normatizar o assunto, o que o fez em uma de suas resoluções, a Resolução nº 213/2015.

Dessa forma, o CNJ que institucionalizou o mecanismo das audiências de custódia por meio de uma resolução, a Resolução nº 213, de 2015,³⁸⁴ como verdadeiro legislador, o que claramente – e não sem razão – suscitou inúmeras críticas. A Corte não foi capaz de manter o Legislativo e o Executivo sob pressão para regulamentar as audiências de custódia, por meio de legislação infraconstitucional, mas delegou ao CNJ o dever de regulamentá-las e implementá-las junto aos juízes e tribunais de todo Brasil, como foi visto anteriormente.

Em relação às mudanças nas normas formais, organizacionais e disponibilidade de recursos, observa-se que a decisão trouxe reflexões importantes, que serão analisadas a seguir.

A (des)construção de legislação penal e processual penal

Um dia antes da decisão cautelar tomada na ADPF 347/DF, o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que buscava regulamentar as audiências de custódia, havia sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. No entanto, foi

³⁸² BRASIL. Congresso Nacional. *Emenda Constitucional nº 95/2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 16/12/2016, Página 2 (Publicação Original).

³⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 195-204.

³⁸⁴ Nesse sentido:

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_213_15122015_22032019145102.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

somente em outubro de 2016 que o Plenário do Senado aprovou o PLS 554/2011, contando com algumas emendas divergentes. O projeto acabou sendo apensado ao Projeto de Lei 8.045, de 2019, referente à Reforma do Código de Processo Penal.

É importante destacar que logo após a decisão do STF, em novembro de 2015, foi conduzida uma audiência pública no âmbito da Câmara dos Deputados, solicitada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, com o objetivo de fazer um balanço de implantação do Projeto Audiência de Custódia, conduzido pelo CNJ. Mas essa foi a única audiência pública conduzida na Casa do Povo para debater sobre o tema objeto da ADPF 347/DF.³⁸⁵

No âmbito do Senado Federal não foi muito diferente. Apenas duas audiências públicas foram solicitadas para debater a temática das audiências de custódia. Uma delas, requisitada em março de 2017 pela Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, através do requerimento nº 18 de 2017, foi realizada apenas em novembro de 2018.³⁸⁶ E a segunda, solicitada através do requerimento nº 100, em agosto de 2019,³⁸⁷ foi aprovada em setembro de 2019, mas não ocorreu até então.

O novo cenário político-eleitoral, marcado especialmente pelos anos de 2018 e 2019, trouxe inúmeros desafios em relação à pauta do sistema penitenciário. O poder executivo federal eleito para governar o período de 2019-2022 segue uma trajetória de estímulo ao endurecimento penal.³⁸⁸ O Ministro da Justiça nomeado pelo então Presidente eleito (2019-2022) propôs um Pacote de Medidas voltadas à alteração de leis penais e processuais penais,

³⁸⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Requerimento nº 105/2015 - de iniciativa do Deputado Paulo Pimenta. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1420531.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

³⁸⁶ BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 18 de 2017 – Senadora Regina Sousa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128489>. Acesso em 18 mar. 2020.

³⁸⁷ BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 100 de 2019 – Senador Styvenson Valentim. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138110>. Acesso em: 18 mar. 2020.

³⁸⁸ Nesse sentido:

AMÂNCIO, Thiago. “Superlotação de presídios é entrave para promessa de Bolsonaro de prender mais.” *Folha de São Paulo*. Matéria veiculada em 23 d. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/12/superlotacao-de-presidios-e-entrave-para-promessa-de-bolsonaro-de-prender-mais.shtml>. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRÍGIDO, Carolina. “Discurso de endurecimento penal de Bolsonaro esbarra em decisões do STF.” *Jornal O Globo*. Matéria veiculada em 05 nov. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/discurso-de-endurecimento-penal-de-bolsonaro-esbarra-em-decisoes-do-stf-23210881>. Acesso em 27 fev. 2020.

VITAL, Antônio. “Bolsonaro sanciona lei, aprovada pelo Congresso, que endurece legislação penal”. *Câmara dos Deputados*. Matéria veiculada em 26 dez. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/629256-bolsonaro-sanciona-lei-aprovada-pelo-congresso-que-endurece-legislacao-penal/>. Acesso em: 27 fev. 2020.

chamado de “Pacote Anticrime”.³⁸⁹ Ao final do ano de 2019, a chamada Lei Anticrime (Lei 13.694/19) foi aprovada, e ao alterar substancialmente a legislação penal e processual penal, acabou impactando de forma drástica os termos discutidos na ADPF 347-MC e toda a política criminal.

A maioria dos avanços que se buscou discutir durante a decisão cautelar na ADPF 347/DF parece estar em plena disputa. Ao contrário de uma atuação mais assertiva, no sentido de combater o encarceramento em massa e reduzir o quadro de violação de direitos persistente no sistema penitenciário, o novo governo aposta em uma política criminal ostensiva, endurecendo as penas para diversos tipos de crimes e aumentando o tempo de cumprimento de pena, entre outras medidas.

A progressão de regime e benefícios penais durante a execução da pena também foram parte dos dispositivos alterados pela Lei Anticrime. O cenário aparenta estar completo retrocesso na agenda de direitos avançados na política pública criminal, que encontrou em um novo contexto político de populismo penal, barreiras para a própria efetivação do núcleo central do pedido na ADPF 347/DF. A política criminal caminha na contramão das ações necessárias para solucionar a falência do sistema carcerário e do que foi previsto pelo STF na ADPF 347/DF-MC.

Uma das alterações da Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), e que interessa ao estudo em questão, foi a incorporação das audiências de custódia na legislação processual. Dessa forma, as audiências de custódia passaram a ser previstas na legislação, oferecendo maior segurança em relação a esse instrumento. A referida Lei Anticrime alterou o artigo 310 do Código de Processo Penal para prever que, “[a]pós receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público (...)”.

Claro que é preciso destacar que as audiências de custódia foram e ainda continuam a ser objeto de deliberação de vários projetos enviados pelo Legislativo, que buscam retirar a obrigatoriedade de realização dessas audiências. Só em 2020, praticamente pouco tempo após a aprovação da Lei 13.964/19, foram apresentados três projetos para revogar a obrigatoriedade das audiências de custódia (PL 421/2020, PL 422/2020 e PL 457/2020) e um para que seja possível a realização delas por videoconferência (PL 83/2020),

³⁸⁹ Para maiores detalhes do pacote Anticrime, ver: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1/anticrime>. Acesso em: 14 mar. 2020.

demonstrando a disputa política que existe não apenas em torno das audiências de custódia, mas no âmbito penal.

Esses projetos de lei propostos, em um curto espaço de tempo da aprovação do Pacote Anticrime, demonstram como a seara de política criminal é complexa e incerta. Mais do que isso, como a seara da política criminal é um campo em disputa. Essa disputa também demonstra que o Judiciário não logrou travar um verdadeiro diálogo com Legislativo e Executivo na busca de soluções para o sistema penitenciário. Ao contrário de ser um espaço democrático de debates e diálogo interinstitucional, as três funções do Estado (legislativa, executiva e judicial) seguem em permanente conflito.

A jurisprudência do STF

Uma das influências mais diretas na decisão na ADPF 347/DF talvez tenha sido a concessão do Habeas Corpus Coletivo 143.641,³⁹⁰ impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de discutir a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, independentemente do delito praticado. É importante destacar que já nessa ação, a ADPF 347/DF foi mencionada ao descrever a situação precária de mulheres grávidas ou com filhos que se encontram encarceradas.

Em fevereiro de 2018, o STF decidiu, por maioria, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, e estender a ordem a todas as demais mulheres e adolescentes presas em idêntica situação no território nacional. Dessa forma, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional, descrito na ADPF 347/DF, para elaborar a sua decisão, prevenindo mulheres grávidas ou com filhos de serem submetidas diretamente ao sistema penitenciário.

A decisão do Habeas Corpus Coletivo supramencionado teve tanta repercussão que pouco tempo depois, em 19 de dezembro de 2018, foi aprovada a Lei 13.769. Essa lei passou

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 143.641*. Paciente(s): todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Impetrantes: Defensoria Pública da União, com assistência do CADHU (Coletivo de Advogados). Coator(es): juízes e juízas das varas criminais estaduais, tribunais dos estados e do distrito federal e territórios, juízes e juízas federais com competência criminal, tribunais regionais federais, superior tribunal de justiça. data do julgamento: 08 out. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 143.641*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 20 fev. 2018. Íntegra da decisão disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>.

a disciplinar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, mas foi além e passou a prever condições semelhantes para o cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Essa Lei é resultado, em grande parte, do esforço empreendido pelo Supremo Tribunal Federal para reduzir o encarceramento feminino, buscando de forma indireta legitimar a decisão proferida na ADPF 347/DF. É também resultado da mobilização jurídica em torno do caso, que contou com inúmeros interventores, a partir do instrumento de *amicus curiae*. Diversos relatórios do ano de 2019 apontam que 3.388 mulheres foram beneficiadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, enquanto 5.012 mulheres continuavam aguardando decisão em relação à prisão provisória.³⁹¹

Portanto, percebe-se que na seara judicial, a ADPF teve influência na construção de jurisprudência relativa ao sistema penitenciário, demonstrando parte de seus efeitos nesse campo.

Mobilização jurídica e pouca participação da sociedade civil

O processo de seguimento à ADPF 347/DF tem sido extremamente precário, tanto que passados mais de cinco anos da decisão cautelar, nenhuma decisão definitiva foi proferida. Nesse sentido, é importante destacar que apesar do STF não possuir poderes para fiscalizar o cumprimento de decisão proferida em sede de ADPF, ele conta com instrumentos para preservar a competência ou garantir a autoridade de suas decisões.³⁹²

Mesmo preservando a jurisdição, as ordens solicitadas através da cautelar não contaram com um seguimento rigoroso por parte do STF, que se comporta de maneira totalmente indiferente quanto ao descumprimento de suas ordens no processo de seguimento. Assim, por exemplo, ao receber dos Estados da Bahia e do Ceará a informação sobre o descumprimento no repasse de verbas do Funpen, o STF somente reiterou à União a necessidade de cumprimento da ordem, sem prever nenhum tipo de sanção ou até mesmo monitoramento sobre a decisão proferida.

Acredita-se que a previsão de legitimados específicos, constantes no art. 2º, da Lei 9.882/99 e art. 103, CF, para proposição de Arguição de Descumprimento Fundamental, tenha implicações na efetividade da ação. Isso porque, como as partes diretamente afetadas

³⁹¹ Dados obtidos através de relatório enviado pelo Departamento Penitenciário (Depen), o qual foi solicitado via lei acesso à informação (LAI), em agosto de 2019.

³⁹² MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 76.

pela inércia e omissão na efetivação de políticas públicas dependem primordialmente de outros agentes para propositura da ação, elas não participam diretamente da ação. Essa ausência da população afetada traz consequências na elaboração de ordens gerais pelo Tribunal e no acompanhamento para verificação das ações levadas a cabo para o cumprimento da decisão.

Na decisão tomada na ADPF 347/DF, todos Tribunais de Justiça Estaduais, bem como os Tribunais Regionais Federais e os Governos de todos os Estados do país, além da União, foram notificados da decisão através do STF. Alguns dos Estados, como é possível verificar na íntegra do processo, disponível na página web do STF,³⁹³ enviaram informações à época sobre a realização das audiências de custódia. O monitoramento da decisão, porém, seguiu de forma débil, e pouco fez o STF para de fato monitorar a situação do sistema carcerário e os impactos das audiências de custódia em relação à superlotação carcerária e violação de direitos.

A participação de organizações da sociedade civil como *amicus curiae* na ADPF 347/DF também não tem todo seu potencial respaldado para a mobilização de direitos de grupos vulneráveis afetados pela sistemática violação de direitos. Apesar do processo contar com inúmeras organizações da sociedade civil que se habilitaram para atuar como *amicus curiae*, além da participação da Defensoria da União e das Defensorias Públicas Estaduais de todo país, o processo de seguimento à medida cautelar deferida não conta com nenhuma espécie contribuição e participação contínua das organizações, nem em audiências públicas, quanto menos no próprio processo.

É fato notório que a tentativa recente de contribuição da sociedade civil frente à pandemia mundial causada pelo Covid-19³⁹⁴ também não teve sucesso. Ao requerer diversas medidas, no âmbito da ADPF 347/DF, o STF alegou que o IDDD não seria parte legítima no processo, demonstrando que ainda que sejam enviadas informações sobre a crise penitenciária e fatores que podem agravar ainda mais a situação das pessoas privadas de liberdade, há um certo distanciamento da Corte em relação à sociedade civil nessa seara.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-MC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requeridos: União et al. Data do julgamento da cautelar: 09 set. 2015.

³⁹⁴ A Covid-19 é considerado uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Ele faz parte de uma família de vírus que ocasiona doença respiratória aguda. O covid-19 foi identificado pela primeira vez em Wuhan, em dezembro de 2019. Em março de 2020, mais de 200 mil casos da doença foram confirmados em mais de 170 países e territórios, contabilizando milhares de infectados e mortos. Informação coletada através da enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19. Acesso em 18 mar. 2020.

Vale lembrar que muitas das organizações da sociedade civil que estão habilitadas como *amicus curiae* na ADPF 347/DF realizam um importante papel na condução de pesquisas no campo penal. Diversas pesquisas foram realizadas para avaliar a implementação das audiências de custódia e sua efetividade, como visto anteriormente.

Assim, a sociedade civil organizada poderia ser estimulada pelo próprio tribunal a contribuir com o monitoramento dos avanços da decisão, exatamente por estar em contato direto com o sistema e com os grupos vulneráveis afetados pelo ECI, e prestar informações sobre o quadro atual do sistema carcerário. Sem embargo, no acompanhamento processual da ADPF 347/DF não se observa uma atuação assertiva da sociedade civil. Nesse sentido, o risco de inefetividade da decisão é alto, já que o STF nem mesmo estruturou mecanismos para auxiliar suas ações no julgamento definitivo da ADPF, atuando de forma precária no decorrer da ação.

O fomento ao desenvolvimento de programas no âmbito do Conselho Nacional e Justiça

Apesar da pouca atenção do STF ao caso e do agravamento das condições precárias no sistema penitenciário, a decisão na ADPF 347/DF teve efeitos indiretos, ou seja, para além da ação dentro das salas do Tribunal. Nesse sentido, menciona-se o projeto Justiça Presente,³⁹⁵ encampado pelo Conselho Nacional de Justiça.³⁹⁶

Cumprе ressaltar que o CNJ está previsto no art. 103-B da Constituição Federal como uma instituição de vigilância ao poder judiciário brasileiro. Essa instituição, considerada ao mesmo tempo pertencente e independente do Judiciário, busca aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, especialmente em relação ao controle e transparência administrativa e processual.

Por meio de uma parceria inédita com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o CNJ lançou o mencionado Programa Justiça Presente, atualmente chamado de “Fazendo Justiça”, com apoio do Ministério de Justiça e Segurança Pública, colocando o Judiciário como um ator pioneiro no enfrentamento do estado de coisas inconstitucional apontado pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 (ADPF nº 347/DF), segundo consta na própria descrição do programa.

³⁹⁵ Na atual gestão do Ministro Luiz Fux, iniciada em 10 de setembro de 2020, o projeto teve seu nome alterado para “Fazendo Justiça”. Vide: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/>. Acesso em out. 2020.

³⁹⁶ Informações mais detalhadas sobre o programa podem ser obtidas através do site <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/justica-presente/sobre-o-programa/>. Acesso em 19 mar. 2020.

O CNJ justifica a formulação e o desenho do Programa Justiça Presente através da análise do quadro precário do sistema brasileiro, cuja população prisional triplicou nos últimos anos. A ausência de respostas estatais para a situação de violação massiva de direitos da população carcerária, somada à negligência estatal no oferecimento de respostas adequadas para o problema prisional no Brasil, levou o CNJ a atuar no desenvolvimento de estratégias que abordam as causas do problema de forma sistêmica.

Nessa linha o programa desenvolvido pelo CNJ busca atuar em diversos ciclos da política criminal, com o objetivo de efetivar o direito das pessoas presas e ao mesmo tempo diminuir os índices de criminalidade e reincidências. Dessa forma, o programa conta com 4 (quatro) eixos, que começaram a ser implementados no início de 2019: 1) Porta de entrada (alternativas penais, audiências de custódia etc.); 2) Sistema Socioeducativo (escolarização, profissionalização etc.); 3) Cidadania dentro e fora dos presídios (atenção ao egresso, desenvolvimento de políticas de cidadania etc.); 4) Soluções de tecnologia e sistema (emissão de documentos, biometria etc.).³⁹⁷

As metas do programa são, entre outras, a redução do número de presos provisórios e superlotação no sistema prisional e socioeducativo; otimização de serviços para pessoas privadas de liberdade, promovendo e garantindo educação e formação profissional; atendimento a pré-egressos e egressos, com o objetivo de trabalhar na reinserção social e ressocialização de pessoas que tiveram o contato com o sistema prisional.³⁹⁸

Dessa forma, o CNJ, em parceria com o PNUD, busca dar soluções à crise no sistema penitenciário, apresentando resultados do programa e políticas de boas práticas para sanar o estado de violação de direitos das pessoas privadas de liberdade no sentido mais abrangente possível.

Conclusões gerais

A ADPF não parece ter tido efeitos notáveis no desenho de uma política pública voltada a garantia de direitos fundamentais e sociais das pessoas privadas de liberdade, nem mesmo no sentido de sinalizar a urgência do problema como uma questão de direitos humanos. Ainda que o encarceramento provisório tenha diminuído, muito em razão da

³⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Anual 2019 - Justiça Presente*. CNJ: Brasília, 2019, p. 20. Disponível em:

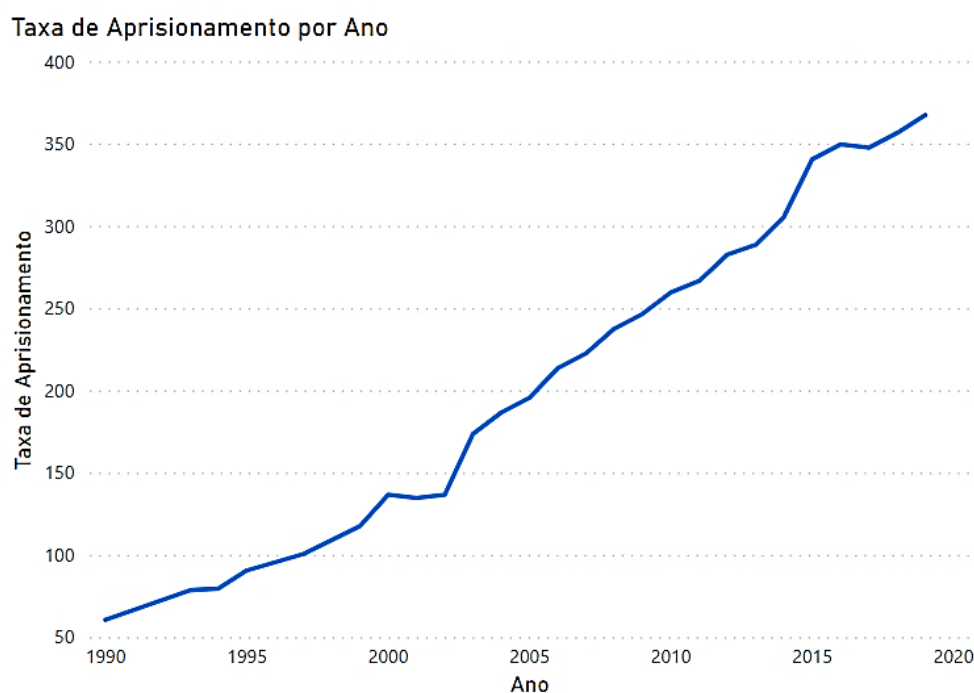
https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_Justi%C3%A7aPresente2019_v2.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

³⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Anual 2019 - Justiça Presente*, p. 16.

implementação das audiências de custódia, percebe-se que elas, sozinhas, ainda são insuficientes para lidar com a questão da superlotação carcerária e violação de direitos fundamentais e sociais das pessoas privadas de liberdade.

A mudança do contexto político e social após a decisão tomada na ADPF também influenciou para que essa decisão seguisse paralisada. Somado a isso, o endurecimento de penas deve favorecer ainda mais o encarceramento em massa. Os números da população carcerária seguem crescendo, e os direitos sociais básicos continuam a ser violados no cárcere, sem haver uma resposta clara sobre como contornar esse problema, conforme é possível observar no Gráfico 3.

Gráfico 3. Taxa de aprisionamento por ano no Brasil



Fonte: Painel Interativo Infopen³⁹⁹

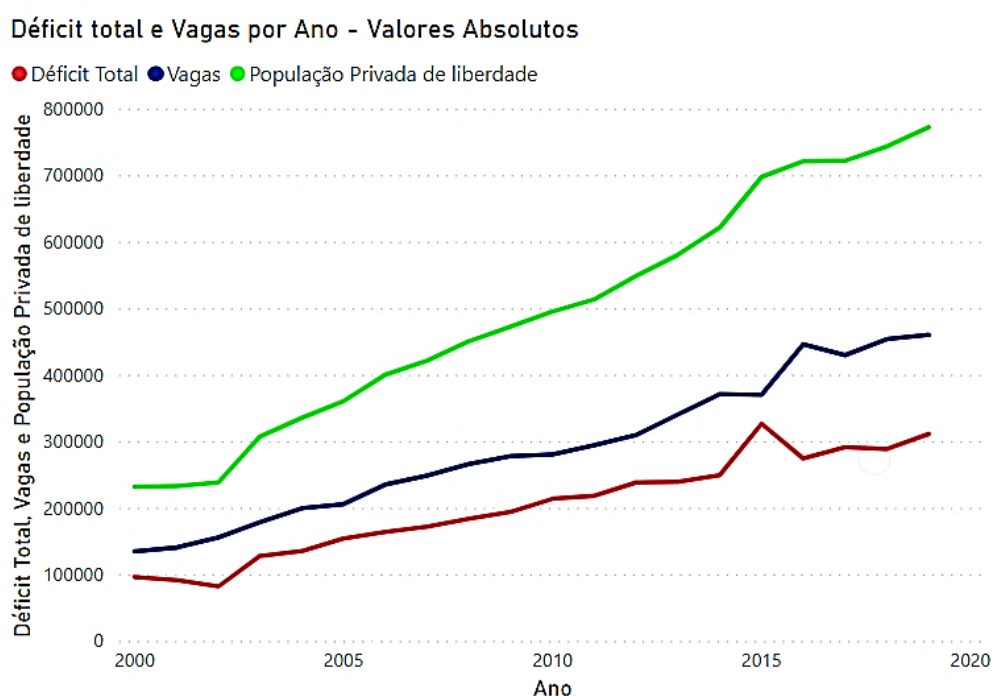
A superlotação carcerária e a ausência de políticas públicas voltadas à saúde, educação, trabalho para as pessoas privadas de liberdade, fazem com que o estado de coisas inconstitucional, desenvolvido na argumentação da ADPF 347/DF-MC, persista, sem previsão e diálogo institucional e interinstitucional na busca de uma solução para a questão. Merece destaque o fato de que o endurecimento penal, aliado ao bloqueio de verbas do

³⁹⁹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Painel Interativo Infopen*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN>. Acesso em 12 mar. 2020.

Funpen, torna o déficit de vagas no sistema prisional ainda maior. O Gráfico 4 demonstra o déficit de vagas desde 2000 até os dias atuais.

Assim, apesar da ADPF 347/DF ter sido cumprida de forma parcial, é preciso observar que ela acabou influenciando direta e indiretamente a jurisprudência, elaboração de normas e desenvolvimento de programas dentro do sistema de justiça. Todos esses fatores devem ser avaliados ao longo do tempo, especialmente após a decisão de mérito na ADPF.

Gráfico 4. Déficit de vagas no sistema prisional brasileiro



Fonte: Painel Interativo Infopen⁴⁰⁰

O Tribunal, por outro lado, não parece ter sido contagiado pela figura jurídica do ECI; pouquíssimas decisões mencionam esse instrumento de decisão na sua argumentação.⁴⁰¹ Aquelas que chegam a se referir ao ECI são, em sua maioria, relativas ao sistema penitenciário. Isso demonstra que, apesar da notável inércia em outras questões de políticas públicas, não houve influência do ECI em outras matérias. Por exemplo, nem

⁴⁰⁰ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Painel Interativo Infopen*. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN>. Acesso em 10 mar. 2020.

⁴⁰¹ Através da ferramenta de busca do *site* do STF, é possível novar que 9 (nove) acórdãos do ano de 2016 mencionam a figura do ECI. No entanto, esse número foi diminuindo ao longo dos anos. Em 2017 apenas 3 (três) acórdãos contêm a expressão ECI; em 2018 foram 05 (cinco) acórdãos; e em 2019 também apenas 05 (cinco) acórdãos. A pesquisa foi feita desde a decisão do ECI na ADPF 347/DF até 31 de dezembro de 2019.

mesmo foi reconhecida pelo STF a ADPF 632/DF,⁴⁰² proposta pela Federação Nacional de Quilombolas (FENAQ), versando sobre a violação de direitos fundamentais a esse grupo minoritário em decorrência da demora na demarcação de terras quilombolas.

Dessa forma é preciso pensar se o STF poderia ter contribuído para alcançar melhores resultados, e como poderia ter atuado nesse sentido. Verifica-se abaixo de forma sistemática os efeitos encontrados e o resultado alcançado a partir da decisão.

Tabela 4. Sumário do cumprimento e impacto da ADPF 347/DF-MC de 2015

ADPF 347/DF de 2015, Supremo Tribunal Federal brasileiro	
Principais variáveis	Primeira decisão relativa a um litígio estrutural no Brasil (enfrentou o caso Raposa Serra do Sol, mas não foi entendido como uma modalidade de litígio estrutural); decisão cautelar (provisória); decisão monolítica, do tipo comando e controle; determinação difusa das autoridades responsáveis pelo cumprimento das medidas; preservação da jurisdição e seguimento sem regras claras (monitoramento débil); estratégia de atuação do STF mantida ao longo do processo sem condução de audiências públicas ou consulta com comitê de especialistas; pouca participação da sociedade civil (muitas OSCs habilitadas como <i>amicus curiae</i> sem prover informações concretas sobre o seguimento do processo e muito menos participação contínua em espaços deliberativos da Corte); informação escassa sobre avanços e retrocessos no acesso a direitos; aprovação da emenda constitucional do teto dos gastos públicos; novo contexto político pautado em uma agenda de segurança pública e endurecimento da legislação penal e processual penal.
Análise dos efeitos	A decisão na ADPF não transformou imediatamente a agenda de direitos das pessoas privadas de liberdade. A discussão sobre políticas criminais passou a ser debatida publicamente diante de um novo contexto político, momento em que a mídia passou a chamar atenção ao “Pacote Anticrime”, proposto pelo Ministro da Justiça no primeiro ano do governo Bolsonaro. Algumas normas relativas à ADPF 347/DF foram elaboradas, no sentido de dar maior segurança às audiências de custódia, como a Resolução n° 213, CNJ e a Lei n° 13.954/19. Além disso, em relação ao descontingenciamento de verbas do Funpen, há ainda um grande debate, pois notícias da mídia relatam que consta ainda o contingenciamento; por outro lado, o TCU informa que grande parte das verbas de repasse obrigatório não foram executadas. Há medidas provisórias e leis no sentido de proibir o descontingenciamento das verbas, são elas Medida Provisória n° 755/2016; Medida Provisória n° 781/2017, convertida na Lei n° 13.500 de 2017; Medida Provisória n°

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 632/DF*. Requerente: Federação Nacional de Associação Quilombolas. Requerido: União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 10 dez. 2019.

	<p>841/2018; e Medida Provisória nº 846/2018, convertida na Lei nº 13.756 de 2018.</p> <p>A decisão do STF na ADPF 347/DF também foi utilizada como argumento no habeas corpus coletivo sobre mulheres, HC 143.641-STF, cuja decisão previu a prisão domiciliar para mulheres grávidas ou com filhos menores. Esse HC teve tanta repercussão que sua conversão em lei ocorreu no final de 2018. O CNJ também passou a acompanhar o número de mulheres nessa condição dentro do sistema penitenciário, atuando como um órgão de controle da decisão e da legislação decorrente. Hoje o número de mulheres grávidas ou com filhos dentro do sistema penitenciário é muito menor que àquela época.⁴⁰³</p> <p>Logo após a decisão, não foram notadas coalizões destinadas à garantia e proteção de pessoas privadas de liberdade. No entanto, foi na mudança para um governo mais conservador na área de segurança pública que permitiu a construção de redes de apoio para discutir e tentar conter retrocessos na área de justiça criminal.</p>
Análise dos balanços dos custos	<p>O caso discutido na ADPF 347/DF surge em meio a escândalos de corrupção no país, o que levou o STF a decidir em 2016 a favor da prisão em segunda instância; o aumento de insegurança leva a população a se mobilizar a favor de políticas criminais mais severas, aumentando os custos normativos e políticos de assumir maiores responsabilidades na ADPF 347/DF; novo contexto político aumenta ainda mais os custos políticos, tornando a questão da segurança pública uma das pautas principais da agenda do atual governo (2019-2022).</p>
Cumprimento	<p>Audiências de custódia implementadas em todas as unidades da federação, e agora previstas em lei; mas persistem com alta resistência política verificada através de projetos de lei que buscam retirar a obrigatoriedade das audiências de custódia ou torná-las remotas/virtuais; as verbas do Funpen ainda apresentam problemas de contingenciamento e execução.</p> <p>Os pedidos informação enviados ao Funpen foram respondidos de forma insuficiente para extrair conclusões sobre o devido repasse das verbas aos Estados e Distrito Federal. Ainda que alguns repasses estejam sendo realizados, nota-se que as UFs que receberam os repasses não têm executado os recursos de modo a alterar a situação das condições degradantes do sistema carcerário, inclusive, menciona-se que algumas podem até ter que devolver os recursos recebidos do Funpen pela não execução.</p> <p>O diagnóstico do sistema prisional ainda não foi enviado pela maioria das unidades da federação, não sendo possível ter o retrato de todo sistema penitenciário brasileiro e as diferenças entre os Estados.</p>
Impacto	<p>Não há parâmetros para avaliar etapas de superação do ECI e o acesso efetivo a direitos, que continuam a ser violados dentro do sistema penitenciário brasileiro. Também não logrou superar de forma</p>

⁴⁰³ Esse dado é possível de constatar através do Cadastro nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado pelo Conselho Nacional de Justiça depois de fazer vistoria em unidades prisionais femininas que realizam a custódia de mulheres grávidas e lactantes.

	substancial a inércia estatal na busca de uma solução para a crise do sistema penitenciário.
Conclusões gerais	<p>Atualmente, as audiências de custódia estão previstas em lei, mas encontram-se sob constante ataque e ameaça em virtude de novos projetos de lei propostos, os quais buscam excluir essa ferramenta do ordenamento jurídico.</p> <p>A população carcerária segue crescendo e tampouco há diálogo entre Legislativo e Executivo para que a legislação penal e processual penal seja coerente. Além disso, o Judiciário segue atuando de forma contida, demonstrando que no Brasil ele não seria o órgão competente para tratar de assuntos nesse âmbito. O diálogo entre os três poderes também não é verificado, atuando cada qual de forma autônoma.</p> <p>Por fim, a ADPF ainda não conta com uma decisão de mérito. A atual situação global trouxe novamente à tona a questão sobre a população carcerária, que frente a superlotação, pode vir a enfrentar sérios problemas com a expansão do Covid-19. Assim, percebe-se que a sociedade civil se mobilizou e fez o protocolo de um pedido de liberação de pessoas presas provisoriamente, mas não foi considerada legitimada na ação. Essa mobilização jurídica, no entanto, levou o Ministro Relator da Ação, Marco Aurélio, a afirmar que levaria a questão à Sala Plena do Tribunal.</p> <p>Não seria possível classificar esse resultado na tipologia de Rodríguez Garavito, pois ele não se caracteriza nem como litígio de “soma zero” nem como “ganhar perdendo”, já que produziu outros efeitos para além da decisão propriamente dita, influenciando em outras esferas.</p>

Fonte: Elaborada por Rebecca Groterhorst, a partir da análise da ADPF 347/DF-MC.

3.2 A transformação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário colombiano: processos de aprendizagem da sentença monológica T-153/98 às sentenças dialógicas T-388/13 e T-762/15

3.2.1 Marco jurisprudencial sobre o estado de coisas inconstitucional colombiano em relação ao sistema penitenciário: diferenciando as sentenças T-153 de 2008 e T-388 de 2013

O sistema prisional colombiano, assim como em outras partes do mundo, possui condições degradantes e de completo abandono por instituições estatais, violando de forma massiva direitos humanos daqueles que se encontram encarcerados. A superlotação carcerária, a ausência de proteção da saúde, a insalubridade e o descaso com as condições adequadas de higiene foram relatados nas diversas ações propostas no Judiciário sobre o tema.

Nesse sentido, a ausência de uma coordenação institucional e de proteção de direitos por parte das autoridades públicas acabava violando de forma massiva e sistemática os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana daqueles que se encontram privados de liberdade. Considerando a ausência de diálogo entre instituições públicas na elaboração de soluções para o encarceramento em massa e o quadro precário do sistema penitenciário, não é sem razão que a Corte Constitucional colombiana tenha se deparado com a questão da violação massiva e generalizada de direitos da população privada de liberdade em mais de uma oportunidade.

No final da década de 90, a Colômbia presenciou talvez o momento mais violento das histórias das prisões colombianas, em razão do transplante do conflito armado para dentro das unidades prisionais.⁴⁰⁴ Foi neste contexto que a Corte Constitucional colombiana declarou pela primeira vez o estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema carcerário no país foi em 1998.

Como mencionado ao longo deste trabalho, a abertura dos tribunais facilitou com que a população, e aqui mencionando também as pessoas presas, tivessem a oportunidade de judicializar diretamente a violação de seus direitos no âmbito da Corte. Nesse sentido, a Corte Constitucional colombiana se viu diante de duas *acciones de tutela* contra o Ministério da Justiça e o Instituto Nacional Penitenciário (INPEC),⁴⁰⁵ as quais buscavam a reparação dos direitos daqueles que se encontravam no cárcere e a promoção de direitos humanos.

Uma das *acciones de tutela* alegava a violação de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade em razão da superlotação da unidade prisional de “*Bellavista*”; enquanto a outra foi apresentada aos integrantes do Comitê de Direitos Humanos da unidade prisional “*Nacional Modelo*” de Bogotá, afirmando haver violação de direitos humanos e fundamentais à salubridade, igualdade, privacidade e intimidade das pessoas privadas de liberdade.⁴⁰⁶ Diante da situação fática, a Corte Constitucional colombiana realizou visitas às unidades prisionais de “*Bellavista*” e “*Nacional Modelo*”, constatando a situação de superlotação nas unidades prisionais. Tal situação não era incomum, já que em todo sistema prisional colombiano havia um grande déficit na satisfação de direitos humanos.

Apesar de haver um déficit, não havia nenhuma previsão ou vontade das autoridades competentes em buscar soluções ou sanar essa violação sistêmica de direitos existente dentro

⁴⁰⁴ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel”, p. 639.

⁴⁰⁵ Os casos que a Corte Constitucional colombiana teve que resolver serão analisados neste tópico, com breves apontamentos sobre cada um deles.

⁴⁰⁶ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 79.

do sistema penitenciário colombiano.⁴⁰⁷ Assim, entendendo que a superlotação carcerária não era exclusiva das unidades prisionais de “*Bellavista*” e “*Nacional Modelo*”, a Corte proferiu a sentença T-153/98, declarando que o sistema prisional colombiano representava um estado de coisas inconstitucional. Em outras palavras, a Corte entendeu que os Poderes Executivo e Legislativo, ainda que tivessem conhecimento da situação de violação de direitos, não buscavam soluções para o problema de superlotação do sistema penitenciário.

Na decisão T-153/98, a Corte Constitucional entendeu que o sistema penitenciário colombiano negava direitos básicos de forma recorrente a esse grupo vulnerável, o que impediria a sua ressocialização. A política criminal não ocupa (ou nunca chegou a ocupar) lugar de destaque na agenda estatal, tendo como consequência a completa ausência de adoção de medidas para melhorar a situação do sistema penitenciário.⁴⁰⁸ Àquela época, a superlotação carcerária era conhecida pelos órgãos de controle e diferentes entes do Poder Público. No entanto, nada faziam para alterar a situação.

Dessa feita, a Corte determinou medidas gerais com o objetivo de superar a violação de direitos de pessoas privadas de liberdade. Dentre elas estavam a previsão de: (i) desenhar um plano de construção e reparação de unidades prisionais e implementá-lo; (ii) criar um lugar distinto para os membros das forças armadas; (iii) separar acusados (presos provisórios) de condenados (presos definitivos); (iv) investigar a ausência de juízes de execução e medidas de segurança dentro das unidades prisionais; e (v) adotar medidas de proteção urgentes ao mesmo tempo em que são implementadas medidas de caráter estrutural e permanente.⁴⁰⁹

Não foram solicitadas medidas diretas sobre a dotação de recursos, mas ficou determinado que o gasto com unidades prisionais teria prioridade sobre o gasto público social. Em razão disso, a decisão sofreu duras críticas, por priorizar a construção de novos presídios para solucionar o ECI dentro do sistema penitenciário, sem enfrentar o pano de fundo da questão, qual seja, o encarceramento em massa vivenciado na Colômbia. Ainda nesse quesito, o debate acadêmico mencionava que ao concentrar esforços em aspectos institucionais e estruturais, a Corte acaba por não solucionar os casos individuais

⁴⁰⁷ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales”, p. 95.

⁴⁰⁸ MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Estado de coisas inconstitucionais”, p. 80.

⁴⁰⁹ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana (CCC). *Sentença T-153 de 28 de abril de 1998*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

apresentados ante ao tribunal,⁴¹⁰ deixando intacta a situação das pessoas reclusas que recorreram ao tribunal na busca de uma solução para a violação de direitos sofrida.

A decisão T-153/98 estabeleceu então que o INPEC, o Ministério da Justiça e o Departamento Nacional de Planejamento, com a supervisão da *Procuraduría General de la Nación* e a *Defensoría del Pueblo*, no prazo de 3 meses, elaborariam um plano para a construção de novos centros de reclusão, bem como empreenderiam reformas e adequação nas unidades prisionais existentes, cumprindo com requisitos mínimos para oferecer uma vida digna aos privados da liberdade. A realização total do plano deveria ser feita em no máximo 4 anos.⁴¹¹

A Corte também ordenou ao Ministério da Justiça e ao Ministério da Fazenda a adoção de medidas para solucionar a falta de pessoal especializado nas cadeias do país, buscando com isso acelerar o processo de ressocialização das pessoas privadas de liberdade. Como medidas específicas, a Corte ordenou a suspensão da remodelação da cadeia “*Nacional Modelo*” e o traslado dos presos no prazo de 3 (três) meses para dar cumprimento à normatividade referente à separação das pessoas condenadas dos presos temporários.⁴¹²

A partir da decisão foram adotadas diversas medidas legislativas e administrativas para superar a situação encontrada em 1998 no sistema penitenciário colombiano. A maioria, no entanto, foi destinada a adequação e reformas nas unidades prisionais existentes ou criação de novos centros de reclusão. Algumas reformas legislativas também foram realizadas nesse período, aumentando os benefícios penais e incentivando o uso de penas e medidas alternativas, o que contribuiu para a diminuição da superpopulação carcerária apresentada em meados de 1998.

Em 2003, a *Defensoría del Pueblo* apresentou um informe à Corte com as ações e políticas realizadas desde a decisão sobre o tema. Esse documento demonstrou que haviam sido empreendidos esforços na criação de novas estruturas físicas e reformas nas unidades prisionais existentes. Por outro lado, apesar do aumento de vagas no sistema prisional, a população carcerária seguia crescendo.⁴¹³

⁴¹⁰ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel”, p. 641.

⁴¹¹ Cf. *Sentença T-153 de 1998*, CCC.

⁴¹² Cf. *Sentença T-153 de 1998*, CCC.

⁴¹³ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana (CCC). *Sentença T-762 de 2015*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento 14. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

Para aqueles que analisam a teoria do ECI sob a perspectiva do cumprimento das medidas ordenadas pela Corte,⁴¹⁴ há um consenso de que a medida judicial contribuiu substancialmente para a proteção de direitos, reduzindo os índices de superlotação carcerária durante 10 (dez) anos seguidos à sentença, graças à construção de novos estabelecimentos; porém, o baixo impacto – em especial os efeitos da garantia de direitos de pessoas presas para além da construção de novas unidades prisionais – é evidenciado pela adoção de remédios judiciais monológicos e ausência de mecanismos de seguimento para verificar a implementação da decisão.

Mesmo após a sentença T-153/98, observa-se que reformas legislativas no âmbito da política criminal foram aprovadas para aumentar as penas privativas de liberdade, criando delitos e retirando os casos em que era possível a prisão domiciliar ou a própria liberação do cumprimento. Em razão disso, o número de detentos aumentou significativamente,⁴¹⁵ e o cenário de superpopulação dentro das unidades prisionais era muito similar ao do ano de 1998, quando foi declarada a primeira decisão sobre o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário colombiano.

Assim, em 2013, quase 15 anos depois da sentença T-153/98, a Corte Constitucional colombiana se deparou novamente com um caso referente ao estado precário do sistema penitenciário, neste momento decidido através da sentença T-388 de 2013. Isso não significa, entretanto, que a competência da Corte para analisar a constitucionalidade das condições das prisões tenha sido aceita de forma plena e sem resistência. Ariza e Torres mencionam que, apesar da sentença T-388/2013 ter sido proferida em 2013, ela somente foi publicada e notificada às partes em maio de 2015, demonstrando a resistência do tribunal em se pronunciar sobre a temática publicamente.⁴¹⁶

Na sentença T-388/2013, foi evidenciada a diferença entre a declaração do ECI no sistema penitenciário colombiano nas sentenças T-153/98 e a T-388/13.⁴¹⁷ A Corte Constitucional colombiana afirmou que elas eram distintas em relação ao ECI encontrado no sistema penitenciário nos dois momentos (1998 e 2013), fazendo referência temporal, fática e estatística em cada uma dessas decisões. Para além da construção de unidades

⁴¹⁴ ARIZA, Libardo José. “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”. In: Daniel Maldonado BONILLA. *Constitutionalism of the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 133.

⁴¹⁵ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales”, p. 98.

⁴¹⁶ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel”, p. 634.

⁴¹⁷ Cf. *Sentença T-388 de 2013*, CCC.

prisoinais, as condições de reclusão, desde um ponto de vista de respeito à dignidade da pessoa humana, não eram respeitadas.

Nesse sentido, compreendia-se que o ECI declarado na decisão T-153/98 havia sido superado, pois as medidas e políticas adotadas pelas diferentes autoridades e entidades responsáveis pelo sistema penitenciário criaram uma infraestrutura penitenciária dotada de novas vagas, resolvendo em parte a questão da superpopulação carcerária. De outra forma, apesar dos esforços realizados na decisão T-153/98, a crise no sistema penitenciário permanecia, não apenas a legislação penal e a política criminal adotadas no período subsequente à decisão de 1998 estimulavam o encarceramento,⁴¹⁸ mas também havia completa ausência de direitos prestacionais básicos, como água, alimentação e saúde.

Foi assim que, durante a elaboração da sentença T-388/13,⁴¹⁹ a Corte Constitucional concluiu que a política criminal colombiana tinha sido desarticulada, reativa e incoerente, não contando com uma perspectiva de direitos humanos. A política também havia abandonado o caráter ressocializador da pena, aumentando a criminalidade, já que os estabelecimentos prisionais acabaram se convertendo em “*universalidades del delito*”, chamada no Brasil de “escola do crime”. Por fim, o investimento voltado apenas à criação de novas vagas no sistema prisional consistia em uma estratégia insuficiente, uma vez que a superpopulação carcerária não é o único problema do sistema penitenciário, pois há outras problemáticas igualmente importantes quando se trata de pessoas privadas de liberdade.

Ao entender a política criminal insuficiente para resolver problemas de longa data dentro do sistema penitenciário, a Corte Constitucional colombiana afirmou ser preciso dar atenção a essas outras questões, criando e desenvolvendo programas voltados à ressocialização, ao atendimento adequado à saúde, ao fornecimento de água potável, a reformas destinadas aos estabelecimentos insalubres, entre outros. Como é possível observar, na T-388/13 a Corte colombiana trouxe à tona a necessidade de adequar a política criminal do país, dentro da perspectiva de proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade, buscando um impacto maior a longo prazo. O aumento do tratamento cruel e degradante a pessoas privadas de liberdade, tendo em vista a deterioração da infraestrutura penitenciária e dos serviços oferecidos em cada estabelecimento foi entendido como um problema estrutural.⁴²⁰

⁴¹⁸ Cf. *Sentença T-388, de 2013, CCC.*

⁴¹⁹ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana (CCC). *Sentença T-388 de 2013*. M.P. María Victoria Calle. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

⁴²⁰ Informações extraídas da leitura da *Sentença T-388, de 2013, CCC.*

Ao analisar as especificidades dos distintos grupos e as possíveis consequências diante de um sistema penitenciário precário,⁴²¹ a CCC concluiu que o sistema penitenciário e carcerário colombiano enfrentava novamente um ECI. Nesse sentido, entendeu que os estabelecimentos penitenciários no país se encontravam numa situação de crise estrutural ao observar a situação fática e a violação à dignidade da pessoa humana nesses mesmos estabelecimentos.

Para justificar a declaração do ECI na decisão T-388/13, a Corte mencionou que os direitos das pessoas privadas de liberdade eram violados de forma sistemática, massiva e generalizada nos sistemas penitenciários,⁴²² que permitiam e institucionalizavam práticas inconstitucionais.⁴²³ Além disso, as autoridades responsáveis não tinham adotado as medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias e eficazes para prevenir a violação de direitos.⁴²⁴

As soluções aos problemas constatados na T-388/13, porém, dependeriam de ações coordenadas de várias pessoas e instituições, como juízes e Tribunais, Promotoria, Governos nacional e local, Congresso, INPEC, Defensoria, Procuradores, entre outros; e também de um orçamento adicional.⁴²⁵ Se todas as pessoas procurassem o Judiciário com o ingresso de ações de tutela, haveria uma congestão judicial ainda maior,⁴²⁶ sendo essencial a coordenação das instituições na busca de alternativas para a solução do problema.

Em sua decisão, a Corte proferiu as seguintes medidas com vistas a sanar o estado de violação de direitos:⁴²⁷ (i) declaração de um novo ECI; (ii) solicitação ao Governo Nacional e outras instituições para a adoção de medidas adequadas para superação do ECI; (iii) solicitação à *Procuraduría General de la Nación e Defensoría del Pueblo* para participação no cumprimento da sentença; (iv) vinculação das prefeituras e secretarias de saúde no processo de cumprimento; (v) fixação, para as unidades penitenciárias constantes na ação, a aplicação da regra de “equilíbrio e equilíbrio decrescente”, segundo a qual só é permitido o ingresso de pessoas ao estabelecimento penitenciário sempre e quando não se aumente o

⁴²¹ A Corte Constitucional colombiana mencionou as particularidades de determinados grupos, como, por exemplo, mulheres, mulheres grávidas, estrangeiros, população LGBTQI, e populações indígenas e afrodescendentes, demandam uma maior reflexão e um tratamento distinto na temática penitenciária, já que por conta de sua condição, podem ter uma vulnerabilidade ainda maior quando privados de liberdade (in *Sentença T-388, de 2013, CCC*).

⁴²² Cf. *Sentença T-388, 2013, CCC*, fundamento 7.2.1 e 7.2.2.

⁴²³ Cf. *Sentença T-388, de 2013, CCC*, fundamento 7.2.3.

⁴²⁴ Cf. *Sentença T-388, de 2013, CCC*, fundamento 7.2.4.

⁴²⁵ Cf. *Sentença T-388, de 2013, CCC*, fundamento 7.2.5.

⁴²⁶ Cf. *Sentença T-388, de 2013, CCC*, fundamento 7.2.6.

⁴²⁷ Cf. *Sentença T-388, de 2013, CCC*, Quinto Anexo.

nível de ocupação e o dever de diminuir constantemente o nível de superlotação tenha sido cumprido; (vi) fixação de condições mínimas para promoção da dignidade da pessoa humano nos estabelecimentos prisionais; (vii) solicitação de mutirões jurídicos dentro das unidades penitenciárias para descongestionar as oficinas jurídicas dos estabelecimentos prisionais e juízo da execução, e ao mesmo tempo obter liberdade das pessoas que já contam com requisitos para isso; e (viii) fechamento dos estabelecimentos se, em 3 (três) anos a partir da notificação da sentença, seguirem violando a dignidade e os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Nessa linha, a sentença T-153/98, apesar de ser considerada uma das decisões mais paradigmáticas na declaração do estado de coisas inconstitucional e na intervenção judicial em políticas públicas, teve efeitos modestos. Isso é explicado em razão da ausência de mecanismos de supervisão significativos e reflexão sobre o problema estrutural em relação à crise de direitos no sistema carcerário. Além disso, a T-153/98 adotou um enfoque de direitos fortes ao estabelecer ordens detalhadas e dirigidas ao governo, sem estabelecer necessariamente o diálogo entre as instituições vinculadas ao processo.

As sentenças de 1998 e 2013 têm como diferença principal o conteúdo da decisão. As duas decisões dispõem que o sistema penitenciário colombiano enfrentava um ECI. Mas enquanto a T-153/98 associou a violação de direitos à questão da infraestrutura, a T-388/13 se apoiou na questão da crescente política criminal conservadora. Em outras palavras, a T-153/98 ordenou a construção de estabelecimentos prisionais para a superação da questão relativa à superlotação carcerária e conseqüente violação de direitos, já a T-388/13 foi direcionada à construção e reformulação da política pública sobre política criminal e penitenciária.

Enquanto de um lado, a decisão T-153/98 é considerada um marco histórico na proteção de direitos de pessoas privadas de liberdade pelo seu conteúdo; de outro, a decisão teve pouco impacto nas questões que buscava solucionar.⁴²⁸ As medidas ordenadas na decisão T-153/98,⁴²⁹ tiveram um impacto estrutural, mas falharam em traduzir esse impacto em uma proteção efetiva aos presos, em razão da forma que o caso foi construído para implementação dos DESC. O problema do caso estaria na estruturação das medidas judiciais, mas foi acentuado pela maneira como ocorreu a implementação dos remédios judiciais.

⁴²⁸ ARIZA, Libardo José. “The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”, p. 132-133.

⁴²⁹ ARIZA, Libardo José. “The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia”, p. 133-134.

As medidas ordenadas na T-388/13 também foram consideradas insuficientes para resolver a questão do sistema penitenciário. Apesar do envolvimento de algumas autoridades públicas para fazer o controle do cumprimento da decisão,⁴³⁰ o seguimento da sentença tampouco foi levado à cabo. A Corte não parecia ter adotado ainda um papel na coordenação das distintas instituições, o que poderia explicar a ausência de melhorias na situação enfrentada em relação ao sistema penitenciário.

Nesse sentido, em razão da permanência do estado de violação de direitos, a Corte passou a enfrentar novas *acciones de tutela* em relação ao mesmo tema, qual seja, a violação de direitos à população privada de liberdade, o que levou o tribunal a proferir uma nova decisão, a T-762 de 2015.

3.2.2 Reiterando o estado de coisas inconstitucional no sistema penal colombiano em 2015: a identificação dos problemas estruturais

Como mencionado anteriormente, a CCC enfrentou a questão da violação massiva e sistemática de direitos da população privada de liberdade em mais de uma ocasião. Enquanto em 1998, a violação de direitos estava mais relacionada a uma questão de estrutura física; em 2013, a Corte Constitucional voltou a analisar essa situação de violação de direitos no sistema penitenciário colombiano, mas sob a perspectiva da política criminal, considerada como responsável pelo encarceramento massivo.

O desenho, a formulação e a implementação de novas políticas criminais mais conservadoras, reativas e pouco reflexivas, teve como consequência o aumento massivo da população carcerária. Era apenas questão de tempo para que novas violações decorrentes da superlotação desses estabelecimentos voltassem a ocorrer. Em 2013, a Corte Constitucional colombiana determinou em sua decisão a reformulação da política criminal, com o objetivo de impedir a violação de direitos, emitindo assim ordens destinadas às autoridades estatais. Mas em 2015, dois anos após a sentença T-388/13, o quadro precário do sistema

⁴³⁰ Nesse sentido, sentença T-388, de 2013, CCC. M.P. María Victoria Calle Correa. “Cuarto. *ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo que se hagan partícipes del proceso de cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia. Deberán vigilar que en el proceso de cumplimiento de la sentencia se sigan, efectivamente todas y cada una de las órdenes impartidas, tanto las generales como las específicas de cada caso. Verificarán que en el proceso de cumplimiento se tengan en cuenta todos y cada uno de los parámetros fijados en la presente sentencia, en los capítulos 7, 8, 9, 10 y 11. INVITAR a participar dentro de este proceso de seguimiento y veeduría al cumplimiento de la sentencia a la Contraloría General de la República*”.

penitenciário colombiano permanecia sem alterações substanciais, o que conduziu a uma onda de novas ações judiciais perante juízes de primeira e segunda instância.

Nesse sentido, em 2015, a CCC novamente tomou contato com a situação de grave violação de direitos dentro do sistema penitenciário, por meio da apresentação massiva de *acciones de tutela* exigindo a proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.⁴³¹ A Quinta Sala de Revisão da CCC analisou as *acciones de tutela* referentes a 16 unidades prisionais, e decidiu reunir essas ações na decisão T-762/15, proferida em 16 de dezembro de 2015. Em síntese, esses casos alegavam que a superpopulação carcerária acarretava condições precárias de higiene e salubridade nos estabelecimentos penais, além de afetar a dignidade da pessoa humana, as condições de saúde e a própria segurança dos detentos.

Para enfrentar o caso e elaborar a decisão, a Quinta Sala de Revisão da Corte decidiu estabelecer uma metodologia.⁴³² Em *primeiro lugar*, enfrentaria os problemas comuns das *acciones de tutela*, quais sejam: i) política criminal inconstitucional, ii) superlotação e demais causas relacionadas à violação massiva de direitos, iii) reclusão conjunta de presos definitivos e provisórios, iv) sistema de saúde precário dentro do sistema carcerário, e v) condições de salubridade e higiene inadequadas dentro do sistema penitenciário e no manejo de alimentos. Em *segundo lugar*, a partir dos informes solicitados pela Corte e outros diagnósticos sobre a situação no sistema penitenciário colombiano, identificaria as principais causas desse quadro precário. Em *terceiro lugar*, apresentaria algumas soluções concretas para a superação do ECI. Por *último*, definiria as atribuições e competências de cada instituição para o cumprimento das ordens proferidas.

Como se percebe, a ideia da Corte Constitucional colombiana não era apenas decidir acerca de direitos, mas também refletir sobre soluções e encaminhamentos aos órgãos competentes para sanar o estado massivo de violação de direitos. Nesse sentido, não só analisou os direitos violados, mas estabeleceu instruções para o cumprimento e seguimento das ordens contidas em sua decisão. Nesta sentença, a CCC compreende o problema carcerário como um tema que necessita seguimento constante dos juízes através da medição

⁴³¹ Cf. *Sentença 762 de 2015*, CCC.

⁴³² Cf. *Sentença T-762 de 2015*, CCC, fundamento jurídico 6: “*Teniendo presente el enfoque sobre la política criminal como punto de acción y el impacto representativo de la presente decisión, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas encuentra que la contribución de esta sentencia estará centrada en la adopción de medidas concretas que dinamicen algunos elementos de la política criminal, y permitan, a su vez, crear incentivos institucionales que den mayor sostenibilidad a las medidas adoptadas para superar el ECI en el sistema carcelario y penitenciario que la Corte Constitucional adoptó en Sentencia T-388 de 2013, especialmente. Para lograr lo anterior, la Sala adoptará la siguiente metodología.*”

de indicadores que possam demonstrar a superação ou não do estado de coisas inconstitucional.⁴³³

Em relação à *política criminal inconstitucional*, a Corte destacou, dentre os problemas estruturais, lacunas na etapa de formulação e desenho da política criminal, o que teve como consequência uma desarticulação e incoerência dessa política com a situação fática. Em outras palavras, apesar de terem sido construídas novas unidades prisionais, superando o ECI enfrentado na T-153/98, as políticas criminais levavam mais pessoas ao sistema penitenciário, acarretando sua superlotação. A política criminal teria sido reativa e desprovida de dados empíricos na sua formulação, promovendo um endurecimento penal, e se distanciando de seus objetivos iniciais, como o combate à criminalidade e a ressocialização de condenados.⁴³⁴

A adoção de políticas públicas reativas e populistas,⁴³⁵ sem contar com dados empíricos na tomada de decisões políticas, impediria a avaliação da sua eficácia na solução de problemas sociais. Os responsáveis pela formulação da política criminal, ao não analisarem os efeitos de aumentar ou diminuir penas, ou a criarem delitos, acabam produzindo uma incoerência normativa. Dessa forma, a política pública é entendida como incoerente com seus objetivos.

Mas além disso, a Corte afirmou que a incoerência também seria notada nas demais fases da política,⁴³⁶ já que a produção reativa e não reflexiva da legislação penal e processual penal, e a ausência de coordenação dos envolvidos na política mencionada, acaba desconsiderando a capacidade institucional dos entes que serão impactados pela política pública. Nesse sentido, dificulta uma análise mais aprofundada sobre as consequências das reformas, havendo assim uma completa dissociação e desconhecimento dos formuladores da política criminal das consequências sociais e econômicas de suas medidas nas demais etapas de implementação e execução da política criminal.

Ainda, a criação de novas condutas criminais e o aumento da população carcerária decorrentes de um populismo punitivo exacerbado, de acordo com a Corte,⁴³⁷ fazem com que a prisão se torne um eixo da política criminal, distanciando-se de sua finalidade primária. A subordinação da política criminal colombiana a uma política de segurança também traz

⁴³³ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel”, p. 649.

⁴³⁴ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, Sentença, T-762, de 2015, fundamento jurídico 25.

⁴³⁵ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, Sentença T-762, de 2015, fundamentos jurídicos 30-31.

⁴³⁶ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, Sentença T-762, de 2015, fundamento jurídico 39.

⁴³⁷ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, Sentença T-762, de 2015, fundamento jurídico 40.

consequências drásticas. E apesar do Governo Nacional ter realizado esforços para realizar uma política criminal com enfoque restaurativo, com a elaboração de um Plano Nacional de Desenvolvimento 2014-2018, a eficácia desse plano resta comprometida justamente em razão da debilidade institucional na formulação da política criminal.

Nesse sentido, os discursos do Chefe do Governo Nacional e as leis aprovadas estariam em discordância com o enfoque restaurativo proposto inicialmente pelo governo. A etapa de implementação e execução da política criminal em relação ao processo penal também apresentava diversos problemas por conta do populismo penal e ausência de dados empíricos sobre a situação, o que impactaria negativamente as condições de reclusão e a problemática penitenciária.⁴³⁸

Para resolver a problemática da superlotação, a CCC determinou que os Estados deveriam adotar políticas e estratégias,⁴³⁹ como: (i) reformas legislativas e institucionais para a aplicação excepcional de prisão preventiva, quando seja realmente necessária; (ii) respeito aos prazos máximos para permanência de pessoas em prisão preventiva; (iii) fomento ao uso de medidas alternativas à privação de liberdade; (iv) uso de outros instrumentos durante o processo de execução da pena, como liberdade condicional e remição de pena por trabalho ou estudo; (v) modernização do sistema de administração de justiça, garantindo celeridade aos processos penais; e (vi) prevenção de prisões ilegais ou arbitrárias.

Ao analisar as denúncias contidas nas *acciones de tutela*, a CCC também desenvolveu uma reflexão sobre o critério constitucional mínimo de proteção aos direitos humanos dentro da política criminal, fazendo referência à Sentença T-388/13 e ao Informe Final da Comissão. A Sala Quinta focou nos mínimos aceitáveis, que permitem a orientação da Administração e uma medição de resultados, compreendendo também que a transformação da política criminal é gradual.

Nesse sentido, a proposta de *um parâmetro constitucional mínimo na política criminal*⁴⁴⁰ seria adequada para o uso do direito penal como última medida. Assim, estariam de acordo com o parâmetro constitucional mínimo na política criminal o respeito aos princípios da liberdade pessoal, o uso de medidas alternativas à prisão; a efetiva

⁴³⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 67. Na etapa de implementação e execução da política criminal em relação à execução e cumprimento de penas e outras medidas, estão envolvidas entidades que integram o Sistema Nacional e Penitenciário colombiano: Ministério da Justiça e Direito, INPEC e USPEC, centros de reclusão do país, Escola Penitenciária Nacional, Ministério da Saúde de Proteção Social, Instituto Colombiano de Bem-Estar Familiar, ICBF e outras entidades públicas em exercem funções relacionadas a esse sistema.

⁴³⁹ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 45.

⁴⁴⁰ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 51.

ressocialização dos condenados; o dever de criação de mecanismos de coordenação e colaboração harmônica em busca de um objetivo comum pelas instituições responsáveis pela formulação e pelo desenho da política criminal; a construção de dados empíricos sobre a política criminal;⁴⁴¹ a sustentabilidade da política criminal e a realização de métricas quanto aos custos dos direitos econômicos envolvidos;⁴⁴² a proteção dos direitos humanos dos presos, garantindo um mínimo de condições necessárias para uma vida digna; e o dever de aplicação excepcional das medidas privativas de liberdade.

Já em relação à *superlotação e outras causas de violação massiva de direitos*,⁴⁴³ a Corte salientou que o nível de superlotação gerado nos estabelecimentos penal violaria de forma massiva os mais variados direitos das pessoas privadas de liberdade, transformando-se em uma situação de ingovernabilidade e violência, que atenta contra o direito à vida, integridade, saúde das pessoas privadas de liberdade, impedindo a sua ressocialização. A desproporção entre entradas e saídas de pessoas privadas de liberdade dos estabelecimentos penitenciários, em razão da política criminal reativa e do endurecimento penal, a construção ou reforma de vagas em unidades prisionais que não respeitam as mínimas condições de vida digna, e a ausência de investimentos para a política penitenciária e criminal no sentido de promover outros direitos para além da construção e reforma de unidades prisionais, foram fatores apontados pela Corte que acarretam ainda mais a violação de direitos dentro do sistema penitenciário.

Na questão da *reclusão conjunta de presos definitivos e provisórios*,⁴⁴⁴ a Corte lembrou que em 1998, a T-153 havia determinado às entidades estatais separar os presos definitivos dos provisórios. No entanto, esse tema ainda seguia como um problema, uma vez que as reformas legislativas empreendidas na Colômbia foram rigorosas na imposição de penas privativas de liberdade por parte de juízes e promotores. Esse endurecimento penal se converteu em condenação antecipada de pessoas que enfrentam o processo penal, mas que

⁴⁴¹ Nesse sentido, a sentença T-762, de 2015, da CCC, menciona que a configuração, avaliação e reformulação da política criminal deve contar com mecanismos que permitam registrar os avanços e fracassos, com o objetivo de repensar e redesenhar estratégia. Mas isso só seria possível se há elementos empíricos que permitam compreender e responder à realidade geral do sistema penitenciário.

⁴⁴² Os custos dos direitos econômicos estão descritos na sentença T-388 de 2013, CCC, e são eles: a) custos em direitos, posto que a sanção penal tem impacto sobre o direito à liberdade das pessoas privadas de liberdade e também sobre a sociedade, já que a prisão não cumpre com seu caráter ressocializador e nem reduz a reincidência; b) custos econômicos, já que o encarceramento gera custos para o Estado, seja pela criação de infraestrutura ou garantia de direitos sociais básicos, como saúde, alimentação e educação, por exemplo; c) Custos na legitimidade do Estado, pois ao deixar de realizar o fim ressocializador da pena, o Estado converte as instituições penitenciárias em espaços de violação de direitos, sendo sua atividade contrária à Constituição.

⁴⁴³ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamentos jurídicos 69 a 73.

⁴⁴⁴ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamentos jurídicos 86 a 90.

estão presas aguardando uma decisão final. Ao lado disso, há dificuldades no oferecimento de um tratamento diferenciado a presos definitivos e provisórios.

No que concerne ao *sistema de saúde precário dentro do sistema carcerário*,⁴⁴⁵ a situação de saúde no sistema penitenciário violaria os direitos das pessoas privadas de liberdade, por não contar com uma infraestrutura adequada; equipe médica, incluindo médicos, enfermeiros e psicólogos, estoque de medicamentos etc. Apesar de esforços normativos, eles não foram capazes de produzir o avanço almejado na questão de saúde, entendendo a Sala de Revisão da Corte a necessidade de adotar ordens que superassem as lacunas apontadas nas *acciones de tutela*.

Por fim, em relação às *condições de salubridade e higiene inadequadas dentro do sistema penitenciário e no manejo de alimentos*,⁴⁴⁶ a Corte observou que as informações trazidas pelas *acciones de tutela* apontavam para graves problemas sanitários e com a prestação de serviço de água potável na maioria das unidades prisionais, acarretando condições de higiene, salubridade e alimentação precárias, e a conseqüente violação do direito à saúde e dignidade da pessoa humana.

Em linhas gerais, observando todas as temáticas descritas acima, a Corte entendeu que as *acciones de tutela* apresentadas no âmbito da decisão T-762/2015, informavam a continuidade do estado de violação dos direitos constitucionais, especialmente em relação à dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais, como saúde, acesso a água potável e condições de higiene e salubridades dignas e ressocialização. A violação massiva de direitos não seria específica de um ou outro estabelecimento penitenciário, mas generalizada, sendo encontrada em todo território nacional.

Portanto, a Corte Constitucional colombiana reconheceu o descumprimento prolongado da obrigação de proteção e garantia de direitos constitucionais que permitiu a institucionalização de práticas inconstitucionais no sistema penitenciários, de conhecimento das autoridades públicas, que não adotaram medidas legislativas, administrativas e orçamentária para impugnar tais práticas.

⁴⁴⁵ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamentos jurídicos 91 a 94.

⁴⁴⁶ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamentos jurídicos 95 a 97.

3.2.3 Sentença T-762/15 e os problemas estruturais do sistema penitenciário colombiano: ordens proferidas pela Corte Constitucional para superar o ECI

Considerando que as soluções para o sistema penitenciário envolvem a intervenção e coordenação de várias entidades, a Corte Constitucional colombiana acabou por reiterar o estado de coisas inconstitucional na decisão T-762/15, afirmando a existência de uma falha estrutural em relação à política criminal, o que compromete a garantia e a proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Ao proferir as medidas judiciais necessárias para remediar a situação, a Corte colombiana mencionou que elas deveriam superar o ECI declarado em 2013, mas que ainda persistia em 2015.

Nesse sentido, a Corte formulou um amplo catálogo de medidas a serem tomadas por diferentes autoridades públicas, dividindo-as entre ordens específicas, ordens particulares e ordens gerais. As ordens gerais teriam como objetivo a superação do ECI do sistema penitenciário colombiano. As medidas particulares e específicas estariam relacionadas aos casos que foram objeto das *acciones de tutela*, mas que não serão aprofundadas no presente trabalho, já que o objetivo é observar como as ordens gerais se relacionam com a transformação do problema de violação de direitos a todas as pessoas privadas de liberdade.

A seguir, serão encontradas as determinações da Corte em relação ao seguimento da decisão, aos critérios sobre a superação da ECI, à recomendação de envio de informes periódicos; além das medidas gerais ordenadas com o objetivo de transformar a situação de violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário colombiano.

Processo de seguimento da decisão

Na decisão T-762/2015, a CCC destacou sua missão na proteção da integridade e supremacia da Constituição, assim como dos valores constitucionais, decidindo assumir o seguimento dos fatos que deram causa à declaração do ECI.⁴⁴⁷ Como o cumprimento e seguimento das medidas judiciais determinadas demandaria esforço logístico de diversas entidades, e a Corte não conseguiria realizar esse acompanhamento do cumprimento sozinha, passou a prever: (i) uma entidade líder dos processos de seguimento para a superação do

⁴⁴⁷ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 102. Esse trecho faz referência a um auto proferido no âmbito da *Sentença T-025* de 2004, referente ao deslocamento forçado, que mencionada que “*corresponde a la Corte Constitucional como misión básica la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, misión que comprende primordialmente la protección de los valores, principios y derechos que se consideran inquebrantables en un Estado Social de Derecho y asegurar la vigencia efectiva de estos contenidos sustanciales mínimos*”.

ECI; (ii) uma entidade encarregada do monitoramento desses processos; e (iii) uma entidade para promover a articulação das instituições vinculadas ao processo.

Nesse sentido, a liderança do seguimento da T-762/15 ficou sob responsabilidade da *Defensoría del Pueblo*,⁴⁴⁸ tanto pela sua missão em garantir a promoção e o exercício dos direitos humanos, quanto pelo papel que assumiu na análise e determinação da situação carcerária a nível nacional e local em relação à problemática do sistema penitenciário em diversas *acciones de tutela* na Colômbia, o que leva a crer que têm uma melhor compreensão sobre as fases de criminalização e seus efeitos. Assim, ficou determinado que a *Defensoría del Pueblo* deveria informar à CCC sobre a evolução da situação, os acertos e as dificuldades para a superação do ECI, com uma periodicidade semestral; e criar um grupo de seguimento para o exercício dessas atividades.

O grupo de seguimento seria orientado por três eixos da política criminal: (i) promoção dos direitos fundamentais dos detentos em consonância com a dignidade da pessoa humana; (ii) fomento à necessidade do direito penal mínimo; e (iii) função ressocializadora da pena privativa de liberdade.⁴⁴⁹ Por fim, para desenvolvimento do objetivo do grupo de Seguimento, a *Defensoría del Pueblo* deveria se articular com a *Controladoría General de la República*, a *Procuradoría General de la Nación*, *Fiscalía General de la Nación*, instituições acadêmicas, organizações nacionais e internacionais de defesa de pessoas privadas de liberdade.

O monitoramento do cumprimento da decisão T-762/2015 ficou sob responsabilidade da *Procuradoría General de la Nación*,⁴⁵⁰ a partir do exercício de suas competências constitucionais, previstas no art. 227, da Constituição Política Colombiana. A *Procuradoría General de la Nación* deveria então monitorar o cumprimento da sentença em

⁴⁴⁸ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 104.

⁴⁴⁹ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 105.

⁴⁵⁰ Cf. art. 227, Constituição Política Colombiana de 1991: “*El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: 1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; 2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo; 3. Defender los intereses de la sociedad; 4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente; 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas; 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley; 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; 8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso. 9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria. 10. Las demás que determine la ley. Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.*”

relação às ordens gerais, particulares e específicas, contando com o apoio da *Defensoría del Pueblo*.

Por fim, a articulação da política criminal com as entidades vinculadas à decisão T-762/2015 ficou sob responsabilidade do Ministério da Presidência (hoje chamado de Departamento Administrativo da Presidência – DAPRE).⁴⁵¹ Conforme entendimento da Corte, o Ministério da Presidência da República tem a função de coordenar a gestão das políticas governamentais em relação à matéria criminal com os Ministros e Diretores do Departamento Administrativo.

A Corte também estabeleceu em sua decisão, condições mínimas para o processo de seguimento do ECI no sistema penitenciário, o qual deveria ser estruturado a partir dos seguintes pilares:⁴⁵²

➤ *Criação de um Comitê Interdisciplinar para a Estruturação das Normas Técnicas sobre a Privação de Liberdade* para promover a identificação de parâmetros necessários para consolidação das condições de reclusão dignas para presos definitivos e provisórios. A criação do Comitê ficou sob responsabilidade da *Defensoría del Pueblo* e do Ministério da Justiça, os quais deveriam realizar sessões de trabalho para cada um dos temas enfrentados na decisão T-762/15. Universidades e organizações de defesa de direitos das pessoas privadas de liberdade também deveriam fazer parte do Comitê, além de representantes dos estabelecimentos penitenciários, do INPEC e da USPEC.

➤ *Consolidação de uma orientação base* a partir de um diagnóstico da atual situação de política criminal no país, cuja avaliação deveria se basear nas normas técnicas elaboradas a partir do Comitê Interdisciplinar. A orientação base serviria como parâmetro para verificar os avanços em matéria de política criminal e superação do ECI.

➤ *Estruturação de uma base de dados e um sistema de informação confiável referente a toda política criminal*, cuja responsabilidade recairia sob o Ministério da Justiça, que deveria implementar as etapas necessárias para coleta de dados através de um sistema de informação que permita registrar a informação necessária para avaliação dos avanços e retrocessos da política criminal por parte dos líderes do processo de seguimento e da Corte. A página da internet *www.politicacriminal.gov.co* foi designada como um espaço para a divulgação dessa informação

⁴⁵¹ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 107.

⁴⁵² Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamentos jurídicos 109 a 112.

➤ *Incorporação da informação por parte de cada um dos estabelecimentos penitenciários do país*, os quais deveriam efetuar o registro sobre cada um dos detentos e a sua respectiva situação no estabelecimento penitenciário (ingresso e permanência no estabelecimento penitenciário; e vida posterior após o cumprimento da pena em liberdade).

➤ *Identificação do nível de contribuição de cada uma das instituições vinculadas, nacionais e internacionais*, que ficou sob a responsabilidade da *Defensoría del Pueblo*, podendo esta fazer recomendações e reportar a inobservância das obrigações das entidades envolvidas como um obstáculo para superação do ECI.

➤ *Identificação do patamar de cumprimento para superação do ECI*, estimado pelas autoridades públicas envolvidas no ECI.

➤ *Identificação dos problemas abordados e determinação dos resultados esperados para cada um deles*, devendo os indicadores de gestão serem acordados e identificados com as instituições vinculadas à decisão. A sentença T-762/15 forneceria alguns indicadores de resultado que poderiam ter impacto direto com os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, enquanto outros deveriam ser elaborados ao longo do processo de seguimento.

Condições para a superação do ECI

A declaração do ECI implicou o estabelecimento de critérios para análise dos avanços e do cumprimento de metas para a fruição de direitos da população carcerária. Os critérios foram divididos pela Corte em gerais e específicos.⁴⁵³ Enquanto os critérios gerais são elementos orientadores da política criminal, os específicos estabelecem parâmetros concretos, que ajudam no estabelecimento de metas concretas para a administração.

Nesse sentido, a superação do ECI dependeria da realização dos fins propostos pela sentença T-762/15, devendo ser valorados em sua integralidade com relação ao caráter progressivo da adoção das medidas formuladas na sentença. Dessa forma, a Corte estabeleceu que o processo de superação do ECI deveria ser analisado em seu caráter massivo e generalizado.

No que se refere ao *caráter massivo*,⁴⁵⁴ a sentença T-762/15 estabeleceu a necessidade de análise da superação em distintas etapas, (i) fase inicial, na qual as medidas

⁴⁵³ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamentos jurídicos 115-116.

⁴⁵⁴ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 117.

de política pública criminal são implementadas; (ii) fase intermediária, na qual há uma renovação da política criminal; (iii) consolidação de uma política criminal articulada e eficiente; e (iv) superação da violação massiva aos direitos. A partir disso, a Corte determinou critérios quantitativos para avaliação do estado massivo de direitos em cada etapa.

Tabela 5. Superação do caráter massivo da violação de direitos no sistema penitenciário colombiano

Caráter massivo da violação de direitos (Fases e meta)			
Fase	Percentual de pessoas que usufruem dos mínimos de direitos previstos ou previsíveis		Consequência do seguimento
Inicial	0%	60%	Manutenção ECI
Intermediária	61%	70%	
Consolidação	71%	86%	
Cumprimento de meta	87%	100%	Superação ECI

Fonte: Tabela retirada da Sentença T-765/15,⁴⁵⁵ com adaptações para o português

Assim, conforme se observa na Tabela 5, a Corte determinou que a fase inicial de implementação da política criminal seria considerada superada quando mais de 60% das pessoas detidas no país fossem contempladas pelos mínimos que implicam sua presença na prisão, frente a cada um dos problemas abordados na decisão.

A fase intermediária, por sua vez, entende-se superada quando 61 a 70% da população privada de liberdade tenha acesso a seus direitos fundamentais mínimos durante sua permanência no estabelecimento penitenciário. Por fim, a fase de consolidação da política criminal é considerada atravessada quando 71 a 86% dos presos do país tenha satisfeito seus direitos.

O caráter massivo das violações a direitos fundamentais, por sua vez, é entendido como superado se apenas 14% da população carcerária não usufruir de seus direitos,

⁴⁵⁵ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 117.

devido declarar-se superada a declaração do ECI no sistema penitenciário.⁴⁵⁶ Portanto, percebe-se que a Corte ofereceu um caráter escalonado para analisar a superação ou não do ECI no sistema carcerário, realizando uma intersecção entre o percentual de pessoas presas que usufruem de direitos fundamentais e o esforço das autoridades públicas para a superação do ECI.

Ao lado do caráter massivo, há também o caráter geral,⁴⁵⁷ que indica a violação de direitos de forma ampla, em todo território nacional. De acordo com a T-762/15, há uma violação generalizada de direitos quando em 70% do total dos estabelecimentos penitenciários do país não tenha superado o ECI, nas problemáticas enfrentadas na sentença supramencionada. Por outro lado, somente quando até 30% das unidades prisionais não tenha registrado obstáculos ao cumprimento da meta frente a violação massiva de direitos, entender-se-á que o caráter generalizado foi atravessado.

Mas destaca-se que os 30% de estabelecimentos que não tenha satisfeito os parâmetros mínimos de tratamento digno aos detentos devem ao menos ter cumprido o parâmetro mínimo em relação a todos os sujeitos que tenham especial proteção e estejam presos de forma definitiva ou temporária nas suas instalações. Portanto, somente diante desse quadro será procedida a análise sobre a superação do ECI.⁴⁵⁸

O seguimento também deve identificar os problemas abordados e a determinação dos resultados esperados.⁴⁵⁹ Assim, os indicadores de gestão a partir dos quais é avaliado o resultado devem ser acordados e identificados pelas instituições vinculadas à decisão T-762/15. Porém, a sentença demonstra determinados indicadores de resultado que podem ter impacto direto no acesso a direitos fundamentais pela população privada de liberdade, estabelecendo um parâmetro para a Administração.

Em algumas questões, a Corte determina os fins pontuais que devem ser alcançados, respeitando a política criminal; em outros, deixa a critério do Comitê Interdisciplinar a função de criar tais indicadores, por entender não ter conhecimento na matéria para determinar os indicadores.⁴⁶⁰ Nesse sentido, os resultados permitiriam avaliar o cumprimento e o impacto dos programas ordenados pela decisão, refletindo sobre as

⁴⁵⁶ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 117.

⁴⁵⁷ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 118.

⁴⁵⁸ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 118.

⁴⁵⁹ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 119.

⁴⁶⁰ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 119.

estratégias tomadas e o avanço sobre a superação do ECI.⁴⁶¹ Mas a Corte reitera em sua decisão que os parâmetros não devem ser considerados como obstáculos ao diálogo interinstitucional e estudos técnicos especializados.

Como é possível observar, para alguns indicadores, a Corte detalhou a forma de medição, como, por exemplo, para superação da superpopulação carcerária, das condições e subsistência indignas, relacionadas ao alojamento para descanso noturno e realização de atividades pessoais, da ausência acesso à água, das condições sanitárias precárias, da reclusão conjunta de presos definitivos e provisórios etc.⁴⁶² A avaliação dos avanços para superação do ECI ficou condicionada ao que foi descrito na Tabela 5. Assim, por exemplo, no caso de superpopulação carcerária, entende-se cumprida a meta se mais de 86% das pessoas privadas de liberdade, em 70% dos estabelecimentos penitenciários do país, tiverem a metragem de espaço mínimo satisfeita, seria possível levantar o estado de coisas inconstitucional.⁴⁶³

Em relação aos critérios para os quais a Corte não estabeleceu indicadores, como a demora na análise de execução de penas, substituição de penas e solicitações de liberdade condicional, alimentação, realização de mutirões, impossibilidade de realizar atividades de ressocialização ou redução de penas, foram estabelecidas linhas gerais que deveriam ser seguidas com o fim de superar o ECI. A construção dos indicadores e sua respectiva avaliação em relação aos impactos ficou sob responsabilidade das entidades específicas envolvidas em cada temática a ser trabalhada para sanar a violação de direitos das pessoas privadas de liberdade.

Informes periódicos

A Corte estabeleceu também que as entidades vinculadas à sentença T-762/2015 deveriam informar com periodicidade trimestral, ao Grupo de Seguimento da Defensoria, os avanços, retrocessos e obstáculos para superação do ECI. Por sua vez, a *Defensoría del Pueblo*, a *Procuraduría General de la Nación* e o Ministério da Presidência apresentariam

⁴⁶¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 121 Nesse sentido, a Corte também menciona que “*Para efectos de la consolidación de los parámetros que se establecen a continuación es conveniente aclarar que, ante la ausencia de normas técnicas en muchas de las problemáticas concretas a abordar, la Sala ha acudido a la experticia de organizaciones internacionales, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja, que se han dado a la tarea de construirlas, sin pretender fijar un rango de normas universales al respecto*”.

⁴⁶² Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 109.

⁴⁶³ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 128.

informes semestrais à Sala de Seguimento, para avaliação da Corte sobre seguimento do ECI frente à política criminal.⁴⁶⁴

Medidas gerais propostas

Conforme mencionado anteriormente, a partir da análise do quadro precário do sistema penitenciário, a Corte proferiu diversas medidas a serem adotadas pelas autoridades estatais. Nesse sentido, as medidas gerais para superação do ECI constam no quadro abaixo.⁴⁶⁵

Tabela 6. Medidas judiciais gerais proferidas na T-762/15 e responsáveis pela execução

Medidas ordenadas pela Corte Constitucional colombiana na T-762 de 2015		
Ação relacionada	Remédio Judicial	Responsáveis pela execução da medida judicial
Elaboração de legislação e atos legislativos; e formulação, desenho e implementação da política pública criminal	Observância ao parâmetro constitucional mínimo de respeito aos direitos humanos na elaboração, aprovação e sanção/veto de leis e formulação de políticas públicas na seara criminal.	Congresso, Governo Nacional (por meio do Ministério da Justiça), <i>Fiscalía General de la Nación</i> , Presidente da República e Ministério da Presidência (atualmente conhecido como Departamento Administrativo da Presidência – DAPRE).
	Contar com opinião do Comitê Técnico Científico do Conselho Superior de Política Criminal na elaboração de lei ou atos legislativos que incidam na política criminal.	Congresso
	Criação, implementação e execução de um sistema amplo de penas e medidas alternativas.	Congresso, Governo Nacional e <i>Fiscalía General de la Nación</i>

⁴⁶⁴ Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana, *Sentença T-762*, de 2015, fundamento jurídico 109.

⁴⁶⁵ Para uma análise minuciosa das medidas judiciais proferidas, tanto as gerais, como as ordens particulares e específicas, verificar Anexo II.

Identificação de incoerências e inconsistências na legislação penal e processual penal.	Congresso da República e Ministério da Justiça
Plano integral de programas e atividades de ressocialização.	INPEC, USPEC, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, Departamento Nacional de Planejamento e <i>Consejo Superior de Política Criminal</i>
Cronograma de realização de mutirões e implementação nos estabelecimentos prisionais; e dados sobre as necessidades de informação, ação e gestão que implicam os mutirões jurídicos.	<i>Consejo Superior de la Judicatura</i> e Ministério da Justiça, sob a coordenação da Defensoria
Ajustes dos projetos que estão sendo executados ou implementados às condições mínimas de subsistência digna.	INPEC, USPEC, Ministério da Justiça e Departamento Nacional de Planejamento
Identificação das condições mínimas de subsistência digna para regular cada aspecto da vida carcerária.	Governo Nacional (através dos seus Ministros)
Adequação dos projetos implementados ou executados em relação à criação de novas vagas no sistema prisional, considerando como parâmetro as condições mínimas de subsistência digna.	INPEC, USPEC, Ministério da Justiça e Departamento Nacional de Planejamento
Garantia do cumprimento das condições mínimas de subsistência digna em todos projetos e infraestruturas prisionais.	INPEC, USPEC, Ministério da Justiça e Departamento Nacional de Planejamento
Prestação de saúde adequada dentro do sistema prisional.	INPEC, USPEC, Ministério da Justiça e Departamento Nacional de Planejamento

Discursos e Ideias	Conscientização cidadã sobre os fins do direito penal e da pena privativa de liberdade, e sensibilização sobre a importância do direito à liberdade e reconhecimento das limitações da prisão à ressocialização.	Governo Nacional (por meio do Ministério da Justiça)
Informação	Criação de sistema de informação unificado, sério e confiável.	Ministério da Justiça
	Criação de instância técnica para consolidação de um Sistema de informação sobre a Política Criminal; estabelecimento de mecanismos de incorporação da informação por parte das entidades com ingerência na política criminal, em qualquer de suas fases; desenho dos mecanismos de acesso à informação e valoração e retroalimentação periódica dos resultados do Sistema de Informação, objetivando potencializar seus resultados e solucionar os problemas que possam prejudicar seu desenvolvimento.	Governo Nacional (por meio do Ministério da Justiça)
	Revisão das bases de dados e estatísticas relacionadas à capacidade real dos estabelecimentos de reclusão.	INPEC, USPEC e Ministério da Justiça
	Adequação da página www.politicacriminal.gov.co para a publicidade da informação entre as entidades envolvidas na superação do ECI.	Ministério da Justiça (com a colaboração do Ministério de Tecnologia da Informação e Comunicação)
Recursos	Ações para oferecer maior viabilidade financeira e institucional ao Conselho Nacional de Política Criminal.	Governo Nacional (por meio do Ministério da Justiça)

	Investimentos na criação de vagas e promoção de outros direitos dentro do sistema penitenciário.	USPEC
Participação e seguimento	Criação de comitê interdisciplinar	<i>Defensoría del Pueblo</i>
	Apresentação das circunstâncias que impossibilitam tecnicamente o cumprimento das ordens proferidas na sentença.	Comitê Interdisciplinar
	Análise e cobertura das necessidades das unidades prisionais do país.	Comitê Interdisciplinar
	Articulação de distintas entidades administrativas e diferentes entidades territoriais para o cumprimento da sentença.	Ministério da Presidência (DAPRE)
	Criação do Grupo de Seguimento ao cumprimento das ordens gerais e particulares proferidas na sentença.	<i>Defensoría del Pueblo</i>
	Realização da gestão necessária para o monitoramento da decisão.	<i>Procuraduría General de la Nación</i>
	Estabelecimento de responsabilidades locais e nacionais que decorrem da decisão proferida, no sentido de superar o ECI e estabelecer a participação de todas as entidades envolvidas.	Ministério da Presidência (DAPRE), <i>Defensoría del Pueblo</i> e <i>Procuraduría General de la Nación</i>
	Desenho da estratégia de seguimento ao cumprimento da sentença.	Ministério da Presidência (DAPRE), <i>Defensoría del Pueblo</i> e <i>Procuraduría General de la Nación</i>
	Convite a pessoas físicas ou jurídicas para contribuir com o processo de seguimento.	<i>Defensoría del Pueblo</i>

Fonte: Elaborada por Rebecca Groterhorst a partir a leitura da sentença T-762/15.

Conclusões gerais

Em linhas gerais, observa-se que na decisão T-762, de 2015, a CCC optou por reconhecer e reiterar a existência de um ECI no sistema penitenciário, contrário à Constituição Política Colombiana de 1991 e anteriormente declarado nas sentenças T-388, de 2013, e T-153, de 1998.

Anotou que a reatividade e falta de reflexão da política criminal colombiana, muito influenciada por um populismo penal, contribuiu para a perpetuação da violação massiva de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade, impedindo o caráter ressocializador da pena. Dessa forma, Corte previu medidas para cada caso concreto, mas também estabeleceu medidas gerais, destinadas a resolver toda a situação do país.

Apesar das medidas judiciais ordenadas pela Corte serem detalhadas, contendo prazos e tarefas específicas a cada um dos entes demandados, entende-se que a Corte adotou medidas judiciais dialógicas, que permitiriam o diálogo entre as diversas autoridades públicas para promoção e efetivação de direitos das pessoas privadas de liberdade.

Na sua decisão, a Corte também passou a prever uma Comissão de Seguimento, composta pela *Defensoría del Pueblo*, *Procuraduría* e Ministério da Presidência; outras instituições também poderiam ser convidadas no decorrer do processo de seguimento, que ficaria sob a supervisão da Sala Especial de Seguimento das *Sentenças T-388 de 2013 e T-762 de 2015*, integrada pelos Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Carlos Bernal Polido e pela Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado. Nesse sentido, o processo de seguimento teria como linha matriz a avaliação contínua e o oferecimento de informações sobre os avanços e obstáculos para a superação do ECI.

A novidade da decisão T-762, de 2015, está na preservação da jurisdição da Corte para acompanhar o cumprimento da decisão e na criação de diversos mecanismos de seguimento do processo e critérios para avaliar a superação do ECI no sistema penitenciário, denotando um seguimento marcadamente forte. Além disso, em 14 de junho de 2017, a Sala Plena da Corte Constitucional Colombiana decidiu unificar o seguimento das decisões T-388/13 e T-762/15 para que a intervenção da Corte fosse mais efetiva para superar o ECI no sistema carcerário.

Cumprir mencionar também que a informação pública disponibilizada na página do *Consejo Superior de Política Criminal*⁴⁶⁶ permite com que toda população, seja a que

⁴⁶⁶ Toda informação sobre as sentenças T-388, de 2013; e T-762, de 2015, proferidas pela Corte Constitucional colombiana, estão disponíveis de forma pública no site <http://www.politicacriminal.gov.co/>. Acesso em 03 mar. 2020.

trabalha com o tema de política criminal ou não, possa verificar as ações tomadas pelo poder público no sentido de dar efetividade aos direitos constitucionais. Também a participação da sociedade civil, através de uma Comissão de Seguimento independente, sujeita os atores envolvidos a uma maior responsividade, já que estão sob vigilância de atores externos ao aparato estatal.

A partir da sentença T-762, de 2015, novas medidas foram ordenadas pela Corte, conforme consta nos autos relacionados à decisão. Por meio das informações trazidas no bojo do processo de seguimento, que contava com os informes do Grupo Líder e da Comissão de Seguimento da Sociedade Civil, a Corte seguiu reorientando a elaboração e implementação das políticas públicas destinadas à população carcerária. Nesse sentido, a sentença esteve desde o início em constante elaboração e revisão das ordens, buscando dessa forma garantir e proteger os direitos, e efetivar a Constituição.

3.2.4 Preservação da jurisdição constitucional e seguimento da decisão pela CCC: quais foram os efeitos e o cumprimento da decisão T-762/15?

Ao enfrentar as questões de política criminal na decisão T-762/15, a Corte estabeleceu uma série de medidas administrativas e legislativas a serem observadas pelas autoridades públicas e preservou sua jurisdição para acompanhamento dos avanços e retrocessos no caso, prevendo alguns mecanismos de supervisão.

A Corte Constitucional colombiana já havia desenhado mecanismos de supervisão das ordens proferidas em outras sentenças estruturais, como salas e autos de seguimento, utilizados nas decisões T-025/04 e T-760/08. As salas de seguimento estão constituídas pela sociedade civil, especialistas, interessados na situação objeto da sentença e membros do governo e têm como função analisar os informes apresentados por autoridades, no sentido de verificar os avanços alcançados no cumprimento. Já os autos de seguimento são decisões que a Corte toma a partir das informações prestadas, com o intuito de visibilizar alguma particularidade do processo de execução da sentença, ou demandar respostas do executivo pela implementação defeituosa do que foi ordenado na sentença.⁴⁶⁷

Para a análise do cumprimento e dos resultados alcançados, o processo de seguimento da T-762/15 conta com o apoio das entidades vinculadas à decisão, que enviam periodicamente informes sobre os avanços e obstáculos ao cumprimento, da Sociedade Civil

⁴⁶⁷ OSUNA, Néstor. “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, p. 113.

e de instituições acadêmicas. A Corte é quem decide se o ECI está superado ou não a partir da análise do progresso de proteção efetiva dos direitos.

Até o momento foram enviados 8 (oito) informes,⁴⁶⁸ e proferidos alguns autos de seguimento, que procuraram reorientar as ações das autoridades públicas, com o objetivo de obter resultados na superação do ECI no sistema penitenciário. A primeira audiência pública sobre a questão foi convocada pelo Auto 613 de 2018, e realizada em 25 de outubro de 2018,⁴⁶⁹ no marco do constitucionalismo dialógico. A audiência foi uma oportunidade de trazer as autoridades vinculadas à decisão para discutir os avanços, obstáculos e retrocessos na proteção de direitos das pessoas privadas de liberdade na Colômbia.

Os informes apresentados pelo Grupo Líder, os comentários oferecidos pela Comissão de Seguimento da Sociedade Civil (CSSC) e as audiências públicas permitem com que a Corte avalie a situação do ECI e reorienta as estratégias da decisão T-762/15 através de autos de seguimento, impulsionando outros efeitos para a promoção e garantia de direitos fundamentais à população privada de liberdade. O seguimento, de acordo com entendimento da Corte colombiana, deve se concentrar em resultados, a partir de metas que possam demonstrar os avanços na proteção de direitos.⁴⁷⁰

O cumprimento da sentença T-762/15 e suas limitações

Ainda que a sentença T-762/15 tenha sido cumprida em determinados aspectos, como a criação do Grupo Líder, elaboração de site para disponibilização de informações sobre a política criminal colombiana, entre outras ações, ela apresentou algumas limitações. A movimentação e impulsão das autoridades pode ser observada na medida judicial proferida no Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018.⁴⁷¹ Nessa linha, ao tomar ciência de que o Governo estaria agindo como mero espectador dentro do processo de seguimento, em detrimento de sua função como articulador da política criminal junto às demais instituições, a Corte Constitucional colombiana reorientou as estratégias de envio de informes sobre o cumprimento da sentença T-762/15.

⁴⁶⁸ Os informes se encontram disponíveis no site do *Consejo Superior de Política Criminal*: <http://www.politicacriminal.gov.co/>. Acesso em: 10 ago. 2020. O último foi enviado em 09 de junho de 2020, contendo as linhas bases de atuação frente à Covid-19.

⁴⁶⁹ COLÔMBIA, Corte Constitucional colombiana, *Auto 613*, de 19 de setembro de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁷⁰ COLÔMBIA, Corte Constitucional colombiana, *Auto 373 de 2016*, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁷¹ COLÔMBIA, Corte Constitucional colombiana (CCC), *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamentos jurídicos 38, 39 e 50.

A Corte Constitucional colombiana reafirmou seu papel na orientação do seguimento com a determinação de pautas às entidades responsáveis pelo cumprimento e supervisão das ordens determinadas; na adoção de medidas para desbloquear as inércias administrativas, normativas e orçamentárias; e na verificação do impacto da política pública na fruição de direitos e superação do ECI.⁴⁷²

As limitações no cumprimento foram verificadas por meio da constatação de ausência de estratégia de superação do ECI. Assim, ainda que os informes apresentados pelas entidades tenham demonstrado esforços de coordenação interinstitucional, eles apresentam certas limitações para o cumprimento das ordens proferidas no âmbito da T-762/15.

Em relação aos programas de ressocialização,⁴⁷³ a Sala de Seguimento entendeu que a ausência de informações disponíveis na matéria impede revelar o impacto dos programas atuais e no futuro. Portanto, seria necessária a elaboração de linhas claras sobre mecanismos de ressocialização definidos por lei. A questão da infraestrutura das unidades prisionais também não contava, conforme a Sala de Seguimento,⁴⁷⁴ com uma orientação base para reconhecer a capacidade dos centros penitenciários e nem um critério mínimo de habitabilidade a ser garantido nos centros de reclusão. O seguimento passivo e reativo por parte do grupo líder do seguimento em relação a essa temática também foi considerado como uma barreira na promoção de direitos e superação do ECI em matéria carcerária.

No que se refere a direitos sociais básicos, como alimentação e saúde,⁴⁷⁵ a Sala de Seguimento constatou dificuldades na promoção destes direitos. As deficiências na prestação de serviços relacionados à alimentação são notadas quando as unidades prisionais não contam com instalações adequadas e os alimentos acabam por ser armazenados em condições inadequadas, o que prejudica sua qualidade. Como não haveria previsão de melhorias em um curto prazo, a Corte Constitucional entendeu a necessidade de construção de norma técnica e indicadores da fruição de direitos conforme os mínimos constitucionalmente garantidos.

A promoção do direito à saúde também apresentou dificuldades para o cumprimento. Assim, apesar de ter sido um direito amparado por *acciones de tutela*, ou seja, através de ações individuais, não é possível constatar a garantia plena de deste direito fundamental à coletividade que se encontra dentro das unidades do sistema prisional. Mas neste caso, é

⁴⁷² Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento jurídico 16.

⁴⁷³ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento jurídico 71.

⁴⁷⁴ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamentos jurídicos 81-82.

⁴⁷⁵ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamentos jurídicos 88-91; e 101-104.

importante mencionar que o Grupo líder tem realizado a medição do impacto das ações através de indicadores que permitem medir objetivos em relação à saúde penitenciária. Por outro lado, não se precisa em que medida esses indicadores definidos como matriz contribuem ao processo de seguimento na sentença T-762/15, nem à superação do ECI em relação à saúde.

Já no que se relaciona aos serviços públicos estabelecidos dentro das unidades, percebe-se que apesar do INPEC e da USPEC terem realizado atividades relevantes para o seguimento, os informes enviados não permitem encontrar produtos concretos que permitam avaliar os resultados da gestão realizadas pelas entidades, sendo necessária a elaboração de critérios do seguimento.⁴⁷⁶ Também em relação à administração pública e da justiça há distintos problemas para os quais não se tem informação suficiente no sentido de avaliar os resultados e nem o impacto na fruição de direitos.⁴⁷⁷

A Sala de Seguimento da T-762/15 constatou então que “apesar dos avanços na gestão da administração e dos órgãos de controle para formular e consolidar a estratégia de seguimento ao ECI em matéria carcerária e penitenciária, ela apresenta limitações e vazios até este ponto” (tradução livre).⁴⁷⁸ Portanto, constata-se que a sentença T-762/15 não foi cumprida em toda sua totalidade, apresentando limitações que deveriam ser superadas. Isso não significa, de outro lado, que não tenham sido notados outros efeitos desta decisão.

Efeitos de desestabilização da inércia estatal

A Corte Constitucional Colombiana, por meio da decisão tomada na sentença T-762/15, entendeu que as falhas estruturais da política pública criminal estavam relacionadas não apenas à inércia das instituições, mas a uma ausência de coordenação entre essas autoridades. As deficiências das políticas públicas na seara criminal, como observou a Corte, estavam relacionadas à desenhos e planos insuficientes para atender aos direitos do grupo afetado.

Portanto, ao manter a jurisdição para acompanhamento e vigilância de suas ordens, a Corte Constitucional tem orientado e revisado as estratégias de seguimento, iluminando pautas dentro do sistema penitenciário que merecem cuidado e atenção. No decorrer do processo de seguimento e com base nos informes apresentados pelo Grupo Líder e pela

⁴⁷⁶ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento jurídico 124.

⁴⁷⁷ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento jurídico 137.

⁴⁷⁸ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento jurídico 139.

Comissão da Sociedade Civil, ela tem adotado novas medidas para desbloquear as instâncias burocráticas, com o objetivo de superar a violação de direitos.

Dessa forma, por meio do Auto 121, de fevereiro de 2018,⁴⁷⁹ a Corte Constitucional colombiana determinou que o Governo enviase um informe semestral e que, em seguida, os órgãos de controle (*Defensoría del Pueblo* e *Procuraduría General de la Nación*) apresentassem um informe sobre as ações empreendidas no bojo do seguimento, pronunciando-se em relação às informações prestadas pelo Governo. Isso permitiria potencializar os papéis de cada entidade em conformidade com suas competências constitucionais.

Portanto, percebe-se que a Corte Constitucional colombiana rompeu com a inércia institucional na T-762/15 para promover ações, articulações e diálogos institucionais no sentido de superar as violações apontadas no âmbito desta decisão. Atualmente os informes seguem sendo apresentados de forma semestral, da forma estipulada pela Corte no Auto 121, de 2018.

Questão carcerária como problema de direitos humanos e política criminal

É possível observar que, por meio de sua decisão, a Corte conseguiu dar força à questão da violação massiva e generalizada dentro do sistema prisional como um problema não apenas de infraestrutura, mas sim de construção de uma política criminal incoerente e reativa. A criação do Grupo Líder, conformado pela *Defensoría del Pueblo*, *Procuraduría General de la Nación* e DAPRE, para auxiliar no cumprimento e seguimento da decisão, tornou a questão do ECI no sistema penitenciário como um problema que diversas autoridades públicas devem trabalhar em conjunto para resolver.

Assim, a Sala Especial de Seguimento reconhece as vitórias do seguimento em relação à visualização do problema e coordenação de esforços, mas também aponta que existiram vazios e limitações no seguimento proposto inicialmente.⁴⁸⁰

Avaliação de resultados no acesso à direitos por meio do processo de seguimento

Ao diferenciar o cumprimento do seguimento,⁴⁸¹ a Corte afirmou que o seguimento da estratégia de superação do ECI transcende o cumprimento das ordens da sentença e passa

⁴⁷⁹ COLÔMBIA, Corte Constitucional colombiana (CCC), *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁸⁰ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, CCC, fundamento jurídico 45.

⁴⁸¹ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, CCC, fundamentos jurídicos 10-12.

a avaliar o fenômeno inconstitucional constatado a partir do acesso efetivo aos direitos fundamentais por parte dos afetados. Trata-se de analisar os resultados das medidas empreendidas pelas distintas autoridades vinculadas na ação e verificar os avanços na proteção de direitos.

Ainda neste quesito, a Corte Constitucional colombiana reconhece, de outro lado, que não é responsável pela política pública, mas apenas identifica formas de restabelecimento de direitos fundamentais; e que não é infalível, o que demanda o exercício do diálogo e avaliação de resultados no acesso efetivo aos direitos fundamentais.⁴⁸² Nessa linha, ao delegar o seguimento da decisão ao Grupo Líder, a Corte permitiu o início de um diálogo interinstitucional entre as instituições, o que também impulsionou um dinamismo na elaboração de estratégias para superação do ECI.

Os autos proferidos no âmbito do ECI do sistema penitenciário demonstram esse dinamismo e a reorientação nas estratégias para superação do ECI. Nesse sentido, os Autos 121 e 141 são considerados alguns dos mais importantes entre os inúmeros autos elaborados pela Corte no processo de seguimento da T-762/15. O Auto 121, de fevereiro de 2018, foi elaborado com o objetivo de analisar a estratégia de seguimento das sentenças T-388/13 e T-762/15, e verificou a necessidade de reorientação das medidas propostas. Já o Auto 141, de março de 2019, teve como objetivo estabelecer a necessidade de um prazo para a entrega de indicadores e a busca do diálogo e consenso entre as entidades vinculadas ao seguimento da superação do ECI do sistema penitenciário.

As entidades vinculadas às sentenças T-388 de 2013 e T-762 de 2015 reportaram, por meio de seus informes e na audiência pública realizada, limitações nas estratégias de superação do ECI, apontando a falta de indicadores de fruição de direitos da população privada de liberdade que permitam elaborar um diagnóstico dos avanços e avaliar se as estratégias do Governo são idôneas para superação do ECI, além de outras dificuldades relacionadas a qualidade e acesso à informação administrada por algumas entidades.

A Corte Constitucional também identificou algumas limitações do seguimento. Para a Sala Especial da Corte, algumas limitações ao seguimento das sentenças são identificadas pela (i) falta de um olhar sistêmico da situação do sistema penitenciário, constituindo um obstáculo na elaboração de uma estratégia geral de superação do ECI;⁴⁸³ (ii) orientação

⁴⁸² Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121, de 22 de fevereiro de 2018*, CCC, fundamento jurídico 50.

⁴⁸³ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121 de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento jurídico 31. Nesse sentido, o foco aos centros de reclusão sobre os quais se emitiram as ordens particulares em cada uma das sentenças, o que impede a construção de uma estratégia geral para superar o ECI.

exclusiva à dos informes apresentados e ausência de condições mínimas para o seguimento, o que demanda a consolidação de uma orientação base através da construção de norma técnica para avaliar os avanços na questão; (iii) falta de provas que permitam obter conclusões sobre os avanços ou retrocessos na matéria de proteção de direitos e seu respectivo impacto; (iv) debilidades na articulação institucional da Presidência da República, que atua como um mero espectador ante as demais instituições; (v) seguimento reativo, não sendo o Grupo Líder compreendido pelas demais instituições como um órgão de seguimento, promoção e orientação; (vi) falta de articulação com a academia e organizações da sociedade civil; (vii) falta de atenção ao parâmetro constitucional mínimo de respeito aos direitos humanos na elaboração de leis ou atos legislativos que incidam na política criminal.⁴⁸⁴

Nesse sentido, a partir do Auto 121 de 2018, a Corte reiterou que o ECI em matéria carcerária deveria ser feito pelos mínimos constitucionalmente garantidos, conforme diretrizes das sentenças T-388/13 e T-762/15, o que implicaria um dinamismo na estratégia de superação e diálogo interinstitucional permanente.⁴⁸⁵ A Corte previu a necessidade de contar dentro do processo de seguimento com a base de dados e normas técnicas com indicadores do acesso a direitos, orientação base, e definição dos indicadores. Esses seriam os pressupostos que permitiram avaliar a superação do ECI em cada um dos aspectos apontados na sentença T-762/15.

O Auto 141, de 26 de março de 2019,⁴⁸⁶ também é entendido como uma decisão muito importante em razão de reconhecimento da Corte sobre a falta de clareza em relação (i) à validação e implementação das normas técnicas entregues como anexo ao IV Informe de Seguimento; (ii) à consideração das normas técnicas e os parâmetros mínimos constitucionalmente assegurados na revisão dos indicadores pelo Governo; e (iii) ao prazo de entrega dos indicadores definitivos. Nesse sentido, a Corte afirmou que a incerteza sobre a entrega dos indicadores afetaria a expectativa de proteção dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade e, portanto, resultados positivos da decisão tomada no âmbito da T-765/15.

Neste Auto 141 de 2019, a Corte Constitucional demonstrou ainda a preocupação em relação ao dissenso relatado pelas organizações do Comitê Interdisciplinar em relação ao cronograma e implementação de avaliação dos indicadores. A desarticulação institucional não poderia se tornar um novo bloqueio para a construção de indicadores.

⁴⁸⁴ Todas as informações foram anotadas do Auto 121 de 2008, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁸⁵ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121 de 22 de fevereiro de 2018*, fundamento 14.

⁴⁸⁶ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 141 de 2019*, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, Fundamento jurídico 7.

Nessa linha, a Corte Constitucional colombiana ordenou a superação dos desencontros entre os líderes do Comitê Interdisciplinar (Defensoria e Ministério da Justiça), e determinou um prazo para entrega dos indicadores de seguimento do ECI em matéria penitenciária e carcerária e das tarefas concretas a serem executadas por cada parte vinculada à decisão.⁴⁸⁷ Solicitou também ao Ministério da Justiça e Direito e à Defensoria, enquanto líderes do Comitê Interdisciplinar, a elaboração de normas técnicas sobre privação de liberdade, as quais deveriam ser entregues à Corte até junho de 2019.

A Corte Constitucional colombiana também determinou que o desenho dos indicadores deveria obedecer às considerações da sentença T-762 de 2015 e do auto 121 de 2018, para que a medição pudesse ser compreendida em sua totalidade e para que sua avaliação seja aceitável. Destacou a necessidade do consenso entre instituições líderes do Comitê Interdisciplinar e o cumprimento do ordenado no Auto 121 de 2018 e na estratégia de superação do ECI.⁴⁸⁸

O último informe, apresentado em junho de 2020,⁴⁸⁹ porém, apresenta alguns avanços e retrocessos na matéria relacionada ao direito à alimentação e à saúde, às melhorias na infraestrutura, aos serviços públicos e ao acesso à administração de justiça, identificando também as dificuldades na promoção e garantia de direitos violados.

Percebe-se, portanto, que o seguimento não tem sido uma atitude meramente formalista, mas a informação que é enviada pelas instituições vinculadas à T-762/15 e que é recebida pela Corte Constitucional no bojo do processo permite com que as estratégias de implementação da decisão sejam reavaliadas e reorientada. A Corte assume um papel de coordenação das instituições para um consenso na construção de soluções para as questões enfrentadas.

Parte da doutrina chega a mencionar que a sentença T-762, de 2015, teve como efeito principal a consolidação de um complexo sistema de seguimento, no qual não somente participam as entidades responsáveis pela coordenação da política criminal colombiana, mas também as entidades responsáveis pelo controle do sistema carcerário.⁴⁹⁰ Porém, apesar dos esforços no processo de seguimento, ainda não se nota um real impacto na melhoria das condições das pessoas encarceradas.

⁴⁸⁷ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 141 de 2019*, fundamento jurídico 14.

⁴⁸⁸ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 141 de 2019*, fundamento jurídico 15.

⁴⁸⁹ COLÔMBIA. Presidência da República. *Oitavo Informe de Seguimento do ECI do Sistema Penitenciário e Carcerário Colombiano*, 09 jun. 2020, p. 7-9. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/>

⁴⁹⁰ ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. “Constitución y Cárcel”, p. 650.

Desenvolvimento de indicadores para superação do ECI no sistema carcerário

A sentença T-762/15 não teve efeitos imediatos no desenho da política pública criminal nacional, nem mesmo a reforma da política criminal foi realizada até o presente momento. Os índices de superpopulação carcerária seguem altos, mas alguns avanços e obstáculos podem ser observados por meio dos informes e autos de seguimento apresentados no âmbito da sentença T-762/15 e informações prestadas no âmbito da audiência pública realizada.

Tabela 7. Índice de superlotação carcerária na Colômbia (comparação 2015-2020)

Informação de População Privada de Liberdade				
	Dezembro/2015		Março/2020	
Capacidade	77.953		80.763	
População Prisional	121.318		121.930	
	Condenados	Acusados	Condenados	Acusados
Homens	74.249	38.134	79.195	34.079
Mulheres	5.483	2.810	5.506	2.709
Total	79.732	40.944	84.701	36.788
Superpopulação carcerária	43.365		41.167	
Porcentagem de superpopulação carcerária	55,63%		50,97%	
Quantidade de estabelecimentos prisionais superlotados	114		115	

Fonte: Dados estatísticos retirados do site do INPEC, traduzidos e adaptados para o português⁴⁹¹

⁴⁹¹ INPEC. Disponível em: <http://www.inpec.gov.co/pt/estadisticas-/tableros-estadisticos>. Acesso em: 15 mar. 2020.

Como é possível observar na Tabela 7, em dezembro de 2015, a população privada de liberdade girava em torno de 121.318 pessoas, e a capacidade do sistema prisional colombiano era de 77.953 pessoas. O índice de superlotação carcerária, dessa forma, era de 55,63%. De outro lado, dados de março de 2020 apontam que a população carcerária é de 121.930 pessoas, e a capacidade de 80.763 pessoas. O índice de superlotação é de 50,97%. Nesta toada, apesar da construção de novas vagas no sistema penitenciário, a população carcerária praticamente não diminuiu se comparada a 2015, mas segue estável há alguns anos, conforme dados disponíveis do INPEC.

Os autos de seguimento permitiram o desenvolvimento e a entrega de documentos, três especificamente, contendo uma bateria de indicadores com relação acesso à administração pública e à justiça, à alimentação e à saúde. Em linhas gerais, foram elaborados ao todo 109 indicadores de resultado, divididos em 07 (sete) eixos estruturais (acesso à administração pública e justiça, direito à alimentação, direito à saúde, infraestrutura carcerária, serviços públicos domiciliares, ressocialização e política criminal).⁴⁹²

Os indicadores de resultado se baseiam no mínimo constitucionalmente exigido, contando com descrição, objetivos, justificativa, formas de medição, resultado desejado e os responsáveis pela execução das tarefas.⁴⁹³ Como os dados são recentes, não se sabe ainda como têm sido utilizados, o que será muito interessante verificar em pesquisas posteriores, até mesmo com o objetivo de analisar de os indicadores funcionaram e se podem servir como réplica – com as devidas adaptações - em outros países que contam com sistemas deficitários.

Conclui-se que a Corte Constitucional permitiu, por meio da preservação da sua jurisdição e reorientação das estratégias determinadas, a criação de parâmetros para medir a garantia de direitos no sistema penitenciário e, em particular, para medição da superlotação. Através dos parâmetros estabelecidos, permite-se determinar em que momento é possível superar o estado de coisas inconstitucional. Portanto, percebe-se que, através dos informes e autos de seguimento, foi possível a construção de normas técnicas e indicadores associados para superar o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário.

As ordens determinadas na sentença T-762/15 além de solicitarem a criação de um sistema público de informação único da política criminal, defenderam os parâmetros

⁴⁹² COLÔMBIA. Presidência da República. *Oitavo Informe de Seguimento do ECI do Sistema Penitenciário e Carcerário Colombiano*, 09 jun. 2020, p. 77. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/>.

⁴⁹³ A Corte determinou no Auto 121 de 2018, que “la ficha técnica del indicador debe incluir, no solo su objetivo, su metodología de medición y su fórmula de cálculo sino que, además, debe señalar claramente el mínimo constitucionalmente asegurable del que da cuenta y debe estar disponible para su controversia por parte de las entidades y personas interesadas en el seguimiento” .

mínimos constitucionais para garantia de direitos das pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, é possível observar que as informações sobre política criminal e ações tomadas no âmbito da T-762/15, bem como os informes estão disponíveis de maneira pública no site www.politicacriminal.gov.co.

Ainda, em 2019, o Ministério da Justiça, em coordenação com o INPEC e a USPEC, delineou um Plano de Transformação e Humanização do Sistema Carcerário na Colômbia, em resposta aos múltiplos problemas apontados pela Corte e buscando solucionar a questão do sistema carcerário, o que já era inclusive previsto nas medidas judiciais gerais proferidas na T-762/15.

Prestação de contas em relação a avanços e retrocessos no sistema penitenciário

No processo de seguimento, como mencionado anteriormente, foram enviados 8 (informes) informes do Grupo Líder até o presente momento, contendo informação para avaliar se a Corte precisa reorientar as estratégias. Os informes trazem basicamente as informações sobre os avanços e obstáculos para satisfazer os direitos das pessoas privadas de liberdade, buscando demonstrar os esforços realizados pelas entidades vinculadas à decisão T-762/15 para superar o ECI.

O Primeiro Informe semestral de seguimento à sentença T-762 de 2015 foi entregue pelo Grupo Líder em 9 de dezembro de 2016⁴⁹⁴, apontando os avanços, retrocessos e obstáculos para o cumprimento das ordens determinadas pelas Corte. Para a elaboração deste informe, as autoridades vinculadas à decisão, enviaram ao Grupo Líder do Seguimento informes individuais com as ações realizadas até então para o cumprimento da sentença. Nele constam as estratégias do Grupo Líder do Seguimento, o informe do governo nacional para a superação do ECI, a execução de ações da *Procuradoría General de la Nación*, e execução de ações da *Defensoría del Pueblo*.

Já o penúltimo informe, apresentado em dezembro de 2019, demonstra alguns avanços em relação ao primeiro informe, como o desenvolvimento de um Plano Nacional de Política Criminal, cujas orientações base ainda se encontram em discussão e aprovação por parte do Comitê Técnico do *Consejo Superior de Política Criminal*. Até meados de 2020, o plano estaria elaborado, com as ações e responsabilidades institucionais para a execução e orçamento para garantir sua execução. Como o próprio relatório aponta, a ideia é gerar uma

⁴⁹⁴ COLÔMBIA. Presidência da República. *Primeiro Informe de Seguimento do ECI do Sistema Penitenciário e Carcerário colombiano*, 09 dez. 2016. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/Sentencia-T-762-de-2015>. Acesso em 12 fev. 2020.

articulação interinstitucional na construção da política pública, com esforços conjuntos e resposta do Estado no âmbito da política criminal.⁴⁹⁵

Em consulta ao Oitavo Informe entregue em junho de 2020, consta que o Plano Nacional de Política Criminal se encontra em revisão. Conforme informações do governo nacional, foram feitos alguns ajustes no documento e reuniões para a construção de um plano de ação e há uma previsão de que esteja pronto até o final de 2020.⁴⁹⁶ Por outro lado, neste último informe é possível constatar diversos projetos de lei que criam tipos penais ou aumentam o tempo de pena privativa de liberdade para certos delitos. Estes projetos devem ser discutidos previamente com o Comitê Técnico de Política Criminal, responsável por confrontar tais projetos com dados de pesquisas científicas sobre o tema. Claramente que, em caso de aprovação dos projetos em trâmite, haverá um possível agravamento do quadro dramático do sistema penitenciário colombiano.

Nesse sentido, observa-se que os informes são uma forma de oferecer informações ao processo de seguimento e dar mais transparência às ações das autoridades vinculadas à decisão. Em todos os informes é possível consultar as estratégias no âmbito da política criminal, sensibilização e informação para conscientização cidadã em relação à política criminal, avanços nos mínimos constitucionalmente exigidos, infraestrutura e promoção de direitos sociais como alimentação e saúde dentro das unidades prisionais.

Os informes oferecem transparência das ações realizadas pelas autoridades sociais e permitem um controle social no âmbito de uma temática que sofre resistência em razão dos altos custos políticos que enfrenta. Portanto, as informações públicas permitem compreender e refletir sobre a articulação e diálogos interinstitucionais na construção da política criminal; além de analisar se o parâmetro constitucional de respeito aos direitos humanos tem sido observado na elaboração de projetos de lei e desenho e formulação de políticas públicas.

Efeito participativo

O efeito participativo da sentença é observado na medida em que o processo judicial e as políticas públicas contam com autoridades governamentais e organizações não governamentais. A participação de instituições não governamentais foi impulsionada a partir do Auto 121 de 2018. Porém, a ausência de instituições acadêmicas que possam contribuir

⁴⁹⁵ COLÔMBIA. Presidência da República. *Sétimo informe de Seguimento do ECI do Sistema Penitenciário e Carcerário colombiano*, 09 dez. 2019. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/Sentencia-T-762-de-2015>. Acesso em 12 fev. 2020.

⁴⁹⁶ COLÔMBIA. Presidência da República. *Oitavo Informe de Seguimento do ECI do Sistema Penitenciário e Carcerário Colombiano*, 09 jun. 2020, p. 7-9. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/>.

nas reflexões sobre política criminal e oferecer propostas alternativas para solucionar o grave problema de violação de direitos no sistema penitenciário ainda é percebida.

Esse espaço de diálogo entre distintos atores é visto como essencial na construção da política pública e alcance de seus objetivos, especialmente no que se relaciona a uma transformação na situação do grupo afetado. Inclusive, no que se refere à produção de informações, conforme está descrito no último informe, de 2020,⁴⁹⁷ o Ministério da Justiça e de Direito e a Universidade Nacional da Colômbia realizaram uma parceria interinstitucional com o objetivo de desenvolver uma estratégia pedagógica para a sensibilização e conscientização cidadã a respeito da política criminal, buscando transformar os paradigmas sociais e institucionais sobre as finalidades do direito penal.

Uma Comissão de Seguimento da Sociedade Civil (CSSC) também foi criada para acompanhar a sentença T-388/13, realizando o monitoramento da sentença T-762/15. Esta Comissão, formada em 09 de junho de 2015, por iniciativa de diversas pessoas e organizações que possuíam interesse na temática do sistema penitenciário,⁴⁹⁸ tem como objetivo principal contribuir com a CCC na efetivação de direitos vulnerados pelo ECI do sistema penitenciário, realizando um verdadeiro controle social da decisão e da política pública criminal.

Com a unificação do seguimento das sentenças T-388 de 2013 e T-762 de 2015, essa Comissão da Sociedade Civil passou a monitorar os avanços das duas decisões da Corte sobre sistema penitenciário. Através de seus informes,⁴⁹⁹ a CSSC trouxe elementos para contribuir no avanço de políticas estatais e institucionais coerentes com os direitos humanos no que tange à matéria criminal e penitenciária. Ela ficou com a responsabilidade de realizar comentários sobre os materiais produzidos pelas instituições públicas em relação aos avanços das questões discutidas sobre o sistema penitenciário, através da elaboração de um diagnóstico sobre os problemas enfrentados e a proposição de diversas recomendações para a solução deles.

Portanto, percebe-se que a Corte convidou as organizações da sociedade civil para fazer parte do seguimento da decisão T-762/15, instando instituições acadêmicas de todo

⁴⁹⁷ COLÔMBIA. Presidência da República. *Oitavo Informe de Seguimento do ECI do Sistema Penitenciário e Carcerário Colombiano*, 09 jun. 2020, p. 11-14. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/>.

⁴⁹⁸ COLÔMBIA. Comissão de Seguimento da Sociedade Civil. Informações sobre a Comissão de Seguimento disponíveis em:

https://www.humanas.org.co/alfa/61__Comision-de-seguimiento-T-388-/-13-e-informes.html. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁴⁹⁹ Cf. Primeiro Informe apresentado em relação à sentença T-388/13, p. 3. Disponível em: <http://www.politicacriminal.gov.co/>. Acesso em 03 mar. 2020.

país a tomarem conhecimento do processo e a colaborarem. Isso permitiu a atuação e participação das organizações da sociedade civil no decorrer do processo de seguimento. Ainda, como a Comissão de Seguimento da Sociedade Civil foi composta por organizações da sociedade civil que atuam com distintas temáticas, seria possível intercambiar informações para contribuir com a execução da sentença.

Como é possível notar dos informes prestados pela sociedade civil, não houve um verdadeiro diálogo com as autoridades públicas, mas sim uma supervisão de suas ações para alcançar o resultado esperado. A sociedade civil organizada, porém, funciona como um verdadeiro órgão de controle sobre as ações das autoridades estatais.

Conclusões gerais

Em relação ao efetivo acesso aos direitos previstos na sentença, é importante observar que nos autos de seguimento, informes e audiência pública foram relatados alguns avanços na gestão. No entanto, no acesso a direitos ainda há inúmeros obstáculos, persistindo ainda a superlotação no sistema carcerário.

Nesse sentido, a superpopulação no sistema penitenciário seria entendida ainda como uma profunda violação de direitos desse grupo vulnerável, causando graves consequências no exercício e acesso dos demais direitos, como educação, trabalho, alimentação etc. O mínimo de 87% da população carcerária ainda não conta com acesso a seus direitos, conforme havia previsto a sentença T-762/15 para que o ECI fosse configurado.

Os indicadores de acesso a direitos construídos pelas burocracias estatais, a partir do determinado na sentença T-762/15 e nos autos do processo de seguimento podem servir como parâmetro para o alcance aos mínimos constitucionalmente assegurados e melhorar as condições das pessoas encarceradas. Em razão dos indicadores serem recentes, ainda não há resultados visíveis e nem que possam ser demonstrados na presente pesquisa, exigindo estudos posteriores para avaliação se de fato promoveram alguma mudança nas condições e no acesso a direitos da população penitenciária.

Por outro lado, a preservação da jurisdição constitucional e o monitoramento do cumprimento das medidas ordenadas, em colaboração com diversas entidades governamentais e não-governamentais, permitiu com que a Corte exercesse a função de coordenadora institucional. A preservação da jurisdição, a promoção de diálogos entre distintos atores vinculados à decisão e os mecanismos de monitoramento têm permitido avaliar os avanços e retrocessos no decorrer da decisão T-762/15.

Ainda, compreende-se que as avaliações contínuas dos avanços e obstáculos encontrados para superação deste problema estrutural no sistema penitenciário colombiano, representavam – e ainda representam – um intenso processo de avaliação e reformulação das medidas propostas na T-762/15. Para além disso, é um processo cíclico de desestabilização da inércia estatal e mobilização das instituições para o cumprimento da decisão através da elaboração de políticas públicas coerentes com os direitos humanos. A Corte Constitucional tem assumido, através do processo de seguimento, uma coordenação das ações e um controle no sentido da efetivação de direitos de um grupo altamente estigmatizado.

O cumprimento das medidas ainda é relativamente moderado, muito em razão da resistência ao cumprimento por algumas instituições, demandando esse acompanhamento próximo da Corte. Os resultados alcançados também não foram capazes de promover efetivamente o acesso efetivo a direitos, restando diversos obstáculos no caminho. Talvez a criação de indicadores e o plano de transformação e humanização do sistema penitenciário na Colômbia, que entraram em prática de forma recente, possam trazer mais reflexões sobre a questão das pessoas privadas de liberdade e uma mudança de paradigma na questão.

Tabela 8. Sumário do cumprimento e impacto da sentença T-762 de 2015

Sentença T-762, de 2015, Corte Constitucional da Colômbia	
Principais variáveis	Referência a outras decisões estruturais sobre temáticas distintas; terceira vez que enfrenta a questão de violação de direitos no sistema penitenciário; sentença aberta e dialógica; determinação clara de órgãos envolvidos com o seguimento e o cumprimento das medidas solicitadas na decisão; determinação de metas a serem cumpridas; reorientação da estratégia ao longo do processo; participação da sociedade civil; informação pública e periódica sobre os avanços e retrocessos no acesso a direitos.
Análise dos efeitos	A decisão na T-762 de 2015 permitiu com que a informação sobre o sistema carcerário fosse de acesso público, iluminando o debate sobre o problema de superlotação e violação de direitos. A transparência da informação traz consigo uma prestação de contas pública por parte das autoridades estatais envolvidas com a questão. Ainda que existam projetos de lei tramitando no Legislativo que buscam reformar a legislação penal e processual penal, o Conselho Superior de Política Criminal tem adotado o conceito de projetos “favoráveis” e “desfavoráveis” em sua análise sobre os parâmetros constitucionais mínimos em respeito aos direitos humanos. Dessa forma, busca uma maior coerência legislativa para projetos no campo

	<p>de política criminal. Além disso, foi elaborado um plano de “Humanização e Transformação do Sistema Carcerário na Colômbia”.</p> <p>A criação do Grupo Líder, com envolvimento de autoridades públicas, ao lado da Comissão de Seguimento da Sociedade Civil da sentença T-388 de 2013, permite com que a Corte revise e reorienta as estratégias planejadas inicialmente, buscando trazer maiores resultados no acesso e exercício de direitos da população privada de liberdade.</p>
Análise dos balanços dos custos	<p>A Corte Constitucional colombiana não parece ter exercido uma postura contida frente ao princípio de separação de poderes. Os custos impostos estão relacionados à participação das autoridades públicas no processo de seguimento, com o envio periódico de informações sobre os avanços e obstáculos na efetivação de direitos, bem como participação em espaços de audiências públicas.</p> <p>Por outro lado, a Corte não impõe diretamente a alocação de recursos financeiros para satisfação da demanda, deixando a decisão sob responsabilidades dos <i>policy makers</i>. Porém, está claro que a demanda relativa a sistema penitenciário envolve custos financeiros, normativos e políticos. Ao lado disso, o tamanho do grupo demandante, com suas inúmeras especificidades deve ser considerado, trazendo complexidades para trabalhar com a questão.</p>
Cumprimento	<p>As organizações responsáveis pela implementação de ações e construção de indicadores para verificar a promoção de direitos de pessoas encarceradas seguem com dissenso e a Corte Constitucional verificou diversas limitações ao seguimento das ordens previstas na Sentença T-762/15.</p>
Impacto	<p>Mesmo diante do dissenso e das condições desfavoráveis, as autoridades públicas seguem em diálogo em razão das ordens da Corte, no bojo do processo de seguimento da decisão T-762/15. As instituições buscam encontrar soluções para a concretização de políticas públicas que possam ter resultado no acesso a direitos da população carcerária.</p> <p>O ECI não foi superado nem em sua primeira etapa, não havendo de fato o acesso a direitos e mudança substancial na situação das pessoas presas. No quesito superlotação, como é possível observar, apesar de contarem com novas vagas, o número de condenados e encarcerados segue alto, apesar de ter se estabilizado nos últimos anos. A melhoria nas condições de reclusão, em especial ao acesso à direitos fundamentais e sociais básicos, não foi notada.</p> <p>De todo modo, os indicadores de resultado, levando em consideração o acesso a direitos constitucionais mínimos exigíveis, podem trazer reflexões importantes sobre os avanços e retrocessos relacionados ao ECI em matéria carcerária e o acesso efetivo a direitos pelas pessoas presas.</p>
Conclusões gerais	<p>Há ainda um alto índice de superlotação no sistema penitenciário colombiano, o que leva a violação de inúmeros direitos fundamentais.</p>

	<p>A reforma da política criminal, tão mencionada na decisão T-762/15, não foi ainda realizada, apesar de haver notícias de um plano de reforma criminal voltado à humanização.</p> <p>A criação de indicadores de resultado, em 2019, para avaliação dos avanços dos mínimos constitucionalmente assegurados para pessoas privadas de liberdade pode ter impactos positivos ao permitir olhar para o problema de forma sistêmica e apontando as incoerências legislativas com dados empíricos. Porém, não é possível avaliar atualmente seu impacto na prática, uma vez que a medição dos resultados foi iniciada recentemente e não conta ainda com resultados disponíveis.</p> <p>Neste caso, ainda que não seja possível enquadrar totalmente a sentença T-762/15 como litígio de “soma positiva”, pode-se mencionar que ela teve impactos e efeitos positivos em algumas questões, proporcionando movimento na burocracia estatal no sentido de superar a inércia quanto à construção de soluções para a falha estrutural do sistema carcerário.</p>
--	---

Fonte: Elaborada por Rebecca Groterhorst, a partir da análise da sentença T-762 de 2015.

Capítulo 4 – Cortes Constitucionais e transformação social: estratégias para maximização da implementação e avaliação do impacto de decisões transformadoras

1 Diálogo jurisprudencial entre Brasil e Colômbia na busca de transformação social: As salas dos tribunais como ponto de partida?

Ao analisar as sentenças estruturais proferidas pela CCC e pelo STF, é possível perceber grandes diferenças entre elas, muito em razão das autoridades públicas envolvidas, incluindo participação da sociedade civil e instituições acadêmicas, e do monitoramento em relação ao cumprimento da decisão e respectivos impactos.

Cumprir salientar que, para além do conteúdo da sentença, a análise de dados empíricos permitiu observar que o ativismo judicial colombiano em relação ao sistema penitenciário promoveu efeitos para além das consequências diretas e materiais, cuja observação foi possível por meio da análise documental disponível tanto no site da Corte Constitucional colombiana quanto no site do Governo Nacional, e outras pesquisas realizadas sobre o tema.

Nessa linha, é importante destacar que a CCC se deparou com a questão do estado de coisas inconstitucional sobre a matéria do sistema penitenciário em três oportunidades. Essa informação é essencial porque, na medida em que a Corte é demandada a resolver questões similares, há um conhecimento acumulado de estratégias bem-sucedidas. Assim, o acesso a diversos materiais produzidos anteriormente, por meio de outras decisões sobre o tema, pode conduzir ao desenvolvimento de uma jurisprudência mais qualificada e com maior potencial de transformação.

Ainda que o resultado da sentença sobre sistema penitenciário colombiano não tenha encontrado satisfação plena, uma vez que a superlotação carcerária persiste e os direitos fundamentais e sociais das pessoas privadas de liberdade continuam a ser violados, a Corte Constitucional colombiana segue reorientando os caminhos para que as instituições públicas possam transformar essa situação de inconstitucionalidade.

As fases de superação do ECI no sistema penitenciário, previstas na sentença T-762/15 não foram superadas nem em sua primeira fase, uma vez que a superlotação ultrapassa 50%, como observado no capítulo anterior. Mas assim como na sentença sobre o

deslocamento forçado (T-025/04), os efeitos de desbloqueio institucional foram observados. A coordenação institucional e a efetivação de direitos da população privada de liberdade, porém, seguem encontrando dificuldades para sua satisfação plena.

Por meio de informações recebidas pela Corte Constitucional colombiana, no processo de seguimento, foi preciso reorientar a estratégia de envio de informações. Isso porque o Governo, através do Departamento Administrativo da Presidência - DAPRE (antigo Ministério da Presidência na Colômbia), não estaria atuando como um verdadeiro articulador da política criminal junto às demais instituições. Nesse sentido, o Auto 121 de 2018,⁵⁰⁰ passou a prever uma nova dinâmica para o envio de informes sobre os avanços e obstáculos no cumprimento da decisão, buscando potencializar o papel exercido pelo DAPRE na estratégia de seguimento da decisão.

Portanto, ainda que tenha sido observado o desbloqueio de determinadas arenas, as quais passaram a atuar de forma mais ativa no âmbito da sentença T-762/15, a inércia e passividade de outras autoridades públicas no decorrer do processo de seguimento demandou um esforço da Corte Constitucional colombiana em ordenar medidas capazes de enfrentar os reiterados obstáculos na dinâmica de atuação estatal. Tampouco as instituições vinculadas ao processo de seguimento da T-762/15 alcançaram um resultado satisfatório na transformação substancial do ECI no sistema penitenciário. Por outro lado, as autoridades seguem cumprindo de maneira regular as medidas judiciais solicitadas, proporcionando encaminhamentos ao processo de seguimento e movendo as instâncias responsáveis por políticas públicas na seara criminal.

Já o ECI do sistema penitenciário brasileiro apresenta um quadro ainda mais delicado. Enquanto a decisão na ADPF 347/DF-MC legitimou as ações do CNJ na implementação das audiências de custódia e estas, por sua vez, permitiram a concessão de liberdade a 289.128 pessoas e prisão domiciliar a 756 pessoas em todo território nacional,⁵⁰¹ a incoerência legislativa em relação às políticas públicas tornou-se ainda mais evidente devido ao novo contexto político. Apesar da decisão não contar ainda com um julgamento de mérito, ela demonstra em sua argumentação a necessidade de repensar a política criminal considerando o quadro atual do sistema penitenciário brasileiro, que viola sistematicamente direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

⁵⁰⁰ Cf. COLÔMBIA, CCC, *Auto 121 de 2018*, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁰¹ Dados estatísticos obtidos através do monitoramento feito pelo CNJ em relação à implementação e execução das audiências de custódia em todo país. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em 16 mar. 2020.

As reformas legislativas aprovadas no final de 2019, por meio da Lei 13.964/19, endureceram a legislação penal e processual penal. Nessa linha, as reformas empreendidas devem conduzir em médio prazo a um aumento da superlotação carcerária, já que mais pessoas serão levadas a um sistema penitenciário considerado precário em todas as suas facetas. Por esse motivo, mesmo julgamentos pró-transformação podem sofrer consequências de fatores que estão para além do controle da Corte, minando a decisão tomada e os esforços empreendidos a partir dela. Esse é exatamente o caso da Lei 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime.

É preciso considerar também que a decisão do STF não foi capaz de travar um diálogo entre as diversas instituições responsáveis pela formulação, desenvolvimento e implementação da política pública criminal nas mais variadas fases, desde a elaboração da legislação penal até o cumprimento de sentença e saída do sistema prisional. Portanto, a mudança para contextos políticos conservadores, que desconhecem ou ignoram as decisões dos tribunais, pode se tornar um grande obstáculo ao cumprimento de decisões judiciais, ainda mais se nenhum diálogo foi proposto no decorrer da decisão. O cumprimento depende muito da vontade política em seguir as decisões proferidas e priorizar determinados direitos, o que não parece ser a linha do novo governo brasileiro.

A decisão do STF também foi muito criticada por conter elementos que *a priori* teriam usurpado a competência de outras esferas de poder. No entanto, pouco fez a Corte para efetivar as medidas judiciais ordenadas, tampouco promoveu uma deliberação democrática no sentido de encontrar um equilíbrio entre a restrição judicial e a juristocracia. Apesar de conceber a judicialização da situação precária do sistema penitenciário brasileiro e declarar a violação de direitos por meio da figura do *estado de coisas inconstitucional*, restringiu posteriormente sua atuação durante o seguimento da decisão no âmbito do tribunal. Nem mesmo proporcionou um diálogo entre as distintas instituições envolvidas para coordenar as autoridades públicas e promover um debate público sobre a questão enfrentada pelo sistema carcerário.

Abaixo é possível encontrar a Tabela 9 comparando alguns fatores encontrados na decisão T-762/15 e na ADPF 347/DF, os quais ajudam a ter uma visão mais sistêmica sobre fatores que estiveram presentes ou ausentes em cada uma dessas decisões, e que podem contribuir na análise da atuação das Cortes em relação aos efeitos das sentenças judiciais. Assim, pode-se extrair algumas conclusões sobre o que é preciso aprimorar para lograr um maior cumprimento e impacto dentro de decisões judiciais complexas, que buscam desestabilizar o cenário de inércia na promoção de direitos e transformar a realidade.

Tabela 9. Comparação das sentenças estruturais sobre população carcerária

	Supremo Tribunal Federal brasileiro	Corte Constitucional colombiana
	ADPF 347/DF	T-762/2015
Medidas judiciais cautelares	Moderadas	-
Medidas judiciais definitivas	-	Fortes
Medidas judiciais dialógicas	Não	Sim
Seguimento	Moderado*	Forte
Participação da sociedade civil	Baixa	Alta
Custos	Financeiros, Normativos, Políticos	Financeiros, Normativos, Políticos

Fonte: Elaborada por Rebecca Groterhorst, a partir da comparação entre as decisões ADPF 347/DF-MC e T-762/15

As medidas judiciais solicitadas pela Corte, além do seguimento e participação da sociedade civil, constituem variáveis que podem influenciar o cumprimento e o impacto da referida decisão. O impacto, como estudado no capítulo 2, não é sinônimo de cumprimento, ele é algo muito maior. Ainda que o cumprimento das decisões ADPF 347 e na T-762/15 não seja total, percebe-se que há diferenças entre as decisões brasileira e colombiana no que se refere ao impacto, especialmente a questão de desestabilização da inércia estatal.

Nesse sentido, nota-se que as principais diferenças encontradas entre as decisões T-762/15 e ADPF 347/DF-MC estão nas medidas judiciais dialógicas, no seguimento da decisão e na participação da sociedade civil organizada e movimentos sociais em torno da decisão, que podem contribuir não apenas para um diálogo no interior da sentença, mas também para a obtenção de impactos mais profundos no cumprimento. Outrossim, a

transformação social estará mais suscetível de acontecer, seja por meio de jurisprudência ou de efeitos políticos que ultrapassam a decisão judicial.

Enquanto o STF adotou uma postura monológica e seguimento moderado (apenas no sentido de manter a jurisdição para supervisão do seguimento, mas sem adotar pressão alguma quanto aos demandados, aproximando-se de um seguimento fraco a nulo), a CCC adotou um enfoque dialógico e seguimento forte, que permitiu revisar e reorientar as estratégias traçadas durante todo o processo de seguimento da decisão, que ainda se encontra em curso.

Neste último caso, percebe-se que o Tribunal colombiano avançou na proteção de direitos fundamentais e sociais de pessoas privadas de liberdade, buscando transformar e superar uma falha estrutural. Ainda que a decisão não tenha encontrado, até o presente momento, evidências de que o ECI tenha sido superado, nota-se que a questão penitenciária passou a incorporar a pauta da agenda de direitos dentro das instituições estatais.

A mudança do enfoque monológico para o dialógico, por parte da Corte Constitucional colombiana, é observada por meio de três decisões, nas quais enfrentou sobre o tema de superpopulação carcerária (T-153/98, T-388/13 e T-762/15). Mas a evidência de que as condições das pessoas privadas de liberdade não haviam melhorado propiciou à Corte uma mudança no seu comportamento monológico e transformação da sua postura para um modelo voltado à obtenção de resultados.

A preservação da jurisdição constitucional e o monitoramento do cumprimento da decisão, com auxílio do Grupo Líder (Defensoria, Procuradoria e Ministério da Presidência) e da Comissão de Seguimento da Sociedade Civil para a T-388/13, tiveram efeitos notáveis na coordenação das instituições públicas. Se por um lado, elas estavam sob controle social exercido pela sociedade civil; por outro, também sabiam que estavam sob a vigilância da Corte Constitucional, induzindo um maior *accountability* e aumentando as chances de impacto.

A decisão da CCC, apesar de detalhista na descrição da situação e das condições necessárias para superação do ECI, ofereceu remédios fortes, com prazos consideravelmente curtos. A ausência de métricas específicas para a verificação da superação do ECI em cada um de seus critérios talvez tenha sido um obstáculo para um maior avanço na proteção de direitos. Nesse sentido, destaca-se a importância de indicadores de direitos humanos ou de acesso a direitos para possibilitar a comparação entre distintos quadros do sistema penitenciário.

No caso da ADPF 347/DF, apesar do STF reconhecer seu papel de guardião da Constituições e de direitos de minorias estigmatizadas ante a violação massiva de direitos dentro do sistema penitenciário e inércia estatal, considerando que a forma que a política criminal é desenhada e formulada tem impactos no sistema carcerário como um todo, optou por exercer a sua função de forma mais contida. A concessão de prazo para a realização e implementação das audiências de custódia, bem como a liberação de verbas do Funpen foram os únicos pedidos cautelares concedidos entre tantos outros.

Ainda que o Tribunal tenha preservado a jurisdição para acompanhamento do caso e permitido a habilitação muitas organizações da sociedade civil como *amicus curiae*, percebe-se a insuficiência desses mecanismos de supervisão e participação social. A insuficiência não está em preservar a jurisdição, nem em propor o monitoramento da decisão e permitir a participação da sociedade civil; pelo contrário, a insuficiência encontra-se na própria forma que esses elementos foram articulados dentro do processo de seguimento para alcançar melhores resultados. Enquanto a sociedade civil não é considerada como parte dentro do processo, o Supremo segue demonstrando indiferença em relação às informações prestadas – e não prestadas - no bojo da ADPF 347/DF, em relação ao não repasse de verbas do Funpen e à própria omissão no envio do diagnóstico do sistema prisional.

O STF não parece ter sido motivado a articular distintos elementos para obtenção de resultados positivos na superação do ECI e o processo de seguimento pouco impulsionou o diálogo entre as inúmeras autoridades públicas responsáveis por formular e desenhar políticas públicas criminais. O protagonismo do Tribunal de Contas da União, através da fiscalização e controle das verbas repassadas ao Funpen e elaboração de lista de recomendações ao Ministério da Justiça, por intermédio da Secretaria-Executiva e do Departamento Penitenciário Nacional, apontando alternativas para a ineficiência do sistema carcerário brasileiro,⁵⁰² deve ser investigado em pesquisas futuras. Ao atuar dessa forma, o TCU abriu espaço para diálogos relacionados à efetivação de políticas públicas, justamente estas que exigem dotação orçamentária e gestão de recursos para sua implementação.

Por fim, apesar da argumentação na ADPF prever a responsabilidade do Legislativo, Executivo e Judiciário, em diferentes níveis federativos — da União, do Distrito Federal e dos Estados —, em relação ao quadro precário que enfrenta o sistema penitenciário, as políticas criminais seguem contraditórias em relação aos parâmetros mínimos previstos de

⁵⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1542/2019 – TCU – Plenário. Processo: TC 018.047/2018-1. Sessão: 03/7/2019.

promoção de direitos humanos. A ausência de políticas legislativas e administrativas coordenadas, relacionada com a falta de sensibilidade do Legislativo e de motivação política do Executivo, eleva a gravidade do problema. Não é à toa que recentemente foi aprovada a Lei 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, endurecendo diversas penas e o respectivo cumprimento, o que sobreleva a expectativa de aumento da população carcerária.

Somado a isto, encontra-se um Judiciário composto por muitos tribunais e juízes de primeira e segunda instância alheios à realidade atual, uma vez que é o responsável por manter 41% dos presos do país em custódia provisória, quando a maioria, ao final do processo de instrução e julgamento, é absolvida ou condenada ao cumprimento de penas alternativas,⁵⁰³ conduzindo à gravidade da situação. No âmbito de política criminal encontra-se não apenas a resistência política, mas também a resistência judicial (entre juízes de primeira e segunda instância, e até mesmo do próprio STF), o que agrava ainda mais esse problema estrutural.

Nessa toada, o STF não teve sucesso na utilização e criação de mecanismos para superar esses obstáculos práticos durante o seguimento de suas decisões. As burocracias políticas e judiciais têm inúmeros interesses em manter o *status quo*, é preciso então a existência de um órgão que tenha capacidade para, através de suas ações, desestabilizar a inércia das instituições e prever um seguimento que possa gerar efeitos diretos na superação da resistência política para promoção de mudanças no sistema penitenciário brasileiro.

Falta ainda um olhar específico sobre a participação das organizações da sociedade civil em casos que tramitam perante o Supremo, pois esta participação contribui de forma única para contrastar as autoridades burocráticas e judiciais. Na ADPF 347/DF, ainda que o processo de seguimento tenha contado com a participação de inúmeras organizações da sociedade civil como *amicus curiae* no processo, elas não foram, e nem têm sido, demandadas a ter uma atuação mais destacada no processo de seguimento, permitindo a coleta de argumentos e materiais para aprimorar o monitoramento do processo em sua fase de implementação.

Diferentemente do caso colombiano, no Brasil, como anteriormente mencionado, as organizações da sociedade civil não são consideradas de fato parte no processo e acabam impedidas de contribuir de maneira mais profunda no processo decisório. Ao oferecer informações sobre o caso e exercer uma determinada forma de controle durante o seguimento, as organizações da sociedade civil podem impulsionar não apenas o

⁵⁰³ Cf. voto do ministro Marco AURÉLIO, in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347-MC, p. 06.

cumprimento da decisão, mas a própria transformação do *status quo*. A sociedade civil, porém, ainda não tem reconhecida a enorme importância de sua participação em espaços da Corte Constitucional.

Exemplo recente foi a atual situação mundial, com a disseminação do novo coronavírus Covid-19, que tornou a população carcerária um grupo ainda mais vulnerável. Considerando o contexto de grave crise sanitária, com risco à saúde e à vida de pessoas encarceradas, o IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa, uma das organizações da sociedade civil que faz parte da ADPF 347/DF como *amicus curiae* e que teve participação ativa no monitoramento nacional da implementação das audiências de custódia, elaborou uma petição com diversos pedidos liminares no âmbito da ação,⁵⁰⁴ que foi considerado impróprio pelo Supremo, sob o argumento de que é iniciativa exclusiva dos polos da ação.

O pedido foi baseado na precária situação do sistema carcerário antes mesmo da situação de pandemia e o já declarado estado de coisas inconstitucional. A liberdade condicional de idosos e o pedido de prisão domiciliar (i) às pessoas com condições de saúde que oferecem riscos à vida em razão do contágio pelo vírus, (ii) às mulheres grávidas e lactantes; e (iii) aos presos por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça foram alguns dos pedidos feitos na ADPF 347/DF durante a pandemia.

É fato notório que o sistema prisional, no que se refere à propagação do vírus, pode representar uma grave ameaça às pessoas privadas de liberdade, não apenas no Brasil, mas em todos os países do mundo que não tenham uma estrutura adequada. No Brasil, além da superpopulação carcerária, muitas pessoas presas têm mais de 60 anos; outra parte dos presos foi diagnosticada com tuberculose ou tem HIV, doenças que elevam as chances de letalidade do coronavírus.⁵⁰⁵

Dessa forma, na contramão do que vem fazendo outros países do mundo, como o Irã, que libertou cerca de 85 mil pessoas privadas de liberdade, inclusive presos políticos,⁵⁰⁶ o STF, ao referendar a medida cautelar solicitada pelo IDDD, não conheceu sua legitimidade

⁵⁰⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF, *Petição de Tutela Provisória Incidental*, 16 mar. 2020. O requerimento liminar feito pelo IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa pode ser acessado através do link: <https://www.conjur.com.br/dl/idd-d-corona.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁰⁵ Cf. requerimento liminar feito pelo IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa, no âmbito da ADPF 347/DF. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Decisão de requerimento liminar, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁰⁶ “Irã fecha santuários e liberta 85 mil presos; alto funcionário do país morre vítima do coronavírus, 17 março 2020”. *O Globo*. Disponível : <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/17/ira-fecha-santuarios-alto-funcionario-do-pais-morre-vitima-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2020.

de atuação no processo e também negou a medida solicitada.⁵⁰⁷ O Ministro Relator, Min. Marco Aurélio, no entanto, decidiu levar a questão para julgamento pelo plenário da Corte, demonstrando preocupação em relação às pessoas presas mais suscetíveis ao coronavírus.⁵⁰⁸

O pedido do Ministro Marco Aurélio não é vinculante aos juízes, mas é um convite à reflexão sobre a situação pela qual o mundo passa. As pessoas privadas de liberdade, em um contexto tão delicado, acabam sendo ainda mais invisíveis e vulneráveis, e ao trazer luz à essa questão, a situação do sistema penitenciário acabou vindo à tona nos meios de comunicação. Portanto, a participação da sociedade civil, especialmente quando estão envolvidas pessoas de grupos vulneráveis, torna-se medida essencial e precisa ser revista dentro dos ordenamentos jurídicos.

Nessa mesma linha, o CNJ, por meio da Recomendação nº 62, editada em 17 de março de 2020, com sucessivas prorrogações antes o quadro da pandemia Covid-19, alertou para os riscos das pessoas privadas de liberdade, oferecendo diversas recomendações aos juízes, como a reavaliação das prisões provisórias, especialmente nos casos de mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco. Também recomendou aos magistrados a observância ao princípio da máxima excepcionalidade de prisão preventiva, entre outras medidas.⁵⁰⁹

Ainda em relação à ADPF 347/DF, não foram realizadas audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, apesar de haver previsão estabelecendo a possibilidade de serem convocadas pelo Presidente ou pelo Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF. Tendo em vista que o caso do ECI do sistema penitenciário transborda os limites de análise exclusivamente jurídica, demandando posicionamentos técnicos e multidisciplinares, seria essencial essa convocação de especialistas no assunto, até mesmo para contribuir com estratégias voltadas à superação desse quadro de violação massiva de direitos. As audiências públicas serviriam como um

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Decisão de requerimento liminar, 18 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁰⁸ BERGAMO, Mônica. “Marco Aurélio conclama juízes a mandarem presos idosos e doentes para prisão domiciliar”, 18 março 2020. *Folha de São Paulo*. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/03/marco-aurelio-conclama-juizes-a-mandarem-presos-idosos-e-doentes-para-prisao-domiciliar.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵⁰⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 62*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2020.

espaço de diálogo, debate e reflexão sobre a situação atual, permitindo aos magistrados constitucionais fiscalizar e ajustar as suas ordens.

Como mencionado, o mérito da ADPF 347/DF ainda está pendente de julgamento. Há 5 anos a população carcerária aguarda respostas das instituições estatais e do próprio Judiciário. Nesse meio tempo, desde o julgamento da cautelar, a União, o Distrito Federal e quinze Estados prestaram informações. Foram prolatadas decisões que reiteraram a determinação que a União promovesse o descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, especialmente relativas aos Estados da Bahia e do Ceará, o que parece ainda estar pendente, uma vez que referidos Estados voltaram a pontuar no processo a ausência de cumprimento da liberação de verbas por parte do Funpen.

Em 2018, os autores da ADPF 347/DF apresentaram fatos novos que motivariam a urgência do julgamento do mérito da ação, muitos deles relativos ao aumento da população carcerária e de rebeliões e massacres ocorridos em estabelecimentos prisionais. Mas esse pedido não encontrou guarida. Diante disso, independentemente dos meios a serem escolhidos pelo STF, é urgente a necessidade de se pensar e refletir sobre como será feito o monitoramento das ordens — afinal, esse é o fator mais importante para a efetividade do instituto, como demonstra a própria experiência colombiana.

Nesse sentido, a decisão da CCC em relação ao ECI do sistema carcerário colombiano tem a probabilidade de produzir maiores impactos que o ECI declarado no âmbito do STF, muito em razão das medidas proferidas; do envolvimento de instituições no monitoramento, com a entrega de informes periódicos; do processo de seguimento, que permite proferir novas medidas e readaptar as anteriores; e do engajamento de outros atores, como a sociedade civil organizada, que permitem um controle social do próprio monitoramento. Ainda que o impacto não seja considerado alto no que diz respeito ao acesso à direitos, a criação de indicadores de fruição de direitos, no bojo do processo de seguimento, permitirá reflexões mais aprofundadas sobre medidas necessárias neste momento.

As salas dos Tribunais podem ser compreendidas como um ponto de partida importante para pensar em formas de melhorar o cumprimento e o impacto das decisões. Certamente fatores externos podem influenciar a condução da decisão e seu impacto na transformação das condições sociais e econômicas do grupo afetado, mas de modo algum minimiza a importância das ações das Cortes Constitucionais para a efetivação de direitos e obtenção de resultados de suas decisões, em especial quando se referem a populações vulneráveis.

2 Repensando boas práticas para maximização do impacto de decisões transformadoras: monitoramento, participação social e outras estratégias

A redução da pobreza, a promoção de direitos sociais e a transformação social geralmente são relacionadas à formulação e ao desenho de políticas públicas, e não à adjudicação de direitos. Mas foi a batalha por direitos no Judiciário, por outro lado, que levou a importantes vitórias jurídicas nos casos em que os afetados eram majoritariamente grupos vulneráveis, reconhecendo e tornando as Cortes Constitucionais como agentes de transformação social e de inclusão de grupos vulneráveis socioeconomicamente ou altamente estigmatizados.

Ao observar as distintas práticas institucionais das Cortes, em determinados contextos políticos e sociais, é possível extrair informações sobre como as decisões proferidas afetam os grupos vulneráveis e refletir se as instituições judiciais podem ser – ou são de fato – consideradas “uma voz institucional aos pobres”⁵¹⁰. Nesse sentido, os casos estruturais, por afetarem não apenas um único indivíduo, mas um número massivo de pessoas, parecem ser os meios mais adequados para a análise das Cortes em relação ao seu papel no reconhecimento de direitos de grupos vulneráveis, bem como à função que exercem para dar efetividade às suas decisões.

A ação praticada pelas Cortes, porém, não significa necessariamente que os direitos fundamentais ou os grupos vulneráveis saiam mais fortalecidos a partir do litígio travado, tampouco que os direitos sejam de fato cumpridos quando eventualmente tenha sido obtida uma decisão favorável. Outrossim, nem sempre a decisão estritamente cumprida produz impactos positivos nos direitos do grupo afetado. As possibilidades decorrentes de uma decisão são inúmeras, e o cumprimento e o impacto dela podem ser afetados por distintos fatores.

Assim, compreende-se que ganhar uma demanda jurídica não é tudo, mas é o começo de uma longa caminhada para que os direitos reflitam e tenham impacto nas realidades de grupos ou pessoas afetadas exatamente pela impossibilidade de acesso a – ou exercício de – determinados direitos.⁵¹¹ Foi exatamente a preocupação com o impacto de sentenças voltadas a uma melhoria no acesso a direitos que motivou – e ainda motiva – a busca pelo Judiciário.

⁵¹⁰ GLOPPEN, Siri. *Courts and Social Transformation*, p. 38

⁵¹¹ BRINKS, Daniel M. “Solucionar el problema del (in)cumplimiento em las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales”, p. 579.

Em casos relacionados a grupos vulneráveis estigmatizados, como é o caso das pessoas privadas de liberdade, as Cortes Constitucionais podem representar um importante espaço de escuta e proposição de soluções. Portanto, neste item, pretende-se refletir como boas práticas no âmbito das Cortes são capazes de conduzir ao cumprimento de suas decisões e a um maior impacto. Quais as ferramentas judiciais e estratégias parecem ser mais adequadas para lidar com problemas estruturais? Quais mecanismos ou estratégias estão disponíveis no âmbito das Cortes para tornar os direitos efetivos? Como cumprimento e impacto se relacionam nas decisões judiciais e o respectivo seguimento? Essas são apenas algumas das reflexões e inquietações que se pretende desenvolver neste tópico.

Como foi possível observar, Brasil e Colômbia enfrentaram de maneira muito similar a judicialização de questões atinentes ao sistema penitenciário. Basicamente, as ações propostas perante as Cortes Constitucionais brasileira e colombiana buscavam respostas em relação à violação de direitos de pessoas privadas de liberdade. Nesse sentido, cada qual resolveu à sua maneira o problema, adotando práticas jurídicas e institucionais distintas, que interferiram no cumprimento e no impacto da decisão proferida.

Ao observar as práticas institucionais das Cortes em decisões sobre litígios estruturais, é possível encontrar pistas sobre como poderiam melhorar o cumprimento das medidas ordenadas, sem, contudo, interferir de forma ilegítima na atuação dos demais poderes, e assim obter maior impacto na transformação das condições sociais do grupo afetado. Não se pretende aqui atuar na defesa de uma Corte onipresente no processo de efetivação de direitos e representação majoritária, o que de fato seria uma atuação abusiva.⁵¹²

Mas argumenta-se, por outro lado, que apesar das controvérsias e polêmicas em relação ao assunto, talvez essa seja a área na qual os juízes podem exercer um papel diferenciado e alterar determinados arranjos institucionais que impedem o efetivo acesso a direitos. Nesse sentido, “[a] atuação do Judiciário, mesmo quando cria direitos, porque reparadora de uma omissão legislativa inconstitucional, não se traduz numa atuação *contrarepresentativa* nem como uma atuação majoritária, mas como um *contracontrole normativo*”,⁵¹³ não estando autorizado a agir de modo a fragilizar e enfraquecer a democracia.

⁵¹² FARIA, Adriana Ancona de; DIAS, Roberto. “O direito, a política e a vanguarda do STF. Riscos democráticos.” In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.) *A razão e o voto*, p. 285.

⁵¹³ FARIA, Adriana Ancona de; DIAS, Roberto. “O direito, a política e a vanguarda do STF. Riscos democráticos”, p. 289.

As decisões proferidas no âmbito do constitucionalismo contemporâneo – em especial na América Latina – oferecem informações valiosas sobre como a intervenção judicial, aliada a determinadas estratégias, pode promover uma justiça transformadora. Mas poucas pesquisas ainda são realizadas nesse campo, ou seja, sobre como as Cortes Constitucionais contribuem ou não para melhorar as condições de vida de grupos vulneráveis e o que elas poderiam fazer, no âmbito de suas competências, para atingir os resultados desejados dentro de suas decisões, especialmente aquelas que são a favor de determinado grupo vulnerável. Ao estudar essa dinâmica das Cortes, pretende-se oferecer ferramentas para que possam desempenhar melhor a função para a qual foram concebidas e assim exercer a verdadeira função de “guardiãs da Constituição” de forma plena.

A transformação social é entendida como a alteração de desigualdades estruturais e relações de poder dentro de uma sociedade, de forma a promover a inclusão social de grupos marginalizados.⁵¹⁴ As Cortes podem ser uma voz institucional aos grupos vulneráveis não apenas quando proferem decisões. O seu papel pode ser muito maior nessa seara, promovendo espaços de reconhecimento de demandas jurídicas de grupos vulneráveis, impedindo o retrocesso em políticas públicas existentes e transformando direitos humanos.

Nesse sentido, as Cortes podem contribuir para uma transformação social quando permitem aos grupos vulneráveis lutar por seus direitos em outras arenas, por exemplo, ampliando a participação política e o direito à informação desses grupos; quando servem como plataforma pública para articulação de demandas sociais, permitindo mobilização jurídica e publicidade de demandas de grupos vulneráveis.⁵¹⁵ A transformação social, dessa forma, será notada não só por meio do desenvolvimento de uma jurisprudência qualificada em resposta às demandas promovidas pelos grupos vulneráveis, mas também pelos efeitos produzidos pelos julgamentos.⁵¹⁶

Ao observar um mau funcionamento do processo democrático e das condutas praticadas pelas autoridades públicas, principalmente aquelas que excluem grupos vulneráveis, ou que não satisfazem o conteúdo de um direito previsto constitucionalmente, a Corte Constitucional poderia agir dentro de certos limites que impõem racionalidade no processo decisório. Se as autoridades públicas falham na proteção de determinados direitos,

⁵¹⁴ GLOPPEN, Siri. *Courts and Social Transformation*, p. 38.

⁵¹⁵ GLOPPEN, Siri. *Courts and Social Transformation*, p. 38.

⁵¹⁶ Esses seriam, conforme mencionado por Siri Gloppen (in *Courts and Social Transformation*, p. 41), os maiores indicadores de que a Corte produziu uma transformação significativa através de suas decisões.

essa prática é considerada uma omissão, ela é assim inconstitucional; é tarefa dos juízes eliminar práticas contrárias à garantia e proteção de direitos previstos no texto constitucional.

Não se defende aqui que o tribunal atue de forma solitária, ou pior, que realize um ativismo monológico e arbitrário, em um processo hierárquico de imposição de políticas públicas às burocracias estatais. Ao contrário, a defesa é de que sejam promovidos canais de deliberação democrática para aprofundar e garantir parâmetros mínimos de garantia de direitos. Sem diálogo, sem participação social, e sem harmonia entre os poderes, não é possível legitimar a decisão, e as chances de fracasso são enormes, sem falar na insegurança, imprevisibilidade e desconfiança que podem vir à tona.

O caso das pessoas privadas de liberdade, as quais estão em uma situação especial de sujeição em relação ao Estado, exemplifica uma dessas situações de prática inconstitucional do Estado quando não garante e tampouco protege direitos constitucionalmente previstos. Na medida em que o Estado restringe direitos fundamentais, quando priva a liberdade de pessoas acusadas da prática de crimes, ele assume um dever ainda maior em proteger direitos e dar condições de vida digna a essas pessoas, já que elas não podem promover sozinhas as condições necessárias para subsistência na vida em reclusão.

As pessoas privadas de liberdade não deixam de ser “sujeitos de direito” por estarem em reclusão; pelo contrário, elas exigem um cuidado ainda maior em relação à proteção e garantia de seus direitos fundamentais e sociais, uma vez que estão totalmente à mercê das ações estatais. No entanto, a efetivação judicial de decisões estruturais, em especial aquelas que implicam não apenas custos orçamentários, mas também normativos e políticos, acabam encontrando obstáculos no meio do caminho. A ausência de mecanismos capazes de superar os obstáculos impostos ao cumprimento de decisões demanda assim uma maior reflexão sobre o tema.

É necessário desenvolver métodos de promoção de direitos com o objetivo de alcançar melhores resultados e maiores impactos, mas novamente, sem perder de vista a necessidade de respeito à democracia. É preciso que os tribunais lidem com suas limitações e não representem uma ameaça às outras esferas de poder. Nesse sentido, sentenças dialógicas, que estabeleçam objetivos e metas, mas que não sejam detalhistas nos meios para atingi-las, parecem ser mais adequadas, já que permitem ao Judiciário atuar em harmonia com o Executivo e Legislativo, contando também com a participação social, em prol dos objetivos da Constituição.

Portanto, abaixo são delineadas algumas estratégias encontradas da análise dos casos que podem indicar contribuições da Corte para a referida transformação. É importante

ressaltar que os mecanismos e estratégias encontrados podem ser adaptados a outros tipos de demandas que não se relacionam necessariamente com o sistema penitenciário. Além disso, reformas estruturais no sistema penitenciário frequentemente encontram resistência das autoridades públicas, uma vez que implicam em custos políticos em razão do populismo penal, como mencionado no início desta tese.

Medidas judiciais dialógicas

A criação de mecanismos de incentivo para que as decisões judiciais sejam respeitadas tem sido importante tarefa das Cortes. Como os litígios estruturais demandam reconhecimento dos direitos demandados; em primeiro lugar, é preciso que as Cortes reconheçam as demandas jurídicas de grupos vulneráveis que questionam a omissão na efetivação de direitos fundamentais e sociais como questões legítimas a serem decididas na seara judicial.

A definição do conteúdo do direito a ser efetivado na prática, porém, não pode ultrapassar os limites estabelecidos no texto constitucional, devendo a decisão da Corte Constitucional assumir um caráter mais gerencial. A proteção do direito violado também dependerá dos remédios judiciais disponíveis em determinado sistema jurídico, posto que referida ausência torna a tarefa do juiz ainda mais desafiadora (e com limites tênues para que não haja abusos).

Na elaboração de uma tipologia para avaliar o potencial das Cortes na transformação social, Gloppen afirma que as ordens seriam do tipo declaratórias, mandatórias ou de supervisão.⁵¹⁷ As ordens declaratórias apenas estabelecem que os direitos foram violados, deixando à margem discricionária do Estado desenhar o remédio necessário para lidar com a situação; as ordens mandatórias especificam as ações a serem empreendidas; por fim, as ordens de supervisão solicitam às agências estatais informes sobre as ações realizadas.

Como no litígio estrutural a transformação deve estar voltada a novas práticas institucionais que permitam com que as soluções propostas transcendam as partes da ação e alcancem todos que estejam ou venham a estar em situação similar, é necessário o estabelecimento de remédios estruturais. Mas remédios estruturais não são nem declaratórios e muito menos mandatórios, eles têm características de diálogo e supervisão. Eles não apenas declaram o direito, mas estabelecem metas a serem cumpridas, as quais serão supervisionadas ao longo do tempo.

⁵¹⁷ GLOPPEN, Siri. *Courts and Social Transformation*, p. 52.

Em razão de remédios estruturais buscarem a reorganização institucional e reparação dos danos causados pelas estruturas burocráticas aos direitos constitucionais, eles devem oferecer às partes maior discricionariedade e colaboração conjunta na proposição de soluções, em um processo de aprendizagem e reconstrução.⁵¹⁸ Assim, as partes devem estar em diálogo na construção das melhores medidas para superar a violação de direitos e movimentar o aparato estatal.

Uma das primeiras medidas das Cortes Constitucionais então seria a proposição de medidas judiciais mais abertas e dialógicas, que permitam com que o processo judicial seja conduzido de forma deliberativa, antes e depois da decisão judicial, conduzindo assim a um maior cumprimento. Nesse caso, é importante reiterar que não é função da Corte realizar as reformas legislativas e administrativas necessárias, mas sim das autoridades públicas competentes para fazê-las.

Ao mover as burocracias estatais para o diálogo sobre problemas complexos na proteção insuficiente de direitos, as Cortes exercem um papel essencial, tanto na determinação de responsabilidades quanto na definição dos remédios experimentais para superação da violação de direitos. Nem todos os remédios destinados a remediar a violação de determinados direitos, em especial os direitos sociais, estão desenhados no texto constitucional ou ordenamento jurídico, cabendo à autoridade judicial, juntamente com as entidades vinculadas ao caso, prever o melhor desenho do remédio para a satisfação destes direitos.

A discricionariedade das instâncias legislativa e executiva para elaboração de leis ou formulação de programas de políticas públicas para cumprir com a decisão é medida necessária, respeitando o que está previsto na Constituição. A Corte é apenas um ator intermediário nesse processo que, por meio de medidas judiciais, move as autoridades públicas. Assim, medidas judiciais mais abertas e dialógicas parecem ser uma estratégia de sucesso em casos estruturais, uma vez que é necessário que as burocracias estatais, os demandantes e seus representantes participem de forma ativa no processo. O diálogo entre essas instituições se faz extremamente necessário para obtenção de melhores resultados e revisão de estratégias adotadas no decorrer do processo.

⁵¹⁸ BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *SELA, Seminario em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Papers, 2005, p. 74.

Monitoramento da decisão

Outro ponto a ser observado é a preservação da jurisdição para o monitoramento da decisão em conjunto com ferramentas que possam oferecer informações no processo de seguimento sobre a superação do estado de violação de direitos, compensando eventuais assimetrias no decorrer do litígio.⁵¹⁹

As ferramentas de monitoramento trazem não apenas benefícios aos setores mais vulneráveis da sociedade, mas também podem servir de espaço de discussão no processo coletivo de tomada de decisão. O consenso acaba sendo uma alternativa na arena colaborativa, contribuindo para uma solução da questão através do consenso.⁵²⁰

Como foi possível observar nos casos estudados, a preservação da jurisdição para o monitoramento e seguimento das medidas judiciais pode influenciar o cumprimento e o impacto da decisão. Nesse sentido, cumpre mencionar que a decisão da Corte em preservar a jurisdição constitucional para realizar o monitoramento do cumprimento pode ser um instrumento importante de impulsão do cumprimento da decisão proferida, além de criar oportunidades para envolver outros demandantes que não estavam inicialmente no litígio, mas são afetados positivamente pela decisão proferida.

Sem monitoramento, as decisões judiciais, não importa quão importante sejam, permanecem isoladas com pouco impacto direto e indireto.⁵²¹ Porém, são ainda poucas Cortes que se utilizam de mecanismos de monitoramento para avaliar os progressos de suas decisões e reorientar as estratégias. A falta de monitoramento é vista como problemática em relação aos impactos,⁵²² pois não permite avaliar se a decisão judicial representa apenas uma “sentença de papel” e nem mesmo superar obstáculos surgidos durante a execução e implementação das medidas judiciais ordenadas.

Uma vez que as medidas judiciais são ordenadas pela Corte Constitucional, esta deve criar mecanismos para supervisão da decisão ao longo do tempo, que permita envolver as partes em uma espécie de “prestação de contas de suas ações” e ao mesmo tempo colher informações sobre os avanços realizados. Os mecanismos de supervisão da decisão permitem com que as partes realizem o diálogo na busca de soluções para os problemas enfrentados para o exercício efetivo de direitos, aprofundando a própria democracia.

⁵¹⁹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 33

⁵²⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 57.

⁵²¹ GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M., “Introduction”, p. 20.

⁵²² GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M., “Introduction”, p. 20.

As Cortes Constitucionais na Argentina, Colômbia, Costa Rica e Índia têm desenvolvido mecanismos institucionais para monitorar o cumprimento de suas decisões.⁵²³ Nos casos estudados no capítulo 3, observa-se que a experiência colombiana de supervisão do cumprimento da decisão T-762/15, que prevê a participação das entidades vinculadas à decisão, o envio de informes periódicos sobre os avanços e retrocessos na efetivação dos direitos questionados no litígio estrutural, a realização de audiências públicas, além da participação da sociedade civil como órgão de controle das ações do Grupo Líder e, em especial, do Governo Nacional, permite à Corte ter um olhar sistêmico sobre a questão decidida, reorientando o processo e até mesmo avaliando os resultados alcançados.

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, não demonstrou disposição em assumir verdadeiramente a preservação da jurisdição e o monitoramento da decisão da ADPF 347/DF-MC. Nota-se que, apesar de terem sido enviados informes dos tribunais de justiça estaduais para compor o processo, essa informação não parece ter tanto impacto para um maior movimento da Corte. Além disso, apesar de haver previsão de audiências públicas no ordenamento jurídico brasileiro, pouca disposição também mostrou o STF em realizá-las. Dessa forma, o cumprimento da decisão tem dependido muito mais de ações do CNJ que do STF.

A Corte deve ainda demonstrar disposição em monitorar sua decisão continuamente e dar efeito às respectivas medidas propostas. O objetivo do seguimento é alcançar os resultados almejados na decisão, ou seja, que as pessoas afetadas possam exercer seus direitos sem obstáculos e que tenham uma transformação real em suas condições de vida. Nessa linha, o seguimento das estratégias ordenadas pela Corte, com informações contínuas dentro do processo de seguimento, pode ter resultados importantes para o efetivo acesso e exercício de direitos fundamentais pelo grupo afetado. A comparação entre os casos estruturais enfrentados no Brasil e na Colômbia já demonstra a importância de utilização desses mecanismos de supervisão.

Nesse sentido, a mera apresentação de informações no processo não seria um indicador forte de monitoramento,⁵²⁴ especialmente quando a informação apenas chega ao processo para o cumprimento de um requerimento. Esse é o caso da ADPF 347/DF, em que as informações dos Estados chegaram apenas como exigência da Corte, nada mais. Não há um estudo relativo a eles e nem mesmo um *follow-up* para aqueles que produziram a

⁵²³ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 33

⁵²⁴ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 35

informação, muito menos consequências para eventuais descumprimentos das medidas judiciais solicitadas.

Interessante foi a criação do Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão,⁵²⁵ no início de 2019. Fruto de uma parceria entre o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça, o Observatório, instituído por meio da Portaria conjunta n. 1/2010 – CNMP,⁵²⁶ tem como objetivo a integração institucional, elaboração e proposição de medidas concretas para aperfeiçoar o sistema nacional de justiça em questões de alta complexidade e repercussão social, econômica e ambiental. O Observatório parece ser uma tentativa de trazer à tona discussões sobre encaminhamentos realizados no âmbito da justiça para questões sociais cuja solução ainda não tenha sido satisfeita.

No entanto, a questão do sistema carcerário, até o momento de finalização da pesquisa, ainda não constava entre as prioridades do referido observatório. Apesar do envio de pedido de informação para aprofundar a escolha dos casos que integrariam referido observatório (Anexo III), a resposta recebida mencionava que não havia naquele momento um canal aberto para recebimento de pedidos ou troca de informações sobre os casos monitorados e acompanhados pelo Observatório. Assim, não foi possível compreender os motivos pelos quais uma decisão da Corte Constitucional que declarou o estado de violação de direitos da população carcerária não foi incluída como um caso de grande repercussão. Espera-se, no entanto, que o Observatório seja um primeiro passo rumo ao monitoramento de casos complexos, cuja população afetada necessitada de proteção ou reparação de seus direitos.

Outra é a situação da Colômbia. A CCC, além de colher as informações por meio de relatórios periódicos enviados pelas instituições vinculadas à decisão, oferece um *follow-up* através dos autos solicitados. Por exemplo, por meio da informação de que o governo estaria descumprindo seu papel durante o seguimento da sentença T-762/15, e solicitação da Comissão de Seguimento da Sociedade Civil para realização de uma audiência pública sobre o sistema penitenciário, a CCC determinou a realização da audiência pública solicitada, prevendo os eixos temáticos a serem debatidos, a agenda, os convidados, e destacando não

⁵²⁵ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público*. Portaria Conjunta n. 1, de 31 de janeiro de 2019. Institui o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. DJe/CNJ n° 20/2019, em 04/02/2019

⁵²⁶ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público*. Portaria Conjunta n. 1, de 31 de janeiro de 2019. Institui o Observatório Nacional sobre Questões Ambientais, Econômicas e Sociais de Alta Complexidade e Grande Impacto e Repercussão. DJe/CNJ n° 20/2019, em 04/02/2019, p. 2-3

apenas o enfoque dialógico do seguimento do ECI declarado na matéria penitenciária, mas também o seu papel na valoração do exercício efetivo de direitos pela população carcerária.⁵²⁷

Nesse sentido, as audiências públicas fomentam o debate dentro e fora da Corte, ampliando a transparência e a publicidade das atividades, além de trazer pluralidade ao processo constitucional e aproximar a sociedade da Corte.⁵²⁸ Através das audiências públicas, a deliberação democrática é ampliada, uma vez que os participantes da audiência representam interesses de outros representados, muitas vezes grupos vulneráveis.

Como se observa, na Colômbia, as audiências públicas têm sido utilizadas nos processos estruturais. Muito embora os discursos dos ministros do STF, nas primeiras audiências públicas realizadas no âmbito da Corte, tenham sido no sentido de uma maior abertura popular,⁵²⁹ ainda é notada uma certa resistência na utilização desse mecanismo como fonte de informação, espaço de debates e democratização do processo judicial.

Apesar da realização das audiências públicas não serem tão frequentes no Brasil, entende-se que elas representam importante instrumento colocado à disposição da sociedade, permitindo a aproximação do Judiciário com a sociedade. Com previsão na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, e na Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, as audiências públicas no Brasil ainda apresentam problemas de convocação e estruturação,⁵³⁰ que não permitem a construção de um ambiente deliberativo, em que há uma livre circulação de ideias para esclarecimento de matéria ou fato objeto da ação a ser julgada.

Mas seja no Supremo Tribunal Federal, na Corte Constitucional colombiana, ou em qualquer outro tribunal, observa-se que as audiências públicas são importante mecanismo que, se melhorado, podem produzir resultados positivos, impulsionando a negociação entre as partes e atores envolvidos. Como essas audiências podem contar com especialistas na matéria discutida, o juiz constitucional pode eventualmente coordenar uma agenda e regras de diálogos entre as partes, que apresentam cada qual suas razões. A ideia é alcançar o consenso entre as partes, para que o seguimento da decisão seja cumprido e resulte em benefícios a todos envolvidos.

⁵²⁷ Auto 613 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Corte Constitucional colombiana.

⁵²⁸ RAIS, Diogo. *A sociedade e o Supremo Tribunal Federal: o caso das audiências públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48.

⁵²⁹ GUIMARÃES, Livia Gil. "Participação Social no STF", p. 239.

⁵³⁰ Nesse sentido, ver estudo de GUIMARÃES, Livia Gil. "Participação Social no STF", p. 261-263.

Por fim, as arenas colaborativas de supervisão do cumprimento e resultados das decisões tomadas pela Corte, segundo entendimento de Botero,⁵³¹ representariam um grau ainda maior de monitoramento. Compreendidas como espaços de convergência e diálogo no âmbito da Corte, que se estendem por um longo período, as arenas colaborativas permitem com que representantes políticos, grupos minoritários, atores privados e sociedade civil cheguem ou busquem um consenso na promoção e satisfação de direitos.⁵³² O processo de tomada de decisão nesse espaço é feito de forma coletiva e por meio do consenso, contribuindo especialmente para setores vulneráveis da população.

No entanto, tanto o ECI brasileiro quanto o colombiano parecem enfrentar dificuldades na construção dessa arena colaborativa. Como se estudou no caso brasileiro, as organizações da sociedade civil não são consideradas nem mesmo como partes legitimadas para trazer informações para o processo, quanto menos realizar pedidos; já no caso colombiano, os dissensos entre as autoridades públicas que compõem o Grupo Líder, seja pela percepção do papel que cada uma exerce no processo de seguimento ou mesmo na criação de indicadores para medir o exercício de direitos, demonstra que há um longo caminho a ser percorrido para que seja possível um espaço de diálogo entre distintas instituições responsáveis pela matéria de justiça criminal.

Ainda que a Corte Constitucional colombiana esteja mais avançada que o Supremo Tribunal Federal em matéria de mecanismos de supervisão, persistem lacunas que precisam ser preenchidas para que possa de fato criar esse espaço de colaboração conjunta entre distintas instituições. A manutenção da jurisdição para supervisão do caso é talvez uma das melhores formas da Corte remediar violações sistemáticas de direitos. No entanto, os mecanismos institucionais de supervisão desenvolvidos por algumas Cortes da América Latina, como, por exemplo, comitês de monitoramento, audiências públicas e requerimento de informações, ainda são pouco estudados e utilizados no Brasil.

Além disso, cumpre mencionar que o acesso à informação em relação aos avanços e obstáculos enfrentados para a efetividade dos direitos questionados na referida decisão permite dar maior visibilidade e informação sobre o caso. O fluxo de informações recolhidas pela Corte por meio de informes e audiências públicas permite, dessa forma, maior transparência, inclusive para a tomada de futuras decisões no processo de seguimento. A transparência gerada pode impulsionar outros mecanismos de *accountability* para os

⁵³¹ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 35-36.

⁵³² BOTERO, Sandra. "Judges, Litigants, and the Politics of Rights Enforcement in Argentina". *Comparative Politics*, 50(2), 169-187, 2018.p. 170.

demandantes, o grupo afetado ou seus representantes, envolvidos no processo judicial, funcionando como uma verdadeira prestação de contas.

Portanto, conclui-se que o seguimento continuado das decisões pela Corte, ao lado de outros mecanismos, representa uma excelente estratégia para garantir o cumprimento e obter maiores impactos. Cabe ressaltar, porém, que a garantia de um melhor cumprimento das medidas solicitadas também depende das Cortes, que devem levar em conta as dificuldades práticas para a implementação das medidas ordenadas por meio das informações trazidas no processo de seguimento.

A falha no seguimento significa que a entidade responsável pelo seguimento também falhou na construção de mecanismos de supervisão, sendo incapaz de criar oportunidades políticas a partir de um processo de cumprimento de supervisão.

Participação social (grupo afetado, sociedade civil organizada e movimentos sociais)

O uso de mecanismos de supervisão pelas Cortes é visto como um fator que pode contribuir para um alto impacto, que pode ser ainda maior se as Cortes contarem com a sociedade civil organizada no decorrer do processo de seguimento e monitoramento da decisão.⁵³³ Nesse sentido, as organizações da sociedade civil são compreendidas como agentes importantes na produção de informação, podendo gerar, inclusive, atenção da mídia; pressão às autoridades públicas; realização de *follow-up* e mobilização jurídica em torno da questão.

As organizações sociais não apenas dão voz às demandas de populações vulneráveis, mas permitem a contínua mobilização da decisão proferida pela Corte. A participação da sociedade civil nos espaços criados pela Corte permite a fluidez de informação e criação de mecanismos e espaços de *accountability*.

Ao se falar em população privada de liberdade, é difícil imaginar que possam participar diretamente do monitoramento e prover informações diretamente à Corte. No entanto, como foi visto em outros casos enfrentados pela Corte Constitucional colombiana, por exemplo, no deslocamento forçado em razão do conflito armado na Colômbia e na promoção de serviços de saúde, os grupos afetados puderam participar ativamente do processo de seguimento, não só trazendo informações sobre a situação, mas sensibilizando e chamando a atenção pública para a situação de violação de direitos.

⁵³³ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 37-38.

No caso do sistema penitenciário na Colômbia, uma Comissão de Seguimento da Sociedade Civil, composta por diversas organizações, que trabalham com distintos grupos foi criada para o acompanhamento da decisão. Além disso, a Corte reiterou à *Defensoría del Pueblo* para que fizesse o convite a instituições acadêmicas para participarem do processo. Atualmente, o Grupo de Prisões da Faculdade de Direito da Universidad de los Andes tem atuado junto a outras instituições acadêmicas, como Universidad EAFIT, Universidad Externado de Colombia e Universidad del Norte, no processo de seguimento das sentenças T-762/15 e T-388/13.

O Grupo de Prisões da Faculdade de Direito da Universidad de los Andes tem como missão atuar em favor do respeito aos direitos humanos e acesso à justiça das pessoas privadas de liberdade.⁵³⁴ Nesse sentido, a instituição tem apresentado considerações sobre a evolução da estratégia de seguimento e superação do ECI desde uma perspectiva acadêmica, além de realizar comentários sobre os informes apresentados pelo Grupo Líder. A participação de instituições acadêmicas no decorrer do processo de seguimento pode ser considerada como ferramenta que contribuiu com a Corte Constitucional no aprofundamento da matéria discutida, permitindo analisar a questão sob um ponto de vista qualificado.

Na jurisdição constitucional brasileira, a participação da sociedade civil se encontra limitada. As Cortes tampouco estão abertas a um efetivo diálogo e participação social. Os mecanismos de participação desenvolvidos desde a Constituição brasileira de 1988, como *amicus curiae* e audiências públicas, ainda não têm permitido espaços deliberativos.⁵³⁵

No Brasil, as ONGs podem participar como *amicus curiae* no controle de constitucionalidade das leis, exercendo apenas a função de debatedoras em audiências públicas. Ao prever a possibilidade de participação como *amicus curiae*, não se pode negar que há de fato uma contribuição – ainda que pequena - para que a decisão seja proferida pelo Poder Judiciário. Mas ainda que seja digna de comemoração a abertura do Supremo Tribunal Federal através de ferramentas voltadas à participação social e diálogo, como *amicus curiae* e audiências públicas, ela deve ser vista de maneira crítica. Nas palavras de Miguel Godoy,⁵³⁶ “(...) a abertura da Corte à participação dos outros Poderes, demais instituições públicas e

⁵³⁴ Maiores informações sobre o Grupo de Prisões da Universidad de los Andes podem ser obtidas na página da internet. Disponível: <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/>. Acesso em: 18 mar. 2020.

⁵³⁵ GODOY, Miguel Gualano. “As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar?”, *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-159, p. 150.

⁵³⁶ GODOY, Miguel Gualano. “As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?”, p. 156.

privadas e, sobretudo, do povo, é ainda precária, pois não permite e nem realiza um efetivo debate e diálogo entre esses participantes e nem entre eles e o Supremo Tribunal Federal.”. A ausência de engajamento do colegiado e decisão deliberativa torna difícil afirmar que há de fato um diálogo interinstitucional e popular.

Portanto, percebe-se grandes diferenças entre a mobilização jurídica da sociedade civil no Brasil e na Colômbia. É preciso que as Cortes criem canais democráticos de participação não apenas da sociedade civil organizada, mas da população afetada, pois isso pode iluminar a questão discutida e dar maior legitimidade e transparência para as decisões da Corte.

Intervenção judicial dialógica e impacto

A intervenção judicial dialógica possui um potencial imanente para melhorar os impactos e o cumprimento de suas decisões. A experiência constitucional na América Latina tem demonstrado que algumas estratégias de diálogo auxiliam a otimização do impacto judicial, proporcionando resultados visíveis decorrentes da decisão. No entanto, ainda há muitas questões a serem desenvolvidas e debatidas.

A proposta de construção de mecanismos de intervenções judiciais que aprofundam a democracia⁵³⁷ pode auxiliar no alcance de um melhor cumprimento e, ainda, melhorar as condições de vida do grupo afetado. No modelo deliberativo, em que demandantes e a burocracia estatal negociam as soluções possíveis dentro de suas competências, o juiz não têm a última palavra sobre a forma em que será remediada a violação de direitos, ele apenas tem o papel de oferecer o impulso inicial quando da inércia e pontos cegos dentro do sistema político. Os pequenos estímulos de juízes constitucionais movem o parlamento a agir em situações de inércia, em situações nas quais determinado grupo vulnerável se encontra desatendido.

Para que haja participação social e um diálogo efetivo, por outro lado, as Cortes Constitucionais devem promover o debate nas diferentes fases que envolvem o julgamento, ou seja, na fase pré-decisional, na fase decisional e, por último, na fase pós-decisional.⁵³⁸ Se de fato houver participação social e diálogo institucional e interinstitucional, os custos da implementação poderão ser menores. As objeções sobre legitimidade democrática e capacidade institucional também restariam descartadas.

⁵³⁷ BOTERO, Sandra. *Courts that Matter*, p. 37.

⁵³⁸ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal?, p. 158.

O tribunal não seria o responsável por determinar os meandros da política pública insuficiente, causadora de violação massiva de direitos de grande número de pessoas, mas sim o coordenador das instituições no diálogo e promoção de direitos constitucionais. Ele agiria como verdadeiro coordenador do diálogo entre as autoridades públicas e a sociedade na busca de soluções para que os direitos sejam efetivados.

A Corte Constitucional Colombiana, ao decidir casos estruturais sobre políticas públicas, em diálogo com as autoridades estatais e sociedade civil, conta com certa legitimação social, já que tratam de problemas estruturais que há muito tempo estariam negligenciados pelos poderes públicos.⁵³⁹ Por outro lado, no Brasil, apesar do desenvolvimento de novas técnicas decisórias e argumentativas, não há de fato uma deliberação no processo decisório do Supremo Tribunal Federal, o que dificulta, inclusive, sua legitimação social.

Mas ainda é preciso ainda aprofundar a criação de indicadores que permitam analisar se os mecanismos utilizados pelos tribunais contribuem no acesso à direitos da população afetada. Dessa forma, a legitimidade democrática e institucional dos tribunais restará ainda mais fortalecida.

3 Ressignificando o papel das Cortes, dos juízes e das organizações da sociedade civil no alcance de uma justiça transformadora

A ausência de estudos sobre cumprimento e impacto de sentenças não é mera coincidência. Ela tem raízes na concepção predominante do papel do direito e da decisão judicial na sociedade. Na visão mais tradicional do Direito, a tarefa do juiz seria apenas declarar se um ou mais direitos foram violados dentro de circunstâncias específicas,⁵⁴⁰ sem prever medidas para superar ou reparar a violação denunciada. O papel estaria circunscrito à constatação do fato e necessidade de superação ou reparação, nada mais.

É verdade que os juízes não foram treinados para exercer uma função mais criativa na interpretação e aplicação do direito. Assim, tampouco seria esperada essa criatividade na elaboração e desenho de medidas judiciais para estimular e reforçar a implementação de decisões judiciais, principalmente em litígios que demandam soluções complexas para problemas sociais. Mas quando o Judiciário abandonou e deixou de lado a tarefa de refletir

⁵³⁹ CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 81.

⁵⁴⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social*, p. 32.

sobre medidas apropriadas para superação de violações de direitos humanos e restabelecimento do direito tal qual está protegido no texto constitucional, as potencialidades das Cortes e dos juízes na proposição de soluções para sanar problemas sociais complexos restaram ofuscadas e pouco desenvolvidas na doutrina.

Nessa linha, uma breve análise do desenvolvimento do litígio demonstra que as demandas bipolares – entendidas como aquelas que preveem o litígio entre dois indivíduos com interesses distintos e diametralmente opostos e um papel passivo do juiz⁵⁴¹ – seriam uma característica notável do litígio de direito privado, também conhecido como modelo “comando e controle”. O envolvimento do juiz com os casos era limitado e não permitia grandes reflexões sobre seu potencial dentro do litígio e a realização de uma justiça verdadeiramente transformadora, já que o juiz só tomava decisão dentro do processo quando era demandado.

O litígio de direito público que trouxe à tona a reflexão sobre o papel do direito e dos juízes na transformação das instituições e práticas sociais. Aos poucos, o modelo “comando e controle” foi assumindo novas feições, já que havia uma sensação da inadequação daquele modelo em relação à efetivação da decisão. As características do litígio de direito privado seriam inadequadas para resolução de demandas jurídicas complexas discutidas no âmbito dos tribunais. Era necessário aperfeiçoar o litígio de direito privado para um modelo de litígio de direito público. Para tanto, seria também essencial ressignificar o papel dos juízes e das Cortes Constitucionais, bem como das partes envolvidas no litígio.

A abertura das salas dos tribunais e a mobilização jurídica em torno de direitos passou a demandar uma reflexão sobre o papel das Cortes e dos juízes ao longo do litígio, tanto na negociação quanto na mediação dos direitos em jogo. Também pressionou a criação, o aperfeiçoamento e o gerenciamento de remédios judiciais aptos para a execução dessa tarefa. Nesse sentido, foram surgindo remédios judiciais complexos, cujos efeitos transbordariam as pessoas envolvidas diretamente nos processos perante os tribunais.⁵⁴²

Essa mudança na atuação dos tribunais fomentou o que posteriormente ficou conhecido como “intervenção experimentalista”,⁵⁴³ combinando normas mais flexíveis e provisórias, com monitoramento do cumprimento da decisão e participação de *stakeholders* ao longo de todas as etapas do processo. No lugar de ordenar ações específicas, os remédios

⁵⁴¹ CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, v. 89, n. 7, *Harvard Law Review* (1281-1316), 1976, p. 1282.

⁵⁴² CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, p. 1284.

⁵⁴³ SABEL, Charles R.; SIMON, Willian H. “Destabilization rights”, p. 1019.

judiciais passaram a conter objetivos e métodos de supervisionar a implementação da decisão.⁵⁴⁴ Eles aprimoram, dessa forma, a atuação das instâncias judiciais no litígio.

A complexidade dos remédios judiciais impeliu o avanço dos juízes nas etapas de cumprimento da decisão. Nesse sentido, um maior envolvimento dos juízes na efetivação de direitos para além da etapa de decisão seria inevitável. O caso da segregação nas escolas estadunidenses, a discriminação na contratação de mulheres e a reforma das prisões nos Estados Unidos são apenas alguns dos inúmeros exemplos dessa nova forma de se conceber o litígio.⁵⁴⁵

A necessidade de ponderar distintos interesses das partes e, ao mesmo tempo, prever medidas com consequências futuras e acomodar distintos interesses,⁵⁴⁶ faz com que os juízes precisem de informações mais precisas para conduzir o litígio. Afinal, diferentemente do litígio do direito privado, o remédio judicial ordenado no litígio de direito público não seria terminativo, mas tem impacto e consequências futuras sobre partes que não necessariamente estavam formalmente incluídas nas demandas. Portanto, o diferencial do litígio de direito público acaba sendo, ao final, o remédio judicial ordenado, que aprofunda e prolonga a participação da Corte na disputa.⁵⁴⁷

O auxílio de terceiros, sejam especialistas, comitês ou *amicus curiae*, pode contribuir de maneira incontestável no litígio do direito público, já que permite colher informações para a construção de medidas judiciais adequadas pelos juízes. O cumprimento da decisão também deve contar com essa colaboração, já que as informações fornecidas às Cortes e aos juízes na etapa pós-decisional permite avaliar os obstáculos surgidos durante o cumprimento das medidas judiciais ordenadas.

Nesse sentido, o litígio de direito público é complexo e se prolonga em uma intensa dialética entre elementos fáticos e jurídicos, buscando eliminar os bloqueios políticos para alcançar *standards* mínimos de satisfação de direitos. Os juízes passam então a ter um papel ativo na organização, facilitação e direcionamento do litígio.⁵⁴⁸

⁵⁴⁴ SABEL, Charles R.; SIMON, Willian H. “Destabilization rights”, p. 1026.

⁵⁴⁵ Nesse sentido:

CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, p. 1284.

SABEL, Charles R.; SIMON, Willian H. “Destabilization rights”, p. 1017.

⁵⁴⁶ CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, p. 1293-1294.

⁵⁴⁷ CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, p. 1298-1301.

⁵⁴⁸ CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, p. 1297-1298.

Apesar das inúmeras críticas em relação à separação de poderes, legitimidade democráticas e capacidade institucional,⁵⁴⁹ os juízes e as Cortes podem ter um papel diferenciado quando se trata de litígios de direito público, direcionados a mudanças e reformas estruturais. Eles podem promover direitos e, mais do que isso, movimentar as burocracias estatais – que se recusam a realizar as funções que lhes são próprias pela Constituição – para que o façam. As Cortes são, ao final, as instituições responsáveis por identificar obrigações jurídicas e responder às demandas jurídicas relacionadas a direitos violados.⁵⁵⁰

As Cortes também possuem um papel híbrido, dividido entre a moderação e o fomento na promoção de direitos. Para a realização dessa função, as Cortes devem se atentar aos *standards* (ou critérios) necessários para efetivar determinado direito e definir um mínimo de *performance* das instituições estatais.⁵⁵¹ Até porque em determinados contextos políticos, econômicos e sociais as instituições estatais podem ter distinta *performance*.

Nesse sentido, as Cortes podem exercer um importante papel ao oferecer pequenos estímulos para o bom funcionamento do parlamento em direção à transformação do *status quo* quando ele atua de forma negligente e ineficiente na proteção de direitos. Da mesma forma, quando há um *backlash* em relação a direitos, ou seja, um retrocesso na proteção e garantia de direitos constitucionalmente protegidos, os juízes constitucionais e as Cortes podem buscar um equilíbrio entre projetos novos e antigos para que assim os mais vulneráveis não tenham seus direitos afetados.

Por outro lado, se é certo que a ampliação da atuação do Judiciário decorre “da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas”,⁵⁵² isso não significa que ele possa substituir os demais poderes em suas respectivas funções.

O comportamento judicial deve buscar a plena harmonia com os valores democráticos, atuando com respeito em relação aos poderes legislativo e executivo na promoção dos valores constitucionais. A atuação dos poderes em consonância com o texto

⁵⁴⁹ De acordo com SABEL, Charles R.; SIMON, Willian H. (In: “Destabilization rights”, p. 1017), os críticos duvidavam que as cortes teriam informação necessária para monitorar a reestruturação institucional efetivamente. Ainda, as cortes teriam um poder muito diminuto para assumir essa nova tarefa, uma vez que dependem de outras instituições e das práticas sociais.

⁵⁵⁰ GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. “Introduction”, p. 01.

⁵⁵¹ SABEL, Charles R.; SIMON, Willian H. “Destabilization rights”, p. 1063.

⁵⁵² VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*. Da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

constitucional não permite a realização de ingerências indevidas pelo Judiciário. Caso contrário, a ação judicial seria compreendida não apenas como antidemocrática, mas como uma invasão da esfera de atuação dos demais poderes.

Em resumo, o tribunal tem um importante papel de proteger a democracia e os direitos fundamentais, mas para a manutenção da integridade constitucional, deve estar imune a conflitos político-partidários, ser imparcial e exercer um papel moderador entre as distintas funções estatais e impulsionador/fomentador de direitos; deve ainda adotar padrões decisórios e construir uma jurisprudência que inspire respeito por seus argumentos jurídicos.⁵⁵³

Como menciona Arguelhes,⁵⁵⁴ ao se referir ao comportamento do Supremo em relação aos anseios da população, “[u]ma instituição não pode ser, ao mesmo tempo, desenhada de modo a se legitimar por ignorar o clamor popular e por atender a esse mesmo clamor”. Por isso, o que transforma o papel de um tribunal dentro da sociedade é também o respeito às regras do jogo democrático e a sua imparcialidade, inclusive às pressões populares, brindando-lhe a confiança, a segurança e o respeito de todos.

A responsividade das Cortes Constitucionais – em especial no cumprimento de uma função que lhe foi conferida pelo texto constitucional – está no oferecimento de respostas sobre a efetividade da própria Constituição e dos direitos fundamentais. Porém, “[a] responsividade não deve ser confundida com usurpação, em que o Judiciário avança, sem a devida justificativa normativa, sobre as funções de outros poderes, (...) com objetivo de substituir decisões políticas ou técnicas tomadas pelos demais poderes”.⁵⁵⁵

Em espaços nos quais a política não é responsiva às demandas populares, as Cortes talvez podem ter maior impacto ao promover espaços de diálogo e compromisso entre interesses em conflito.⁵⁵⁶ As Cortes também podem impulsionar a responsabilidade das autoridades burocráticas para realizar os compromissos incompletos. Nesse sentido, muitos países da América Latina desenharam Constituições ambiciosas, que prometem muito mais

⁵⁵³ MENDES, Conrado Hübner. “Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP”. *Folha de São Paulo*. 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em 19 mar. 2020.

⁵⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. “O Supremo que não erra.” In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.) *A razão e o voto*, p. 83.

⁵⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 175-176

⁵⁵⁶ GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. “Introduction”, p. 6

do que a capacidade das instituições pode oferecer, ou seja, os direitos previstos nestes textos constitucionais estão longe do alcance da maioria dos cidadãos.⁵⁵⁷

É fato que as populações vulneráveis por muito tempo não se mobilizaram em torno de direitos previstos nos textos constitucionais, pois além da desconfiança sobre as potencialidades do sistema jurídico para avançar e promover seus direitos,⁵⁵⁸ também não possuíam voz dentro de determinados espaços, inclusive dentro da arena judicial. A realização de direitos fundamentais dependeria do poder político das populações vulneráveis,⁵⁵⁹ ao proporcionar espaços para a luta por direitos.

A criação de Constituições ambiciosas,⁵⁶⁰ com ampla constitucionalização de direitos, a percepção de que as arenas políticas não seriam passíveis de promover as mudanças desejadas e a abertura das salas dos tribunais são fatores que contribuíram para que as populações vulneráveis buscassem para as arenas jurídicas. Na América Latina, por exemplo, a ditadura, os governos com contornos autoritários e o desrespeito massivo aos direitos humanos, transformaram a percepção das populações latino-americanas sobre o sistema jurídico.⁵⁶¹

Enquanto os direitos fundamentais e sociais foram ampliados nas novas constituições no período de redemocratização, os novos regimes democráticos seguiam com uma baixa inclinação em julgar corretamente os acusados de crimes contra direitos humanos cometidos na época da ditadura.⁵⁶² Na ausência de respostas políticas para ambas as questões, as populações vulneráveis, representadas na maior parte das vezes por movimentos ou organizações sociais, resolveram ir às Cortes para desafiar as políticas de impunidade adotadas no continente latino-americano.⁵⁶³

Ao observar esse percurso, é possível compreender como as Cortes se tornaram uma alternativa em relação aos canais tradicionais democráticos. A ampliação da luta por direitos no âmbito das Cortes foi inevitável, já que os tribunais seriam considerados um espaço

⁵⁵⁷ GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. “Introduction”, p. 365.

⁵⁵⁸ CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 50.

⁵⁵⁹ COUSO, Javier A. “The Changing Role of Law and Courts in Latin America”, p. 62.

⁵⁶⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Ambitious constitutions. Prominent courts.” In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Ed.). *Comparative Constitutional law in Latin America*, Edward Elgar, 2017, p. 257

⁵⁶¹ Nesse sentido:

CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 50.

COUSO, Javier A. “The Changing Role of Law and Courts in Latin America”, p. 64-65.

⁵⁶² COUSO, Javier A. “The Changing Role of Law and Courts in Latin America”, p. 65.

⁵⁶³ COUSO, Javier A. “The Changing Role of Law and Courts in Latin America”, p. 66.

confiável para garantia de direitos e imune a demandas “populistas”.⁵⁶⁴ As Cortes passaram a ser um espaço demandado a desenvolver ferramentas capazes de proteger direitos fundamentais e estimular reformas institucionais que pudessem fortalecer direitos e a própria democracia.⁵⁶⁵

Nessa linha, a busca pelas instâncias judiciais trouxe novas perspectivas sobre a responsabilidade do Poder Judiciário na realização da transformação social, já que ele foi obrigado a buscar formas de justificar a intervenção judicial em searas antes desconhecidas. A via judicial passou a transformar e ressignificar o papel das Cortes Constitucionais na promoção de uma justiça transformadora, buscando desestabilizar as estruturas burocráticas existentes e impulsionar mudanças no acesso e exercício de direitos fundamentais.

Mas enquanto ativistas de direitos humanos buscam as Cortes para promoção de transformação social, alegando que os direitos sociais seriam verdadeiros trunfos contra a maioria; as burocracias estatais resistem a realizar as reformas solicitadas. O protagonismo das Cortes acabou triunfando por um certo período, passando a ser chamado por alguns autores de “supremocracia”,⁵⁶⁶ para referir-se à prevalência do Judiciário frente aos demais poderes.

A Colômbia, como mencionado ao longo do trabalho, através de suas decisões emblemáticas em relação ao deslocamento forçado, serviços de saúde e sistema penitenciário passou a desenvolver formas de se aproximar de questões complexas, inovando na utilização de ferramentas para decidir sobre omissões das autoridades públicas e impulsionar transformações. Esse tipo de ativismo colombiano, entendido como um neoconstitucionalismo progressivo, tem sido uma tendência emergente na América Latina e outras regiões do Sul Global.

O Brasil, por outro lado, também proferiu decisões emblemáticas, buscando dar conta de questões sociais que estavam na sua alçada para decidir. Em especial na era Lula, o saldo na proteção de direitos fundamentais foi bastante positivo, inclusive se comparado com outras Cortes progressistas.⁵⁶⁷ Foi nesse período que foram estabelecidas inúmeros avanços

⁵⁶⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 163.

⁵⁶⁵ BERGALLO, Paola. “Justicia y experimentalismo”, p. 7.

⁵⁶⁶ Nesse sentido:

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 162. O. VIEIRA menciona que a supremocracia seria o poder conferido ao STF para dar a última palavra sobre decisões tomadas pelos demais poderes sobre inúmeros temas políticos, sociais, econômicos, morais e sociais.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Direito GV, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008.

⁵⁶⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 189-194.

no agenda de direitos e promoção de ações afirmativas, como as cotas raciais pelo ProUni e a demarcação de terras indígenas das Raposa-Serra do Sol, para citar algumas das pautas progressistas.⁵⁶⁸ A reação de minorias mais conservadoras em relação ao avanço nas pautas de direitos levou à judicialização de inúmeros casos no âmbito do STF, que referendou as decisões do Legislativo e do Executivo.⁵⁶⁹

As mudanças no cenário político também alteraram a percepção sobre a atuação do STF. A Operação Lava Jato evidenciou uma nova postura do STF, gerando uma tensão sem precedentes com o campo político. A prática decisória do Supremo passou a ser questionada, gerando insegurança e imprevisibilidade quanto ao seu papel.

Nesse quesito, o crescimento do exercício monocrático da jurisdição do Supremo, apelidada de “ministocracia”,⁵⁷⁰ agravou ainda mais essa percepção da fragilização das decisões da Corte. A imensa maioria dos casos é decidida monocraticamente, ou seja, por apenas um magistrado do STF.⁵⁷¹ Como argumenta Mendes,⁵⁷² o STF “(...) tem sido governado pelo voluntarismo incontinente de seus membros. É muito poder individual de fato (e de legalidade duvidosa) para ser usado com tanta extravagância.”.

Adicionalmente, muitas demandas jurídicas acabam sendo decididas em litígios individuais, gerando questões de contingenciamento e discussões sobre princípio da igualdade. O baixo número de casos relacionados à proteção de direitos socioeconômicos no âmbito do STF parece também refletir uma clausura invisível entre judiciário e população, o que representa um dos maiores obstáculos à eficiência do judiciário.

Não foi apenas o protagonismo das Cortes, mas a transformação de sua atuação em distintos contextos que trouxe inúmeros desconfortos. Não sem razão, posto que o arranjo institucional não parecia estar preparado para que de fato o tribunal atuasse como um moderador das tensões sociais. A desajustada “sala de máquinas” da Constituição impulsionou inúmeras tensões entre a seção orgânica e dogmática do texto constitucional, cujo desequilíbrio está distante de ser solucionado.

⁵⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 189-194.

⁵⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 190-191.

⁵⁷⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “Ministocracia. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro”. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, pp.13-32, 2018.

⁵⁷¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 171.

⁵⁷² MENDES, Conrado Hübner. “Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP”. *Folha de São Paulo*. 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espinal-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em 19 mar. 2020.

Na Colômbia, diversas reformas constitucionais tentaram tirar os poderes da Corte, até então sem sucesso.⁵⁷³ No Brasil, o Congresso Nacional também vem tentando atribuir ao Supremo Tribunal Federal a imputação de crime de responsabilidade, caso exceda a competência que lhe foi imposta pela Constituição Federal brasileira, conforme projetos de lei em tramitação (vide anexos V e VI).

Como é possível observar, o Judiciário se vê entre trincheiras num mundo em constante transformação social e política. Nesse sentido, ou ele atua na promoção de demandas sociais, correndo o risco ter contra si uma ação por ter cometido crime de responsabilidade; ou atua de acordo com o entendimento das burocracias estatais, sob a justificativa de que não seria sua competência atuar nesse tipo de caso, deixando então de analisar demandas sociais complexas, que afetam primordialmente setores vulneráveis da população. Nenhuma das alternativas parece sensata.

É preciso buscar na história e nas particularidades do constitucionalismo desenvolvido no continente latino-americano as formas de promover a harmonia entre as distintas funções estatais e impulsionar a proteção de direitos constitucionais. A experiência demonstra que a atuação das Cortes em determinadas situações pode ser exitosa na defesa de grupos vulneráveis.

Cabe então refletir e ressignificar o papel das Cortes, superando-se a visão estritamente formalista de que elas possuem apenas um papel passivo durante o processo judicial, declarando o direito violado e nada mais. Tampouco pretende-se atuar aqui na defesa de que os juízes, tribunais e a Cortes Constitucionais estejam acima dos demais poderes, ou atuem de forma abusiva no exercício de suas funções. Até mesmo porque a usurpação das atribuições do Tribunal,⁵⁷⁴ e aqui menciona-se usurpação propositadamente para referir-se ao mau uso de suas funções, retira a confiança da sociedade em relação à autoridade judicial.

Se faz necessário encontrar o equilíbrio possível em uma sociedade repleta de interesses contrapostos entre si. Mas qual seria então o papel dos juízes e das Cortes Constitucionais? Talvez seja necessário ressignificar as possibilidades de atuação da instância judicial, com maior participação e diálogo, e verificar o seu potencial dentro de limites pré-estabelecidos.

⁵⁷³ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia. Casos, Potencialidades y riesgos.” *SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos*. N. 6, Año 4, 2007, p. 64. Nesse sentido, observa-se que nos últimos anos há vários projetos de lei que ainda seguem na tentativa de diminuir o poder da Corte Constitucional e também permitir aos cidadãos um poder de veto de decisões judiciais da Corte.

⁵⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 212.

A atuação das Cortes terá ou não impacto no movimento das instâncias burocráticas a depender da maneira que atua. O objetivo final deve ser a criação de espaços em que as demandas sociais sejam discutidas, até mesmo para que a decisão judicial não seja objeto de enorme resistência e acabe sendo superada por uma posterior alteração legislativa.

É inegável que decisões que envolvem casos estruturais, em especial aqueles que contêm demandas de direitos fundamentais e sociais conjuntamente, impõem desafios enormes em termos de implementação. Mas isso não significa, por outro lado, que os direitos demandados dependam exclusivamente do legislativo e executivo, e que o Tribunal não possa ter nenhum papel da efetivação de direitos previstos no texto constitucional. Uma sociedade que se pretenda democrática não deve apenas oferecer eficácia normativa a direitos civis e políticos, mas deve prezar pela igualdade econômica e social e satisfação de direitos básicos.⁵⁷⁵

Como bem observa André Ramos Tavares,⁵⁷⁶ para que os sistemas jurídicos permaneçam fiéis aos pressupostos que os legitimaram, é necessária a previsão de um órgão que se responsabilize pela manutenção da sua estrutura. Assim, ao juiz constitucional cabe a função de zelar pela manutenção da estrutura jurídica (direitos e garantias) constante Constituição.⁵⁷⁷ A supremacia da Constituição não é afastada por normas e comportamentos contrários a ela.

Nessa linha, a dificuldade imposta para a judicialização de determinados direitos não significa que os tribunais não possam decidir sobre estes mesmos direitos, mas devem fazê-lo de modo a engajar todas as partes envolvidas antes, durante e depois da tomada de decisão. Para além disso, o Judiciário deve ser deferente e responsivo às demandas sociais, sem jamais usurpar (e abusar das) funções que lhe são conferidas e desrespeitar o campo de atuação dos demais poderes.

Como menciona Rodríguez Garavito,⁵⁷⁸ “se as sentenças não têm consequências práticas, seria insensato que os tribunais incorram em elevados custos institucionais associados às suas sentenças ativistas sobre DESC, especialmente em casos estruturais que implicam negociações prolongadas e tensões com organismos administrativos responsáveis por executá-las” (tradução livre). Assim, ao serem demandadas por grupos vulneráveis para

⁵⁷⁵ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, p. 139-140.

⁵⁷⁶ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

⁵⁷⁷ TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*, p. 37.

⁵⁷⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “Más allá del cumplimiento”, p. 130.

solucionar problemas sociais complexos, as Cortes Constitucionais não devem atuar sozinhas, mas devem articular as demandas de forma a compreendê-las dentro do universo social e político em que estão inseridas. A sensibilidade das Cortes, e seu conjunto de juízes constitucionais, às questões sociais pode trazer novas perspectivas na tomada de decisão.

No caso de grupos altamente estigmatizados, como é o caso da população prisional, a Corte Constitucional é transformada em um espaço de reconhecimento de direitos desse grupo vulnerável de modo a promover a sua emancipação social. Não se pode olvidar, entretanto, que a demanda da população carcerária traz consigo resistência social e política, uma vez que os custos políticos são altos. Nesse sentido, apresenta-se como essencial que a prática decisória esteja imune a pressões sociais e políticas, e que a interpretação constitucional seja feita pluralmente, e não apenas no individual.

A deliberação dentro de um tribunal “[e]xige, de cada um, disposição para duvidar de suas convicções iniciais, vontade de minimizar o desacordo e o reconhecimento de uma opinião institucional coesa, fundada em razões claras”.⁵⁷⁹ Para a construção de uma jurisprudência firme e respeitosa ao regime democrático, é preciso haver, em primeiro lugar, cooperação dentro de um tribunal constitucional. A decisão de forma deliberativa e colegiada confere maior integridade ao tribunal e autoridade à jurisprudência desenvolvida.⁵⁸⁰

Mas para além da aplicação do direito e resolução de conflitos no caso concreto, como anteriormente mencionado, compreende-se que as Cortes têm um papel não apenas no momento da decisão, mas também na etapa pós-decisão, atuando para que o que foi decidido no âmbito do tribunal seja efetivamente cumprido e haja, ao mesmo tempo, oportunidade para rediscutir as formas de cumprimento da decisão. Portanto, as Cortes devem assumir uma função de destaque na supervisão do cumprimento das sentenças, garantindo com que tenham um impacto transformador do *status quo*. Nesse momento, a importância de espaços deliberativos e participativos é ainda maior.

Ao desempenhar o papel de direção da decisão tomada em diálogo com a sociedade e os demais poderes, o Poder Judiciário restaria fortalecido, tanto interna quanto externamente, já que contaria com o prestígio da sociedade e dos demais poderes, e a magistratura nacional também daria maior credibilidade à essa instituição ao notar a efetividade das decisões ali emanadas, passando a seguir o que foi decidido pela Corte

⁵⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. “Onze ilhas”. *Folha de São Paulo*. 01 fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

⁵⁸⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*, p. 213.

Suprema, independentemente de vinculação da decisão.⁵⁸¹ Além disso, cumpriria o papel moderador, recuperando sua autoridade e o seu potencial.

O potencial transformador das decisões judiciais também depende do quanto as Cortes Constitucionais encontram-se motivadas e disponíveis para o desenvolvimento de estratégias que estão no âmbito de sua competência. É importante lembrar que as Cortes não atuam em um vazio político. A promoção de uma justiça transformadora depende da atuação de inúmeros atores dentro do contexto político e social em que estão inseridos. Como mencionado ao longo deste trabalho, a decisão é apenas o início de um novo processo, que dá início ao processo de seguimento.

Nesse sentido, as Cortes podem produzir mudanças políticas e sociais e, assim, ter maior impacto quando atuam conjuntamente com outros atores, como organizações da sociedade civil e os movimentos sociais, para criação de espaços políticos de discussão. Por outro lado, é preciso deixar claro que as decisões judiciais sozinhas não são capazes de transformar a sociedade. Apesar do ceticismo de alguns autores em relação à capacidade das instâncias judiciais na promoção de mudanças sociais significativas, entende-se que a interação entre Cortes Constitucionais e movimentos sociais pode trazer reflexões interessantes e não tão pessimistas.

Claro que, assim como menciona Rodrigo Uprimny,⁵⁸² não se pode esquecer que a batalha jurídica é apenas parte de uma batalha muito maior para a verdadeira transformação social. Apesar de leis e decisões judiciais terem seu potencial questionado enquanto fomentadoras de emancipação social, já que por vezes são utilizadas como instrumentos de dominação; em países periféricos, a população, movimentos sociais e instituições estatais podem utilizar a lei como instrumento de resistência ao poder hegemônico. A mobilização jurídica em torno da Corte, de mesma forma, oferece mensagens políticas que dão suporte para uma ação política maior.

Nesse quesito, as ONGs e movimentos sociais são centrais na elaboração de estratégias de litígio e implementação de sentenças judiciais para alcançar uma transformação social, especialmente em contextos de democracia, como se observa na América Latina. O nível e a forma de participação das organizações e movimentos sociais determinam o impacto alcançado por uma decisão judicial.

⁵⁸¹ JOBIM, Marcos Félix. *Medidas Estruturantes*, introdução.

⁵⁸² UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court”, p. 141.

Além disso, muitas vezes são esses atores – ONGs e movimentos sociais – que dão voz às demandas das comunidades afetadas em seus direitos, e atuam para estender benefícios de uma determinada decisão para outros indivíduos ou grupos. Dessa forma, a mobilização jurídica após a decisão judicial, incluindo o litígio e produção de informação, possui um papel importante ao gerar atenção da mídia e pressão nas agências implementadoras e outros poderes governamentais.

O papel da sociedade civil e dos movimentos sociais em torno das decisões é entendido como essencial para a criação de novos entendimentos sobre políticas públicas e monitoramento da implementação das decisões das cortes supremas, permitindo ampliar o impacto judicial da decisão proferida. A mobilização social em torno da Corte, com engajamento e diálogo, é capaz de criar um espaço político e contribuir para mover a máquina estatal, dentro de parâmetros permitidos pelo contexto político. Até mesmo porque seu contato direto com as populações afetadas pode produzir informações sobre lacunas existentes e assim qualificar o debate na busca de soluções possíveis.

Em casos em que há o ponto cego legislativo, a sociedade civil tem capacidade para auxiliar na promoção de direitos humanos no âmbito dos tribunais, seja por meio de ações de divulgação da sentença ou do monitoramento do cumprimento das ordens proferidas pela Corte. Através dessa atuação, ela pode apresentar informes sobre a matéria discutida na sentença, avaliar políticas públicas, propor alternativas de política pública e se constituir, acima de tudo, como um espaço para não só debater, mas também consultar sobre o tema.

De acordo com estudo conduzido pelo CEBRAP, “[e]m razão da capilaridade e variedade de temas, atividades e estratégias de atuação, as entidades de defesa de direitos desempenham papéis que dificilmente podem ser subsumidos por órgãos estatais”.⁵⁸³ Além de avançar na agenda de direitos, a sociedade civil e os movimentos sociais podem ter um papel importante na agenda de reforma institucional, que não precisa ser apenas voltada ao Poder Judiciário, mas também a pensar o funcionamento dos próprios órgãos de litígio do Estado e sua democratização.⁵⁸⁴ Nesse sentido, é preciso compreender as entidades da sociedade civil organizada e movimentos sociais como atores que possuem um papel na prestação de contas, deliberação de estratégias da Corte, entre outras funções.

⁵⁸³ RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). *Advocacia de interesse público no Brasil*. A atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. 120 p. (Diálogos sobre a Justiça), p. 106.

⁵⁸⁴ CARDOSO, Evorah. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*, p. 33.

Assim, conclui-se que os tribunais e a sociedade devem, acima de tudo, caminhar juntos para o aprofundamento da democracia,⁵⁸⁵ promovendo um debate público sobre violação de direitos e oferecendo propostas de solução para o problema enfrentado. A ressignificação do papel das Cortes, dos juízes e da sociedade civil, como instituições que têm seu papel no jogo democrático, pode fomentar mudanças significativas em práticas judiciais e sociais, transformando a sociedade como um todo. Para que isso aconteça, porém, deve haver espaços deliberativos e promoção de maior engajamento entre sociedade, autoridades públicas e a própria Corte, na busca dessa transformação social.

⁵⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Cortês, 2008, p. 86.

Considerações finais

A pesquisa foi motivada pelo interesse em saber como as Cortes Constitucionais podem produzir maiores impactos na promoção e proteção de direitos através de suas decisões, viabilizando reformas sociais que permitam o acesso e o exercício de direitos em especial pelas populações vulneráveis. Nesse sentido, o continente latino-americano tem sido um campo fértil para estudo da atuação das Cortes Constitucionais na América Latina, em especial quanto às disputas relacionadas ao sentido da Constituição.

Os tribunais latino-americanos têm inovado em suas práticas jurisprudenciais para efetivar direitos previstos nos textos constitucionais. As diversas decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais do continente são compreendidas como decisões transformadoras, ao buscarem oferecer melhores condições de vida a grupos vulneráveis ou altamente estigmatizados. Mas para além disso, as decisões proferidas no âmbito das Cortes não colocam fim ao processo, mas são vistas como ponto de partida para o cumprimento da decisão tomada.

Esse novo olhar para o papel dos tribunais é relativamente recente. Os distintos momentos pelos quais os países da região passaram demonstram que, por muito tempo, a mobilização social esteve centrada nas arenas políticas. O Judiciário não era visto como um órgão capaz de mover as instâncias burocráticas e promover as transformações desejadas. Foi no período de redemocratização do continente, pós-ditaduras e governos com contornos autoritários, que o Judiciário ganhou proeminência e passou a chamar a atenção de diversos setores sociais, que passaram a ocupar a arena judicial. A abertura das salas dos tribunais e condições sociais, políticas e econômicas impulsionaram a busca de direitos nos tribunais.

Dessa forma, destaca-se que a descrença nas arenas políticas para promover transformações sociais, previstas nos ambiciosos textos constitucionais, proporcionou a mudança da mobilização política para a mobilização jurídica. O fenômeno pode ser explicado pelo fato de que as novas Constituições latino-americanas passaram a prever um amplo catálogo de direitos com densidade abstrata. Além das inúmeras promessas constitucionais previstas nos textos constitucionais, a estrutura do Judiciário foi redesenhada, passando a contar com amplos poderes e maior abertura às demandas sociais.

A possibilidade de acesso direto às Cortes Constitucionais, como é o caso da Colômbia e da Costa Rica, por exemplo, e o baixo nível de formalidade e custos de ingresso de ação judicial para pleitear proteção e garantias a direitos fundamentais, transformou o

Judiciário em um campo de batalha por direitos. Foi assim que as reformas constitucionais impulsionaram o protagonismo judicial aos poucos.

O Judiciário tampouco se sentiu constrangido em responder às mais variadas demandas sociais que chegavam diariamente em seus gabinetes. A atuação judicial foi impulsionada de forma única, renovando a prática jurisprudencial. As práticas judiciais inovadoras, aliadas a decisões com conteúdo transformador, promoveram mudanças nos mais variados setores sociais. No entanto, a nova atuação do Judiciário suscitou críticas, como a questão da legitimidade democrática e ausência de capacidade institucional para interferir no campo político.

Mas é preciso lembrar também que, na sociedade atual, existem temas na agenda política que não são tratados de maneira adequada pelos poderes públicos, especialmente em razão do receio de custos políticos que possam acarretar. Assim, distintos direitos restam negligenciados pelas burocracias estatais. A inércia estatal na proteção e garantias de direitos constitucionalmente previstos não pode deixar de ser considerada uma violação de direitos em si mesma.

Nesse sentido, a promoção de direitos que possam acarretar custos políticos, na maior parte das vezes, pode demandar uma inércia estatal. Como exemplo, pode-se mencionar o caso das pessoas privadas de liberdade, minorias não aceitas pela maioria do eleitorado, e cujos direitos são constantemente violados. A situação carcerária brasileira não proporciona condições dignas às pessoas encarceradas, persistindo de forma contínua a violação de direitos e garantias individuais, bem como direitos sociais, como saúde, educação e outros direitos relacionados.

O caso relacionado à ausência e negligência de direitos das pessoas privadas de liberdade pode ser mencionado como parte dos pontos cegos legislativos, ou seja, matérias sobre as quais os legisladores não têm interesse em legislar e nem o Executivo em criar políticas públicas, muito em razão do receio dos custos políticos que possam ter. A consequência é a grave e sistemática violação grave de direitos do grupo vulnerável que não desperta interesse na referida agenda política.

A inércia das autoridades públicas na proteção e garantia desses direitos acarreta uma violação à própria Constituição. A vinculação constitucional dos poderes públicos em proteger os direitos previstos no texto constitucional abre caminhos para a atuação da Corte Constitucional quando verificada violação a direitos constitucionalmente previstos, seja por ação ou omissão, já que ela é a instituição encarregada da proteção da Constituição.

Nesse contexto, os litígios estruturais são impulsionados por parcela da população privada de direitos. Assim, os litígios estruturais surgiram como uma forma de superar a inércia estatal quando constatada uma violação massiva de direitos de um grupo que se encontra em igual situação. Ao mesmo tempo, essa modalidade de litígio busca dialogar com as burocracias estatais para superação do estado de violação de direitos, incluindo também a sociedade civil organizada e os grupos afetados para a construção de caminhos para solucionar a questão.

Como mencionado, essa nova forma de atuação judicial suscitou diversas críticas, mas também agrupou defensores do ativismo judicial equilibrado. Acadêmicos foram estimulados a se aprofundar neste tema, apoiando-se na análise da atuação do Judiciário frente a demandas sociais, em especial na fase de elaboração das sentenças. De outro lado, a literatura acadêmica negligenciou o fato de que a decisão tomada pela Corte em litígios estruturais não representa o ponto final do litígio, mas apenas o início de um novo processo decorrente da sentença, qual seja, o processo de seguimento. O estudo sobre cumprimento e impacto de decisões no bojo dos litígios estruturais acabou não sendo aprofundado.

Ora, uma decisão sem cumprimento e sem efeitos acaba sendo ineficaz. Ao deixar de lado a análise sobre o que acontece depois que uma decisão é proferida, a doutrina não permitiu análises mais detalhadas sobre os efeitos da prática judicial, tampouco possibilitando afirmar se ela seria de fato promissora, ou se, ao contrário, injustificada.

A análise de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro e pela Corte Constitucional colombiana, relativos à declaração do estado de coisas inconstitucional nos sistemas penitenciários brasileiro e colombiano, permitiu analisar o papel das Cortes Constitucionais na construção de mecanismos que permitam maior cumprimento e melhores impactos. Mas o estudo de decisões relativas à população carcerária e seu respectivo impacto é um desafio enorme, pois as pessoas privadas de liberdade são parte de um grupo altamente estigmatizado, que não conta com apoio social e muito menos político.

A interferência neste campo pode representar altos custos normativos e políticos, mais do que financeiros propriamente ditos. Dessa forma, a análise da atuação das Cortes Constitucionais na promoção de direitos para esse grupo se torna ainda mais importante, pois ela pode tanto atuar para proteger direitos, quanto pode ser inerte em relação a essas demandas.

Nos casos estudados, é possível verificar que a Corte entendeu pela exigibilidade dos direitos das populações carcerárias, buscando desenhar remédios para superar a situação de violado. Na Colômbia, a Corte Constitucional enfrentou em três momentos a discussão sobre

a violação de direitos de pessoas privadas de liberdade (T-153/98, T-388/13 e T-762/15). Na última decisão proferida, T-762/15, a Corte decidiu pelo estado de coisas inconstitucional e preservou a jurisdição do caso, reorientando as estratégias ao longo do processo de seguimento em diálogos com as autoridades públicas e organizações da sociedade civil. Ao longo do processo de seguimento, a Corte Constitucional colombiana contou com audiências públicas, participação ativas da sociedade civil organizada, e outros atores envolvidos na questão. Tudo isso permitiu a emissão de autos durante o processo de seguimento, orientados a alcançar o objetivo principal da decisão no litígio estrutural, qual seja, superar o estado inconstitucional de violação de direitos das pessoas encarceradas.

Por outro lado, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, assumiu uma postura mais discreta em relação à ADPF 347/DF, decisão relativa ao estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. A decisão somente foi decidida em sede de cautelar, não contando com uma decisão definitiva sobre a questão. Ainda que o STF tenha preservado a jurisdição para acompanhamento de sua decisão, o seu comportamento passivo frente a situação impede a avaliação dos avanços no cumprimento e impacto da decisão. Ainda, a pouca participação das organizações da sociedade civil, a ausência de processo de seguimento claro, e mecanismos de diálogo com os demais poderes e com a sociedade em geral, em especial o grupo afetado, não parecem contribuir para que o caso tenha uma solução definitiva e que de fato garanta direitos previstos na carta constitucional.

A conclusão da análise das duas decisões não é de que não tiveram efeitos, mas sim que o cumprimento compreende apenas uma parte do potencial da decisão. Na Colômbia, a decisão permitiu envolver as autoridades públicas para o monitoramento da decisão, além de contar com o apoio da sociedade civil e instituições acadêmicas. O recente desenvolvimento de indicadores pelas autoridades públicas colombianas, no âmbito do processo de seguimento da T-762/15, para avaliar o acesso a direitos das pessoas privadas de liberdade, pode representar um avanço na questão carcerária colombiana.

Já no que se refere ao caso brasileiro, apesar da postura tímida do Supremo Tribunal Federal e pouca participação da sociedade civil, a decisão produziu efeitos indiretos e simbólicos. A maior atuação do CNJ no monitoramento e fiscalização do sistema carcerário pode ser mencionado como um desses efeitos imediatos da decisão. Por outro lado, a mudança para um contexto político conservador trouxe a questão da segurança pública para o debate público. A sociedade civil se organizou em redes e a população em geral passou a debater sobre o assunto.

Considerando as decisões proferidas pelas Cortes e as estratégias e mecanismos utilizados, pode-se mencionar que a Corte Constitucional pode ter uma função importante na coordenação das burocracias estatais para o debate sobre os problemas estruturais enfrentados na sociedade. Esse papel conferido à Corte na mobilização e diálogo com outros poderes permite avançar na efetivação de direitos e ter maiores impactos.

Nesse sentido, é preciso seguir estudando os impactos do ativismo judicial dialógico, no marco das sentenças estruturais, e analisar a criação de estratégias e mecanismos jurídicos pelas Cortes para cumprimento de suas sentenças. Dessa forma, será possível discutir com dados empíricos a legitimidade e utilidade da intervenção judicial na solução de problemas estruturais. E se a conclusão é de que a intervenção judicial é capaz de criar espaços políticos de discussão e engajamento entre distintos atores políticos e sociais para a efetivação de direitos previstos no texto constitucional, deve-se aprimorar os mecanismos de seguimento e monitoramento utilizados após a tomada de decisão, impulsionando de fato o constitucionalismo deliberativo e transformador.

Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; Courts, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Trotta, 2004.

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação de Poderes**. Trad. Isabelle Maria Campus Vasconcellos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. O Estado Aberto. Objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**. Marco conceptual. V. 1. Curitiba: Juruá, 2016.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.) **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica n. 688. Mexico, 2014.

ARANGO, Rodolfo. Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy, **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 141-154, Junho 2003.

ARCIDIÁCONO, Pilar; ESPEJO YAKSIC, Nicolás; GARAVITO, César Rodríguez, **Derechos sociales**. Justicia, política y economía en América Latina, Bogotá: Siglo de Hombre Editores y LAEHR, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck. “O Supremo que não erra.” In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.) **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____.; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia. O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, n. 1, pp.13-32, 2018.

_____.; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador. Transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 405-440, ago. 2016.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”. Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARIZA, Libardo José; TORRES, Mario Andrés. Constitución y Cárcel. La judicialización del mundo penitenciario en Colombia. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 10. N. 01, Rio de Janeiro. Jan. -mar., 2019

_____. The economic and social rights of prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.) **Constitutionalism in the Global South**. The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. Cambridge University Press, 2013

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto. O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.) **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise. Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006.

BELTRÁN, Andrés Mauricio Gutiérrez. **El amparo estructural de los derechos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

_____. **El amparo estructural de los derechos**. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid (Tesis Doctoral), 2016.

BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina, trabalho apresentado no **Seminário latinoamericano de Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45/.

BEZERRA, Rafael. Como avaliar a performance das Cortes Constitucionais? Quatro pontos que deveriam ser avaliados pelo STF em meio à crise institucional. **Jota**, 13 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-avaliar-performance-das-cortes-constitucionais-13042016>>.

BILCHITZ, David. **Poverty and Fundamental Rights**. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights. Oxford University Press, 2007.

BLANDÓN, Luisa Fernanda Cano. **Constitucionalismo experimental y protección judicial del derecho al agua en Colombia**. Universidad de los Andes (Tese de Doutorado), 2017.

BOGDANDY, Armin von *et al* (Ed.). **La jurisdicción constitucional em América Latina**. Un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.

_____. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Observations on Transformative Constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin von *et al* (Ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. The Emergence of a New *Ius Commune*. Oxford University Press, 2017.

_____. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador. **Revista Derecho del Estado** n. 34, jan. -jun. 2015, pp. 3-50.

_____. *Ius Constitutionale Commune latinoamericano*. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.) **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Rasgos, potencialidades y desafíos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica n. 688. Mexico, 2014.

BOTERO, Sandra. Judges, Litigants, and the Politics of Rights Enforcement in Argentina. **Comparative Politics**, 50(2), 169–187, 2018.

_____. **Courts that Matter**. Judges, litigants, and the rights enforcement in latin America. Indiana: Notre Dame (Tese de Doutorado), 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRINKS, Daniel M. Solucionar el problema del (in)cumplimiento en las demandas judiciales sobre derechos económicos y sociales. In: LANGFORD, Malcom, RODRÍGUEZ GARAVITO, César e ROSSI, Julieta (Ed.), **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento, Bogotá: Dejusticia, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2ª ed. Revista, atualizada, ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Prólogo. Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

CARDOSO, Evorah. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina**. Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. São Paulo: Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2012.

CHAYES, Abraham. The Role of the Judge. Public Law Litigation, v. 89, **Harvard Law Review**. 1281, (1976).

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais. Estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol.2 no.3, Curitiba Sept./Dec., 2015.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: **Isonomía**, n. 16, 2002.

COLÔMBIA. Corte Constitucional colombiana (CCC). **Sentença T-762 de 2015**. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento 14. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>.

_____. Corte Constitucional colombiana (CCC). **Sentença T-388 de 2013**. M.P. María Victoria Calle. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>.

_____. Corte Constitucional colombiana (CCC). **Sentença T-153 de 28 de abril de 1998**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>.

CtIH. **Medidas Provisória a Respeito do Brasil. Assunto Complexo Penitenciário de Curado**. Resolução de 28 de novembro de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

COUSO, Javier A. The Changing Role of Law and Courts in Latin America. From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar e ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies**. An Institutional Voice for the Poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

DEJUSTICIA, ESCR-Net, University of Oslo. **Informe del simposio internacional sobre cumplimiento de sentencias sobre derechos ESC**. Bogotá, Colombia, 6-7 de maio, 2010. Disponível em: https://www.escri-net.org/sites/default/files/936495455/Reporte_-_Cumplimiento_del_Sentencias_DESC.pdf. Acesso em: 11 out. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights. Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **I•CON**, Volume 5, Number 3, 2007, pp. 391–418.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EPP, Charles R. **The Rights Revolution**. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. University of Chicago Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack C.; e SHVETSOVA, Olga. Comparing Judicial Selection Systems. V. 10, n. 1. **William & Mary Bill of Rights Journal**, pp;7-46, 2001.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMAN, Caio César Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira. Critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**. V. 4, n. 1, 2018.

FAIRSTEIN, Carolina; KLETZEL, Gabriela; REY, Paola García. En busca de un remedio judicial efectivo. Nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; YAKSIC, Nicolás Espejo; RODRÍGUEZ GARAVITO, César

(Coord.). **Derechos sociales**. Justicia, política y economía en América Latina. Bogotá: Siglo de hombre editores y LAEHR, 2010.

FARIA, Adriana Ancona de; DIAS, Roberto. O direito, a política e a vanguarda do STF: riscos democráticos. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.) **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State**. How Courts Reformed America's Prisons. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Brasil. ¿Es más difícil hacer cumplir demandas colectivas? In: LANGFORD, Malcom, GARAVITO, César Rodríguez e ROSSI, Julieta (Ed.), **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento, Bogotá: Dejusticia, 2017.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade vida. Quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

FISS, Owen. Models of adjudication. **Caderno Direito GV**, v. 1, n. 8, 2005.

FRUG, Gerald E. The Judicial power of the purse. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 126, n. 4, p. 715-794, 1978.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Transformative Constitutionalism in Latin America. A Dialogic Route to Utopia?. **In'tl J. Const. L. Blog**. Abr. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/04/transformative-constitutionalism-in-latin-america-a-dialogic-route-to-utopia/>.

_____. **Constitucionalismo deliberativo**. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. 1ª ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

_____. Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

GARGARELLA, Roberto. The 'new' Latin American Constitutionalism. Old Wine in New Skins. In: BOGDANDY, Armin von *et al* (Ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. The Emergence of a New *Ius Commune*. Oxford University Press, 2017.

_____. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2016.

_____. *et al*. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, vol. 14, n. 2, dez. 2013.

_____.; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Promesas e interrogantes. CEPAL, **Serie Políticas Sociales**, Santiago, n. 153, nov. 2009.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. Introduction. The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights. In: **Courting social justice**. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GLOPPEN, Siri. Courts and Social Transformation. An Analytical Framework. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar e ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies**. An Institutional Voice for the Poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo**. Crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Universidade Federal do Paraná (Tese de Doutorado), 2015.

_____. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-159.

GUIMARÃES, Livia Gil. Participação Social no STF. Repensando o papel das audiências públicas. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 01, 2020, p. 236-271.

HART ELY, John. **Democracy and Distrust**. A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

HILDEBRAND OI, Amanda; BANDEIRA, Ana Luiza; SILVA, Vivian Peres da. **Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo**. São Paulo: Instituto de Defesa pelo Direito de defesa, 2015. Disponível em: Acesso em: 14 mar. 2020. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2020.

HIRSCH, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p.38-40.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El Diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica**. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. Porque a liberdade depende de impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.

JÁCOME, Jorge González. The Promise and Peril of ‘Transformative Constitutionalism’ – A Reply to Justice Carlos Bernal. **Int’l J. Const. L. Blog**. Dez. 2018. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2018/12/the-promise-and-peril-of-transformative-constitutionalism-a-reply-to-justice-carlos-bernal/>.

JOBIM, Marcos Félix. **Medidas Estruturantes**. Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KAPISZEWSKI, Diana; TAYLOR, Matthew M. Compliance. Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. **Law and Social Inquiry**, v. 38, n. 4, p. 803–835, 2013.

KECK, Thomas M; STROTHER, Logan. **Judicial Impact**. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2016.

LANDAU, David. Judicial role and the limits of constitutional convergence in Latin America. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative Constitutional law in Latin America**, Edward Elgar, 2017.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012.

LANGFORD, Malcom; GARAVITO, César Rodríguez; ROSSI, Julieta. Introducción. de la jurisprudencia al cumplimiento. In: LANGFORD, Malcom, GARAVITO, César Rodríguez e ROSSI, Julieta (Ed.), **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento, Bogotá: Dejusticia, 2017.

ARIZA, Libardo; GÓMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia. **Revista Direito e Práxis**, vol. 10, n. 01, Rio de Janeiro, Jan. -mar., 2019.

LIBARDO, José Ariza. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: BONILLA, Daniel Maldonado. **Constitutionalism of the Global South**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MALDONADO, Daniel Bonilla, La economía política del conocimiento jurídico. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (comp.), **El constitucionalismo en el continente americano**, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT y Universidad de los Andes, 2016.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. **Otro Derecho**. N. 48, 2013, pp.63-84.

MATTOS, Karina Denari Gomes. **Democracia e diálogo institucional**. A relação entre os poderes no controle das omissões legislativas. Universidade de São Paulo (Dissertação), 2014.

MBAZIRA, Christopher. **You are the “weakest link” in realising socio-economic rights: Goodbye**. Strategies for effective implementation of court orders in South Africa. South Africa: Community Law Centre: University of the Western Cape, 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del juez transformador en Brasil. *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia, março de 2020. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper**. n. 2020-05, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3548830>.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de São Paulo**. 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em 19 mar. 2020.

_____. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica**. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

_____. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**. 01 fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 19 mar. 2020.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2008.

MONTERROZA, Vanessa; LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. Estado de coisas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes. **Revista del Observatorio de Derechos Humanos**, Rostros y Rastros, n. 16, p. 67-93, jan. - jun. 2016.

NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. **Stanford Law Review**, v. 30, 1978.

NEGRETTO, Gabriel L. Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina. In: CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.) **El Estado de Derecho**. Dilemas para América Latina. Lima: Palestra, 2009.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor (Ed.) **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. (Coleção Konrad Adenauer, n. 5, 2015).

PILLAY, Anashri. Toward effective social and economic rights adjudication. The role of meaningful Engagement. **I.CON**, v. 10, n. 3, p. 732-735, 2012.

PIOVESAN, Flavia. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Context, Challenges, Perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flavia. **Transformative Constitutionalism in Latin America**. The Emergence of a New *Ius Commune*. Oxford University Press, 2017.

_____. Impact and Challenges of Social Rights in the Courts. In: LANGFORD, Malcom (Ed.), **Social Rights Jurisprudence**. Emerging Trends in International and Comparative Law (pp. 182-191). Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

POLIDO, 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. **Int'l J. Const. L. Blog**. Out. 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court>.

POLIDO, Carlos Bernal Polido, **O direito dos direitos**. Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales**, 2ª Ed. Madrid, CEPC, 2005.

PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios estruturais**. Legitimidade democrática, procedimento e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

PUGA, Mariela. *La Litis estructural* en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal**. Caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RESTREPO, José Iván Cuervo. La implementación de políticas públicas. Un problema conceptual y metodológico”. In: HOLGUÍN, Carmen Jimena. **Políticas Públicas Sociales y Territoriales**. Reflexiones teóricas y estudios de caso. Cali: Universidad Autónoma de Occidente, 2014.

RIBEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Nerosky. **O controle externo de políticas públicas realizado pelo TCU**. Estudo de casos. Dissertação: Brasília – DF, 2017.

ROACH, Kent. The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-economic Rights. In: LANGFORD, Malcolm. **Social rights jurisprudence**. Emerging trends in international and comparative law. Cambridge University Press, 2009.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Más allá del cumplimiento. Cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: LANGFORD, Malcom, RODRÍGUEZ GARAVITO, César e ROSSI, Julieta (Ed.), **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento, Bogotá: Dejusticia, 2017.

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

_____. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). **Por una justicia dialógica**. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

_____ ; KAUFFMAN, Celeste. Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas. **Documentos 17**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

_____ ; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social**. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

_____ ; FRANCO, Diana Rodríguez. Un giro en los estudios sobre derechos sociales. El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; ESPEJO, Nicolás; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **Derechos sociales**. Justicia, política y economía en América Latina, Bogotá, Uniandes, CELS, Universidad Diego Portales y Siglo del Hombre Editores, 2010.

ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope**. Can Courts Bring About Social Change? Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

SABEL, Charles F.; SIMON, Willian H. Destabilization Rights. How Public Law Litigation Succeeds. **Harvard Law Review**. V. 17, n. 4, p. 1115-1101, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2ª ed. São Paulo: Cortês, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix (Org.). **Processos Estruturais**: Salvador: Juspodivm, 2017.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Vivian Peres da; CARVALHO, Carlos Eduardo Rahal R. de.; HILDEBRAND OI, Amanda. Relatório Nacional **O Fim da Liberdade**. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. São Paulo: Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2019, p. 119. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em 14 mar. 2020.

SILVA, Vivian Peres da; BANDEIRA, Ana Luiza. **Audiências de Custódia**. Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2018. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf. Acesso em: 14 mar. 2020.

STONE, Diane. Nongovernmental Policy Transfer. The Strategies of Independent Policy Institutes. **Governance 13** (1): 45–70, 2000.

STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al* (coord.). **Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes**. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUSHNET, Mark. A Response to David Landau. **Harvard International Law Journal**, v. 53, p. 155-164, 2012.

_____. **Weak Courts, Strong Rights**. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional. Law, Princeton, Princeton University Press, 2009.

_____. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina. Tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coord.). **El derecho en América Latina**. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America. Trends and Challenges. **Texas Law Review**. Vol. 89:1587, 2011.

_____; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia. El caso de la gratuidad de la educación primaria. In: PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo; UPRIMNY YEPES, Rodrigo e RODRÍGUEZ GARAVITO, César. **Los derechos sociales en serio**. Hacia un diálogo entre derecho y políticas públicas. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2007.

_____. La judicialización de la política en Colombia. Casos, Potencialidades y riesgos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. N. 6, Ano 4, 2007, p. 64.

_____. The enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. Cases and Debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar e ROUX, Theunis (Ed.). **Courts and Social Transformation in New Democracies**. An Institutional Voice for the Poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

URREGO, Cielo E. Russinque. El neoconstitucionalismo latinoamericano. In: ALVARADO, Paola Andrea Acosta *et al* (Ed.). **Lecciones de derecho constitucional**: Tomo I. Bogotá: Universidad Externado, 2017.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la República Argentina. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. Da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Ambitious constitutions. Prominent courts. In: DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom (Ed.). **Comparative Constitutional law in Latin America**, Edward Elgar, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org.). **A razão e o voto**. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil**. Institucionalização e política. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. **Direito GV**, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 2006.

WILSON, Bruce M.; RODRÍGUEZ L. Olman A. Costa Rica. Comprender las variaciones en el cumplimiento. In: LANGFORD, Malcom; RODRÍGUEZ GARAVITO, César, ROSSI, Julieta. **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017.

Sites consultados:

<http://portal.stf.jus.br/>

<https://www.cnj.jus.br/>

<https://observatorionacional.cnj.jus.br/observatorionacional/>

<https://www.camara.leg.br/>

<https://www12.senado.leg.br/hpsenado>

<https://www.corteconstitucional.gov.co/>

<http://www.politicacriminal.gov.co/Sentencia-T-762-de-2015>

Anexos

Anexo I

Quadro com os votos do Ministros e propostas para além da medida cautelar

Pedidos de concessão de medida cautelar	Concessão da cautelar	Não concessão da cautelar	Prejudicado
(a) Determinação aos juízes e tribunais para que motivem as razões da inaplicabilidade de medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, em caso de manutenção da prisão.	Min. Relator Marco Aurélio; Min. Carmen Lúcia; Min. Celso de Mello; Min. Luiz Fux, Min. Ricardo Lewandowski	Min. Edson Fachin; Min. Luís Roberto Barroso, Min. Teori Zavascki; Min. Rosa Weber; Min. Gilmar Mendes	
(b) Realização das audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, em razão dos artigos. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.	Min. Relator Marco Aurélio; Min. Edson Fachin; Min. Luís Roberto Barroso; Min. Teori Zavascki (determina que o prazo para implementação seja regulamentado pelo CNJ); Min. Rosa Weber (determina que o prazo para implementação seja regulamentado pelo CNJ); Min. Carmen Lúcia; Min. Gilmar Mendes, Min. Celso de Mello; Min. Luiz Fux, Min. Ricardo Lewandowski		

(c) Determinação aos juízes e tribunais para que considerem o dramático cenário do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão ou denegação de cautelares penais, aplicação da pena e durante o processo de execução penal.	Min. Relator Marco Aurelio; Min. Carmen Lúcia; Min. Celso de Mello; Min. Luiz Fux, Min. Ricardo Lewandowski	Min. Edson Fachin, Min. Teori Zavascki, Min. Rosa Weber, Min. Gilmar Mendes	Min. Luís Roberto Barroso
(d) Determinação aos juízes e tribunais para que apliquem, sempre que possível, penas alternativas à prisão.	Min. Marco Aurelio, Min. Carmen Lúcia, Min. Celso de Mello, Min. Luiz Fux, Min. Ricardo Lewandowski	Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Teori Zavascki, Min. Rosa Weber, Min. Gilmar Mendes	
(e) Abrandamento dos requisitos temporais pelo juiz da execução penal para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena.	Min. Gilmar Mendes (Determinação para da União e dos tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal para que, em seis meses, coloquem em funcionamento os sistemas de acompanhamento de execução das penas da prisão cautelar e da medida de segurança, na forma da Lei nº 12.714. E, isso, determinaria que a medida deveria ser diretamente fiscalizada pelo CNJ).	Min. Marco Aurélio, Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Teori Zavascki, Min. Rosa Weber, Min. Carmen Lúcia, Celso de Mello, Min. Ricardo Lewandowski	

<p>(f) Abatimento do tempo da de prisão da pena, pelo juiz da execução penal, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e na sentença penal condenatória.</p>		<p>Min. Relator Marco Aurélio, Min. Edson Fachin, Min. Teori Zavascki, Min. Rosa Weber, Min. Carmen Lúcia, Min. Gilmar Mendes, Min. Celso de Mello, Min. Luiz Fux, Min. Ricardo Lewandowski</p>	<p>Min. Luís Roberto Barroso</p>
<p>(g) Determinação ao Conselho Nacional de Justiça a coordenação de mutirões carcerários para a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade.</p>	<p>Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Gilmar Mendes, Min. Celso de Mello</p>	<p>Min. Relator Marco Aurelio, Min. Rosa Weber, Min. Carmen Lúcia, Min. Luiz Fux, Min. Ricardo Lewandowski</p>	<p>Min Teori Zavascki</p>
<p>(h) Descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – Funpen e vedação da realização de novos contingenciamentos pela União Federal, até que seja reconhecida a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.</p>	<p>Min. Marco Aurélio; Min. Fachin (prazo de até 60 dias, a contar da publicação da decisão), Min. Luís Roberto Barroso; Min Teori Zavascki; Min. Rosa Weber (prazo de até 60 dias, a contar da publicação da decisão); Min. Carmen Lúcia; Min. Gilmar Mendes; Min. Celso de Mello; Min. Luiz Fux, Min.</p>		

	Ricardo Lewandowski		
Criados pelo STF			
(i) Apresentação pelo Governo Federal de diagnóstico e plano de ação sobre sistema carcerário, no prazo de um ano, após a publicação do acórdão (proposta do Min. Luís Roberto Barroso)	Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Rosa Weber, Min. Gilmar Mendes, Min. Celso de Mello,	Min. Marco Aurélio, Min. Luiz Fux, Min. Carmen Lúcia, Min. Ricardo Lewandowski,	
(j) Criação de plano de trabalho pela EFAM para oferecer treinamento a juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento (proposta do Min. Gilmar Mendes)	Min. Gilmar Mendes		

Fonte: Elaborado por Rebecca Groterhorst, a partir da leitura dos votos na ADPF 347/DF-MC⁵⁸⁶

⁵⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347/DF-MC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requeridos: União et al. Data do julgamento da cautelar: 09 set. 2015.

Anexo II

Lista de Medidas gerais, particulares e específicas ordenadas na sentença T-762, de 2015, Corte Constitucional colombiana⁵⁸⁷

Medidas gerais

1. Ao Congresso da República, ao Governo Nacional (por meio do Ministério da Justiça e Direito) e à Fiscalía General de la Nación, para observar o *parâmetro constitucional mínimo de uma política criminal respeitosa aos direitos humanos* ao iniciar ou votar projetos de lei ou atos legislativos que incidam na política criminal, no funcionamento do sistema de justiça penal e/ou no funcionamento do sistema penitenciário;
2. Ao Presidente da República, para vetar projetos de lei ou atos legislativos contrários ao *parâmetro constitucional mínimo de uma política criminal respeitosa aos direitos humanos*;
3. Ao Congresso, para contar com o conceito prévio do *Comitê Técnico Científico do Consejo Superior de Política Criminal*, ao iniciar o trâmite de projetos de lei ou atos legislativos que incidam na política criminal e no funcionamento do sistema penitenciário;
4. Ao Ministério da Presidência, para difundir, entre as autoridades envolvidas em todas as fases da política criminal, o *parâmetro constitucional mínimo de uma política criminal respeitosa aos direitos humanos* ao propor, iniciar ou tramitar projetos de lei ou atos legislativos que incidem na formulação e desenho da política criminal, no funcionamento do sistema de justiça penal e/ou no funcionamento do sistema penitenciário.
5. Ao Governo Nacional para, por meio do Ministério da Justiça, empreender todas as ações necessárias a oferecer maior *viabilidade financeira e institucional* ao *Consejo Superior de Política Criminal* e suas instâncias técnicas, com o objetivo de que dê cumprimento a todas as funções que lhe foram designadas, no marco do *parâmetro constitucional mínimo de uma política criminal respeitosa aos direitos humanos*. Para isso, deve desenhar um plano concreto e cronograma de ação dentro de 6 (seis meses da notificação da decisão T-762/2015).

⁵⁸⁷ Cf. *Sentença T-762*, de 2015, M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, Corte Constitucional colombiana. Todas as medidas aqui relacionadas foram retiradas da referida sentença e adaptadas ao português por meio de tradução livre.

6. Ao Congresso da República, ao Governo Nacional e à *Fiscalía General de la Nación*, para promover a *criação, implementação e execução de um sistema amplo de penas e medidas alternativas* à privação de liberdade.

7. Ao Governo Nacional, por meio do Ministério da Justiça, para dentro dos 6 (seis) meses seguintes à notificação da sentença T-762/2015, estruturar uma *política pública de conscientização cidadã sobre os fins do direito penal e da pena privativa de liberdade, e sensibilização sobre a importância do direito à liberdade e reconhecimento das limitações da prisão à ressocialização*, em face das condições atuais de violação de direitos dos reclusos.

8. Ao Ministério da Justiça, para, no prazo de 6 (seis) meses da notificação da sentença T-762/2015, tomar as ações necessárias para *criação de sistema informação unificado, sério e confiável* sobre a política criminal, devendo priorizar os seguintes aspectos:

a) Criar estatísticas e bases de dados confiáveis sobre a criminalidade do país, que permitam propor soluções e medir resultados.

b) Criar um sistema de medição de impacto que as leis e reformas em matéria de política criminal têm sobre o sistema penitenciário.

c) Criar bases de dados e estatísticas unificadas e sérias sobre a aplicação da prisão preventiva no país.

d) Realizar uma revisão sobre a falibilidade da informação relacionada com a criação e adequação de vagas no sistema penitenciário, com o objetivo de determinar quantas cumprem com as condições mínimas exigidas.

9. Ao Congresso da República, ao Ministério da Justiça, para revisar o *sistema de avaliação das penas na legislação atual, identificando incoerências e inconsistências dele, de acordo com o princípio da proporcionalidade da pena*, e tomar providências em relação ao caso. Uma vez estabelecido o sistema de informação sobre a política criminal, deve apoiar-se nele para efeitos de conclusões e apresentação de soluções.

10. Ao Governo Nacional, por meio do Ministério da Justiça e Direito, para criar uma instância técnica de caráter permanente, com a função de (i) consolidar um Sistema de informação sobre a Política Criminal; (ii) estabelecer os mecanismos de incorporação da informação por parte das entidades com ingerência na política criminal, em qualquer de suas fases; (iii) desenhar os mecanismos de acesso à informação e (iv) fazer uma valoração e retroalimentação periódica dos resultados do Sistema de Informação, objetivando potencializar seus resultados e solucionar os problemas que possam prejudicar seu

desenvolvimento. O processo de desenho da base de dados e dos mecanismos previstos para o fluxo de informação deveria ser efetuado no prazo de 6 (seis) meses contados da sentença.

11. Ao INPEC para, em coordenação com USPEC, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, e Departamento Nacional de Planejamento e *Consejo Superior de Política Criminal*, elaborar um *plano integral de programas e atividades de ressocialização*, atendendo aos fins da pena nos estabelecimentos penitenciários. O plano deve contar com parâmetros fixados na sentença e prazos de implementação e execução, com o objetivo de medir resultados graduais; além disso o prazo não poderá superar 2 (dois) anos da referida sentença.

12. Ao *Consejo Superior de la Judicatura* e ao Ministério da Justiça para, sob a coordenação da Defensoria, no prazo de 2 (dois) meses contados da notificação da sentença, empreender ações necessária para desenhar um cronograma *de implementação de mutirões jurídicos periódicos dentro das unidades prisionais do país*.

13. Ao *Consejo Superior de la Judicatura* e ao Ministério da Justiça para, sob a coordenação da Defensoria, no prazo de 4 (quatro) meses contados da notificação da sentença, empreender ações necessária *implementar mutirões jurídicos nos estabelecimentos penitenciários* objeto do processo acumulado das ações de tutela.

14. Ao *Consejo Superior de la Judicatura* e ao Ministério da Justiça para, sob a coordenação da Defensoria, no prazo de 4 (quatro) meses contados da notificação da sentença, recolher *dados sobre as necessidades de informação, ação e gestão que implicam os mutirões jurídicos, para que possam ser implementados em todas as unidades prisionais nacionais com base no Sistema de Informação*, que deve contar com as circunstâncias e condições jurídicas dos presos.

15. À Defensoria, para *criação do Comitê Interdisciplinar*, em um prazo de 30 (trinta) dias; para implementação das tarefas o prazo de 6 (seis) meses contados a partir da notificação da sentença.

16. Ao Comitê Interdisciplinar, para *apresentação das circunstâncias que impossibilitam tecnicamente o cumprimento das ordens proferidas na sentença*, e informação à Sala de Revisão para que possa avaliar a situação.

17. Ao Comitê Interdisciplinar a realização da *análise e cobertura das necessidades das unidades prisionais do país*, em relação a cada um dos problemas identificados, até que seja consolidada uma Norma Técnica sobre a Privação de Liberdade na Colômbia, que deve ser observada por todas as autoridades envolvidas nas fases da política criminal; para tanto se confere 9 (nove) meses contados da notificação da sentença.

18. Ao INPEC, USPEC e ao Ministério da Justiça para, no prazo de 15 (quinze) meses contados da notificação da sentença, *refazer as bases de dados e estatísticas relacionadas à capacidade real dos estabelecimentos de reclusão*, levando em conta que só pode contar com vagas que cumpram as condições mínimas da dignidade da pessoa humana.

19. Ao INPEC, USPEC, ao Ministério da Justiça e ao Departamento Nacional de Planejamento, para, no prazo de 6 (seis) meses, contados a partir da notificação, *ajustar os projetos que estejam executando ou implementando às condições mínimas de subsistência digna*.

20. Ao Governo Nacional para, através de seus Ministros, em um prazo de 3 (três) meses posteriores à *identificação das condições mínimas de subsistência digna*, *passar a regular cada aspecto da vida carcerária*, criando um mecanismo de orientação para os centros de detenção.

21. As regulações que se encontram sob a responsabilidade do Ministério da Saúde deverão consolidar-se de forma temporária durante os 3 (três) meses posteriores à notificação da sentença, tomando em conta que essa tarefa depende da atuação dos demais atores da política criminal.

22. Ao INPEC, USPEC, ao Ministério da Justiça e ao Departamento Nacional de Planejamento, para, no prazo de 2 (dois) meses a partir da orientação sob responsabilidade do Governo Nacional, *adequar os projetos por eles implementados ou executados em relação à criação de novas vagas no sistema prisional, para que sejam cumpridas as condições mínimas de subsistência digna*.

23. Ao INPEC, USPEC, ao Ministério da Justiça e ao Departamento Nacional de Planejamento, para, a partir da sentença, *garantir o cumprimento das condições mínimas de subsistência digna em todos os projetos e infra-estruturas prisionais*.

24. Ao USPEC, para tomar todas as ações necessárias para a realização, no prazo não superior a um ano da notificação da sentença, de *investimentos na criação de vagas e promoção de outros direitos dentro do sistema penitenciário*, como acesso à água potável, saúde, alimentação, programas de ressocialização.

25. Ao INPEC, USPEC, ao Ministério da Justiça e Direito e ao Departamento Nacional de Planejamento, para continuar tomando todas as medidas necessárias para uma *adequada prestação de saúde dentro do sistema prisional*. As ações voltadas a diversificar as empresas promotoras de saúde deveriam ser realizadas em um prazo não superior a um ano da notificação da sentença.

- 26.** Ao Ministério da Presidência da República para assumir a *articulação de distintas entidades administrativas e diferentes entidades territoriais*, desenhando uma estratégia no prazo de 10 (dez) dias seguintes à notificação da sentença.
- 27.** À Defensoria, para, no prazo de 5 (cinco) dias seguintes à notificação da sentença, *criar o Grupo de Seguimento ao cumprimento das ordens gerais e particulares proferidas na sentença*, devendo informar à Corte com periodicidade semestral a evolução da estratégia de superação do ECI, e seu impacto na fruição de direitos das pessoas privadas de liberdade.
- 28.** À *Procuraduría General de la Nación*, para, no prazo de 5 (cinco) dias da notificação da sentença, *prosseguir com as etapas necessárias para realizar a gestão necessária para desenvolvimento da função preventiva de monitoramento da decisão*.
- 29.** Ao Ministério da Presidência da República, Defensoria e *Procuraduría General de la Nación*, para, no prazo de 5 (cinco) dias seguintes à notificação da sentença, *extrair as responsabilidades locais e nacionais emanadas dessa providência, como os objetivos de superar o ECI em cada um dos problemas identificados, para estabelecer a participação de todas as entidades envolvidas, de acordo com as competências constitucionais e legais que devem ser assumidas*
- 30.** À Defensoria, como líder do seguimento, para não haver nenhum elemento das providências da decisão sem responsabilidade estatal; no momento que devem cooperar várias entidades para a solução dos problemas enfrentados, o Ministério da Presidência que deve assumir sua articulação.
- 31.** Para *desenhar a estratégia de seguimento ao cumprimento da sentença*, se confere o prazo de 3 (três) meses, contabilizados da motivação das medidas determinadas pela decisão.
- 32.** *Convidar à delegação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR) na Colômbia e às Universidades Nacional de Colômbia, EAFIT, e de los Andes, para acompanhar a defensoria nos processos de (i) determinação das Normas Técnicas sobre a Privação de Liberdade; (ii) seguimento e avaliação do seu cumprimento no território nacional; e (iii) retroalimentação e reestruturação delas.*
- 33.** *Facultar à Defensoria a possibilidade de convocação de pessoas físicas ou jurídicas que possam contribuir tecnicamente com o processo de seguimento.*
- 34.** Ao Ministério da Justiça, em associação ao Ministério de Tecnologias da Informação e Comunicação, para, no prazo de 4 (quatro) meses da consolidação da primeira versão do sistema de informação criado através das medidas judiciais ordenadas, realização da

adequação da página *www.politicacriminal.gov.co* para a publicidade da informação entre as entidades envolvidas na superação do ECI.

35. A página web deve exibir as decisões da Corte, identificando as ordens proferidas, seus destinatários, os prazos conferidos e o estado de cumprimento, através de informes de gestão, de resultado e de impacto nos direitos das pessoas privadas de liberdade; além disso, a informação estatística deve estar visível, permitindo visualizar o alcance da superação do ECI, através das metas propostas.

Medidas particulares

Conforme foi mencionado, a decisão T-762, de 2015 é decorrente de *acciones de tutela* propostas por pessoas privadas de liberdade que estavam presas em determinados estabelecimentos penitenciários na Colômbia. Nesse sentido, em relação aos estabelecimentos penitenciários questionados nas *acciones de tutela*, a Corte decidiu tomar medidas particulares, prevendo que:

➤ O Ministério da Justiça e de Direito, através do INPEC e da USPEC, deve adequar os estabelecimentos e a administração de alimentos para o descanso noturno dos detentos de cada um dos estabelecimentos mencionados na sentença T-762/2015.

➤ O INPEC, a USPEC, o Ministério da Justiça e de Direito, no prazo de 6 (seis) meses, deve tomar ações para constatar as necessidades de adequação da infraestrutura em relação à administração da água, devendo apresentar um informe ao final do período mencionado e um plano de ação para cobrir as necessidades insatisfeitas, em um prazo máximo de 2 (dois) anos para sua execução total. De forma imediata, cada uma das unidades penitenciárias pode realizar a construção de sanitários e duchas para que os detentos tenham condições dignas de existência em um prazo que não ultrapasse 6 (seis) meses.

➤ A Defensoria, através de suas regionais, no prazo de 30 dias úteis a partir da notificação da sentença, deve planejar um cronograma para realização de mutirões jurídicos periódicos, nos 16 estabelecimentos penitenciários mencionados na sentença T-762/2015.

➤ Em relação ao tratamento e administração de alimentos, o INPEC e a USPEC devem criar um protocolo ao respeito no prazo de um mês, e logo depois deve ser esse protocolo implementado com acompanhamento da Defensoria. Ainda, diante da impossibilidade de espaço para visitas conjugais, devem ser tomadas medidas num prazo que não trapasse 3 (três) meses, com a cooperação das entidades referidas nesse item.

➤ Em relação ao direito à saúde, o INPEC, a USPEC e o Ministério da Justiça e Direito, em um ano a partir da notificação dessa sentença, devem adequar as áreas dos 16 estabelecimentos da sentença e assegurar que eles cumpram com as condições mínimas de prestação do serviço de saúde.

Em relação a essas ordens particulares supramencionadas, a Corte estabeleceu que implicam a intervenção da Defensoria, que tem a função de realizar o seguimento e conseguir os resultados esperados. Ainda, o monitoramento do cumprimento das ordens particulares, relativas aos 16 estabelecimentos prisionais que instauraram as ações de tutela, ficaria sob responsabilidade da *Procuradoría General de la Nación*.

Decisões em relação a cada caso concreto acumulado na sentença T-762/2015

Nas ordens específicas para os casos concretos analisados, a Corte confirmou as decisões de segunda instancia que haviam reconhecido a violação de direitos nas unidades prisionais. Por outro lado, revogou as decisões que denegaram a proteção a direitos de pessoas privadas de liberdade nas unidades prisionais mencionadas e determinando a proteção dos direitos fundamentais requeridos nas ações.⁵⁸⁸

⁵⁸⁸ Cf. *Sentença T-762*, de 2015, CCC, pp. 195-198.

Anexo III

Perguntas pedido de informação para Ouvidoria Nacional do Ministério Público - **Processo n. 19.00.7000.0001004/2020-26 (SEI - 0324648)**

- 1) Quando se iniciaram as discussões sobre a criação do observatório nacional e se houve demanda por parte de atores políticos ou mesmo da sociedade civil para a sua criação?
- 2) Houve participação da sociedade civil e da população antes da criação do observatório? Se sim, por meio de que canais?
- 3) Quanto tempo se discutiu sobre a criação do Observatório Nacional e qual a razão principal para a sua constituição numa parceria entre CNJ e CNMP?
- 4) Como foram escolhidos os casos para integrar o observatório? Há algum critério especial de seleção? Qual? Existem indicadores construídos pelo observatório nacional para avaliar a evolução e o impacto dos casos analisados?
- 5) O Supremo Tribunal Federal teve alguma participação para a constituição do Observatório Nacional? Os ministros do STF tiveram alguma participação das discussões?
- 6) A sociedade civil e/ou outros atores foram convidados a integrar o Observatório? Se sim, como?
- 7) Qual o plano de trabalho do observatório e as ações que têm sido tomadas?
- 8) Quais os mecanismos de monitoramento dos casos selecionados para o Observatório?
- 9) O Observatório Nacional mantém diálogo com órgãos internacionais ou outras instituições internacionais, como Comissão Interamericana, Corte Interamericana e até PNUD? Caso mantenha diálogo, de que forma ele é feito?
- 10) Há um grupo fixo atuante no observatório nacional por meio do qual eu poderia conversar detalhes sobre a atuação?

Anexo IV

Pedido formulado ao Ministério de Justiça e Segurança, encaminhado ao DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional – **Protocolo: 08850001355202079**

- 1) Qual valor do fundo penitenciário foi liberado após decisão da ADPF 347, STF, em setembro de 2015? Esse valor foi executado com quais despesas do órgão?
- 2) O FUNPEN tem enviado relatórios de gastos planejados e executados para o STF, no âmbito da ADPF 347?
- 3) Qual o valor autorizado para gasto com formação educacional e cultural do preso nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente? Quanto desse valor foi efetivamente executado nesses respectivos anos?
- 4) Qual foi o valor autorizado para gasto com implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente? Quanto desse valor foi efetivamente executado nesses respectivos anos?
- 5) Qual o valor autorizado para elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019? Quanto desse valor foi efetivamente executado nesses respectivos anos?
- 6) Qual o valor autorizado para promoção da saúde dos presos nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019? Quanto desse valor foi efetivamente executado nesses respectivos anos?
- 7) Qual o valor autorizado para alimentação dos presos nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019? Quanto desse valor foi efetivamente executado nos respectivos anos?
- 8) Qual o valor autorizado para programas de assistência jurídica aos presos carentes nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019? Quanto desse valor foi efetivamente executado nesses respectivos anos?
- 9) Qual o valor autorizado para construção ou reforma de unidades prisionais nos anos de 2015, 2016, 2017, 2018 e 2019? Quanto desse valor foi efetivamente executado nesses respectivos anos?

Anexo V

PL 4754/2016⁵⁸⁹

PROJETO DE LEI Nº _____ DE 2016
(do Senhor SÓSTENE CAVALCANTE E OUTROS)

Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950.

O CONGRESSO NACIONAL DECRETA

Art. 1º Esta lei acrescenta o inciso 6º ao art. 39 da nº 1.079, de 10 de abril de 1950, para incluir como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a usurpação de competência do Poder Legislativo.

Art. 2º O art. 39, da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso 6º:

“Art. 39.....
6. usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.”

(NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A Constituição atribui competências específicas a cada um dos três poderes, exigindo que estes zelem pela preservação das mesmas. A Lei 1079/1950, que define os crimes de responsabilidade, é pródiga ao listar os crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, mas lacônica ao fazer o mesmo com os membros do judiciário. Sem dúvida este fato se deve ao modo exemplar como os juízes têm desempenhado suas funções em nosso país. Sabe-se, entretanto, que a doutrina jurídica recente tem realizado diversas tentativas para justificar o ativismo judiciário, algo

⁵⁸⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4754/2016*. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AC5C0611D7C2DA506205C484DEE8B31A.proposicoesWebExterno1?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016.

praticamente inexistente em nosso país nos anos 50, época em que foi promulgada a lei que define os crimes de responsabilidade. Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta casa poderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto.

Sala das Sessões, em de 2016.

Deputado Federal SÓSTENES CAVALCANTE – PSD/RJ

Anexo VI

PL 1182/2019 (apensado ao PL 4754/2016)⁵⁹⁰

PROJETO DE LEI Nº, DE 2019

(Da Sra. Beatriz Kicis)

Acrescenta o item 6 ao art. 39 da Lei Nº. 1.079 de 10 de abril de 1.950.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º - A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.3.....

6 – Instituir mediante decisão, sentença, voto, acórdão ou interpretação analógica, norma geral e abstrata de competência do Congresso Nacional (arts. 21 e 48 da Constituição do Brasil).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O presente projeto tem por objetivo inserir na Lei que define os crimes de responsabilidade e regula o seu julgamento, dispositivo que regulamente o artigo 2º. Da Constituição Federal, coibindo invasão e usurpação de competência fixada nos artigos 22 e 48 da Constituição Federal.

A inserção de tal dispositivo emparelha a atividade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com as do Presidente da República sem tolher o exercício da jurisdição nos termos e limites da Constituição. O artigo 4º. Inciso II da Lei alterada criminaliza os atos do

⁵⁹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 1182/2019*. Acrescenta o item 6 ao art. 39 da Lei Nº. 1.079 de 10 de abril de 1.950. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1715346&filename=PL+1182/2019.

Presidente da República que atentam contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados. Por simetria, não se deve admitir que os Ministros do Supremo Tribunal Federal invadam ou usurpem a competência do Congresso Nacional instituindo normas gerais e abstratas nas mais diversas matérias, em ofensa ao princípio constitucional da independência e harmonia dos Poderes.

Ante o exposto, conto com o apoio dos nobres pares para a aprovação da proposição ora apresentada.

de de 2019.

Deputada BEATRIZ KICIS
(PSL/DF)

Deputada CHRIS TONIETTO
(PSL/RJ)