

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO**

RAFAEL SEIXAS SANTOS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS EM
POLÍTICAS PÚBLICAS: Elementos para uma Metodologia de Análise da
Política Penitenciária Judiciária**

Brasília/DF

2024

RAFAEL SEIXAS SANTOS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS EM
POLÍTICAS PÚBLICAS: Elementos para uma Metodologia de Análise da
Política Penitenciária Judiciária**

Tese de Doutorado desenvolvida e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

ORIENTADOR: Professor Doutor **GILMAR FERREIRA MENDES**

Brasília/DF
2024

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de
Geração Automática do Sistema de Bibliotecas

SANTOS, RAFAEL SEIXAS.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS EM
POLÍTICAS

PÚBLICAS: Elementos para uma Metodologia de Análise da Política
Penitenciária Judiciária / RAFAEL SEIXAS SANTOS. - Brasília, 2024.

221 f.: il.

Orientador: GILMAR FERREIRA MENDES.

Tese (Doutorado em Direito) – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e
Pesquisa (IDP), Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Inclui bibliografia.

1. Direitos Fundamentais; - Tese. 2. Diálogos Institucionais; - Tese. 3. Política
Penitenciária Judiciária. - Tese. I. MENDES, GILMAR FERREIRA. II. Instituto
Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). III. Título.

CDU 34

RAFAEL SEIXAS SANTOS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS EM
POLÍTICAS PÚBLICAS: Elementos para uma Metodologia de Análise da
Política Penitenciária Judiciária**

Tese de Doutorado desenvolvida e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, sob a Orientação do Professor Doutor **Gilmar Ferreira Mendes**

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Orientador

Prof. Dr. Rafael de Paula Santos Cortez

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Examinador Interno

Profa. Dra. Any Ávila Assunção

Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) – Examinador Externo

Prof. Dr. Fábio Luiz Bragança Ferreira

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) – Examinador Externo

Prof. Dr. José Barroso Filho

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) – Membro Suplente

RESUMO

Os debates acerca da concretização de direitos fundamentais atravessam gerações, sem que o Estado se revele plenamente capaz de satisfazer as demandas que deles se originam. No âmbito dos sistemas penal e penitenciário, a questão se converte em debate ainda mais complexo. É nesse contexto que a efetividade das políticas públicas relacionadas à concretização de direitos fundamentais dos reclusos desafia amplos e transversais estudos. No âmbito da política pública penitenciária formulada, executada e analisada pelo Poder Judiciário, não se verifica, na doutrina tradicional, suficiente aprofundamento ou fundamentação jurídicos sobre um roteiro ou sobre a sistematização de instrumentos, ferramentas ou mecanismos vocacionados para a sua análise. A tese trata de propor uma fundamentação que pode ser empregada por qualquer modelo, visando à ação prospectiva e propositiva, para a análise da política penitenciária judiciária. Tal é a ideia, consistente na elucidação de respostas para a carência de fundamentos para um modelo de análise da política que se pretenda concebido para a seara do Poder Judiciário, haja vista a novidade que permeia as discussões da política pública judiciária. O juízo é lançar fundamentos e bases para o ferramental de análise da política pública levada a efeito pelo Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça. Os elementos serão legitimados a partir do cotejo com a jurisdição constitucional, plasmada nos fundamentos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, a enaltecer medidas que amenizem a renitente crise da política de execução penal nacional. Cuida-se da sistematização, teórica, de arranjos institucionais mais integradores entre os atores da República na vertente Judiciária. A apropriação dos elementos dos julgados, a fundamentação e o próprio corpus de decisões do quanto opera o Supremo Tribunal Federal já são usualmente incorporados na atuação do Conselho Nacional de Justiça, ao formular as políticas judiciárias para o campo. O texto cuida, deste modo, de promover a institucionalização desse arranjo, a legitimar e fundamentar os roteiros de análise da política judiciária, focado no diálogo inerente à fundamentação das decisões versadas em direitos fundamentais e posicionada como uma de suas razões de ser. Por meio dos necessários ajustes nas ferramentas habituais de análise de políticas públicas, são envidadas adequações pertinentes às relações institucionais, a contribuir para a afirmação da possibilidade de se delinear elementos para a análise de políticas públicas judiciárias com o recurso da lógica dos subsídios jurídicos da decisão e da atuação de conformidade judiciais, o que se empreende, na hipótese, na quadra da política penitenciária. Assim, lançam-se as linhas que visam fundamentar o desenvolvimento de qualquer metodologia atual, linhas baseadas no diálogo institucional, para a análise de políticas públicas judiciárias, a fim de munir as instâncias e dimensões interessadas de uma metodologia que visa conectar a dogmática com fundamentos de tecnologia jurídica viável e fiável no quanto o sistema judiciário enuncia.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Diálogos Institucionais; Política Penitenciária Judiciária.

ABSTRACT

Debates about the implementation of fundamental rights span generations, without the State proving to be fully capable of satisfying the demands that arise from them. In the context of the penal and penitentiary systems, the issue becomes an even more complex debate. It is in this context that the effectiveness of public policies related to the realization of fundamental rights of prisoners challenges broad and transversal studies. Within the scope of public penitentiary policy formulated, implemented and analyzed by the Judiciary, there is not, in traditional doctrine, sufficient depth or legal justification on a roadmap or on the systematization of instruments, tools or mechanisms designed for its analysis. The thesis aims to propose a foundation that can be used by any model, aiming at prospective and propositional action, for the analysis of judicial penitentiary policy. This is an idea, consistent with elucidating answers to the lack of foundations for a policy analysis model intended to be designed for the Judiciary branch, given the novelty that permeates discussions of judicial public policy. The judgment is to lay foundations and bases for the analysis tool for public policy carried out by the Judiciary, through the National Council of Justice. The foundations will be legitimized based on a comparison with constitutional jurisdiction, reflected in the elements of the decisions handed down by the Federal Supreme Court on the matter, praising measures that alleviate the persistent crisis in the national criminal execution policy. Care is taken to systematize, theoretically, more integrative institutional arrangements between the Republic's actors in the Judiciary aspect. The appropriation of the elements of the judgments, the reasoning, and the corpus of decisions in which the Federal Supreme Court operates are usually already incorporated into the actions of the National Council of Justice, when formulating judicial policies for the field. The text thus seeks to promote the institutionalization of this arrangement, to legitimize and substantiate the analysis scripts for judicial policy, focused on the dialogue inherent to the justification of decisions dealing with fundamental rights and positioned as one of its reasons for being. Through the necessary adjustments to the usual public policy analysis tools, adjustments relevant to institutional relations are made, contributing to the affirmation of the possibility of outlining elements for the analysis of judicial public policies using the logic of legal decision subsidies and the performance of judicial compliance, which is undertaken, in the hypothesis, in the context of penitentiary policy. Thus, lines are launched that aim to support the development of any current methodology, lines based on institutional dialogue, for the analysis of public judicial policies of a penitentiary nature, in order to provide interested bodies and dimensions with a methodology that aims to connect the dogmatic with foundations of viable and reliable legal technology as far as the judicial system states.

Keywords: Fundamental Rights; Institutional Dialogues; Judicial Penitentiary Policy.

RESUMEN

Los debates sobre la implementación de los derechos fundamentales se extienden a lo largo de generaciones, sin que el Estado demuestre ser plenamente capaz de satisfacer las demandas que surgen de ellos. En el contexto de los sistemas penal y penitenciario, la cuestión se vuelve un debate aún más complejo. Es en este contexto que la efectividad de las políticas públicas relacionadas con la realización de los derechos fundamentales de los reclusos desafía estudios amplios y transversales. En el ámbito de la política pública penitenciaria formulada, implementada y analizada por el Poder Judicial, no existe, en la doctrina tradicional, suficiente profundidad o justificación jurídica en una hoja de ruta ni en la sistematización de instrumentos, herramientas o mecanismos diseñados para su análisis. La tesis tiene como objetivo proponer un fundamento que pueda ser utilizado por cualquier modelo, con vistas a la acción prospectiva y proposicional, para el análisis de la política judicial penitenciaria. Se trata de una idea consistente con dilucidar respuestas a la falta de fundamentos de un modelo de análisis de políticas que se pretende diseñar para el Poder Judicial, dada la novedad que permea las discusiones sobre política pública judicial. La sentencia tiene como objetivo sentar las bases y bases de la herramienta de análisis de políticas públicas que realiza el Poder Judicial, a través del Consejo Nacional de Justicia. Los fundamentos se legitimarán a partir de una comparación con la jurisdicción constitucional, reflejada en los elementos de las sentencias dictadas por el Supremo Tribunal Federal en la materia, alabando medidas que alivian la persistente crisis de la política nacional de ejecución penal. Se cuida de sistematizar, teóricamente, arreglos institucionales más integradores entre los actores de la República en el aspecto Judicial. La apropiación de los elementos de las sentencias, los razonamientos y el corpus de decisiones en los que actúa el Supremo Tribunal Federal suelen estar ya incorporados en la actuación del Consejo Nacional de Justicia, al formular las políticas judiciales para el campo. El texto busca así promover la institucionalización de este arreglo, legitimar y fundamentar los guiones de análisis de la política judicial, centrados en el diálogo inherente a la justificación de decisiones que tratan de derechos fundamentales y posicionados como una de sus razones de ser. A través de los ajustes necesarios a las herramientas habituales de análisis de políticas públicas, se realizan ajustes relevantes para las relaciones institucionales, contribuyendo a la afirmación de la posibilidad de delinear elementos para el análisis de las políticas públicas judiciales utilizando la lógica de los subsidios a la decisión jurídica y la actuación del cumplimiento judicial, que se emprende, en la hipótesis, en el contexto de la política penitenciaria. Así, se ponen en marcha líneas que pretenden apoyar el desarrollo de cualquier metodología actual, líneas basadas en el diálogo institucional, para el análisis de las políticas judiciales públicas de carácter penitenciario, con el fin de dotar a los órganos y dimensiones interesadas de una metodología que pretenda conectar el dogmático con fundamentos de tecnología jurídica viable y confiable hasta donde lo establece el sistema judicial.

Palabras clave: Derechos Fundamentales; Diálogos Institucionales; Política Judicial Penitenciaria.

RÉSUMÉ

Les débats sur la mise en œuvre des droits fondamentaux s'étendent sur plusieurs générations, sans que l'État ne se révèle pleinement capable de satisfaire les exigences qui en découlent. Dans le contexte des systèmes pénal et pénitentiaire, la question devient un débat encore plus complexe. C'est dans ce contexte que l'efficacité des politiques publiques liées à la réalisation des droits fondamentaux des détenus interpelle des études larges et transversales. Dans le cadre de la politique publique pénitentiaire formulée, mise en œuvre et analysée par le pouvoir judiciaire, il n'existe pas, dans la doctrine traditionnelle, une profondeur ou une justification juridique suffisante sur une feuille de route ou sur la systématisation d'instruments, d'outils ou de mécanismes conçus pour son analyse. La thèse vise à proposer une base utilisable par tout modèle, visant une action prospective et propositionnelle, pour l'analyse de la politique judiciaire pénitentiaire. Il s'agit d'une idée cohérente avec l'élucidation des réponses au manque de fondements pour un modèle d'analyse politique destiné à être conçu pour le pouvoir judiciaire, compte tenu de la nouveauté qui imprègne les discussions sur les politiques publiques judiciaires. L'arrêt vise à jeter les bases et les bases de l'outil d'analyse des politiques publiques réalisé par le pouvoir judiciaire, à travers le Conseil national de la justice. Les fondations seront légitimées sur la base d'une comparaison avec la juridiction constitutionnelle, reflétée dans les éléments des décisions rendues par le Tribunal fédéral en la matière, louant les mesures qui atténuent la crise persistante de la politique nationale d'exécution pénale. On veille à systématiser, en théorie, des arrangements institutionnels plus intégrateurs entre les acteurs de la République dans le domaine judiciaire. L'appropriation des éléments des arrêts, de la motivation et du corpus des décisions dans lesquelles le Tribunal fédéral opère est généralement déjà intégrée dans l'action du Conseil national de la justice, lors de la formulation de la politique judiciaire dans ce domaine. Le texte cherche ainsi à promouvoir l'institutionnalisation de ce dispositif, à légitimer et à étayer les scénarios d'analyse de la politique judiciaire, centrés sur le dialogue inhérent à la justification des décisions traitant des droits fondamentaux et positionné comme l'une de ses raisons d'être. À travers les ajustements nécessaires des outils habituels d'analyse des politiques publiques, des ajustements pertinents aux relations institutionnelles sont apportés, contribuant à l'affirmation de la possibilité d'esquisser des éléments d'analyse des politiques publiques judiciaires en utilisant la logique des subventions à la décision judiciaire et de la performance de la conformité judiciaire, qui s'effectue, en hypothèse, dans le cadre de la politique pénitentiaire. Ainsi, des lignes sont lancées qui visent à soutenir le développement de toute méthodologie actuelle, lignes basées sur le dialogue institutionnel, pour l'analyse des politiques judiciaires publiques à caractère pénitentiaire, afin de fournir aux organismes et dimensions intéressés une méthodologie qui vise à relier la dogmatique avec les fondements d'une technologie juridique viable et fiable dans la mesure où le système judiciaire l'indique.

Mots-clés: Droits fondamentaux; Dialogues institutionnels; Politique pénitentiaire judiciaire.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|--|-----|
| Figura 1: Diagrama do modelo de configuração dos arranjos de execução da política penitenciária | 137 |
| Figura 2: Síntese esquemática do Modelo de Fluxos Múltiplos de Kingdom | 169 |
| Figura 3: Adaptação do Modelo de Múltiplos Fluxos às Políticas Públicas Judiciárias | 171 |

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Princípios para a gestão da política prisional123

Tabela 2: Quadro de Referência do Programa “Fazendo Justiça”174

Tabela 3: Quadro de Confluência dos Julgados do STF com os Vetores do “Fazendo Justiça” do CNJ184

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| CAPÍTULO I – O DIREITO NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL – AS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS | 26 |
| 1.1 Do campo do Direito como escopo de análise da política penitenciária: A abordagem do Direito nas políticas públicas | 29 |
| 1.2 Da (necessária) aproximação do Judiciário do campo das políticas públicas penitenciárias e os argumentos da impopular pauta da execução penal e da ausência de representatividade e de capital político dos apenados | 40 |
| 1.3 Elementos da Separação de Poderes, da Judicialização e das políticas formuladas e executadas pelo Poder Judiciário (o desenho da Judicialização) | 47 |
| CAPÍTULO II – DAS POTENCIALIDADES DOS ELEMENTOS DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SUPEDÂNEO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS (PENITENCIÁRIAS) | 60 |
| 2.1 Uma revisita à dogmática dos direitos fundamentais – esteios para a atuação do Poder Judiciário no campo da efetividade dos direitos na seara de execução penal | 63 |
| 2.2 A diversificação dos discursos de efetivação dos direitos fundamentais (principiologia, dignidade humana e operacionalização jurisprudencial dos direitos dos reclusos) | 70 |
| 2.3 Apropriação dos fundamentos dos julgados da Corte Excelsa: Posicionando a jurisdição constitucional como fundamento de validade adicional às políticas públicas judiciárias | 79 |

| | |
|--|----------------|
| CAPÍTULO III – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E POLÍTICA PENITENCIÁRIA JUDICIÁRIA, RELACIONAMENTO, NORMATIVIDADE E ACCOUNTABILITY JUDICIAL DA EXECUÇÃO PENAL..... | 97 |
| 3.1 O Conselho Nacional de Justiça no sistema de justiça criminal-penitenciária: <i>accountability</i> judicial e direitos fundamentais na execução penal | 105 |
| 3.2 Posicionando a produção institucional/documental do CNJ como estratégia em face do encarceramento de massa..... | 118 |
| 3.3 A perspectiva de análise dialógica do Programa Fazendo Justiça como plano de efetivação dos direitos fundamentais | 127 |
| CAPÍTULO IV – DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS STF-CNJ COMO FUNDAMENTO METODOLÓGICO PARA A ANÁLISE DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA JUDICIÁRIA: ELEMENTOS PARA UM MODELO ANÁLITICO | 140 |
| 4.1 Dos elementos de indução à concretização da política penitenciária e do Estado de Coisas inconstitucional como condições legitimadoras da judicialização do campo..... | 145 |
| 4.2 Do quadro de teorias de análise de políticas públicas ao cotejo do atuar do CNJ com os julgados do STF: dos modelos de análise à fundamentação de uma metodologia para o campo das políticas judiciárias | 153 |
| 4.3 Das potencialidades da metodologia de análise da política pública judiciária pela Confluência dos Julgados do STF com os Normativos do CNJ..... | 181 |
| CONCLUSÕES..... | 195 |
| REFERÊNCIAS..... | 205 |

INTRODUÇÃO

Os debates sobre a concretização de direitos fundamentais compõem aqueles assuntos que atravessam gerações, sem que, em plenitude, o Estado se revele capaz de satisfazer as demandas que lhes são correlatas. Quando se trata da sua incidência no âmbito dos sistemas penal e penitenciário, a questão se converte em debate ainda mais complexo.

Nesse compasso, a efetividade das políticas públicas relacionadas à concretização de direitos dos reclusos desafia amplos e transversais estudos, sobretudo em relação às particularidades envolvidas nos seus ciclos e no pertinente às atuações no plano institucional, na vertente do órgão que se incumbiu dos misteres da política pública.

No âmbito da política pública penitenciária formulada no/pelo Poder Judiciário, não se verifica, na doutrina tradicional, suficiente aprofundamento jurídico ou fundamentação no Direito sobre um roteiro ou sobre a sistematização de mecanismos para a sua análise, ainda que se trate de um extenso e histórico problema público.

Urge, assim, propor uma fundamentação modelo, visando à ação prospectiva, para a análise da política pública judiciária de índole penitenciária – ou, de forma mais objetiva, da política penitenciária judiciária.

Na quadra dos direitos fundamentais, o sabido mapa de superlotação e de condições degradantes do sistema de execução da justiça criminal configura cenário de patente violação de princípios inerentes (e mesmo diretamente de comandos) constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, o acesso à justiça, a segurança dos presos, bem como o direito à vida.

Em paralelo, o que se percebe do desenvolver do processo democrático é que os penalmente condenados não representam uma camada política e eleitoralmente atraente, tampouco compõem um grupo de indivíduos para os quais as políticas

públicas acenem voluntariamente¹ –, panorama que, timidamente e aos poucos, tem experimentado algumas mudanças².

Ainda é comum que a opção para o mínimo exercício dos direitos fundamentais dos condenados seja somente a judicial (judicialização), de modo que impende estudar alternativas jurídicas e políticas de defesa de tais direitos no sistema de execução penal nacional. É nessa esteira que a abordagem da atuação contramajoritária, na democracia brasileira, usualmente havida na afirmação “de direitos fundamentais contra majorias democráticas, exercidas por meio da *judicial review*”³ é proposta que se encampa, como se explicita a seguir.

Na rotina ordinária da ação pública, nos âmbitos dos Poderes Executivo e Legislativo, as racionalidades que permeiam e amparam a práxis da política de execução penal, *v.g. penitenciária*, – consistentes em formas de se apreender a ação pública enredada nos direitos dos presidiários – advém das representações sociais de um rol de atores cujos interesses não são necessariamente coincidentes e, sobretudo, são diferentes daquilo que poderia ser considerado como o interesse geral⁴, plasmado na Carta Política. Resta desenhar o esquema institucional para que, ao menos na quadra Judiciária, o cenário se esboce diferente.

Com efeito, a carência de estabilização de conceitos operacionais ou a ausência do reconhecimento de institutos legitimamente postos acerca da concretização – minimamente viável – de direitos fundamentais, via arena de análise e de ajustes das políticas públicas de índole penitenciária, precisa ser suprida e pode,

¹ Hipotetiza-se, como se verá adiante (no capítulo 1 da tese), que a omissão estatal violadora de direitos fundamentais dos presidiários é decorrência do baixo capital político que tal grupo é capaz de produzir, camada aparentemente inaudível no Parlamento brasileiro.

² Exemplos relacionais são a Lei nº 20.624/2013, do estado de Minas Gerais, que promove incentivos financeiros a empresas que contratarem ex-detentos; o Decreto nº 55.126/2009, do estado de São Paulo, que concede incentivos em licitações a empresas que inserem apenados e ex-apenados em seus quadros.

³ ABBOUD, Georges e MENDES, Gilmar Ferreira. (2019). Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos tribunais**, 1008 (p.3).

⁴ MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A Análise das Políticas Públicas**; traduzido por Agemir Bavaresco, Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.

como se intenta demonstrar, encontrar relevante material de análise nos julgados sobre o tema e, portanto, nas políticas públicas judiciárias deles resultantes.

Veja-se que um enfoque concretista já vem sendo assumido institucionalmente: a alternativa de efetivação, com alguma dimensão visível, dos direitos fundamentais dos presidiários (que compõem o recorte metodologicamente procedido para a presente análise) passa pelas políticas estruturantes engendradas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Usualmente, o atuar do Conselho conta com esforços envidados em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e com o apoio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN): são as ações firmadas, dentre outras medidas, em programas que são verdadeiras políticas públicas judiciárias, como o “Fazendo Justiça”⁵.

Assim, delinea-se a problemática que – em que pese sabedora da usual baixa efetividade das ações versadas sob a política penitenciária ordinariamente provenientes das instâncias Legislativa e Executiva (que, por si só já desperta a curiosidade para variados estudos) – foca na carência de fundamentos para um modelo de análise da política concebido na (e para a) seara Judiciária, haja vista a novidade que permeia a discussão da, assim denominada, política pública judiciária⁶.

A fundamentação do modelo de análise que se propõe é desenvolvida por meio de uma releitura da atuação das instituições em busca de esclarecer as modalidades de diálogo entre as esferas encarregadas de manutenção da ordem democrática e de gerir a política em questão. Veja-se que a instância de exame, qual

⁵ O programa se autodeclara como Plano Nacional de ações transformadoras e atua em 5 (cinco) eixos (I) proporcionalidade penal, (II) socioeducativo, (III) cidadania, (IV) sistemas e identificação civil, (V) gestão e ações transversais.

⁶ Assim compreendida, na dicção do Conselho Nacional de Justiça, a política pública adaptada (leia-se formulada e executada) no e pelo Poder Judiciário, cuja gestão deve operar-se “(...) por meio da conjugação dos conhecimentos empíricos (...) ao aporte instrumental oferecido pelos principais referenciais nacionais de gestão de política pública”, a “(...) promover maior consistência aos processos de gestão de políticas judiciárias, contribuindo para o permanente processo de aprendizagem institucional, e, assim, fortalecer a atuação deste Conselho como agente indutor de constante evolução do Poder Judiciário”, nos termos do derradeiro e mais atual GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL (CNJ, 2021). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>. Acesso em 18 ago. 2023.

seja o eixo STF-CNJ, já verifica anotada, pelo próprio Conselho, que o gerenciamento das políticas judiciárias nacionais “ainda carece de maior substrato metodológico para a sistematização dos processos gerenciais de planejamento, implementação, monitoramento e avaliação”⁷.

Novamente: o roteiro tradicional de análise de políticas públicas não sói revelar-se aparelhado de instrumentos suficientemente adequados que fundamentem devidamente o exame das políticas judiciárias (formuladas, executadas e avaliadas, repita-se, fora das instâncias dos Poderes Executivo e Legislativo e, portanto, em campo diverso das arenas para as quais os métodos de análise foram, até então, concebidos). Portanto, justifica-se o estudo e o aprofundamento propositivos acerca dos instrumentos de análise das políticas de justiça formuladas e executadas pelas/nas instâncias judiciárias – na hipótese, pelo (CNJ).

Por outra via, no concernente ao Direito na execução penal, considerando-se o conjunto do sistema penitenciário no Brasil, percebe-se que o cárcere não parece ser um ambiente auspicioso para que os indivíduos a ele submetidos aguardem que se esboce boa vontade dos atores institucionais na promoção (e proteção) de seus direitos fundamentais. Tanto é assim que já foi reconhecida a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no âmbito do sistema penitenciário nacional⁸.

Ao posicionar o referido Estado Inconstitucional dos presídios como um elemento legitimador para a apropriação dos fundamentos das decisões judiciais pelo campo de análise das políticas públicas, surge a hipótese da proposta de um novo desenho para as ações envidadas pelas instituições encarregadas da questão prisional.

⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. 2021. Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>. Acesso em 29 jul. 2023.

⁸ Trata-se da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Na aludida ADPF, o Partido Político Socialismo e Liberdade (PSOL), patrocinado pela equipe de advogados liderada pelo Professor Dr. Daniel Sarmiento da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, pleiteou o reconhecimento da violação sistemática de direitos fundamentais da população carcerária, de modo a determinar a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país, pelo STF.

Parte-se, assim, da premissa de que alternativas a tal cenário de crise prisional podem ser discutidas à luz de novos arranjos institucionais⁹, que considerem a interação entre os diversos materiais produzidos na atuação dos Poderes como natural e como forma de combate ao calamitoso cenário de realização dos direitos fundamentais quando da etapa de execução penal.

Anote-se que a apropriação dos elementos dos julgados já parece ser empreendida, como se verá adiante, pelo órgão formulador de políticas públicas. Na hipótese, a fundamentação e o próprio *corpus* de decisões do quanto opera o Supremo Tribunal Federal (STF) são usualmente incorporados na/pela atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao formular as (aqui assim defendidas) competentes políticas judiciárias.

Resta promover a institucionalização desse arranjo, a legitimar e fundamentar os roteiros de análise da política judiciária focados no diálogo inerente à fundamentação das decisões versadas em direitos fundamentais e posicionados como uma de suas razões de ser.

Com isso, o texto, ao analisar a literatura existente e sistematizar a jurisprudência e os normativos pertinentes, propõe alternativa à carência de concretude das ações previstas nas políticas relacionadas aos direitos do grupo de reclusos. Não se direciona, aqui, ao estudo do que é formulado ao largo do quanto decide o Judiciário¹⁰.

É preciso densificar o roteiro de análise daquilo que pretende concretizar direitos fundamentais na esfera da execução penal. A expressão “judicialização” da

⁹ Em especial com as discussões encetadas em tantos trabalhos. Cf. UNGER, Roberto Mangabeira: **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004; **A segunda via: presente e futuro do Brasil**. São Paulo: Boitempo. 2001; e **Democracia realizada: a alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo. 1999. Referidas obras, consultadas para a construção da argumentação no presente texto, elucidam abordagens interessantes, mas sobre as quais não se aprofundará no estudo, a fim de deixar a discussão para a oportunidade certa.

¹⁰ Tendo muito em mira o quanto fora debatido por este autor individualmente (SANTOS, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. *REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS*. Ano 31. 198. Set/out. 2023) e em parceria (MACHADO, Bruno Amaral; SANTOS, Rafael Seixas. Constituição, STF e a política penitenciária no Brasil: uma abordagem agnóstica da execução das penas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 89-112, 2018).

política pública, que será empregada no lugar da longa locução/ dicção “apropriação da política pública pelo Judiciário”, pode, em um primeiro momento, causar estranheza no leitor, mas cuida-se de instituto já desenvolvido nos estudos de Sociologia Jurídica e, mais especificamente, na Sociologia dos Tribunais¹¹.

Portanto, adianta-se: aqui se apropria e se emprega o conceito de “judicialização” como a encampação dos ciclos da política pública pelo Poder Judiciário (na hipótese, nas figuras do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça), havida com o fito de fornecer novos elementos de atuação para a (e da) política penitenciária, pressupondo-se o direcionamento à redução dos danos ocasionados pelo cárcere¹²¹³.

O emprego do instituto chamado “judicialização” da política pública, enquanto, repita-se, assunção Judiciária de matéria versada em formulação, execução e análise de políticas públicas é legitimada pelo próprio Texto Constitucional¹⁴, pela Legislação de Execução Penal¹⁵ e por Legislação específica de organização institucional do

¹¹ Aqui adotando-se, o conceito de “judicialização” como o deslocamento do tratamento de certas questões afetas à arena política para a judiciária. Para fins introdutórios, assente o leitor que se trata de um movimento que opera pela utilização cada vez mais frequente (e legitimada) do Direito a sanar – no campo do Poder Judiciário – questões versadas em políticas públicas. Tal como se verá no capítulo próprio do texto, de sorte que “la judiciarisation et les façons dont ele est définie [...] constitueraient bien pour nous un révélateur privilégié de la place occupée par la légalité, ou que certains auteurs et/ou acteurs sociaux aspirent désormais à lui faire occuper dans la régulation politique” (COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence. Heurs et malheurs de la légitimité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la “judiciarisation”. *L’Année Sociologique*, v. 59(1), 2009.

¹² CARVALHO, Salo de. **Anti manual de Criminologia**. 5 ed. São Paulo. Saraiva Educação S.A., 2021.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

¹⁴ Quando anota, nos incisos do art. 5º, e.g., que “XXXV - a lei **não excluirá da apreciação do Poder Judiciário** lesão ou ameaça a direito; XLVII - **não haverá penas**: (...) e) **cruéis**; XLVIII - a pena será cumprida em **estabelecimentos distintos**, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos **o respeito à integridade física e moral**; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (...)”. (Grifos nossos).

¹⁵ Quando a Lei de Execução Penal (LEP) determina ao Poder Judiciário (na instância dos Juízos da Execução) que inspecione “mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e que interdite “no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei” (art. 66, incisos VII e VIII). BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**.

Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça)¹⁶ – como se verá mais fundamentadamente adiante. Em seção própria de texto se regressará à discussão acerca do emprego daquela expressão aqui ou acolá.

Por outro ângulo, importa referir, desde já, que não se olvida da existência de planos específicos para a gestão e o controle dos cárceres no Brasil¹⁷, formulados e avaliados pelas demais instâncias do Estado. Daqueles planos, havidos nas arenas Executiva e/ou Legislativa, não se valerá a pesquisa que, ecoe-se, conhece os valorosos aportes oriundos do diálogo interinstitucional a ser enrostado entre os poderes da República para acerrar-se da atuação do Poder Judiciário no campo.

Assim, uma ressalva, de logo, é necessária: não é que o Poder Judiciário tenha melhores ou extraordinárias capacidades institucionais para o ciclo das políticas públicas sobre o sistema penitenciário, comparativamente com os demais Poderes de República, ainda mais porque do Judiciário não se espera uma visão necessariamente prospectiva das demandas que se lhe são apresentadas.

Trata-se, o Judiciário, de uma função normalmente preparada para fazer a microjustiça, ou seja, a justiça do caso concreto e, com alguma dificuldade institucional, avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontualmente proferidas. No entanto, as políticas públicas formuladas, executadas e (como propõe esse texto) analisadas no âmbito daquele Poder são uma pululante realidade, no bojo das políticas públicas judiciárias¹⁸.

A pressuposição é de que o Direito é campo promissor a fornecer elementos para o regular tratamento das políticas públicas promotoras ou garantidoras dos direitos fundamentais dos reclusos, o que ocorre ante a premissa orientadora de interpretação de todo o ordenamento jurídico, consistente em princípios fundamentais,

¹⁶ A Lei que instituiu, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. **Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009.**

¹⁷ Exemplo concreto é o **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

¹⁸ Cf, neste sentido, o GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL (CNJ, 2021). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>. Acesso em 18 ago. 2023.

tais como a dignidade da pessoa humana¹⁹. De tal sorte, emerge, aí, a decisão judicial, como instrumento do Direito que elucida a vontade da norma como instrumento basilar para a orientação da análise das políticas.

Com efeito, a fundamentação da metodologia de análise atravessará a ponte entre STF e CNJ. Tal ponte será construída com base no relacionamento institucional percebido entre o exercício da jurisdição constitucional em direitos fundamentais exercida pelo Tribunal, de um lado, e o exercício da função normativa de controle e *accountability*²⁰ exercida pelo Conselho, de outro (ainda que o referido relacionamento se dê por vezes em processos eventualmente informais e não sistemáticos (ou devidamente sistematizados)).

A escolha dos julgados do STF como ponto interinstitucional para a análise deve-se à natural proeminência do Tribunal no cenário constitucional do país e à reiterada aparição da temática dos direitos fundamentais dos presidiários na jurisprudência na Corte. Se a política penitenciária tem natureza constitucionalizada, é de todo razoável cotejá-la com as avaliações produzidas pelas decisões do STF – *locus* onde são assentadas as expressões constitucionais em derradeiras interpretações do texto vigente, na destreza da jurisdição constitucional que lhe é inerente.

Certo é que, diante das complexidades resultantes do debate acerca do ativismo judicial em face da concretização de direitos fundamentais, não se pode cegamente lançar-se sobre os julgados como cabedal único de ação do poder

¹⁹ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana – Alguns Referenciais Teóricos de Interesse. In: DA ROCHA, Carlos Odon Lopes et al. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas**. Brasília: IDP, 2014 (p.6): “Num sistema que adota a dignidade da pessoa humana como premissa valorativa de todo o ordenamento constitucional, a preocupação com a igualdade surge como consequência lógica imperativa. E, se a compreensão do que caracteriza a dignidade humana enreda o jurista em questões que desafiam os limites dos seus afazeres habituais, as perplexidades que a igualdade propõe não são menos instigantes”.

²⁰ A *accountability* para a presente análise é a integração de valores e iniciativas institucionais que visam, em síntese, incrementar os níveis de governança e de responsabilização por resultados. Conferir, como marcos teóricos: O’DONNELL, G. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política.**, 1998 e ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro**. 2012. 258 f. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

público²¹. Da astúcia da atual disposição das Organizações na Carta da República, sobretudo havida em razão da inclusão de um órgão encarregado do mister da administração da justiça e da responsabilização por resultados, qual seja o CNJ (por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004²²), deve emergir a investigação sobre o adequado posicionamento das políticas judiciárias provenientes de sua atuação em razão do quanto opera o STF.

Como órgão de legítima formulação e regular acompanhamento da política judiciária de execução penal, o Conselho Nacional de Justiça ostenta atuação normativa e fiscalizadora (de *accountability*), fundamentado, como propõe a hipótese, nas decisões do STF, o que tende a recobrar de significado a política penitenciária sobre o prisma judicial.

O texto faz também recorte de exame para o quanto se opera no CNJ, em específico no Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), no Programa Justiça Presente e no Programa Fazendo Justiça, materiais que tratam de direitos já sobejadamente assinalados na/pela jurisprudência do STF²³.

Trata-se de uma análise, um cotejo, em abordagem institucional das ações do STF e do CNJ como arcabouço normativo (encarado como vertente dogmática²⁴). Para calibrar a legitimidade da pesquisa e densificar o exame dos arranjos institucionais que informam o debate, opta-se pelo emprego da dimensão jurisdicional das políticas públicas, por meio da incorporação, pelo Conselho, dos elementos de

²¹ Até porque sobre o ativismo judicial – antecipadamente – advoga-se que importa não termine por negar o direito enquanto “paradigma autônomo de normatividade e submetê-lo aos ditames da política, independentemente do colorido ideológico para tanto” (p.9), tal qual igualmente defendido no já citado texto de ABBoud, Georges e MENDES, Gilmar Ferreira. (2019). Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, 1008.

²² BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

²³ Como, por exemplo, a ADPF 347 e os Recursos Extraordinários 841526, 641320, 592581, dentre tantos.

²⁴ CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1982. p. 235-275.

julgados do STF selecionados sobre o tema enquanto manifestação da técnica jurídica²⁵.

O capítulo inicial constrói, neste sentido, argumentação pela concretização dos direitos fundamentais, em uma toada que trata introdutoriamente da discussão sobre ativismo ou contenção judicial e esclarece que o presente campo de estudo – análise jurídica da política pública judiciária – posiciona-se fora de tais fenômenos, dado se posicionar em etapa posterior ao momento de eventual ocorrência do ativismo, a ser, eventualmente, por ele inspirado.

Aqui não se pretende discutir se a participação do Judiciário na consecução das políticas públicas no âmbito penitenciário é devida ou não, ainda mais diante da tradicional invocação da separação de poderes e da legitimidade democrática, usualmente procedida de forma despreocupadamente ortodoxa²⁶. Busca-se a análise da já existente, e em contínuo processo de legitimação, política penitenciária judiciária – informada pela aparente convolução da judicialização na “judiciarização”.

O debate parte do escopo de análise de Direito e políticas públicas²⁷, em especial da política penitenciária e do experimentalismo das relações institucionais que informam o campo no Direito²⁸ para anotar que as apreciações que rechaçam uma atuação mais incisiva do Judiciário não podem imperar em face da supremacia da Constituição, tão característica dos Estados Democráticos que se empenham na concretização (mínima) de direitos fundamentais nas casas penais.

²⁵ ATIENZA, Manuel. La dogmática jurídica como tecno-praxis. In: **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 169-196.

²⁶ Tal como a crítica já obtemperada por Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. **Sequência (Florianópolis)**, v. 43, 2022.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional**. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. Brasília: IDP, 2012.

Segue-se, assim, na busca por elementos de indução à concretização da política penitenciária e, de algum modo, dos direitos fundamentais, sob a já narrada hipótese da existência de condições legitimadoras para a atuação Estatal integrada. Aprofunda-se, desta feita, a discussão sobre a fertilidade, no campo de Direito em análise, da relação entre Judiciário e políticas públicas, em uma argumentação que acaba por anotar as possibilidades do diálogo institucional, sobre direitos fundamentais, calcado nos vetores principiológicos da Constituição, como *e.g.* a dignidade da pessoa humana.

O capítulo segundo, nesse mesmo diapasão, enceta uma análise dos elementos dos julgados do STF, sob a perspectiva da diversificação da jurisdição, dos julgados, enfim, dos discursos que motivam a efetivação dos direitos fundamentais dos apenados, a encarar o prelecionado desafio da trivialização da ação estatal na esfera Judiciária para as políticas públicas.

A ideia percorre, desta sorte, os caminhos normativos, jurisprudenciais e dogmáticos de realização dos direitos fundamentais, sob os espeques da principiologia. Vale-se, ainda, da apropriação dos fundamentos dos julgados da Corte Excelsa a posicionar a legitimidade da jurisdição constitucional como verdadeiro fundamento de validade para as políticas públicas judiciárias.

Eis que emerge mais um argumento sob a forma do terceiro capítulo. A análise passa a centrar-se no estudo teórico e empírico sobre de que forma as orientações do CNJ podem ser posicionadas como horizonte concretizador da política penitenciária. A ideia é explicitar como se opera a construção da teoria (normativa), revelada nos variados normativos do Conselho, e a prática da execução penal determinada pelos julgados do STF²⁹.

²⁹ É o caso de julgados em que, esgotadas as instâncias ordinárias da ação pública, resta ao Tribunal prover os indivíduos de elementos básicos de subsistência e de garantias e direitos fundamentais. Destacam-se, neste mote, por exemplo, a ADPF 347 que versou sobre o calamitoso quadro dos presídios do país; o RE 592.581, em que se discutiu a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Executivo local, a realização de obras em casas de albergado.

Naturalmente, faz-se um breve retrospecto crítico acerca da atuação do CNJ no campo da justiça, no campo das políticas públicas judiciárias e da justiça criminal, sob o viés da política penitenciária. O estudo do Conselho Nacional de Justiça no sistema de justiça criminal-penitenciária revela as atividades de *accountability* judicial na senda da efetivação dos direitos fundamentais na execução penal. Tal ponderação advém do posicionamento da produção institucional/documental do CNJ sobre políticas públicas judiciárias como estratégia em face do encarceramento de massa. Com isso, é possível perquirir pragmaticamente a legitimação do papel do CNJ no programa “Fazendo Justiça”.

Passa-se, com efeito, aos argumentos do capítulo derradeiro: a formatação de novas estruturas de ação que albergam os conhecimentos e apreciações do Tribunal (STF) e do Conselho (CNJ) tais quais institucional e constitucionalmente concebidos³⁰. Passa-se a dissertar sobre a operacionalização da tecnologia de análise de políticas públicas judiciárias proposta, forte nos diálogos institucionais para a conformação da política penitenciária judiciária.

A demanda por calibrar os diálogos institucionais STF-CNJ como fundamento metodológico para a análise da política penitenciária judiciária, como verdadeiros elementos para um modelo analítico, decorre dos vetores de indução à concretização da política penitenciária e do Estado de Coisas inconstitucional – verdadeiras condições legitimadoras da “judicialização” do campo.

Para tal caminho, percorre-se o quadro de teorias de análise de políticas públicas a fim de empreender o cotejo do atuar normativo do CNJ com os julgados do STF. Tal é a fundamentação de uma metodologia de análise para o campo das políticas públicas judiciárias que perpassa da dogmática à tecnologia jurídica³¹, havida a partir da confluência dos Julgados do STF com os Normativos do CNJ.

Fato é que são necessários ajustes nos usos recorrentes das ferramentas habituais de políticas públicas para a promoção da eficácia da ação pública levada a

³⁰ Neste sentido, vale conferir: CALSAMIGLIA, 1982. Op. Cit.

³¹ ATIENZA, 2015. Op. Cit.

efeito pelo Poder Judiciário. No entanto, inovações, sobretudo no pertinente às adequações das relações institucionais, como o texto propõe, soem contribuir para a afirmação da possibilidade de se delinear elementos para a análise de políticas públicas (judiciárias) com o recurso da lógica dos subsídios jurídicos da decisão (STF) e da atuação de conformidade (CNJ).

O texto posiciona-se a abreviar os fetiches retóricos e extremos de total separação das funções dos Poderes e visa contribuir para a formação dos fecundos eixos plurivalentes da ação estatal, consubstanciados na análise das políticas públicas. Por certo, aponta para diversas possibilidades de pesquisas no campo de direitos fundamentais dos presidiários e das consectárias ações públicas, no sentido de elucidar as principais falhas no processo de formulação, implementação e avaliação/correção de políticas públicas, na hipótese, judiciárias.

Com efeito, a discussão não se ocupa de maiores digressões pragmáticas ou de pontos específicos da política penitenciária nacionalizada, e opta por examinar a possibilidade de estender maiores pontes de comunicação no âmbito do próprio Judiciário, com um novo assoalho. Com isso, lançam-se as linhas que fundamentam elementos para o desenvolvimento de uma metodologia atual, baseada no diálogo institucional, para a análise de políticas públicas judiciárias – na presente hipótese – de cariz penitenciário.

CAPÍTULO I – O DIREITO NA POLÍTICA PENITENCIÁRIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA EXECUÇÃO PENAL – AS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS

O controle jurisdicional de políticas públicas e seus vieses sistêmicos de limites e previsibilidade compõem uma realidade sociojurídica de férteis debates. Em que pese parcela importante da doutrina e da jurisprudência tenham vasta argumentação na tentativa de esboçar os contornos formais do controle judicial, como a fixação de balizas e princípios a propósito da matéria, diferentes críticas persistem (sobretudo no condão da legitimidade para tão proeminentes escolhas).

O estudo pertinente ao relacionamento institucional do Poder Judiciário com o campo das políticas públicas está distante de alcançar uma sistematização pacífica e/ou de fácil assimilação científica. De se rememorar as variadas tentativas de disciplinar os mecanismos e os limites da atuação do Judiciário no campo das políticas públicas – como os esforços legiferantes – todos visando superar os hiatos da atuação na seara pública. Noticiam-se, ainda, iniciativas mais ousadas, que pretendem inserir formalmente o Judiciário já na elaboração da agenda, com perceptível responsabilidade na etapa de elaboração.

É nesse contexto que argumentos no sentido da “falta de informações e de dados” por parte do Judiciário para a intromissão na área e a falta de interação “com os demais [...] tribunais”³² são entabulados. Àqueles argumentos emergem anotações de verniz orçamentário, de planejamento e de representatividade. Disso resulta uma percepção marginal do papel do Judiciário, que o imagina materialmente afastado do jogo político e cujos *players* compõem um grupo restrito de especialistas.

Certo é que existem, ainda, os que constroem argumentação para afastar o Judiciário já na quadra da conceituação operacional de políticas públicas. Por

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.058/2014. **Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Justificação.** Disponível em: http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PL+-Projeto+de+Lei&data=05%2F09%2F2016&page=false&numero=8058&ano=2014&btnPesquisar.x=0&btn_Pesquisar.y=0. Acesso em 20 ago. 2023.

definição, tal modal de ação estatal compõe rol de atividades delineadas pelo Estado e “criteriosamente executadas, mediante uma atuação efetiva e harmônica entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, conforme as competências constitucionalmente estabelecidas”, sendo-lhe determinante o fato de serem elaboradas por um corpo técnico “e com a participação da sociedade civil”³³.

O problema, todavia, revela-se, de fato, mais perceptível nas ocasiões em que os Tribunais se comportam de forma diversa de uma atuação mais tradicionalista que seria, natural e legitimamente, informada pela inércia. Essa, como defendida por alguns, ‘inesperada’³⁴ inserção do Judiciário no campo das políticas públicas, na hipótese que aqui se aventa – nas etapas de formulação e análise – é o que chama a atenção, sobretudo quando se trata (de forma mais sistematizada) do ciclo da política pública judiciária.

Este atuar, ainda que não esteja em total acordo com a legítima vontade legislativa (natural e usualmente representativa), é carregado de providências materializadoras de direitos fundamentais (especialmente quando encetam uma modalidade de ótimo social, produzindo, sob uma visão pragmática, a “utilidade dos bens sociais correspondentes a toda a população”³⁵).

Cumprir registrar o posicionamento que acusa a atuação da função judicial de ser eivada de ações panprincipiológicas³⁶, as quais resultam em “uma substituição da discricionariedade administrativa, portanto, da autoridade pública competente e legitimada, pela discricionariedade judicial”³⁷.

³³ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário ou a possível balbúrdia dos valores na atuação administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, 2014.

³⁴ TAYLOR, Matthew M. The judiciary and public policy in Brazil. **Dados**, v. 4, n. SE, 2008.

³⁵ EREMENKO, Paul. **When 'Fairness' is Efficient: The Role of the Judiciary in Maximizing Aggregate Social Welfare**. SSRN Working Paper Series, 2006.

³⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202.

³⁷ LIMA, Op. Cit. E, no mesmo sentido, assevera o autor (p.7): “(...) a resolução de boa parte dos grandes conflitos de interesses não se decide baseada na problemática apresentada e seus necessários vínculos normativos, mas, sim, na retórica decisória ventilada pelas autoridades judiciárias, o que tem revelado uma metodologia vazia, confusa e despropositada em matéria de consolidação dos direitos de prestação social”.

Nesse ponto, veja-se que as políticas públicas não se revelam apenas textos legais, mas denotam um complexo de ações institucionais engendradas a definir prestações públicas para a sociedade³⁸, de sorte que – nessa disposição das coisas – os Tribunais podem assumir a postura de “gestores benevolentes”^{39 40}, atuando em antecipação ou em cassação de uma decisão política havida de forma majoritária – a revelar a faceta não-representativa, ou contramajoritária das Cortes.

Por outra via, quando o descumprimento ou as moras indevidas no cumprimento dos encargos políticos e jurídicos dos Poderes da República gerar consequências que maculem a integridade e a eficácia dos direitos fundamentais, revela-se basilar a atuação judicial a reconduzir à normalidade das coisas, no cumprir de sua função jurisdicional em cotejo com seu dever moral⁴¹.

A leitura tradicional, diga-se clássica, do princípio da separação de poderes, segundo a qual o Poder Judiciário dispunha de um condão eminentemente reativo e responsivo, acaba por ceder espaço a visões mais favoráveis ao seu protagonismo no campo da justificação constitucional. A repelir abordagens única e estritamente majoritárias do princípio democrático, o rearranjo das coisas preocupa-se com matizes mais substantivos, em que a Constituição reafirma a sua centralidade no ordenamento, ostentando-lhe ubiquidade e direcionamento, a fim de que, ele próprio (o Judiciário), não descumpra a Carta Política.

A invocação principiológica da separação dos poderes deve vocacionar-se, assim, a proporcionar mecanismos de cooperação entre os distintos Órgãos, sobretudo a viabilizar a concreção prática das funções a cada um deles atribuídas, o que é mais perceptível superando-se o amarrado de um raciocínio jurídico estritamente formal. Novos desafios demandam novas soluções, as quais são obteníveis por meio de um pensar liberado dos tradicionalismos que tosquiavam as

³⁸ LIMA, Op. Cit.

³⁹ EREMENKO, Op. Cit.

⁴⁰ GATES, John Boatner; JOHNSON, Charles A. (Ed.). **The American courts: A critical assessment**. CQ Press, 1991.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, p. 267-302, 2009.

percepções da realidade mais concretistas (desde que, constitucional/legalmente conformadas no Estado de Direito).

1.1 Do campo do Direito como escopo de análise da política penitenciária: A abordagem do Direito nas políticas públicas

A versão de abordagem política que conforma a consecução de políticas públicas (aqui encaradas como estruturas da ação pública) é a que se revela enquanto manifestação do poder Estatal. Como formas de externar o poder, indissociáveis da substância do próprio Estado⁴², as miríades de ações que compõem a ação pública funcionam como modais de relacionamento das/entre as instituições, colmatando tecnologias jurídicas de análise e enfeixe de ressignificação das políticas públicas⁴³.

Para a abordagem que se desenvolve, as políticas públicas assumem instâncias nas quais as funções de planejamento e avaliações estatais carecem de catalizadores de normas⁴⁴. É que, usual e historicamente, as políticas cujos ciclos são bem-sucedidos são informadas por agendas coletivamente formuladas, com regras e normas claras, bem direcionadas e que dispõem de recursos financeiros⁴⁵ satisfatórios. Aqui se assume, metodologicamente, que o “fazer” da Administração Pública no campo das políticas públicas enreda alto grau de incertezas de análise conjuntural, de sorte que a mera previsão a nível normativo⁴⁶ não desponta como suficiente quando trata de direitos fundamentais.

⁴² CAILLOSSE, Jacques. À propôs de l’analyse des politiques publiques: réflexions critiques sur une théorie sans droit. In : COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; ROBERT, Cécile. **La juridicisation du politique: leçons scientifiques**. Coll. Droit et Sociétés Classiques. LGDJ, Paris, 2010, passim.

⁴³ HECLO, H. Hugh. Review article: Policy analysis. **British journal of political science**, v. 2, n. 01, p. 83-108, 1972.

⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Almedina, 2022.

⁴⁵ A política social funciona, na perspectiva de Amartya Sen, “como investimento em capital humano, em capital social, ou nas capacidades humanas, mediante programas sociais orientados a ampliar as capacidades das pessoas para participar com liberdade do processo produtivo” – tradução livre. SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 1999.

⁴⁶ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena e PEREZ, Marcos Augusto. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria P. Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

Deste modo, apesar de, na quadra atual, as políticas públicas estarem fortemente implicadas em normas (jurídicas), com diferentes estratos de juridicidade, de regulamentação, de eficácia..., muito da semântica que lhes é concernente não se encontra claramente posta – é preciso o exercício hermenêutico na elucidação das funções e objetivos arrostados na ação pública. A transversalidade dos itinerários no ciclo da política pública é revelada na discursividade advinda – muitas vezes – da produção jurisprudencial (de textura democrática, mas não necessariamente representativa).

As relações entre os comandos constitucionais e a prática, jungidas pelas políticas públicas, ostentam o condão de se formatar em naturais associações de poder. Nomeadamente nas ocasiões em que a confusão sobre a legitimidade para o atuar no campo da política pública se faz presente (no quesito agente autorizado a agir, se o Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário) – percebe-se que a abordagem das múltiplas e recíprocas interações parecem ter sido baseadas em modelos legais ou institucionais que cuidam meramente de formalizar o estado de coisas.

A análise é posta, então, acerca do fenômeno da racionalização as decisões que, operando-se de forma grupal ou global, expõe a necessidade de compreender as racionalidades específicas no ciclo das políticas públicas, desde a formação da agenda à senda de avaliação, de retroalimentação.

É que, sob o mote da análise contextual, verifica-se que o Estado cuida de assegurar a vida da comunidade, ocupa-se de construir todo um aparato, informado por uma instituição pública (exemplificada pela polícia, pelos hospitais, pelas escolas, pelos presídios), e que, atuando pela multiplicação das metas dos agentes de poder, pretende produzir o desenvolvimento do conhecimento humano sobre o corpo secular, formado por toda a sociedade.

No campo das ambiências de cumprimento das penas privativas de liberdade verifica-se que o engendramento de ações políticas para a inclusão do tema na agenda de debates estatal é desafio árduo. Seja porque o papel central das prisões (como mecanismo de promoção e manutenção do poder) obra na afirmação e

produção de verdades⁴⁷, no sentido da ideologia dominante, de efetividade em razão da não visão – se não se vê o sentenciado (porque excluído do campo de visão) é sinal de que algo “correto” está a acontecer.

Na prática, não se olvida que a política penitenciária encontra institucionalização no Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (PNPCP), formulado – precipuamente – no seio do Poder Executivo, o qual se encarrega das funções de pesquisa, avaliação e direcionamento de ações estatais em variadas frentes.

Na presente hipótese, não se faz a eleição do PNPCP para o debate, apesar de reconhecidamente tratar-se de instrumento entabulado com azo na metodologia de escolha racional⁴⁸: cuida-se, na presente construção argumentativa sobre o relacionamento institucional no Poder Judiciário, como narrado alhures entre o CNJ e ou STF, em uma descrição admissível da realidade ao convolar-se em modelo normativo achegado ao racional (especialmente quando se considera o quadro extremado do ambiente em que se obra referida política).

Quando as estruturas ordinárias da ação pública não ostentam aptidão para produzir rupturas significativas no tecido social, o modelo de escolha racional revela-se útil. Ou seja, para o modelo, os *decision makers* (tomadores de decisão) escolhem as alternativas em um processo de comparação, informado pela avaliação acerca de qual alternativa produzirá (em tese) os resultados esperados⁴⁹. Nesta senda, a

⁴⁷ BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. Michel Foucault: Uma Análise do Poder. **Rev. Direito Econ. Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 56-75, jan./jun. 2013.

⁴⁸ No sentido de que “a política racional é a que produz ‘ganho social’ máximo, isto é, os governos devem optar por políticas cujos ganhos sociais superem os custos pelo maior valor e devem evitar políticas cujos custos não sejam excedidos pelos ganhos”, é o texto de Thomas Dye. DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDANN, F. G.; SALM, F. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2014.

⁴⁹ Anote-se que, por meio de texto seminal, Simon “introduziu o conceito de racionalidade limitada dos decisores públicos (policy makers), argumentando, todavia, que a limitação da racionalidade poderia ser minimizada pelo conhecimento racional. Para Simon, a racionalidade dos decisores públicos é sempre limitada por problemas tais como informação incompleta ou imperfeita, tempo para a tomada de decisão, auto-interesse dos decisores, etc., mas a racionalidade, segundo Simon, pode ser maximizada até um ponto satisfatório pela criação de estruturas (conjunto de regras e incentivos) que enquadre o comportamento dos atores e modele esse comportamento na direção de resultados desejados, impedindo, inclusive, a busca de maximização de interesses próprios”. SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The**

decisão mais eficaz tende a ser aquela que maximiza objetivos e metas dos *decision makers*⁵⁰, os quais são sobejadamente estatuídas pela Constituição Federal de 1988 sob o manto de direitos fundamentais.

Assim, a abordagem racionalista, ao debater as possibilidades da ação pública, encerra relações de poder: em que pese uma determinada alternativa revelar-se como solução irrepreensível tecnicamente, ela pode demandar arranjo entre atores que se revele politicamente inviável, e vice-versa. Demais disso, a abordagem não se olvida que os governos democráticos não gozam, efetivamente, de liberdade total para a alocação de recursos⁵¹.

Por certo, as ações enfeixadas pelo Conselho Nacional de Justiça (como os Mutirões Carcerários, o Programa Fazendo Justiça e tantos Pedidos de Providências e Normativos anunciados pelo órgão) pretendem concretizar o espírito Constitucional da garantia da dignidade humana, ao preconizar estratégias que legitimam direitos fundamentais dos sentenciados à privação de liberdade. De tal modo, a análise que se propõe flerta com uma teoria de ação pública segundo a qual significativas mudanças podem ser implementadas em passos curtos, desde que caminhados em uma mesma direção e em período seguramente determinado⁵².

Com efeito, o fundamento encontrado (ou produzido) para a política penitenciária, na via judiciária, como adiante se argumenta, pode revelar aptidão para garantir, ao menos de modo teórico-normativo, certa melhoria nas condições formais para a implementação de necessários ajustes da referida política pública, o que, como anotado, pode se operar de modo racional.

quarterly journal of economics, p. 99-118, 1955. Na explicitação corroborada por SOUZA, Celina et al. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

⁵⁰ No modelo da Escolha “Racional” de análise de políticas públicas, procura reestruturar todo o ambiente da tomada de decisões para a formulação, implemento e avaliação. (SIMON, 1955, Op. Cit.).

⁵¹ HEIDANN, Francisco. G.; SALM, Jose Francisco. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2014.

⁵² SIMEON, Richard. Studying public policy. **Canadian journal of political science**, v. 9, n. 04, p. 548-580, 1976.

Entretanto, a análise proposta não pode se esquecer de tomar em conta que, por variados motivos, o *corpus* social não tende a aceitar, com comodidade, que se empreendam aportes de recursos públicos em (por exemplo) construções ou reformas de presídios, ou, enfim, de quaisquer dispêndios com os condenados. Apesar da farta existência de programas normativos, percebe-se que as ações voltadas aos direitos fundamentais da parcela prisional são usualmente impopulares. Trata-se de agenda inapta a atrair a aceitação ou o apoio do grande público, ao menos não por suficiente tempo, a encetar os variados ajustes necessários.

Em face de tal cenário, o fardo sobremaneira pesado de incorporar o espírito constitucional de proteção da dignidade humana, a tornar efetivo o devido grau de concretização de direitos fundamentais daqueles que se veem alijados de liberdade, em processo de ressocialização, somente se esvai por meio de manobras impopulares, as quais terminam aguardando que os comandos executivos derivem das decisões judiciais (das circunstâncias judicializadas).

Na lida diária, o que se percebe é a submissão dos reclusos a situações de suplício – produzidas diante de um corpo institucional movido pela potência contrária à reforma prisional, calcado nas discursividades populares e premido por uma latente necessidade eleitoral. O configurado é uma normalização do caos no (e pelo) sistema penitenciário, informado pela inexpressiva dimensão alcançada pelos efeitos concretos produzidos pelas políticas públicas forjadas nas instâncias Legislativa e Executiva.

De se considerar, ademais, que o cenário não tem sido construído por um ou por dois atores – a sistemática violação de direitos fundamentais da população de sentenciados revela-se estrutural, a demandar ação integrada dos Poderes da República, como muito se alardeia.

É que a falta de resultados em nível suficiente de concretude para os direitos dos presidiários na execução as políticas públicas tem contribuído para o recrudescimento da crise estrutural dos presídios – que parece autenticada em razão da escassez de diálogo entre Poderes e de ações que lhes sejam devotas. O que aqui se obtempera é que o cenário hodierno do cárcere é interpretável como verdadeira

aquiescência silenciosa tanto da sociedade, quanto do poder público, na abnegação do preso e dos seus direitos fundamentais⁵³.

Com efeito, revela-se ordinário e normalizado o fato de que o Estado, sob uma agenda aparentemente esquivada à gravidade da questão penitenciária, autoriza “que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, [...] tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes”⁵⁴, malbaratando o próprio do Estado Democrático de Direito.

A aparentemente problemática atinente à consecução de funções à guisa de separação de poderes contribui para a situação calamitosa dos presídios a delinear um Estado paralelo para o campo da prisão, com a formação de grupos colaterais caracterizados pela apropriação simbólica do poder⁵⁵ cujo exercício seria de índole estatal. A horrenda paisagem que se põe é a patente violação dos direitos fundamentais dos indivíduos que – fatalmente, por variadas razões – são submetidos à atual estrutura que se encarrega da execução penal.

Tanto assim que muito se anunciou sobre um Estado de Coisas Inconstitucional⁵⁶ (ECI) na estrutural e sistemática violação de direitos fundamentais pelo sistema penitenciário brasileiro. Neste sentido, rememore-se o reconhecimento do ECI na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que,

⁵³ Nos dizeres de um detento, entrevistado por ocasião da Chacina de Manaus (2017), “A gente não tem nenhum item de limpeza pessoal e, para piorar, estão fechando nossa água. A gente fica com tanta sede que chega a tomar água do vaso sanitário”. In: PRESÍDIOS palcos de chacinas têm internos bebendo água de privada, sinal de celular e ameaças de decapitação. **BBC Brasil**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38581392>. Acesso em 11 jan. 2024.

⁵⁴ Trecho do Voto do Ministro CELSO DE MELLO. Acórdão (p. 85). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

⁵⁵ BOURDIEU, Op. Cit., 1989, passim.

⁵⁶ Em uma breve digressão histórica, vê-se que a primeira invocação da teoria do ‘Estado de Coisas Inconstitucional’ pela Corte Constitucional Colombiana, ocorreu com a prolação da Sentencia de Unificación (SU) 559 de 1997, ocasião em que a Corte, verificando que diversos professores do município de Maria de La Baja, reclamavam direitos previdenciários legitimamente reconhecidos em normas infraconstitucionais, viam tais direitos negados pelas autoridades centrais. Nas investigações, constatou-se que havia uma falha estatal ainda maior, uma vez que o descumprimento da obrigação alcançava um significativo número de professores e que não se poderia atribuir a culpa à somente um Órgão e sim a um desarranjo institucional, denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

originariamente da Relatoria do Ministro Marco Aurélio e, posteriormente do Ministro Roberto Barroso, posicionou o STF, em similaridade àquilo que promoveu a Corte Constitucional Colombiana⁵⁷, em perceptível exercício contramajoritário para a mínima cautela no pertinente aos direitos fundamentais e à dignidade humana.

Em atenção à produção acadêmica acerca do ECI⁵⁸⁵⁹ resta oportuno anotar os requisitos majoritariamente elencados para a configuração da moessa, a saber: (I) a vulneração persistente e generalizada de direitos fundamentais (dos presidiários); (II) a omissão demorada para o cumprimento das obrigações estatais relativas à garantia e à promoção dos direitos humanos; (III) a necessidade de adoção de medidas complexas para a reversão do quadro, medidas que envolvem uma multiplicidade de órgãos, envolvem mudanças estruturais; e (IV) a propensão para o congestionamento do sistema de justiça penal, na hipótese de todos aqueles cujos direitos foram violados afluírem-se ao Poder Judiciário⁶⁰.

⁵⁷ O caso do sistema carcerário, em específico, foi discutido na Sentencia de Tutela (T) - 153, de 28 de abril de 1998, em que também se reconheceu o ECI em relação à superlotação dos estabelecimentos prisionais Nacionais de Bogotá e de Bellavista, de Medellín. Cf. COLOMBIA. Corte Constitucional de República de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Restou assentado, no julgamento do feito, que: “Las condiciones de hacinamiento impiden brindarles a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario”. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 15 jan. 2022.

⁵⁸ Exemplos a favor da incorporação do instituto no ordenamento doméstico são: (I) o já citado, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”**. 245 f. 2015. Tese de Doutorado. (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; e (II) OLIVEIRA, Vitor Costa et al. **Estado de coisas inconstitucional no direito fundamental à comunicação: análise do regime jurídico da radiodifusão audiovisual no Brasil**. 2016. 121 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. Disponível em: http://bdtd.ufs.br/bitstream/tede/3028/2/VITOR_OLIVEIRA_COSTA.pdf. Acesso em 15 dez. 2021.

⁵⁹ Dentre os desfavoráveis destacam-se: (I) JUNIOR, Vieira; ARAUJO, Ronaldo Jorge. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. 2015. **Textos para Discussão**; 186. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/516692>. Acesso em: 5 set. 2016.; e MOREIRA, Lucas Pessoa. **O estado de coisas inconstitucional e seus perigos**. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspeessoa051015.pdf. Acesso em: 5 set. 2021.

⁶⁰ CAMPOS. Op. Cit., 2015, passim.

Ora, oportuno é apostilar que o reconhecimento do ECI, por si só, não se revela panaceia capaz de resolver todos os problemas do sistema penitenciário. Tanto assim que, no caso Colombiano, a mera declaração ou o reconhecimento da existência de tal Estado de Inconstitucionalidade não angariou suficientes esforços dos Poderes Republicanos para a resolução do indevido quadro.

Como antes referido, no Brasil, o STF iniciou o julgamento da ADPF 347 em 27 de agosto de 2015. O mérito da ação somente foi apreciado aos 4 de outubro de 2023, ou seja, mais de 8 (oito) anos depois. Em síntese, a Arguição pleiteou a adoção de medidas, pelo STF, que envolvem claramente a implementação de políticas públicas, como a correspondente destinação de recursos orçamentários com o fito de reduzir a situação degradante dos presídios.

Na Ação, pugnou-se, de modo cautelar, fossem determinadas, entre outras medidas: (I) aos juízes e Tribunais que lancem, em casos de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; (II) que considerem nos *decisi* o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais e quando da aplicação da pena (execução penal); (III) à União, requer-se o descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN); e diversos outros pleitos⁶¹. No mérito, a síntese do requerido é pela confirmação das liminares aventadas.

Mais adiante, em seção própria do capítulo seguinte do presente texto, aquela ADPF, juntamente com outros julgados do STF, metodologicamente justificados, será dissecada, em detida, crítica e sistemática análise. Por ora, repise-se: a relevante,

⁶¹ Nos dizeres do Ministro MARCO AURÉLIO, “(...) a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, (...) a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes”. **ADPF 347**. Voto proferido no julgamento das Medidas Cautelares da ADPF. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+347.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+347.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29>. Acesso em 8 jun. 2022.

espinhosa e tergiversada matéria, entre intimações e colocações do feito em mesa, pendeu de julgamento por quase uma década no Supremo Tribunal Federal.

Por certo, anote-se, também desde já, que não há ignorar visões que enfrentam o Estado de Coisas Inconstitucional como nova estratégia de legitimar o ativismo judicial, para o que se menciona, no presente texto, o instituto do ECI em panorama, de forma reflexiva – jamais como solução suficientemente elaborada para os direitos fundamentais patentemente violados. Veja-se que, no país vizinho, a própria Corte Colombiana reconheceu que o reconhecimento das variadas inconstitucionalidades, inclusive com a determinação de reformas das estruturas prisionais, não resultou em comando suficiente, por si só, para solucionar a questão⁶²⁶³.

⁶² “(...) las condiciones actuales de los internos vulneraran su derecho a la dignidad humana en tanto el director del penal certificó una lista de obras locativas para efectos de mejorar las condiciones de reclusión y con ello se desvirtuaría cualquier vulneración en ese sentido, siendo que el único factor de transgresión a tal garantía consistiría en el hacinamiento, mismo que se solucionaría con el traslado de internos ordenado. En cuanto a la construcción de un nuevo centro de reclusión, una de las pretensiones de la parte accionante, la Sala se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno, pues esa medida fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional que en Sentencia T-153 de 1998 en donde tal corporación declaró un estado de cosas inconstitucional y le ordenó al Inpec, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en el término de tres meses a partir de la notificación de esa sentencia, un plan de construcción y refacción de la red carcelaria tendiente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales, actividades que debían adelantarse bajo la supervisión de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación y en armonía con el gobierno, a quien se le ordenó realizar las diligencias necesarias, desde el punto de vista presupuestal, para cumplir con tal objetivo, todo lo cual debía cumplirse en el término de cuatro años”. Cf. COLOMBIA. Corte Constitucional de República de Colombia. **Sentencia T-58729/12**. Disponível em: http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_bd6992c4e40d01e4e0430a01015101e4. Acesso em 8 jun. 2022.

⁶³ Em 2013, a Corte Constitucional Colombiana proferiu uma nova decisão, reconhecendo que o caos nos presídios daquele país permanecia: “El sistema penitenciario y carcelario de Colombia se encuentra, nuevamente, en un estado de cosas que es contrario a la Constitución vigente. Los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el País se encuentran en una situación de crisis estructural. No se trata de ausencia de avances o de acciones por parte de las autoridades, puesto que éstas han realizado acciones encaminadas a solventar el estado de cosas inconstitucional evidenciado por la jurisprudencia constitucional en 1998. De hecho, es en gran parte gracias a tales acciones de política pública que la Corte Constitucional entendió superado tal estado de cosas vivido al final del siglo XX. Sin embargo, la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un estado social y democrático de derecho”. Cf. COLOMBIA. Corte Constitucional de República de Colombia. **Sentencia T-388/13**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Acesso em: 7 set. 2022.

Nesse escopo, há, ainda, quem advogue que o Estado de Coisas Inconstitucional é um novo modal de controle de constitucionalidade, “que teve seu início recentemente, mas possui um grande fundamento jurídico e social, que é a deficiência estatal quanto aos direitos e preceitos fundamentais violados”⁶⁴.

De tudo resulta que o reconhecimento do instituto foi passo relevante para a compreensão panorâmica do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais dos encarcerados, veiculados pelas ações da política penitenciária. Na presente análise, assume-se que o reconhecimento de tal Estado das Coisas é argumento que, da melhor interpretação constitucional pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, carrega justificativa para o rearranjo dos esforços institucionais – a se implementar o profícuo e necessário diálogo interno e entre Poderes.

Traçado o arcabouço de temas atrelados à tutela de direitos fundamentais dos reclusos, levanta-se que a omissão estatal violadora de direitos fundamentais pode revelar-se como decorrência do baixo capital político que o grupo de sentenciados é capaz de abrolhar, a exemplo da inaudível voz de tal camada social no Legislativo, lócus de prestação e promoção de seus direitos⁶⁵.

Trata-se de uma questão que supera uma abordagem somente jurídica, política ou institucional, cuida-se de uma miríade de problemas estruturais, cujo esboço de solução perpassa, como já se reconheceu juridicamente, o verdadeiro diálogo entre os atores encarregados da legislação, da aplicação, da gestão e da execução das penas privativas de liberdade.

Com efeito, pretende-se posicionar o instituto do ECI como mais um elemento fatural legitimador da apropriação dos fundamentos das decisões judicialmente concebidas e das resoluções de cariz judicial para o campo das políticas públicas

⁶⁴ DE ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de Coisas Inconstitucional – uma análise da ADPF 347. Universidade Metodista de São Paulo. **Revista do Curso de Direito**, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

⁶⁵ Como sustentado por Dworkin: “They [the people] have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right”. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

(penitenciárias) formuladas, por vezes empreendidas, e analisadas no aparelho judicial. A apropriação presume novo desenho (rearranjo) das instituições designadas para a questão prisional.

A argumentação pretende expor-se capaz de auxiliar na proteção e na concretização da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dado seu atuar na produção de comportamento legitimador da proteção subjetiva de tais direitos. É que os direitos fundamentais espraiam aptidão para proteger a liberdade da pessoa contra as intervenções (ou inações) do Estado, para encetar a participação do indivíduo nos processos democráticos e garante, em alguma medida, igualdade jurídica.⁶⁶

Assim, como a dignidade emerge enquanto baliza fundamental da ação pública (de garantia aos apenados arrestados), as condições políticas afetas à não-representatividade da população encarcerada não são obstáculos intransponíveis e imponíveis para o exercício de direitos. Sobretudo para os ajustes da política penitenciária – em que o cenário tradicional da análise das políticas públicas, de índole bidimensional, ou seja, focado nas dimensões Executiva e Legislativa, não tem conseguido se desincumbir do ônus de justificar a ação estatal⁶⁷ contramajoritária – resta ao Judiciário a conformação do conteúdo constitucional apropriando-se dos misteres de formulação, de execução e de análise da política penitenciária, trazendo para o Judiciário a missão, a fim de emprestar-lhe executividade.

Tal é o constructo da plataforma inicial que se apresenta, objetivando estabelecer uma visão crítica aos posicionamentos orientados por um tradicionalismo fortemente descrito na compreensão dos Poderes estatais de forma altamente

⁶⁶ ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos Bernal. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2007 e PULIDO, Carlos Bernal. DERECHOS FUNDAMENTALES. In: FABRA, J.; RODRÍGUEZ, V. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Doctrina Jurídica (712), 2015.

⁶⁷ Nos dizeres de Fredys Sorto, “Montesquieu (...) descobriu que o governo [...] tem como objetivo primordial a liberdade política. Mas essa liberdade é definida por ele como “[...] o direito de fazer tudo o que as leis permitem”. Considere-se, porém, que essa liberdade jurídica só existe mesmo nos governos moderados”. SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris** – ano 3, n. 3, jan./dez. 2004.

independente e, por vezes, relativamente estanques (abordagem bastante atual no Século XVII⁶⁸), mas que hoje não mais se recomenda suficientemente válida.

1.2 Da (necessária) aproximação do Judiciário do campo das políticas públicas penitenciárias e os argumentos da impopular pauta da execução penal e da ausência de representatividade e de capital político dos apenados

Insiste-se que as estratégias de ressignificação do atual quadro carcerário perpassam por decisões políticas. De uma maneira geral, é por meio da verificação de sua vertente ou dimensão política que a situação penitenciária tende a se aclarar nas arenas encarregadas de sua gestão. A persistência dos variados problemas, já apontados, os quais se empilharam na ambiência da execução penal no decorrer das últimas décadas não pode ser encarada e, tanto menos, equacionada, com a mera e rotineira introdução de artifícios técnicos que, por ocasião da decisão política, foram julgados saneadores.

É forçoso promover, por primeiro, a elucidação e a percepção dos diversos diagnósticos produzidos e encetados com o fito de auxiliar na fase de elaboração, implementação e análise das políticas públicas penitenciárias. E mais, urge evidenciar, para alinhar, os fatores e os elementos condicionantes da dinâmica das ações públicas engendradas no campo, de modo a perquirir o que legitima os interesses dos atores relacionados ao processo, as diferentes concepções e tecnologias que lhe são inerentes e os meios e recursos que se devem disponibilizar para ações delas decorrentes.

Orientando-se por essa perspectiva, todo e qualquer aporte governamental direcionado a introduzir transformações no quadro existente não poderá se esquivar do confronto “quer [com] as forças que disputam o controle hegemônico da formulação de políticas públicas penitenciárias, quer [com] as forças que disputam o controle da

⁶⁸ Em alusão a “O Espírito das Leis”. SECONDAT, Charles-Louis de; DE MONTESQUIEU, Barão. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

massa carcerária”⁶⁹, sabendo-se, de toda sorte, que do referido confronto deve resultar algum êxito político.

A representatividade e as consequências eleitorais – o dito capital político⁷⁰ – produzido pelas ações públicas e a ser acaudilhado nas urnas não é lucrativo quando vem associado com a questão dos encarcerados. Em outras palavras, o aporte de recursos públicos em ações direcionadas às questões penitenciárias não geram dividendos eleitorais em igual proporção, por exemplo, aos lucros políticos produzidos pelas ações de reformas de hospitais, de construção de escolas, de viadutos, de casas populares etc.

A ausência de representatividade associada à tese do baixo capital político produzido por ações relativas à melhoria das condições do cárcere é confirmada quando, em momentos eleitorais, o assunto convola-se em tabu, tema a ser evitado em debates e em propagandas. Assenta-se, assim, uma ilusão socialmente assimilada, baseada na opção pela ignorância de que o preso existe e que, um certo dia, retornará ao convívio da liberdade. Fato é que as diversas camadas sociais, em geral, compactuam, mesmo irrefletida e involuntariamente, com o cenário de ignorância da existência de direitos fundamentais dos presidiários, levando à profissão do adágio popular de que “quanto mais tempo preso, melhor”.

Ainda que assim não fosse, prossegue a influência midiática na arena das escolhas públicas. Mesmo que premidos do sentimento de abarcar a questão da situação degradingolada dos presídios e, conseqüentemente dos direitos dos presidiários, nos planos governamentais – que futuramente se convertem, a priori, nas políticas públicas setorizadas – os atores políticos teriam de enfrentar a pressão da mídia de massa, a qual, por opção expressa ou por simples busca de audiência, assume usual feição casuística. Em arremate, “independentemente da origem do capital político, a visibilidade [positiva] na mídia é crucial para quem deseja chegar ao

⁶⁹ FISCHERI, Rosa Maria; ABREU, Sérgio França Adorno de. Políticas penitenciárias, um fracasso? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 3, n. 4, p. 70-79, 1987.

⁷⁰ BOURDIEU, Op. Cit., 1989, passim.

topo da carreira política”⁷¹. Os meios de comunicação afiguram-se, pois, como elementos cogentes do poder de produção de estereótipos para e pelo sistema penal, em um exercício de catalogação que se desempenha a partir de um traço legal ou socialmente fabricado – normalmente acompanhado do estigma.

A sociedade e a mídia, em influências recíprocas, são encarregadas de estabelecer as categorizações das pessoas, de modo a conferir-lhes o predicado avaliado como cidadão normal (ou comum) e condenado (ou perigoso). Deste modo, a estigmatização produzida pelo modelo prisional é derivada das representações da própria sociedade, e não do sentenciado em si. Mesmo após o fim da reprimenda penal, a coletividade se encarrega de impor ao egresso a marca de alguém que não possui o direito de buscar retomar a sua vida na sociedade livre. O folclore do controle, arranjado ao populismo punitivo, fomentam a panaceia encampada pelo discurso (criminológico) midiático⁷².

A pauta da concretização dos direitos fundamentais dos submetidos às casas penais, dessa forma, não se torna prioritária, ante a existência de um cenário que opta por ignorar que o preso retornará à sociedade após o cumprimento da pena. Tal cenário é esboçado em circunstâncias que não produzem indignação na sociedade organizada, como se vê em outros episódios. Pior, a visão se perpetra na agenda dos partidos políticos, das agências governamentais (e não governamentais) encarregadas da implantação, da correção e da análise das políticas públicas. Somente por meio de uma “reformulação radical da visão pautada pelos meios de comunicação de massa, reproduzida no senso comum e nos discursos políticos, seria possível pensar em mudanças em médio prazo”⁷³.

De fato, a questão das políticas atinentes à questão penitenciária demanda tarefas de considerável magnitude, implicando a intervenção decisiva dos

⁷¹ MIGUEL, Luís Felipe. Capital Político e Carreira Eleitoral: Algumas Variáveis na eleição. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 20, p. 115-134, 2003).

⁷² ZAFFARONI, Raul E. **A palavra dos mortos – Conferências de Criminologia Cautelar**. Coordenação e Revisão da tradução Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva. Coleção Saberes Críticos. 2014.

⁷³ MACHADO, B. A., & SLONIAK, M. A. (2015). Disciplina ou ressocialização? Racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. **Revista Direito GV**, 11, 189-222.

formuladores, avaliadores e controladores de políticas públicas em instâncias capazes de produzir compreensões ideológicas sobre a estirpe carcerária, sobre os eventos que levam à criminalidade, sobre a função do Estado enquanto *staff* de controle, e sobre diversos outros desdobramentos posicionáveis antes e depois do processo de cumprimento da reprimenda penal. Tarefa difícil é descortinar os fundamentos ideológicos que amparam a ação pública direcionada à reestruturação dos presídios, sobretudo com a ampla elucidação das composições constitucional e legal que amparam o agir público, de modo a aclarar o real funcionamento das coisas à opinião pública.

É que, ao ingressar no ambiente do estabelecimento prisional, o condenado enceta um processo de despersonalização, de morte e renascimento, processo que afetará o campo das representações, dos conceitos e dos equilíbrios que constituíam, no indivíduo, o conceito-de-si-mesmo. Não se está a narrar uma instituição austera que se ocupa de realizar as ideologias de reabilitação, recuperação e ulterior reinserção social, descreve-se, deveras, um ambiente supliciante. O fenômeno que se opera no ambiente prisional, à égide e ao comando de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), faz despertar dúvidas acerca da vocação e da potencialidade da prisão hodierna enquanto tecnologia de ressignificação, eventualmente por inculcação, da dignidade humana.

Quando é classificada como uma instituição total, arquitetada com o fito de proteger a sociedade contra aqueles que, em tese, denotam perigo para a comunidade livre, o cárcere não se apresenta como ostentador de uma finalidade de bem-estar para os internos⁷⁴. Amontoando-se um elevado número de indivíduos apartados da sociedade por determinado período de tempo, em semelhante situação – eis que condenados a uma vida fechada, formalmente administrada – totaliza-se a prisão. Em paralelo, formaliza-se o suplício com o Estado de Coisas Inconstitucional, decorrente da estrutural omissão estatal, enquanto violadora de direitos fundamentais

⁷⁴ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 8ª ed. São Paulo: Perspectivas, 2008.

dos presidiários, contribuindo para a redução do já baixo capital político que tal grupo é capaz de produzir.

Forma-se um ciclo vicioso. Ao sair da prisão, a cicatriz do ex-apanado funda uma relação representativa do processo de criminalização. O ser marcado pelo estigma criminal, materializado na condenação efetiva ou por outro contato qualquer com o sistema penal, experimenta a majoração, em dimensão simbólica e socialmente reconhecida, da sua vulnerabilidade, de modo que a hipótese de se tornar alguém novamente criminalizável pelo sistema avizinha-se com fluidez e naturalidade. Assim se desconstrói, portanto, a potencial produção de capital político da camada apenada e daquela já egressa e “reabilitada”.

Do mesmo modo, o escasso espaço reservado ao tema na agenda pública, tem se posicionado ao lado da ineficiência de propostas institucionais ou programas partidários relevantes para o aparelho penitenciário, engendrando ainda mais a impingência de “baixo capital político”. Com isso, cria-se o espaço em que domina a crença de que aportes no sistema carcerário não são prioridades políticas, e instala-se a ausência de mobilização para a mudança estrutural.

Ademais, é emergente o fato de que a questão penitenciária não se descreve e tampouco se encerra de modo bem definido nos limites do sistema penal, eis que a ação preconizada neste mote aborda a intrincada temática do trabalho dos aparelhos policial, judicial e mesmo carcerário. Todavia, tais aparelhos, em que pese estrategicamente posicionados, são marcados por disputas de poder, desmembradas em crises de repartição de competências e responsabilidades, a denotarem mais dilemas e “policotomias” na arena das políticas penitenciárias.

Como ressaltado supra, não se ignora a existência de grupos organizados no interior do sistema penitenciário, a asseverar mais o quadro e a imprimir maior robustez à heterogeneidade de interesses orientados ao controle da massa carcerária.

Assim sendo, a ideia da ação perpetrada por orientações advindas das políticas públicas, para encampar alguma aceitação social e assimilação pelas instituições sociais, deve viabilizar uma estratégia de transformação social, sob a

perspectiva democrática, a implicar um rearranjo institucional. Referido arranjo necessita ser integral e abarcar as análises das políticas públicas de cariz penitenciário.

Como aqui se ocupa de investigar a análise da política penitenciária como resultante e concebida (no CNJ) à luz de decisões judiciais, impende eleger como ponto de partida a construção democrática e institucionalizada, na medida em que pressuposta uma modalidade de diálogo intra e entre Poderes, tendo e vista que a “realização do projeto democrático, portanto, dirige-se mais às disposições realizadas pelos sujeitos políticos que às posições por eles ocupadas no contexto das tramas sociais”⁷⁵. O ainda discreto papel ocupado pelas análises sobre políticas penitenciárias formuladas no âmbito judicial parece ser resultante da reação social à escolha de prioridades públicas ou mesmo da novidade e recenticidade da prática.

Pode-se pensar, portanto, que é por meio de um dimensionamento do peso político da atuação técnica e (democraticamente) institucionalizada do Estado de Direito, face ao conjunto de saberes informais nele construídos, que se elucida um mecanismo efetivo de análise e ajuste das políticas penitenciárias. Isto ocorre na medida em que percorre o diálogo entre as Instituições cujas competências foram constitucionalmente distribuídas de forma harmônica e interativa, na formatação de um aparelho capaz de vencer tal disputa de poder simbólica e normativamente.

As medidas técnicas e legalmente reconhecidas que se pretendem engendrar pelo Estado de Direito devem observar um largo quadro de modificações estruturais, em um rearranjo orientado a aquilatar a densidade da presença da dignidade na atuação do poder público, em desdobramentos e medidas técnicas constitucional e legalmente admitidas. No mesmo sentido, para que se alcance a aceitação social do legal, é imperiosa a observância de declarados princípios constitucionais de cunho político, a teor da multicitada dignidade, na medida em que se edifique a representação social de um sistema penitenciário ajustado ao controle democrático do poder. Isto é, ao menos em tese, possível em uma sociedade que se paute

⁷⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

efetivamente na justiça social enquanto vertente da convivência social e da própria compreensão das políticas penais.

A remota tentativa de reconstrução do capital político da camada de apenados perpassa, portanto, pela desmistificação da ideologia contrária e odiosa que foi popular e socialmente construída com base em representações equivocadas da realidade. É necessário, no ímpeto de induzir a ação estatal, a repelir a existência de omissões políticas na senda penitenciária, reunir os diversos segmentos do poder estatal e as diversas orientações sociais em uma agenda comum, que se encarregue de esparramar uma cultura de igualdade e cidadania, amoldada aos preceitos constitucionais. Por certo, resta à imaginação política o desafio institucional de elucidar mecanismos de democratizar à sociedade a dignidade dos corpos docilizados.

Com efeito, é necessário explorar o reconhecimento da inconstitucionalidade do estado de coisas como um movimento de formação de mais um elemento legitimador para a atuação integrada do poder público – em conjunto com a proteção aos direitos fundamentais, como ora hipotetizado –, de modo a superar posições que, calcadas em argumentos usualmente ortodoxos de separação de poderes e de legitimidade democrática, pretendem afastar a interação internas e entre os Poderes no Estado Brasileiro.

Portanto, passa-se a estabelecer uma argumentação no sentido de que o reconhecimento da inconstitucionalidade estrutural da situação prisional deve preconizar ações coordenadas do poder público, sob o mote da política penitenciária, de modo que o estado de coisas funcionaria como mais um elemento legitimador do câmbio de conhecimentos e de aportes entre as Cortes ora erigidas (STF e CNJ) e mesmo entre os Poderes constituídos.

1.3 Elementos da Separação de Poderes, da Judicialização e das políticas formuladas e executadas pelo Poder Judiciário (o desenho da Judicialização)

O sabido desenho constitucional, de atribuição de Poderes às Instituições Republicanas, cuida de erguer harmônica e independente estruturação das formas de atuação estatal (CF, art. 2^o⁷⁶). O mesmo desenho se esforça a definir o rol mínimo de direitos e garantias que – considerados fundamentais – devem compor o plano de atuação estatal de forma cogente, não podem ser negligenciados.

Explicita-se: havendo ações de algum ator que resvalam na garantia da ordem jurídico constitucional, ou, em face da carência de ações que torne inefetivos, inexecutáveis ou malbaratem o exercício de direitos constitucionalmente erigidos à categoria de fundamentais, aos outros Poderes (ou a algum deles) é dado exercer o controle do(s) outro(s) – na consagrada doutrina dos mecanismos de freios e contrapesos⁷⁷⁷⁸.

O ponto sobre o qual a doutrina e os articulistas contemporâneos (ao menos do último par de décadas!) tem se dedicado é quando o ativismo se dá na vertente judicial, o, assim denominado, ativismo judicial. O trato consideravelmente escorregadio⁷⁹ do instituto é o que parece lhe ter rendido os inumeráveis debates.

Nesse contexto, o exercício do controle de constitucionalidade – havido na via judicial, registre-se – pode gerar um problema para o constitucionalismo, consistente, em certos casos, na imposição de limites ao poder governamental, em detrimento do autogoverno que os mandatários ou o povo exerce sobre seus próprios atos. Tal é

⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁷⁷ SECONDAT, Charles-Louis de; DE MONTESQUIEU, Barão. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁷⁸ Em sentido mais específico e com valorosos aportes da Ciência Política, vale conferir: PEREIRA, Matheus Mazzilli. Ativismo Institucional no Poder Legislativo. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 31. Brasília, janeiro - abril de 2020, pp 301-338 ; CAYRES, Domitila Costa. Ativismo institucional e interações Estado-movimentos sociais. **BIB-Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 82, p. 81-104, 2016.

⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista de Direito e Atualidades**, v. 2, n. 4, 2022.

uma das delicadas manifestações contramajoritárias do constitucionalismo contemporâneo.

Em outros casos, ao Judiciário se recorre em face da ausência do agir – ordinariamente característico das funções Executiva e Legislativa – no tocante a concretização de garantias constitucionais (para cingir a discussão aos matizes do controle de constitucionalidade).

A complexamente válida controvérsia da discussão entre ativismo e contenção judicial pode ser respondida com o esboço da interação perpetrada pela relação havida entre a filosofia do direito e a jurisprudência⁸⁰. Isto porque, no exercício judicial ativista a ideia de política pública “declarada” judicialmente pode assumir semântica para a noção de política pública analisada (e corrigida) pelos atores institucionalmente legítimos com espeque em precedentes judiciais relevantes, do ponto de vista social.

A interação do Judiciário no cenário da política penitenciária, informada pela citada relação é usual quando, em que pese a existência de decisão judicial sobre a matéria penitenciária, o cenário ainda não foi alterado, oportunidade em que “os tribunais têm não só a autoridade, mas, possivelmente, o dever, para manter o ritmo com a mudança no consenso”⁸¹, a construir uma agenda capaz de persuadir os demais Poderes ao desempenho de suas missões.

É que no contexto dos interesses sociais, especificamente na busca do consenso para a decisão do nível de intensidade de execução da ação pública, que a lei emerge como uma ferramenta a satisfazer, para conciliar e harmonizar, para ajustar, as (muitas vezes) conflitantes reivindicações e demandas da sociedade. E a interpretação da lei, no exercício dos juízes/tribunais, por meio da fundamentação do

⁸⁰ ALDISERT, Ruggero J. Judicial Declaration of Public Policy. **The Journal of Appellate Practice and Process**, v. 10, 2009.

⁸¹ Ruggero Aldisert, no mesmo texto, anota, (p. 229): “The expansion or contraction of the legal system to reach these goals is what we call judicially declared public policy. So perceived, social consensus demands sympathy from the court. Where the legislature has not acted in accordance with changing social policies and seemingly does not so intend to act, the courts have not only the authority, but possibly the duty, to keep pace with the change in consensus.”

provimento judicial, pode atuar garantindo “direta e imediatamente, ou por meio da fixação de certos interesses específicos [...] que pesam mais na nossa civilização, com o mínimo de sacrifício do esquema de interesses do todo”⁸².

Deste modo, o poder conferido aos Tribunais, em especial ao STF e, *in fine*, ao CNJ, é um poder amplo que permite “que se controle o acesso ao campo jurídico, determinando os conflitos que merecem entrar nele, e a forma específica de que se devem revestir para se constituírem em debates propriamente jurídicos”⁸³.

A atuação do Judiciário pode posicionar-se, assim, como esforço significativo que atua na direção de traduzir a semântica da racionalidade da principiologia constitucional para o campo das políticas penitenciárias – trazendo as especificidades de elaborar, executar e gerir (essas políticas) para o próprio Judiciário, como se hipotetiza no presente texto. Em tal senda argumenta-se, a seguir.

Então que o Judiciário assuma a dianteira no trato do direito fundamental encerrado na política pública: elaborando-a, executando-a, gerindo-a – tudo sem resvalar nos limites da autonomia e independência que democraticamente adorna cada faceta de ação de si próprio e dos demais Poderes.

Como as normas de envergadura constitucional normalmente são executadas por meio das ações que as políticas públicas encerram, pode-se reconhecer que o Poder Judiciário dispõe de “fundamentos constitucionais bastantes para efetuar o controle [...] das condutas dos agentes públicos no exercício de políticas públicas relacionadas à efetivação de direitos fundamentais”⁸⁴.

Neste contexto, acrescente-se que o sistema de normas jurídicas atua, usualmente, em uma relação constante de demonstração de sua vigência e validade

⁸² POUND, Roscoe. A survey of social interests. **Harvard Law Review**, v. 57, n. 1, p. 1-39, 1943.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

⁸⁴ BORGES, Emílio et al. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista do Direito Público**, v. 7, n. 3, p. 53-76, 2012.

àqueles que a ele se sujeitam⁸⁵ – uma vez considerado que a decisão judicial, na construção da realidade do texto jurídico, é uma maneira de apropriação da força simbólica “que nele se encontra em estado potencial”⁸⁶.

Com efeito, como o papel do Judiciário é justamente desvendar os sentidos “escondidos por detrás da realidade sociojurídica no interior da qual, conseqüentemente, a tarefa do hermenauta se resume a trazer este sentido a lume como uma verdade revelada”⁸⁷, a apropriação deste produto judicial, pelos envolvidos no processo da política penitenciária, pode produzir um cenário mais integrado de ação.

As políticas públicas, os atos normativos e judiciais, por conseguinte, necessitam ser produzidos de conformidade com a requerida efetivação concreta dos direitos fundamentais, “mediante impulsos e diretivas de atuação com vistas a sua plena satisfação”⁸⁸. Daí o papel esclarecedor exercido pelas decisões judiciais, terminando a asseverar que existe a possibilidade do desenho, ainda que rascunhado, de caminhos a serem seguidos na concepção de ajustes para as políticas públicas. Tal caminho é sinalizado (como se verá adiante) pela atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça.

Por meio da expressão da função Judiciária do Estado, a ação judicial, notadamente na Corte Excelsa, é concebida para afiançar, por exemplo, recursos financeiros mínimos a serem aplicados necessariamente nas ações e serviços públicos, em alicerces adequados e convenientes. Em emblemático julgamento neste sentido⁸⁹, restou consignado que a ação judicial de verte constitucional é instrumento

⁸⁵ Neste sentido, destaca-se SCHUCK, Peter H. El poder judicial en una democracia. **SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 31**. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31. Acesso em 9 set. 2022.

⁸⁶ STRECK. Op. Cit., 2011.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo. Saraiva, 2011.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191. Do Julgado extrai-se ementado excerto que leciona sobre o tema: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um

idôneo e apto a viabilizar a materialização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Constituição, sejam descumpridas pelas instâncias governamentais competentes.

De fato, os resultados da performance de todas as expressões do poder estatal, sobretudo para as políticas públicas – devem “priorizar o exame e a concretização dos direitos fundamentais, cada qual dentro da sua órbita de atuação”, de modo que qualquer ato “das formas de expressão estatal que não priorize a efetivação dos direitos fundamentais é inconstitucional”⁹⁰.

De fato, quando a atividade jurisdicional afasta atos ofensivos a princípios e direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, a sua intervenção se opera “a favor da democracia, e não contra” de modo que tal “é, por conseguinte, a maior fonte de legitimidade da atuação jurisdicional para o controle de políticas públicas de direitos fundamentais”⁹¹.

Assumindo que a interpretação principiológico-constitucional é ordinária modalidade da interpretação jurídica; se bem que dotada de qualidades que lhe são peculiares, decorrentes, sobretudo, da índole constitucional⁹²; é de se notar que tal atividade apresenta-se como mecanismo sensível ao campo social em que está inserida e firmada por meio da cogência, é resultante da judicialização do jurídico. É por meio do exercício interpretativo que se constrói e se elucida (às vezes trivialmente, às vezes dificultosamente) o terreno de desenvolvimento da ação estatal pertinente aos direitos fundamentais.

comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.

⁹⁰ CANELA JUNIOR, Op. Cit., 2011.

⁹¹ BORGES, Op. Cit., 2012.

⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8º v. São Paulo: Saraiva, 1998.

Eis que se manifesta a proeminência do Judiciário no afastamento de ações que se convolem em aparelhos de resistência à constitucional concretização dos direitos fundamentais dos presidiários – em um cenário onde se constata a reiteração do fenômeno da invocação de argumentos de índole econômica, orçamentária ou financeira para justificar a falta (ou baixa eficácia) de políticas tendentes à concessão dos direitos fundamentais àquela camada social –, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional.

Neste sentido, emergem os princípios, corolários amplos e úteis à execução dos comandos constitucionais para as políticas públicas, a conformar o direito em todo o seu “substancial plenitude e abrangência”, dado que funcionam “como os pontos de mais alto destaque e prestígio para fundamentar a hermenêutica dos tribunais”⁹³.

Por exemplo, a dignidade da pessoa humana, tão invocada na jurisprudência do STF, ao emergir como representante dos princípios, faz com que os julgados sejam “a institucionalização do mundo prático no direito”⁹⁴ – de modo que a violação dos princípios de envergadura constitucional representa, neste sentido, a ruptura da própria ordem constitucional. Tanto assim que, no citado exemplo, a maturação histórica da percepção do princípio terminou culminando em um núcleo cada vez maior de proteção à dignidade da pessoa⁹⁵.

Tal percepção rememora a ideia da dignidade como vetor de desenvolvimento, a ser empregado na racionalização da política penitenciária pelos atores institucionais (inclusive o Judiciário nos atores STF e CNJ), seguindo uma abordagem que ultrapassa a renitência de discussões sobre a legitimidade do atuar judicial. Portanto, revela-se a jurisdição constitucional como trabalho contínuo de reafirmação dos princípios como corolário das decisões judiciais, a atuar como instrumento de resgate da ação política, de modo a construir um panorama em que

⁹³ STRECK. Op. Cit., 2011.

⁹⁴ Id.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2022.

“essas categorias operacionais atuam numa concepção de sociedade e de política fundada em valores constitutivos do ser humano”⁹⁶.

Para não perder a oportunidade de sobre ele tecer anotações, ainda que breves, rememore-se que, sob o prisma do multicitado neoconstitucionalismo⁹⁷, a densificação valorativa do preceito da dignidade (tão relevante no campo da execução penal), ao afastar os reducionismos de sua expressão geral por parte do Estado – que concebe políticas falaciosamente de cunho social –, contribui para a edificação de bases que lhe associem ao almejado exercício da existência humana.

Referida abordagem corrobora a sedimentação e a defesa da aptidão judicial para aplinar máculas no corpo social, inclusive por meio do cabedal das atividades públicas. Ainda mais porque, como antes referido, as práticas levadas a efeito pelo Poder Judiciário, especialmente por meio de suas decisões e edições de atos normativos, elucidam elementos potencialmente empregáveis como matérias-primas de análises de políticas públicas e acena para ações institucionalmente coordenadas em tal atividade.

Assim, a ideia de judicialização tende a facilitar a difusão dos mecanismos jurídicos de argumentação e de decisão para fóruns diversos de debate, institucionais ou *ad hoc*, numa construção social involuntária (ou não) da primazia do discurso lavrado na decisão judicial (STF) e no normativo produzido pelo Judiciário (CNJ). Destaque-se, neste ponto, o crescimento da litigância em sociedades marcadas por um Estado social que não consegue gerir a implementação de políticas públicas universalizantes de modo eficaz, a desencadear a busca pelos mecanismos judiciais como garantias derradeiras de obtenção das prestações constitucionalizadas⁹⁸.

Desenha-se, validamente, uma relação entre o espaço carente da ação Estatal (que, socialmente, é mais reconhecido do que a eficiência estatal) com a

⁹⁶ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **O tamanho dos nossos sonhos: política e democracia no espaço entre nós e o contexto**. In: DIAS, J. A.; SUXBERGER, A. H. G. et al. (orgs.). Blumenau: Nova Letra; Instituto de Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento, 2009, p. 21-32.

⁹⁷ CARBONELL SÁNCHEZ. Op. Cit., 2005 *passim*.

⁹⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

judicialização das relações sociais e dos direitos fundamentais, o que termina por convolar cidadãos em clientes judicialmente demandantes. Notório, na mesma guisa, que as Cortes têm assumido uma posição, na proteção e no abono dos direitos fundamentais, de produtoras de argumentos garantistas contrários a considerações estatais teoricamente de bem-estar geral⁹⁹ e, por isso mesmo, carregadas (tais considerações estatais) de um decisionismo por parte dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), por diversas vezes, meramente financista¹⁰⁰. O bem-estar do ser humano constitui a finalidade precípua, e não simplesmente um mecanismo de justificar da atividade estatal¹⁰¹.

Ocorre que, do já consolidado fenômeno da judicialização, que lhe demanda responsiva ação, o Judiciário tem migrado para uma atuação internamente concebida, incorporando as políticas públicas na sua agenda e apropriando-se das funções de formular, executar e – como sói justificar a presente tese – analisar aquelas políticas públicas. Não é demais repetir em outras palavras: as políticas públicas (penitenciárias) passaram, e passam cada dia mais, a compor a agenda do Poder Judiciário.

A percepção da realidade atual revela, assim, a construção de políticas públicas pelos variados Poderes da República, inclusive pelo Poder Judiciário, naturalmente sem resvalar no quanto incumbe aos demais Poderes.

Reveja-se, desta feita, no plano normativo, que a Constituição Federal de 1988 anota que não haverá dispositivo, nem mesmo a lei, capaz de excluir da

⁹⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰⁰ Neste sentido foi anotado por Heliana Maria Coutinho Hess: “Em outras palavras, como pretensão individual/social deve pautar-se pelo binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade desta pretensão de direito individual ou coletivo, manejado por processo judicial para a defesa do direito ao mínimo existencial; de outro lado, pela existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar concretizadas e efetivas as prestações positivas que são exigidas do Estado. A decisão judicial deve se pautar pelo princípio da razoabilidade/proportionalidade, ao analisar, em comparação de valores e direitos constitucionais, a cláusula de reserva do possível orçamentário por meio de verbas públicas disponíveis à política pública definida pela decisão judicial”. (p. 265). HESS, Heliana Maria Coutinho. **ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. *Rev. SJRJ (Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro)*. Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011)

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

apreciação do Poder Judiciário a “lesão ou a ameaça de lesão a direito”. O texto constitucional também proíbe a existência de penas cruéis e, pelo contrário, determina que deve ser assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, anota que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado¹⁰².

Igualmente se opera quando a Lei de Execução Penal (LEP) determina ao Poder Judiciário, na instância dos Juízos da Execução, que inspecione “mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e obriga que se interdite “no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”¹⁰³.

Ainda em específico, no âmbito do Judiciário, a institucionalização da política pública foi incisiva. É o caso da lei que instituiu, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) (Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009).

¹⁰² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. art. 5º, incisos XXXV; XLVII; XLVIII e XLIX.

¹⁰³ É da Lei de Execução Penal o extenso rol de competências do Juiz da Execução que incluem, naturalmente, diversas providências judicantes, nas que seguem acompanhadas por variadas ações públicas que integram o aparelho penitenciário. Veja-se: “Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença. Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II - declarar extinta a punibilidade; III - decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução. IV - autorizar saídas temporárias; V - determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei. i) (VETADO); VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade. X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.” (BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984).

Aquela Lei arrola como objetivos do DMF, dentre outros: monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações do Conselho que tratem de prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes; planejar, organizar e coordenar os mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes (difundidos popularmente como mutirões carcerários); e acompanhar os sistemas prisionais e de execução de medidas socioeducativas, propondo soluções em face de irregularidades verificadas¹⁰⁴.

Ou seja, o que se verifica, nessa quadra, é a incorporação da política penitenciária (ou melhor, de parte significativa dela) por parte do Poder Judiciário, no legítimo âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Cuida-se de um movimento aparentemente silencioso que, parece passar despercebido da atenção dos demais Poderes e mesmo da grande mídia. É o que se pode sintetizar pela expressão “judicialização”, sim, com a letra “r”, (que pode ser tratada, de modo mais instantâneo e sem uma percepção mais detida sobre o que aduz o presente argumento, como “neologismo” ou como “erro” ortográfico).

Acurácia ao encarar tal fenômeno é recomendada.

O referido processo (judicialização), hipotetiza-se, encontra guarida como atributo da sociedade contemporânea, especialmente presente na relação que o

¹⁰⁴ É da citada Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009, cuja transcrição direta se faz mandatária: “Art. 1º Fica criado, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. § 1º Constituem objetivos do DMF, dentre outros correlatos que poderão ser estabelecidos administrativamente: I – monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes; II – planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias; III – acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas; IV – fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário; V – propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria; VI – acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas; VII – acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias; VIII – coordenar a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária no âmbito do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas.” (BRASIL, Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009).

Judiciário inaugura com a formulação, e mesmo com a execução, das políticas concernentes a direitos constitucionalmente tutelados, atuando como instrumento “de contenção da degradação populista da legitimidade democrática”¹⁰⁵ que assola os sistemas democráticos representativos informados por eleições periódicas.

A ideia da judicialização que se adota no texto é percebida a partir da mobilização do quadro teórico da sociologia política do direito¹⁰⁶, forte na assumida diversificação do emprego da legitimação da atuação do Poder Judiciário no ciclo das políticas públicas. Trata-se de processo que se origina da própria multiplicação dos meios e dos recursos ao Judiciário por parte dos atores sociais – propiciando um aumento do rol de formas de atuação daquele Poder.

É fenômeno que, eventualmente decorrente de algum grau anterior de judicialização, caracteriza-se pelo deslocamento do tratamento político de temas afetos aos direitos fundamentais para a pauta Judiciária (nas variadas dimensões que a compõem, como, por exemplo, as ações institucionais de gestão interna/intrapoder, na edição de Resoluções, Normativos, etc.)¹⁰⁷.

Assim, a judicialização envida a hipótese de produzir uma espécie de reconfiguração entre os campos político e jurídico¹⁰⁸ – legitimada pelas atribuições (competências) constitucionalmente estatuídas para o Poder Judiciário, no bojo, inicialmente, do Supremo Tribunal Federal e, na sequência (pós Emenda à

¹⁰⁵ BÔAS FILHO, Orlando Villas. A judicialização da política como instrumento de contenção da degradação populista da legitimidade democrática. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 115, p. 273-312, 2020.

¹⁰⁶ Em abordagem que flerta com a desenvolvida na argumentação de COMMAILLE, Jacques. De la “sociologie juridique” à une sociologie politique du droit. In: COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; ROBERT, Cécile (dir.). **La juridicisation du politique**. Paris: LGDJ, 2010. p. 29-51.

¹⁰⁷ KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice: regards historiques: du souci d’historicité à la pertinence de l’historisation. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (dir.). **La fonction politique de la justice**. Paris: La Découverte, 2007. p. 9-23.

¹⁰⁸ De sorte que a judicialização inaugura novos relacionamentos entre os campos político e jurídico, em “(...) certains des débats et controverses qui y sont développés et s’en saisit comme autant de pistes de réflexion et de nouvelles perspectives de théorisation sur les rapports entre légalité et pouvoir politique, ceci dans la mesure où cette judicialisation, indissociable de nouveaux usages du droit dans la justice, implique également de nouveaux rôles et un nouveau statut du juridique par rapport au politique ” (COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence. Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la « judicialisation ». **L’Année sociologique**, v. 59, n. 1, p. 63-107, 2009.).

Constituição nº 45/2004), do Conselho Nacional de Justiça. Em outras palavras, a judicialização disponibiliza novos papéis para a escrita da relação entre as esferas jurídica e política (notadamente das políticas públicas produzidas pelo Poder Judiciário ou, de modo mais amplo da ação delas decorrente, das políticas públicas judiciárias¹⁰⁹).

Para os objetivos que motivam o presente texto, opta-se por sintetizar a abordagem da judicialização da política penitenciária como a apropriação da política pública pelo Poder Judiciário. É movimento que se revela enquanto materialização – na presente hipótese – da formulação, da execução (e da análise) da política pública judiciária para o campo.

Com efeito, e novamente, a judicialização, tal qual mecanismo de apropriação da pauta de determinada matéria (na hipótese, penitenciária) pelo Poder Judiciário, de forma voluntária e espontânea (e não mediante provocação, como sói ocorrer com a judicialização) pode até ser uma (re)ação antecipada do Judiciário para que não se opere o ativismo judicial¹¹⁰, como alhures referido. Por certo, é um modelo de atuação judiciária que se opera para além da caracterização da inércia da função do ordinário do exercício jurisdicional (na judicialização), a demandar estudos, como o presente.

Verifica-se, de tal sorte, a pertinência da veiculação ora proposta quando se encara a miríade de ações engendradas pelo CNJ no campo das políticas públicas (judiciárias). Faz-se, por certo, o recorte metodológico para a política penitenciária (situada no contexto da política criminal), a encetar sejam viabilizados mecanismos de análise de tais políticas públicas judiciárias – implementadas pela via da judicialização (cuja legitimidade se passa a desenvolver, como visto, na formulação

¹⁰⁹ Assim compreendidas as políticas públicas formuladas pelo Poder Judiciário que encontram no Conselho Nacional de Justiça o seu ator institucional mais proeminente, mercê inexistir disposição constitucional neste sentido (cf. arts. 103-B e ss), de sorte que é necessária a conceituação e a discussão sobre o modo por meio do qual tal interação pode ser legitimada.

¹¹⁰ Novamente, sobre “ativismo judicial”, ver, por exemplo: ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. **Lua Nova**, São Paulo, v. 69, p. 123-146, 2006. KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política do STF pós-88. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 96, p. 69-85, jul. 2013.

de instrumental racionalizável à luz de uma empiria normativa e de aportes teóricos de uma sociologia política do direito).

Portanto, as decisões judiciais, sobretudo do STF no exercício da jurisdição constitucional, e os provimentos (de cunho normativo) do CNJ acerca do quadro dos presídios, normalmente ancorados em meios de concretizar a dignidade humana e, deste modo, fiéis aos propósitos dos direitos fundamentais, tem o condão de produzir uma comunicação jurídica¹¹¹ elucidativa sobre como deve funcionar o direito nas (e para) as políticas públicas e vice versa.

Pode-se verificar, desta forma, que a Judicialização termina consubstanciando-se (com a própria fundamentação da decisão judicial) em útil instrumento de análise do quadro penitenciário, sobretudo quando tutelado por política pública formulada, executada (e ora analisada) no âmbito do Poder Judiciário.

¹¹¹ LIMA, Fernando Rister de Sousa; **A DECISÃO JUDICIAL COMO COMUNICAÇÃO DIFERENCIADA: Uma investigação à luz da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann**. Dissertação de Mestrado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2007.

CAPÍTULO II – DAS POTENCIALIDADES DOS ELEMENTOS DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SUPEDÂNEO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS (PENITENCIÁRIAS)

A Constituição, ao desvelar-se como conteúdo social e historicamente conquistado e produzido, representa a consolidação normativa e instrumental da agregação dos elementos estatais basilares e dos fundamentais direitos – trata-se da anunciação formal do abstrato, a saber, o núcleo essencial da garantia dos direitos e da limitação do poder estatal.

Neste diapasão, os direitos fundamentais, inseridos que estão naquele plano normativo constitucional, esboçam elementos a serem cotidianamente incorporados ao processo de institucionalização, de transformação, o qual se dá conforme a mutação significativa do seu sentido em momentos históricos diversos, sem, contudo, descuidar da preservação da sua plurivocidade.¹¹²

Compreendidos desta forma, os direitos fundamentais ostentam o condão de abrir um ambiente de contingência indeterminado, no interior do qual os aparatos organizacionais e os procedimentos que lhe são inerentes podem “especificar determinadas formas. Neste sentido, os direitos fundamentais são o substituto funcional das diferenças ‘naturais’ típicas da sociedade pré-moderna”. Se, de um lado, as diferenças são, por definição, naturais e, portanto, auto evidentes, de outro, os aparatos organizacionais, artificiais que são, “requerem uma decisão construída através do procedimento”¹¹³.

Aludido procedimento pode ser encontrado, instruído e mesmo executado na seara das políticas públicas, enquanto essas sejam pontos de contato da previsão do direito fundamental com a sua efetivação. Não se pode afirmar peremptoriamente que existem mecanismos de salvaguarda dos direitos fundamentais que sejam simultaneamente indiferentes aos sistemas da Política e do Direito. As implicações

¹¹² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, 2006. Editora Martins Fontes.

¹¹³ CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad.: Juliana N. Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Nº. 39. Belo Horizonte: UFMG, 2001 (p.7).

recíprocas implicam na necessidade de abertura do diálogo, informado por saberes e práticas que materializam expectativas normativas (havidas concretamente nos desígnios públicos).

É que, nas zonas fronteiriças, como discutidas em capítulo anterior, entre o Direito e a Política (na faceta das Políticas Públicas), tem-se que a Política, ao revelar-se como lastro de reserva para “a solução de problemas que ameacem a integração, ela certamente tem de poder se comunicar pelo *medium* do Direito com todos os demais campos de ação legitimamente ordenados” e isto deve se operar, seja qual for “a maneira como eles se estruturam ou direcionem”.¹¹⁴

De mais a mais, a ideia da inserção do texto judicial, ou, mais especificamente, da fundamentação judicial do contexto constitucional orientador de políticas públicas, no campo de análise das referidas políticas pode ser mais naturalmente demonstrada quando se verifica, no *corpus* de decisões, a propensão garantista¹¹⁵, no pertinente aos direitos fundamentais, à qual o STF está vocacionalmente orientado.

É que, ao desafio da Política Penitenciária, como visto, os instrumentos de análise, correção ou mesmo de ajustes das ações dos Poderes Constituídos não tem respondido de modo satisfatório – o que tem contribuído para o fortalecimento de elementos que cooperam para a formação do alardeado Estado de Coisas Inconstitucional no campo penitenciário.

Especialmente no contexto de mudança cultural e ante a exigência popular de repressão aos abusos e violações, direcionada aos atores que, em um cenário natural, elaboram políticas públicas, as Instituições devem priorizar, nos seus planos de ação, a garantia e a promoção de elementos concretizadores de direitos fundamentais. Tal

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de Georfe Sperber e Paulo Astor Soethe. Paraná, 2006. Edições Loyola. (p.284).

¹¹⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

fato decorre da crescente pressão das organizações internas e internacionais para que se promovam e cumpram tais direitos¹¹⁶.

Ademais, adicione-se o fato de que as decisões judiciais são calcadas em princípios, de ampla carga semântica e de amplo campo de alcance, a denotar a finalidade perquirida pela norma constitucional, por certo, orientadora dos avaliadores de políticas públicas¹¹⁷. A garantia ao direito de petição, apenas a título de exemplo, assume-se, assim, como mecanismo de afiançar a comunicação entre o indivíduo e a jurisdição estatal¹¹⁸, em uma sinergia de construção da afirmação judicial como forma de desenvolver o direito e exercer as garantias individuais.

Por isso, é importante apresentar a decisão judicial – juridicamente construída, processualmente amparada, politicamente articulada, dotada de razões ou justificativas para a invocação principiológica como plano de sustentação dos direitos de liberdade, de cidadania, de autonomia, de qualidade de vida, enfim, de direitos fundamentais – como supedâneo para a formulação de uma plataforma de análise de políticas públicas, sobretudo de cunho redutor dos conhecidos danos ocasionados pelo cárcere, quando se leva em consideração o texto Constitucional.

Assim, o discurso jurídico pode adornar de mais elementos a cesta decisória sobre a política penitenciária, eis que apto a responder a um sistema que opera em um nível de violência tão exacerbado que as, assim denomináveis, penas e castigos dispensam uma demonstração mais apurada.

O que se percebe, repise-se, é que a dogmática penal tradicional e a normatividade da política penitenciária não condizem com a realidade, ao prometerem, com suas ações, “proporcionar condições para a harmônica integração

¹¹⁶ LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. *International Human Rights Law and Practice in Latin America. International Organization*. v. 54, n.3, 2000, p.633-659. Valendo a citação direta: “Domestic human rights organizations demanded that their governments respect human rights and allied with international human rights networks to publicize human rights violations and demand change” (p.648).

¹¹⁷ Neste sentido, de se rememorar a lição de DA SILVA, Virgílio Afonso. *Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003. “(...) a despeito das variações na redação dos enunciados apresentados, por meio da interpretação de todos eles chega-se à mesma norma”.

¹¹⁸ COUTURE, Eduardo J. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. Ediar, 1946.

social do condenado e do internado”¹¹⁹, de modo que, encarando as disfuncionalidades da pena, a decisão judicial tem estruturado provimentos que, ao menos mínima e normativamente, promovem os direitos fundamentais da forma possível.

Existe, por outro lado, na atualidade, um choque de forças que, apesar de bastante intrincado, continua a girar em torno de padrões de pensamento calcados em ignorar os déficits de proteção da camada alijada do “mercado” social. É preciso uma guinada, de modo a encampar a existência da inconstitucionalidade das coisas para encarar o Estado paralelo do cárcere e, neste caminho, emerge a ideia da integração dos elementos das decisões judiciais sobre os direitos daqueles submetidos aos presídios como alternativa viável.

Logo, a ideia de elucidar contribuições ao debate sobre a política penitenciária (por eleger elementos de alguns julgados do STF, construídos seguindo fundamentos criminológicos de abordagem aparentemente agnóstica, para aportar à atuação estatal integrada a que se dedica doravante) opera-se almejando verificar as condições de possibilidade e os impactos de uma resposta crítica de redução de danos ocasionados pela manifestação da potência punitiva na, hodiernamente denominada, “era do grande encarceramento”¹²⁰. O movimento que se fará no texto revela-se necessário a afiançar os elos tecidos (via construção jurisprudencial) entre o STF e o Conselho Nacional (CNJ).

2.1 Uma revisita à dogmática dos direitos fundamentais – esteios para a atuação do Poder Judiciário no campo da efetividade dos direitos na seara de execução penal

Ao sentir do caminhar dessa leitura, parece revelar-se bem-vinda a anotação sobre a função de a Constituição produzir a institucionalização de direitos fundamentais, os quais se vocacionam ao desenvolvimento de integração e, em

¹¹⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal** (art. 1º).

¹²⁰ Cf. WACQUANT, Loïc JD. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Freitas Bastos Editora, 2001.

alguma medida, de comunicação entre sistemas em diversos níveis e campos¹²¹. A inclusão social, o delineamento das funções políticas, os mecanismos de interação humana compõem o cabedal de normas fundamentais porque integram o ideário e o vir a ser de uma Constituição.

O processo de incorporação do rol de direitos fundamentais – em uma guinada pragmática – na agenda dos poderes constituídos é desafio diário e desafia mudanças e ajustes nas consuetudinárias práticas de cada seara. Ademais, a institucionalização de tais direitos demanda o estabelecimento da divisão das atribuições entre os poderes, apesar de os processos decisórios serem conduzidos e previstos pelo Direito, na quadra constitucional, ao poder político parece ser reservada uma esfera jurídica diversa¹²². Essa esfera jurídica é o próprio risco da “desdiferenciação” entre o Direito e a Política, a qual acaba por fragilizar as expectativas normativas ordinariamente catequizadas pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, a proposta somente pode orientar-se por uma revisita à dogmática dos direitos fundamentais pautada na compreensão de que, apesar de a primazia da separação de poderes no âmbito constitucional e democrático revelar-se vetor de superlativa importância, entende-se, aqui, que tal repartição de papéis não se presta a justificar qualquer desídia ou atuar furtivo que imponham a não realização dos direitos fundamentais.

Se, de um lado, revela-se destacável o necessário bom funcionamento e o controle das instituições estatais (condição de circularidade entre Direito e a Política),

¹²¹ A argumentação que se estabelece é toda desenhada no azo de concretização de direitos fundamentais, sob o revelado “paradigma metodológico intransponível a necessidade de adoção de hermenêutica constitucional adequada à realidade constitucional de 1988, comprometida em concretizar os comandos normativos contidos no nosso texto constitucional, principalmente no que tange aos direitos fundamentais ali consagrados” MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional**. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. Brasília: IDP, 2012. (p.6).

¹²² É nesse diapasão que o sentido mais denso daquilo que tradicionalmente se assimila como divisão de poderes encontra a variedade de procedimentos que “caracterizam o Estado Democrático de Direito. Este não se legitima a partir de uma única instância procedimental, mas sim com base em uma diversidade complexa de procedimentos”, de sorte que urge necessária “uma releitura do discutível princípio da separação de poderes como princípio da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado de Direito”. (NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, 2006. (p. 186).

de outro não há que se justificar a negligência institucional na promoção da normatização e na concretização dos direitos fundamentais.

É que a norma constitucional se revela deveras vigente na medida em que se concretiza, de modo que, a despeito de regular papel democrático, a postura leniente de qualquer dos Poderes face aos direitos fundamentais parece sacralizar relações que apontam para a exclusão da dimensão pluralística nas esferas políticas constitucionalmente estatuídas.

Sob tal aspecto, é necessário (re)afirmar o conteúdo normativo do veiculado pelo texto constitucional, lançando-lhe possibilidades reais de aplicação, sob a severa pena de, ao contrário, esvaziá-los semanticamente, repelindo os possíveis horizontes de concretude dos direitos fundamentais. Esse processo de concretização de normas jurídicas mostra-se como essencial para a interpretação voltada para a solidificação dos direitos fundamentais insculpidos no plano constitucional.

É certo que o perigo de esvaziamento quanto ao sentido dos dispositivos constitucionais versados em direitos fundamentais resta acirrado pela interpretação marginal de tais direitos, o que possibilita a instrumentalização das vertentes do poder por meio de contornos pontuais e específicos (não-pluralmente concebidos ou não vocacionados ao garantir do espírito da Constituição).

Naturalmente, a atrair o debate à ambiência judiciária, tem-se que o âmbito normativo dos direitos fundamentais se relaciona com a dimensão/função seletiva que é desenvolvida na corriqueira aplicação judicial dos programas normativos a determinadas matérias e a casos concretos – isto deriva da própria ideia de que a norma jurídica só é deveras construída no decorrer dos processos de sua concretização¹²³.

¹²³ Com essa orientação, debate-se sobre a migração da generalidade para a casuística, ou sobre o “[c]omo conciliar o ato de justiça “que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos existências insubstituíveis, o outro ou eu como outro, numa situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, que têm necessariamente uma forma geral, mesmo que essa generalidade prescreva uma aplicação que é, cada vez, singular?” DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Rio de Janeiro, 1990. Editora Martins Fontes. (p. 31).

A fim de melhor compreender a atuação do Poder Judiciário para a promoção de (alguma) efetividade dos direitos fundamentais orientados ou previstos para a etapa da execução penal, torna-se útil a reflexão sobre a complexa e contingente realidade do processo interpretativo-concretizador, o qual deve operar-se a fortalecer a esfera pública pluralista, em desenho diametralmente oposto ao preconceituoso sopesar acerca, e.g., do negativo capital político advindo da população de sentenciados, de penalmente condenados, como alhures registrado.

É preciso um agir consciente, com o enfrentamento das mossas oportunizadas pelos processos de políticas públicas esquecedores das variadas instâncias e dos diversos públicos a que se destinam os direitos fundamentais (na hipótese, os submetidos à execução penal). Tais processo de políticas públicas, havidos sob a justificativa de tomada de decisões racionais, não justificam o conteúdo semântico e prático do Estado Democrático de Direito e, pelo contrário, o corroem.

É tomando decisões que materializam dos direitos fundamentais, no plano em que as escolhas se revelem politicamente progressistas que a pauta minoritária pode avançar. É no plano da atividade judiciária que o embate entre as relações de poder e os direitos fundamentais pode encontrar coordenação entre a legitimidade de atuação (de o próprio Poder Judiciário decidir sobre tais questões) e o propósito da atuação de qualquer rama do Poder: efetivar aqueles direitos em vista do Estado Democrático de Direito.

A atuação que confere (ou administra) justiça revela-se compreensível como impulso, de cariz valorativo, de realização dos direitos fundamentais, no sentido de que o grave exercício pela sua concretização conduz à legitimidade da atuação do Poder institucionalmente designado para a aplicação jurisdicional do próprio Direito. A legitimidade de os Tribunais poderem converter as expectativas normativas em direitos materializados reside na raiz da delimitação hermenêutica das normas constitucionais¹²⁴.

¹²⁴ É certo que o Poder Judiciário, os Tribunais “devem ser extremamente cautelosos na aferição da legitimidade das decisões do legislador democrático”, sobretudo porque “[a] intensidade do controle de

Não se desconhecem os efeitos da dicotomia representada pelo fato de que, se, por um lado, a atuação judiciária na concretização de direitos fundamentais elucida o conteúdo político dos textos constitucionais, por outro, fomenta o crescimento da tutela jurisdicional sobre políticas públicas existentes. Esse contexto de atuação, em que pese dicotômico, não pode associar-se à ideia de uma responsividade aparentemente espontânea por parte do Judiciário – sobretudo diante dos problemas de índole constitucional – mas deve prenunciar a adoção (no campo da construção dogmática e da práxis em relação aos direitos fundamentais dos apenados) de um estilo capaz de problematizar as tradicionais tinturas de objetividade e neutralidade das decisões judiciais.

É desta sorte que a atuação jurisdicional, adornada procedimentalmente pelo âmago da concretização dos direitos fundamentais, encontra espeque não somente na forma, mas alcança a própria substância dos princípios encravados pelo Direito Constitucional. Tanto assim que, já se anotou, a pretensão de objetividade e neutralidade “plenas” das decisões judiciais fraqueja precisamente naquelas situações em que, dada a carga política ou a multiplicidade de alternativas possíveis ao hermeneuta, não existe semente um resultado possível. Encarar de outra maneira, com as reservas e o acatamento devidos, tratar-se-ia de encarar os direitos fundamentais como mera forma, sem substância¹²⁵.

Não há falar, assim, no campo dos fundamentais (direitos), sobre possibilidades de o julgador omitir-se em, por meio de suas decisões, efetivá-los – isto encorajaria a assunção de um prefalado caráter simbólico da Constituição, o que é deveras grave para a democracia. Os direitos aparecem como conseqüências em relação às decisões de princípios que são tomadas e legitimadas pelo campo jurídico,

constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002. Editora Sérgio Antonio Fabris. (pp. 44/46).

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Editora Saraiva.1996.

os direitos não são, necessariamente, pressupostos por elas¹²⁶, daí a necessidade de averiguação da carga e das vertentes principiológicas pertinentes – como se fará adiante.

O exercício Judiciário, como formal organização para operar o Direito, confere sentido à norma constitucional pela via da manifestação concreta, a informar a semântica e a pragmática dos direitos fundamentais a quem interessar possa – os direitos fundamentais não podem ser tomados somente como direitos arrolados como sendo importantes pelo exercício do Legislativo, mas urgem ser observados e efetivados por todos que a eles confirmam ou creem legitimidade.

E no âmbito da execução penal, o cenário convola-se em teatro ainda mais dramático.

É que a produção recente de estudos acerca da questão prisional, da violência, de direitos fundamentais dos detentos e mesmo de direitos humanos, fornece um quadro geral a partir do qual é possível desenhar a movimentação de algumas conquistas em termos teóricos formais e mesmo materiais, porém deveras discreta.

Há a elucidação, na dogmática, de possibilidades estratégicas quanto à temática da prevenção dos conflitos, da criminologia e mesmo das novas abordagens das estruturas penais, mas há poucas anotações especificamente sobre as novas modalidades de interações entre os atores institucionais da forma como este texto propõe.

Em uma análise mais detida e, de certa forma, mais crítica, percebe-se que o panorama político criminal ainda não condiz totalmente com a realidade fática dos cárceres e vice-versa, de modo que, tampouco, o comportamento institucional focado apenas na tripartição de poderes colabora para o desvelamento da real situação

¹²⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro, 2008. Editora Elsevier. Ainda segundo o autor, a aplicação do direito sempre envolve uma espécie de atividade interpretativa: a norma positivada, mesmo que já dotada de autoridade, demanda compreensão antes de sua aplicação prática – ao caso concreto. Assim, os princípios, erigidos para o entendimento dos casos submetidos ao Judiciário devem repousar nos direitos fundamentais (consequência da práxis judicial).

calamitosa das cadeias. Assim, as perspectivas e os paradigmas tecidos acerca dos problemas criminais têm cada vez mais sido “verbalizados por meio do restrito vocabulário do crime e da pena, quando não somente pela via da neutralização das minorias que sintetizam um suposto potencial de risco criminal”¹²⁷.

Neste compasso, o desenvolvimento dos modelos de sistema penitenciário assistiu às transformações das teorias sobre a pena e sobre as suas finalidades, mas não conseguiu imprimir melhor cariz ao quadro fático penitenciário. De teorias concebidas sob o impulso de obtemperar sobre qual é a justificativa teórica para a imposição dos castigos, até elaborações que afastam a ideia de fundamentar a pena, assumindo suas disfuncionalidades¹²⁸, ao alertarem que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”¹²⁹, percebe-se que a ideia encetada pela punição esboça um tema eminentemente político, derramando-se para além dos limites do jurídico.

Torna-se, desta feita, comum, que a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais (e prisionais) aja por um discurso político bem-intencionado, porém ilusório, eis que não se relaciona com a real forma de atuação do sistema – que é inconstitucional, pelo estado das coisas nele implicadas.

Na mesma via, os discursos jurídicos, quando dissociados dos *iteres* dos demais Poderes, tendem à aplicação dos direitos fundamentais com lastro em uma ideologia que não se aproxima da realidade carcerária, ao encerrarem provimentos que exigem esforços hercúleos das autoridades públicas. É preciso diálogo para que a conduta do Estado na questão penitenciária não se funde em uma realidade que não existe, sabendo-se que “todo crime é político, e política criminal é, antes de tudo, política”¹³⁰ e, para o que aqui se encampa, é política pública.

¹²⁷ ZACKSESKI, Cristina. Fragmentos do jogo político criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal e democracia (Justicia criminal y democracia)**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ª. Edição. São Paulo, Editora Revan, 2010, *passim*.

¹²⁹ BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, v. 727, p. 640-650, 1996.

¹³⁰ BATISTA, Nilo. Todo crime é político. **Caros Amigos**, ano VII, n. 77, 2003.

Por este prisma, em virtude do asseverado quadro, não há fundamentação jurídica e racional do poder punitivo que dê conta de explicar as mazelas ocasionadas pela privação da liberdade – é que as penas executadas no sistema penitenciário nacional são conceitos que não se apresentam como um instituto jurídico, de fundamento reconhecido, mas como um fato da realidade.

Recai-se em uma contradição que demanda intervenções urgentes, eis que o quadro anota “a dor e a morte em nossos sistemas penais estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas”¹³¹.

Em paralelo, o fortalecimento, nos anos últimos, da autoridade da Suprema Corte (e dos Tribunais em geral) parece, de alguma forma, ter sido uma consequência da assimilação de suas decisões como elementos integrantes das arenas políticas nos planos nacional e regional¹³², enquanto legítimos garantidores dos direitos.

Entrementes, o resultado da apreciação de certos casos pelo STF, quando fundamentando a determinação da ação pública em elementos próprios de aplicação ou garantia de direitos fundamentais (da camada dos sentenciados), deve conduzir à conceituação da relação e à sedimentação de princípios como a dignidade humana enquanto matizes válidos de interpretação de normas atinentes àqueles mesmos direitos fundamentais.

2.2 A diversificação dos discursos de efetivação dos direitos fundamentais (principiologia, dignidade humana e operacionalização jurisprudencial dos direitos dos reclusos)

Como visto, a apropriação teórica cabível passa pela minimização dos efeitos danosos naturalmente produzidos pelo cárcere e agravados pelo Estado de Inconstitucionalidade das Coisas. Referida minimização deve passar pela garantia do princípio-motriz ou vetor-âncora do ordenamento jurídico e que, na seara dos direitos

¹³¹ ZAFFARONI, Op. Cit., 2010.

¹³² É o caso dos estados e das municipalidades.

fundamentais da população custodiada, deve ser supervalorizado. Trata-se da dignidade humana.

A dignidade, como princípio-âncora de interpretação constitucional, deve repousar em visão política e abrangente, para que se construa a conceituação plana e homogênea sob o aspecto do contorno institucional e da durabilidade social, e não algo meramente utilitarista.

Sobre os mecanismos de alcance e de promoção dos direitos, a dignidade da pessoa humana tem de ser vista como fundamento de um direito geral e amplo de igualdade e liberdade, atingível pela instrumentalização de um direito de igual liberdade¹³³, de modo que resta o desafio de encarar o princípio como vertente de aplicação das variadas políticas estatais conformadoras das garantias fundamentais – sobretudo na camada apenada da população.

A Constituição Cidadã, ao prever a dignidade como fundamento da República, erigiu o macroprincípio o quilate de vertente de interpretação dos direitos fundamentais. Anote-se que o texto constitucional, ao gravar a dignidade humana como cláusula pétrea¹³⁴, pretende adjudicar efetividade máxima aos direitos fundamentais, por situá-la em lugar de destaque no ordenamento jurídico-constitucional.

A dignidade é um dos conceitos mais reiteradamente empregados em todo o Direito Constitucional e em Direitos Humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento

¹³³ Cf. CANOTILHO e MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.ª ed., revista, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

¹³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 60, § 4º, IV: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

axiológico da República e insere a dignidade como fundamento de direitos em, pelo menos, outras (três) articulações, como nos artigos 226, §7^o¹³⁵; 227¹³⁶ e 230¹³⁷.

Quando a pessoa humana emerge como elemento e alicerce dos direitos fundantes do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal brasileira reconhece que é a existência do Estado que se dá em função dos seres humanos, e não o oposto, uma vez que o bem-estar do ser humano constitui a finalidade precípua, e não um meio da atividade estatal¹³⁸.

Como o titular da dignidade é o sujeito que ostenta direitos, resta ao Estado prover-lhe condições para o desenvolvimento destas garantias e repelir injustas agressões aos seus direitos fundamentais. Isso se dá, em larga medida, porque o atributo “dignidade” está desvincilhado das circunstâncias pessoais de seu portador¹³⁹ – seja ele quem, e como, for.

Ao se verificar a dignidade como princípio e escopo de interpretação, é preciso imaginar um sujeito dotado de valor intrínseco, que conta, nos dizeres da Carta Política, com direitos e garantias, em que pese as consequências que suas ações (ou omissões) possam trazer à sociedade de que faz parte, dado que a dignidade condecora um ser racional, que carrega um fim em si mesmo¹⁴⁰, ainda que impingido do estigma de condenado. Não há, aqui, como olvidar da ideia kantiana, segundo a

¹³⁵ § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹³⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, (...), crueldade e opressão.

¹³⁷ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹³⁹ BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. Oxford University Press, 2011. p. 49: “In summary, human rights are rights possessed by all human beings (at all times and in all places) simply in virtue of their humanity”.

¹⁴⁰ COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

qual a dignidade diferencia o ser racional dos demais e, ao lhe conferir autonomia, torna o indivíduo capaz de se autodeterminar¹⁴¹.

A autonomia é, neste contexto, um dos elementos característicos da dignidade. Tal autonomia somente encontra pleno exercício quando seu titular dispõe de liberdade, de modo que o próprio Estado tenha a obrigação negativa (de não interferir no campo das liberdades humanas básicas, exceto nos casos de violações) e desde que os cidadãos-semelhantes reconheçam e respeitem a liberdade individual. Em outras palavras, dignidade pressupõe igualdade¹⁴²¹⁴³.

De anotar, também, que – no direito comparado – o princípio se encontra previsto, também, nas Constituições de Portugal (art. 1^o¹⁴⁴), da Espanha (art. 10^o¹⁴⁵), da Itália (art. 41^o¹⁴⁶), e em tantas quantas forem outras.

Como macroprincípio, a dignidade posiciona-se como instrumento de avaliação da dimensão normativa da Constituição, tendo a função de informar a Ordem Jurídica dos direitos fundamentais, sendo, inclusive, fonte de observação e integração¹⁴⁷. Com efeito, a dignidade humana não deve ser utilizada como forma de repressão a grupos minoritários ou como fundamento para cercear a liberdade de expressão, como ocorre em alguns movimentos sociais domésticos e

¹⁴¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

¹⁴² DA MOTA MELO, Vera Lúcia Monteiro. **O terrorismo e o impacto nos Direitos Humanos**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade Nova de Lisboa.

¹⁴³ NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito. Realidade ou Utopia num Estado democrático de Direito? **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677. Acesso em 12 jun. 2023.

¹⁴⁴ Art. 1^o Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹⁴⁵ Artículo 10: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

¹⁴⁶ Art. 41. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** - 26^a Ed. Malheiros. 2011.

internacionais¹⁴⁸¹⁴⁹. O uso indefinido da dignidade como argumento de reforço do discurso do ódio pode conduzir à banalização do princípio e a sua ruína como pilar para os direitos constitucionalmente estatuídos.

Ao Estado, conjugando suas esferas Executiva, Legislativa e Judiciária de atuação, por não desempenhar o papel de estabilizador conceitual, jurisprudencial ou político de maneira eficiente e perene, recai, usualmente, em crises institucionais de legitimidade. É que os direitos, amplamente considerados, ao provirem de um padrão moral de legitimidade, quando associados a práticas emancipadoras, também emergem como “padrão político de legitimidade”¹⁵⁰. Pelo que se pode depreender que a violação de direitos fundamentais, por carência do provimento de elementos que lhe sejam fundantes – como a dignidade, em exemplo concreto – compromete a legitimidade das instituições nacionais, e enfraquece o esboço da ação estatal, centrada em políticas públicas.

O aludido comprometimento reforça o discurso dos excluídos, dá azo aos movimentos de reforma social, e enseja diversas manifestações, o que deve fazer da crise um instrumento de transformação¹⁵¹. Assim, ações e medidas que tenham guarida na dignidade, por ser esse um pressuposto da ideia de justiça humana¹⁵²,

¹⁴⁸ DE MARCO, Thaís Kerber. Reconhecimento dos direitos dos grupos minoritários nas sociedades multiculturais. CONGRESSO INTERNACIONAL DA FACULDADES EST, 2. 2014, São Leopoldo. **Anais do Congresso Internacional da Faculdades EST**. São Leopoldo: EST, v. 2, 2014. (p.1549-1559).

¹⁴⁹ FREITAS, Riva Sobrado de. CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência** (Florianópolis), n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

¹⁵⁰ DONNELLY, Jack. **International human rights**. Westview Press, 2013. Na versão original: “Human rights thus provide a moral standard of national political legitimacy. They are also emerging as an international political standard of legitimacy. More precisely, the full legitimacy of regimes that grossly and systematically violate human rights is widely seen as compromised”.

¹⁵¹ COSTAS, Douzinas. **End of human rights**. Hart Publishing (UK), 2007. Em citação direta: “The excluded may try to claim political recognition by adopting the existing rules of the game and turning their demands into regional expressions of the established order. This is the case with reformist social movements. There is another scene however in which the excluded group or the banned ideology challenges the social hierarchy. This kind of antagonism or 'dissensus', is not a conflict of interests, opinions or values; it is a division put in the "common sense": a dispute about what is given, about the frame within which we see something as given”.

¹⁵² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 2, v. 2, n. 2, p.53-67, 2001.

podem convolar a ação pública, no caso, a política setorial, em poderoso instrumento de superação da crise penitenciária.

O Estado brasileiro, por seu turno, tem como fundamento o ser humano e nele se lançam todos os seus desígnios, posto que “se arrima, fundamentalmente, na dignidade da pessoa humana, ou seja, num ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto”¹⁵³. Enquanto espetáculos de corrupção envolvendo membros dos mais variados órgãos assolam o Brasil, enquanto o caos penitenciário parece irresolúvel, as Decisões do Supremo Tribunal se tornam manchetes dos principais jornais brasileiros.

A interpretação e jurisdição constitucionais têm verificado um elo político fundamental entre indivíduos e Estados, traçado pelos direitos fundamentais, em vista do que, o Supremo, em suas Decisões multifacetadas, tem se tornado objeto de diversos estudos¹⁵⁴. Desta sorte, analisa-se a incidência da expressão ‘dignidade’ na jurisprudência da Corte sobre os direitos dos apenados.

Especialmente no contexto de mudança cultural e da exigência popular de repressão aos abusos e violações, o Governo Executivo (pelas Instituições que, em um cenário natural, elaboram políticas públicas), o Conselho Nacional de Justiça, ou as Instituições preexistentes, mas não elaboradoras voluntárias de políticas públicas, como o STF, podem (devem) preconizar a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. Tal fato decorre inclusive da, já narrada, crescente pressão das organizações internas e internacionais para que se promovam e cumpram os direitos fundamentais¹⁵⁵.

Frise-se que a dignidade está em jogo sempre que seja negada ao indivíduo a sua capacidade de autodeterminação em esferas básicas de sobrevivência, mas não em qualquer violação ou aparente desrespeito a seus valores inerentes. Somente

¹⁵³ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. v.1.

¹⁵⁴ VIEIRA. Op. Cit., 2008, passim.

¹⁵⁵ LUTZ; SIKKINK. Op. Cit., 2000: “Domestic human rights organizations demanded that their governments respect human rights and allied with international human rights networks to publicize human rights violations and demand change”.

quando a autonomia do indivíduo sofrer ameaças de consideração que tenham o condão de lhe minorar as condições de sobrevivência, é que se apresenta uma quebra de dignidade, uma violação de direitos fundamentais. Isto a fim de tecer um conceito valoroso e resguardado da dignidade fundamentadora¹⁵⁶.

Não é novidade anotar que no sistema jurídico brasileiro há normas expressas¹⁵⁷ proibindo condutas que violem a dignidade ou que disciplinam como se deve aplicar o preceito, o que deveria significar a densificação do instituto, por incorporação ou por produção normativa direta do constituinte, ou do legislador infraconstitucional. Em tais casos, intuitivamente, o intérprete aplicará a regra positivada, sem a demandada necessidade de uma pesquisa ou construção hermenêutica pelo valor ou princípio mais elevado.

Paralelamente, é de se notar que o ambiente de cumprimento das reprimendas deve ser favorecedor da ressocialização, na medida em que aproxima o apenado do exercício de sua dignidade (segundo a própria Lei de Execução Penal). De registrar que a punição “não deve buscar o sofrimento ao condenado, para que ele padeça pelos seus atos delinquentes”, eis que “o exercício do *jus puniendi* não se constitui uma atividade desenfreada na busca pela utilidade da pena”. Isso somente é possível considerando-se que “o princípio da dignidade humana constitui um limite à atividade punitiva do Estado e, portanto, um princípio reitor para o processo de humanização das sanções penais”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ DWORKIN. Op. Cit., 2011: “(...) they (the people) have a right to be treated with attitude that these debates presuppose and reflect – a right to be treated as human being whose dignity fundamentally matters. That more abstract right – the right to an attitude – is the basic human right”.

¹⁵⁷ Por exemplo o **Estatuto do Idoso** (lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), o **Estatuto da Igualdade Racial** (lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010) e o **Estatuto da Pessoa com Deficiência** (lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015).

¹⁵⁸ PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. **O direito de punir na constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade**. 111 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2007. “Orientação: Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes”. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp123224.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023. A autora anota, ainda, que “(...) não basta que o Estado deixe de cominar determinadas penas que causem excessivo sofrimento ao homem. Faz-se necessário, ainda que na execução da pena, o Estado assegure condições ao preso para que este possa conservar a sua dignidade, ou seja, ainda que privado de algum direito, o Estado deve proporcionar ao preso a sociabilidade e outras garantias mínimas para que ele não se sinta excluído pela sociedade e não perca sua identidade enquanto cidadão”.

Ainda no mesmo mote da dignidade, a ressocialização também se comporta como um conceito amplo, a tornar ainda mais complexa – leia-se agnóstica¹⁵⁹ – a pretensão punitiva estatal. Deste modo, o que as tentativas comumente erigidas de conferir maior pragmatismo à ressocialização têm em contato é a “busca, por meio da execução penal [...], da melhora do apenado”¹⁶⁰ o que, registre-se, somente se torna possível por meio de inserção de componentes característicos da dignidade.

Por fim, percebe-se que, tão problemática quanto a multiplicidade de sentidos que adornam a dignidade é a indefinição do conceito de ressocialização que “impede um ‘controle racional’ e uma ‘análise crítica’ de seu conteúdo, pois as diversas concepções ideológicas fornecem definições antagônicas ao conceito”¹⁶¹.

Assim, não se pode repelir a dignidade da base de desenvolvimento e de aplicação dos direitos fundamentais. Pelo contrário, a evolução do conceito de dignidade e a sedimentação de sua aceitação prática, em especial na democracia brasileira, podem proporcionar avanços tanto no reconhecimento quanto na aplicação dos aludidos direitos, especialmente quando se afiguram em discussão os direitos da camada estigmatizada dos apenados – sobretudo no intrincado processo carcerário de ressocialização.

Portanto, para o momento, acerca da dignidade é o bastante perceber que é “valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente”¹⁶² e

¹⁵⁹ Nesse sentido, destaca-se a reflexão do autor havida em: MACHADO, Bruno Amaral; SANTOS, Rafael Seixas. Constituição, STF e a política penitenciária no Brasil: uma abordagem agnóstica da execução das penas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 89-112, 2018.

¹⁶⁰ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>. Acesso em 15 jan. 2023.

¹⁶¹ MUNOZ CONDE, Francisco. La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito. In: **Doctrina Penal**, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1999.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **HC 107108**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 19-11-2012 PUBLIC 20-11-2012.

quanto à ressocialização, que abrange “um conjunto de direitos fundamentais e imprescindíveis para que se possa ter uma vida minimamente aceitável”¹⁶³.

Com isso, amalgama-se uma argumentação para o emprego da dignidade como um fundamento dos direitos fundamentais. Adiante, aprimora-se o enfoque para os direitos daquelas pessoas de cuja voz não se parece sentir falta (os presidiários), com a moderação necessária e requerida pelo amadurecimento político nacional e levando-se em consideração, doravante, as decisões do STF na construção de seu discurso sobre o tema.

Por certo, deve ser construída a tese de oposição ao fato de a dignidade servir de único fundamento aos direitos fundamentais, ainda mais em um cenário pouco amistoso como o do cárcere, onde a ressocialização torna-se, na prática, cada dia mais utópica. A referida corrente, apesar de considerar a dignidade inerente ao ser humano, refuta, e com razão, a fundação de tais direitos unicamente na dignidade¹⁶⁴.

Compreende-se que a dignidade não pode funcionar como único supedâneo para os direitos fundamentais, dado que, inclusive, se assim o fosse, de um lado, sua quebra seria facilitada e, de outro ângulo, o surgimento de valores ou vontades humanas travestidas de “direitos” seria facilmente justificado como ensejador ou promotor da dignidade e, sob tal égide, tenderia a demandar tutela estatal. Ressocialização com dignidade é um desafio posto.

¹⁶³ CAMBI, Eduardo. PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016. p.338-352.

¹⁶⁴ WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? (January 3, 2013). NYU School of Law, **Public Law Research Paper No. 12-73**. Available at SSRN: ssrn.com/abstract=2196074: “Potential difficulties with the idea that dignity is the foundation of human rights crop up also from another direction. Perhaps the phrase “human dignity” is too vague to be of any foundational use. (...) there is no explicit definition of “human dignity” in any of the charters that invoke it. “Its intrinsic meaning has been left to intuitive understanding... Without a reasonably clear general idea of its meaning, we cannot easily draw specific implications for relevant conduct”.

2.3 Apropriação dos fundamentos dos julgados da Corte Excelsa: Posicionando a jurisdição constitucional como fundamento de validade adicional às políticas públicas judiciárias

Uma vez percebida a variabilidade de cenários para o emprego do preceito “dignidade” em cotejo com o tão amplo e complexo conceito de “ressocialização”, passa-se a encarar o desafio de empreender uma análise acerca da invocação da dignidade no tocante ao direito dos apenados por parte do STF. A título exemplificativo, anote-se que ao lançar como busca na jurisprudência do Tribunal a expressão “preso e dignidade”, ainda que, em um primeiro momento, sem muita acurácia metodológica, de plano, resultam mais de uma centena de julgados, a atestar a renitência do tema na lide diária da Corte.

Cabe agora, portanto, detalhar os casos mais discutidos e mais específicos sobre os direitos fundamentais da população carcerária, com o objetivo de, ao desmistificar o emprego do argumento, elucidar uma condição “operacional” ou “operacionalizável” dos fundamentos dos direitos dos reclusos, a fim de agregá-los ao debate sobre o comportamento institucional do Conselho Nacional de Justiça em função deste corpus de decisões do Supremo Tribunal Federal.

O levantamento e a análise dos julgados se dão no contexto das Turmas e do Plenário da Corte. Assim, para fins metodológicos, tem-se que a pesquisa de jurisprudência deu-se com a busca pelas expressões “dignidade” e “apenado” e “sentenciado” e “condenado” e “penitenciária”, em combinações dos termos, na ferramenta de pesquisa de julgados do portal do STF, sem restrição de tempo (buscando-se, por certo, quando a ferramenta veicula decisões pós-Constituição de 1988)¹⁶⁵.

Assim, o exame a título explicativo e exemplificativo do *corpus* das decisões “informadas” que atendem àqueles critérios de pesquisa, como ora se empreende, é

¹⁶⁵ Transcreve-se o link da pesquisa ora empreendida a título metodológico, disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=informativos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=dignidade%20e%20apenado%20e%20sentenciado%20e%20condenado%20e%20penitenc%C3%A1ria&sort=score&sortBy=desc. Acesso em 15 ago. 2023.

passo que contribui para a construção da plataforma de diálogo institucional, ferramenta basilar para o colóquio com o Conselho Nacional, aqui proposto. É que, como se vê, a interpretação e a jurisdição constitucionais têm se demonstrado como elos políticos basilares entre indivíduos e Estados. Tais laços, como já referido alhures, são estabelecidos pelos direitos fundamentais e pelas políticas, de modo que, o STF, em suas Decisões, tem se destacado, não raras vezes, como assegurador da estabilidade institucional.

As orientações advindas da construção jurídica das decisões da Corte, quando faz o emprego de conceitos como a dignidade com o fito de reforçar a justificação de seus provimentos, faz do Tribunal expoente interpretativo da dimensão jurídico-normativa das políticas públicas em direitos fundamentais dos sentenciados, de modo que tal discurso assume destacada autoridade ao orientar a ação das demais instâncias políticas.

Como já referido, aqui não se perquire sobre a ação do STF, no sentido positivo e proativo da expressão, mas sobre a extração de elementos esclarecedores das decisões judiciais – por meio da busca, no campo jurisprudencial, no campo do agir ordinário, de decisões já proferidas na temática de direitos fundamentais dos presidiários, e, ao menos a priori, construídas sob uma fundamentação jurídico-política que satisfaz as demandas sociais. Ou seja, o precedente judicial, aqui referido, é encarado como o *locus* onde se alcançam elementos para a correção de rumos e o ajustamento de políticas públicas, e é construção abstrata, jurídica, política e colegiada, mas não é construção autóctone, proativa ou ambulante por parte do Tribunal – trata-se de sua atividade ordinária.

De observar que a Corte constrói bases para os direitos fundamentais – suas garantias e meios de exercício – com o emprego da dignidade, ao firmar que a duração prolongada e irrazoável da prisão cautelar de uma pessoa ofende o postulado da dignidade da pessoa humana¹⁶⁶. O argumento central do Tribunal é a altivez do

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98878**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00413 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 552-557 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 510-518.

princípio veiculado no artigo 1º, inciso III da CF/88¹⁶⁷, como valor-fonte conformador de todo o ordenamento constitucional vigente no país.

A atuação corriqueira do STF tem se consubstanciado no debate sobre as celeumas atinentes aos direitos dos presidiários, ao afetarem temas constitucionais concretizados por meio de ações estatais (notadamente políticas públicas), o que tem exigido, do Poder Judiciário, soluções mais densas do que a simples enunciação de tese jurídica – as demandas tem sido solucionadas (no plano normativo) com a projeção das teses obtidas pela aplicação do constructo jurídico aos casos concretos, por meio do exercício de análise das ações ou recursos individuais que veiculem as controvérsias.

A Corte segue sua trajetória asseverando que, embora a legislação de execuções penais apresente orientação satisfatória quanto à afirmação dos direitos dos condenados, a “falta de providências de ordem administrativa levou o sistema ao colapso”, de modo que a “situação calamitosa do sistema prisional tem batido às portas do Supremo Tribunal sob diferentes formas”¹⁶⁸.

Tanto é assim, que, em exemplo, a discussão da responsabilidade civil por morte de presidiário¹⁶⁹, terminou assentado que é dever do Estado e consubstancia direito subjetivo do preso uma execução penal humanizada, na qual se garantem os direitos fundamentais do custodiado, e seja preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).

A discussão daquele caso terminou gerando o enunciado de que a morte do detento pode ocorrer por várias causas, destacando o homicídio, o suicídio e o acidente, e registrou – aquele excerto –, que “nem sempre será possível ao Estado

¹⁶⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 841526**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis”. Tal fato coaduna com o reconhecimento da inconstitucionalidade do “Estado paralelo” que se instalou e se aperfeiçoa nos presídios brasileiros, ao assentar a tese de que “em caso de inobservância do seu dever específico de proteção, previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento”, tendo em conta que ao Poder Público é entregue a obrigação legal e a “efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso”¹⁷⁰.

Ora, está-se diante da argumentação que vibra no mesmo diapasão da abordagem pela redução de danos, quando se perquire, como missão, a redução da taxa de mortes no sistema prisional. As mais diversas consequências do encarceramento, que tem conduzido, em última instância, à morte dos reclusos, retomam o espírito moderno que justificam os castigos, os quais não dispõem mais de uma fundamentação abrangente que lhes imprima eficácia. Daí a visualização da pena sob uma lupa agnóstica, que não vislumbra alternativas úteis ao discurso oficial que não sejam aquelas estabelecidas com o escopo da redução de danos.

As prisões, operacionalizadas ao arrepio de um efetivo acompanhamento e controle estatal-democrático, funcionam como terreno fértil para o desarranjo institucional, a confirmar o caos no sistema penal de execução penitenciária. As mortes no sistema prisional, ensejadoras da responsabilização do Estado quando demonstrado o nexo de causalidade, são efeitos derivados do posicionamento da penalidade como artefato social capaz de se comportar como mecanismo de “punição-reprodução”, do qual o encarceramento seria uma das peças principais.

O que se percebe no exercício jurisdicional do STF, muitas vezes acoimado de ativista, é uma resposta urgente à falta de interação e à ausência de sintonia entre os atores encarregados da execução e da análise das diferentes ações componentes

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 841526**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

de uma abordagem de redução de danos¹⁷¹. Deste modo, as ações praticadas pelas agências de punitividade geram fonemas harmônicos com práticas sociais e juridicamente reconhecidas como estritamente punitivas.

A ideia é, de tal modo, consentânea com a, reiteradamente debatida, disfuncionalidade da pena, em uma abordagem agnóstica que deve se encarregar – como o texto constitucional estrategicamente o faz – de reduzir os danos ocasionados pela inserção do indivíduo no ambiente do presídio.

Com efeito, quando anota que o inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, dispõe de direito fundamental “intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais, que o concretizam”¹⁷², a Corte assenta que a dignidade é o corolário de interpretação das normas constitucionais e de ação das políticas públicas encarregadas de reduzir os danos ocasionados durante (e pelo) cumprimento da reprimenda.

No Tema 365 da repercussão geral do STF¹⁷³, por exemplo, tratou-se da responsabilidade civil do Estado não quando se opera a morte, mas quanto ao preso submetido a condições carcerárias inadequadas. Na fase inicial de análise do julgado, reconhecendo-se a repercussão geral da matéria, restou assentado que descabem discussões versantes sobre questões orçamentárias como “polivalente a ponto de se

¹⁷¹ Neste sentido, Cf. MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça Criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. Marcial Pons, 2014. In: MACHADO, Bruno Amaral; PORTO, Maria Stela Grossi. **Violência e justiça criminal na área metropolitana de Brasília: dinâmicas organizacionais e representações sociais**. Tempo Social, v. 28, n. 3, p. 217-242, 2016.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 841526**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Citando SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª Edição, 2004, p. 78-79.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580252 RG**, Repercussão reconhecida em 8/6/2011. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325. Relator Atual Ministro TEORI ZAVASCKI.

colocar em segundo plano a Carta da República”¹⁷⁴, sobretudo porque o texto constitucional veicula a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

Na mesma via, da garantia de elementos que, normativamente realizam – em alguma dimensão – a dignidade do encarcerado, também merece projeção a discussão acerca do cumprimento de pena em regime mais gravoso, na hipótese de inexistência vaga em estabelecimento adequado ao regime fixado ao condenado¹⁷⁵. Na oportunidade, a Corte assentou que a inserção do sentenciado em estabelecimento de cumprimento de pena em regime mais gravoso afronta os princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX) da CF, além da dignidade humana.

Deste modo, a falta de estabelecimento penal adequado, em nenhuma hipótese, autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais severo, tampouco poderá existir alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. A dignidade humana, cuja proteção veio veiculada no debate sob o mote de que permitir “que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados”¹⁷⁶ registrou, ainda, que é direito do condenado “não sofrer, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, a sua essencial dignidade pessoal”¹⁷⁷.

A demanda quanto ao regime de cumprimento de pena, ao reconhecer o nível de severidade dos regimes – em declarada assunção da política de redução de

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 580252 RG**, Repercussão reconhecida em 8/6/2011. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325. Relator Atual Ministro ALEXANDRE DE MORAES. **Pronunciamento do Ministro MARCO AURÉLIO**.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016. Trecho do Voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES.

¹⁷⁷ Id. Trecho do Voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO.

danos sob a égide da tese agnóstica da pena – resultou na formulação da Súmula Vinculante 56, cujo verbete enuncia a tese de que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”¹⁷⁸. Para a Corte, quando houver déficit de vagas, deverão ser determinados: “a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada; o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto”.

O julgado, dentre tantas outras medidas, propôs a criação do Cadastro Nacional de Presos, em conjunto com a formação de Centrais de Monitoração Eletrônica e Penas Alternativas e assentou, ainda, a necessária atuação do poder público para a oferta de trabalho e de estudo aos reclusos, bem como demanda ações no sentido do tão alardeado aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto para adequação da realidade à pena sentenciada, tudo em consonância com o espírito de concretização da dignidade dos reclusos, no afã da ressocialização.

Consoante a presente análise, nas diversas discussões da Corte resta assente que a “legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados”¹⁷⁹, mas, o plano normativo, suficiente e adequado, está deveras distante da realidade, de modo que a sua concretização, com o atual cenário e inconstitucionalidade das coisas, se torna inviável. Nota-se que os mecanismos de ação estatal encontram guarida no arcabouço legislativo e são, deste modo,

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 56**. Aprovada na Sessão Plenária de Sessão Plenária de 29/06/2016. DJe nº 165 de 08/08/2016, p. 1. DOU de 08/08/2016.

¹⁷⁹ Assentou-se, também, na ementa do **RE 641.320**, que o “Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão-de-obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

consentâneos com o predito eixo transversal da dignidade da pessoa humana. O que ocorre é a falta de interação e de coordenação entre os atores responsáveis pela execução de diferentes ações integrantes das políticas públicas, a ocasionar progressiva assunção do poder Democrático do Estado de Direito pelo o ECI.

No Tema 220 da repercussão geral¹⁸⁰, debateu-se acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais, com o fito de assegurar os direitos fundamentais dos apenados. Por unanimidade, a Corte fixou como tese ser lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer (obras emergenciais em estabelecimentos prisionais) para “dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito a sua integridade física e moral” forte no que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Na ocasião, também restou consignado que não é oponível, à decisão, o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Asseverou-se que não se pode considerar “direitos constitucionais de presos meras normas programáticas” e que tais preceitos “têm eficácia plena e aplicabilidade imediata” ao promover a “intervenção judicial que se mostra necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana”¹⁸¹ de modo a ensejar a promoção de sua dignidade. Assim, a tese que restou consignada foi de que “é lícito ao judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”¹⁸², eis que a supremacia da dignidade humana legitima a intervenção.

No STF, até a impressão do presente texto, também tramita a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 5170, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A Ação pretende seja conferida interpretação conforme aos dispositivos atinentes à responsabilidade civil do Estado, sob a tese de

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Ibid.

que a violação de direitos fundamentais dos sentenciados em virtude de más condições carcerárias deve ser indenizada, a título de danos extrapatrimoniais¹⁸³.

Resta destacar o voto da Ministra Rosa Weber, que julgava parcialmente procedente o pedido, para conferir aos art. 43, 186 e 927 do Código Civil¹⁸⁴, interpretação conforme à Constituição Federal, sem redução de texto, de maneira a excluir a interpretação que afaste potencial reparação do dano moral individualmente suportado pela pessoa presa em condições subumanas.

Assentou a então Relatora que é inconstitucional a interpretação dos dispositivos do Código Civil “que afaste a reparabilidade do dano moral individual sofrido por preso, em razão de condições subumanas, insalubres, degradantes ou de superlotação, sendo que a reparação deverá ser natural”, seja “por meio da abreviação da pena, e subsidiariamente em pecúnia, quando não implementada aquela pelo Juízo de execução penal, de ofício ou mediante provocação”. Bem assim, assentou que caberá ao Conselho Nacional de Justiça “a uniformização quanto aos parâmetros de cabimento e os procedimentos para o abatimento da pena cumprida em condições degradantes, para o ajustamento da respectiva execução” o que deve ser desenhado “a partir das prescrições que decorram da Constituição Federal, Tratados Internacionais e Lei de Execução Penal”¹⁸⁵.

A proposta seria no sentido que, sem prejuízo da “uniformização material e procedimental quanto à hipótese de compensação, o abatimento sobre a sanção deverá ser feito à razão de 1 dia de pena para cada 1 dia de encarceramento em condições degradantes”, que devem ser “apurados perante o Juízo da execução

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5170**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016.

¹⁸⁴ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (...) Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (...) Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...) Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5170**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016.

penal, conforme os balizamentos que serão definidos pelo Conselho Nacional de Justiça"¹⁸⁶.

Adiantando o voto, o Ministro Gilmar Mendes, apontou a necessidade de conferir interpretação conforme à Constituição aos citados dispositivos do Código Civil, para assentar: "(i) a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos morais causados a presos comprovadamente submetidos a condições desumanas e degradantes (...);" e "(ii) o direito à indenização pecuniária a ser paga em parcela única de acordo com a análise criteriosa de cada caso concreto e das particularidades de cada unidade prisional"¹⁸⁷.

Veja-se, no pertinente à relevância das visitas para os reclusos, que tratam de "desdobramento do direito de ir e vir, na medida em que seu empecilho agravaria a situação do apenado"¹⁸⁸: em interpretação das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas (nº 65¹⁸⁹) o Tribunal concedeu habeas corpus para assegurar a detento recolhido em estabelecimento prisional o direito de receber visitas de seus filhos e enteados. Anotou a Corte, que "o notório desajuste do sistema carcerário nacional não poderia justificar o óbice à visita", mormente de familiares dos apenados.

Na mesma busca pela efetivação de direitos fundamentais da população prisional, ressalve-se a multicitada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, proposta pelo PSOL (Partido Socialismo e Liberdade), a qual acaba por enfeixar parte significativa das discussões acerca da (in)ação estatal no campo. Na Arguição, postula-se que o STF, reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, determine a elaboração de novo e

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5170**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016.

¹⁸⁷ Id.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 107701/RS**, Relator(a): Min. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011. (HC-107701).

¹⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf Acesso em 21 set. 2023.

específico plano nacional, com o estabelecimento de metas claras para resolver a inconstitucionalidade operante no sistema de execução penal.

A petição inicial da ADPF lastreou-se em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e é instruída com documentos que atestam o quadro dramático e inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Entre os documentos destaca-se o Relatório produzido pela CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) em 2009, que noticia “falta de assistência material”, “inexistência de higiene nas cadeias”, “fome, corrupção e comida no saco”, “um só remédio para todas as doenças”, de modo que o presídio, no pertinente à assistência psicológica é uma “fábrica de loucos”¹⁹⁰. Os registros da CPI se seguem no sentido de que a assistência educacional aos detentos tem “a ignorância como princípio”, e noticiam que o quesito “assistência ao egresso” libera “feras soltas nas ruas”¹⁹¹.

Também a fazer prova, acompanha a inicial o “Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”. O aludido documento registrou “diversas e consistentes alegações dos entrevistados acerca de tortura e de maus-tratos – as alegações mais comuns foram de “ameaças, chutes e socos na cabeça e no corpo, além de golpes com cassetetes” desferidos como “violência gratuita, como forma de punição, para extrair confissões e também como meio de extorsão”¹⁹².

Na hipótese da ADPF, entendendo-se a relevância da impopular pauta dos direitos fundamentais dos presidiários (um grupo, como visto, exprobrado), buscou-se

¹⁹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. (2009). (p.191/211). Disponível em: < <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em 13 jan. 2023.

¹⁹¹ Id. (p. 228/238).

¹⁹² NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. In: **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012>. Acesso em 13 jan. 2023.

a dignidade para deferir, dentre outras providências, na liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e a realização de audiências de apresentação dos flagranteados¹⁹³, as, assim denominadas, audiência de custódia.

O anotado Estado de Coisas Inconstitucional na estrutural e sistemática violação de direitos fundamentais em âmbito penitenciário remete à deficiência na gestão recursos públicos e na execução das políticas necessárias à garantia do nomeado mínimo exigível aos enclausurados. As reiteradas omissões relativas aos direitos e garantias fundamentais, havidas em declarada ofensa à dignidade da pessoa humana, no âmbito do ECI (Estado de Coisas Inconstitucional), não devem ser mais toleradas pelas pessoas políticas (União, Estados e Distrito Federal), a fim de restaurar os direitos fundamentais indevidamente retirados dos reclusos por aquele Estado Inconstitucional.

Os pedidos veiculados na ADPF são assim agrupáveis: (I) aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade; (II) determinação a todos os juízes e tribunais que realizem audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso diante da autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas do momento da prisão; (III) concessão de medidas cautelares penais, substitutivas da prisão, quando da aplicação da pena e, em geral, durante o processo de execução penal.

Ainda, (IV) que se reconhecesse, no âmbito do Judiciário, que as penas privativas de liberdade tem sido cumpridas sob condições mais austeras do que as legalmente admitidas; (V) que preceitos como a proporcionalidade e a humanidade na sanção sejam sempre levados em consideração nas ações perante o juízo da execução penal; (VI) que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) coordene mutirões carcerários, objetivando revisar os processos de execução penal em curso, visando a adequá-los às medidas de proporcionalidade e à humanidade na sanção; e (VII) a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), com a proibição de

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, Relator(a) – à época: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

contingenciamentos, até que se declare superado o Estado de Inconstitucionalidade das Coisas¹⁹⁴.

Acrescentaram-se como pedidos de mérito, a confirmação das cautelares e que (I) o Governo Federal proceda a elaboração e o encaminhamento ao STF, no prazo máximo de 3 (três) meses, de um “plano nacional visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 (três) anos”; (II) que seja encaminhado o referido plano nacional à análise de órgãos como do “Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Procuradoria Geral da República (PGR), da Defensoria Pública da União (DPU), do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”, bem como de outros órgãos que queiram se manifestar e à sociedade civil, por meio de audiências públicas¹⁹⁵.

Cabe, ao STF, segundo a fundamentação dos pedidos da ADPF, deliberar sobre o citado plano nacional específico, para “homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares [...] para a superação do estado de coisas inconstitucional”, bem como “determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 (três) meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado”¹⁹⁶.

Das celeumas que a inicial da ADPF registra como produzidas pelo Estado de Coisas Inconstitucional, está a reiterada omissão do Estado Democrático frente à sistemática violação aos direitos e princípios constitucionais fundamentais, que se operam ao arrepio da dignidade da pessoa humana a qual, além de não concretizada, no referido cenário não equipara quaisquer condições para a (legalmente prevista) reinserção do preso (o qual, por derradeiro, queda-se estigmatizado pela pena).

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016 (p.60).

¹⁹⁵ DE ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de Coisas Inconstitucional—uma análise da ADPF 347. Universidade Metodista de São Paulo. **Revista do Curso de Direito**, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

¹⁹⁶ Id.

O deferimento parcial das cautelares, procedido pelo Ministro Relator anotou, à época (ano de 2015) que a “fundamentação desenvolvida alcança todo o conjunto de pedidos formulados pelo requerente. Entretanto, a apreciação, nesse momento, deve-se limitar aos [...] pedidos de natureza cautelar”, dentre os quais se destacam aqueles que veiculam pretensões sobre “interpretação e aplicação da legislação penal e processual penal” e mais um, “tratando de medida orçamentária da União”. E continua, ao anotar que a responsabilidade pelo “estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”¹⁹⁷.

Como certificado pelo então Ministro Relator, Ministro Marco Aurélio, há problemas “tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal”, tendo em consideração a ausência de coordenação institucional, em um quadro de violação “generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos” que se reitera diariamente. Nos dizeres daquele Relator, as violações aos direitos fundamentais dos encarcerados, havidas na quebra da dignidade, se operam “em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos [...] sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas”¹⁹⁸ em superar o horripilante cenário.

Assim cuidou o Plenário do STF de (I) reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro; (II) determinar que juízes e tribunais realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, em até 24 horas contadas do momento da prisão, e que fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e/ou penas alternativas à prisão (tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário); (III) ordenar a liberação e o não contingenciamento

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**, Relator(a) – à época: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016 (p. 68).

¹⁹⁸ Id. (p. 75).

dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional¹⁹⁹. Tais assentamentos referem-se a providências amplas e que já haviam, de alguma sorte sido deferidos cautelarmente desde 2015.

Àquelas determinações, o STF acrescentou a determinação da elaboração de um Plano Nacional e de Planos Estaduais e Distrital para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Referidos 28 (vinte e oito) planos cuidarão de veicular indicadores que permitam acompanhar a sua implementação. Até a impressão da presente versão desse texto, não se verifica tenham sido acostados os Planos aos autos daquela ADPF.

Mais uma vez, contribuindo para a presente tese – de que o plano normativo é suficiente, a falta de diálogo, no entanto, é o que tem contribuído para a instalação do ECI – anotou-se na fundamentação do julgamento das cautelares da ADPF que boa parte dos direitos violados são normativamente assegurados, pela Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e pela Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional.

O que se percebe, neste compasso, são deformações estruturais na miríade de ações enfeixadas pela política pública setorizada, no pertinente a sua concretização no âmbito prisional, e – o que estarrece – é que, apesar de sabedor da inconstitucionalidade das coisas, a inércia do poder público se configurou – até então – pela ausência de qualquer tentativa de modificação efetiva do cenário, posto que já

¹⁹⁹ Ao, finalmente, apreciar o mérito da questão, como antes referido, em 4 de outubro de 2023, o STF firmou a seguinte tese de julgamento, cuja transcrição se procede *ipsis litteris*: “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno.

identificada e percebida a insuficiência do amparo conferido pela concreta execução das normas já vigentes²⁰⁰.

Os julgados analisados procederam, pelos mais diversos argumentos, a ampla invocação principiológica como fundamento para a decisão judicial sobre a temática, quando presentes elementos concretos, construídos no próprio texto, para a prática. Apenas para ilustrar, veja-se que a expressão ‘dignidade’ aparece no inteiro teor do Acórdão do julgamento somente das cautelares a multicitada ADPF 347 mais de 90 (noventa) vezes – o que demonstra a preocupação do Tribunal com o preceito fundamental (e fundante).

Não se ignora que o emprego exacerbado do princípio da dignidade como fundamento de direitos fundamentais conduz a sua efemerização. Cuida-se, muitas vezes, de construções dogmáticas sem o crivo seletivo de uma percepção jurídico-constitucional nacionalizada²⁰¹. De modo que deve ser exigida certa cautela, por parte do STF (e de seus membros), no emprego da expressão como fundamento das suas Decisões, especialmente em razão da grave missão que lhes é confiada na Carta Política.

A veiculação do argumento é amparada pelo elevado valor das garantias envolvidas e protegidas pelo próprio texto constitucional. Ante a carência de resultados notáveis das ações do Poder Público, o Judiciário tem assumido o papel de orientador da ação pública coordenada, e produzido julgados, em que pese

²⁰⁰ No mesmo sentido, DE ANDRADE e TEIXEIRA, Op. Cit., 2016: “Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo”.

²⁰¹ NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Observatório Constitucional. In: **Revista Consultor Jurídico (Conjur)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em 7 ago. 2022.

acoimadas de ativistas, que garantem direitos fundamentais de forma razoável e normativamente eficaz.

Some-se a isso o conteúdo protecionista do discurso encampado nas decisões que reconhecem a disfuncionalidade hodierna da pena. Tal discurso apresenta-se especialmente sob o cunho minoritário (ou contramajoritário), na defesa dos direitos do grupo dos presidiários, sujeitos alijados dos processos decisórios ordinários.

Por outro lado, registre-se, mais uma vez, que aqui não se considera o Judiciário como possuidor de vantagens ou capacidades extraordinárias para reverter de modo mais contundente o quadro calamitoso do sistema penitenciário do que, por exemplo, o Poder Executivo. Referido entendimento também é esposado pelo STF, no seu exercício judicante diário²⁰².

Os julgados analisados compõem temas que frequentam a pauta constitucional brasileira, para os quais as políticas públicas estão apresentando – no atual cenário institucional – dificuldade em se arrostar à realidade. A prisão que se opera é calamitosa e, ainda que com as ferramentas disponíveis para a eficácia do controle de constitucionalidade, a exemplo da audiência pública, não é mais crível que somente por meio de uma decisão judicial, de caráter geral, obtenha-se o condão de resolver completamente a questão.

O panorama demanda instrumentos criativos da ação pública, no sentido de buscar alternativas diversas das ferramentas tradicionais. Para isso, é necessária uma

²⁰² Neste sentido, oportuno colacionar trecho do Voto do Ministro Roberto Barroso, proferido no julgamento do citado **RE 592.581**, verbis: “(...) eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

ressignificação das atuações institucionais, por meio da propositura de novos arranjos e da construção de campo fértil para a imaginação institucional.

Destarte, o posicionamento do STF, quando fundamentando a ação pública em elementos próprios de aplicação ou garantia de direitos fundamentais, deve conduzir à conceituação da relação e à sedimentação do princípio da dignidade humana enquanto matiz válido de interpretação de normas atinentes às políticas públicas pertinentes. Assim, a dignidade do encarcerado funciona como argumento que ultrapassa o discurso jurídico a atingir a plataforma de composição do campo de análise das políticas públicas – que pode ser encarado como resultante de padrões de comportamento valorativos e recorrentes²⁰³ e o mesmo diga-se sobre o fundamentar fortemente principiológico.

²⁰³ GOODIN, Robert E (Ed). **The theory of institutional design**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. (p. 21).

CAPÍTULO III – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E POLÍTICA PENITENCIÁRIA JUDICIÁRIA, RELACIONAMENTO, NORMATIVIDADE E ACCOUNTABILITY JUDICIAL DA EXECUÇÃO PENAL

Em oportuna digressão, e a fim de posicionar histórica, jurídica e politicamente o debate acerca do relacionamento institucional entre os órgãos do Judiciário (aqui, STF e CNJ), não é demais repisar que a instituição do Conselho Nacional de Justiça, tal qual hodiernamente previsto no artigo 103-B da Constituição Federal, foi objeto de extensa e acirrada discussão. Tais enclaves se desenvolveram desde as proposituras legislativas primeiras até a instituição do Órgão – pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC nº 45).

Fato é que o Órgão se afiança concebido enquanto legítimo (dado que constitucionalizado) mecanismo institucional de autodeterminação do Poder Judiciário nacional, atuando, dentre outros campos, na organização, no redesenho e nas formas de operação da dinâmica administrativa daquele ramo do Poder.

As formas de atuação institucional e a legitimidade do quanto opera o Conselho, de competências (ou de seus desdobramentos) em parte provenientes de estruturas anteriormente integrantes do Supremo Tribunal Federal (STF)²⁰⁴, desenvolveu-se, nos derradeiros anos, muito por meio de decisões administrativas com condão normativo e pela via de construções interpretativas que soem delinear os limites constitucionais do alcance de sua própria vocação – que parece ainda em construção.

A citada EC nº 45/2004, popularmente conhecida como “Reforma do Judiciário”, iniciou seu trajeto como PEC nº 96/92. Mais de 10 (dez) anos de trâmite pelas Casas do Poder Legislativo marcaram a Proposta que foi, finalmente, promulgada em 2004. Ainda a título de resgate histórico, relembre-se que discussão da PEC nº 96/92 acirrou os debates das eleições de 2002. As campanhas políticas – sobretudo à Presidência da República – erigiram o assunto à esfera popular, muito

²⁰⁴ ROSILHO, A. O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, 2011. v. 1, p. 141–160.

sob o discurso da necessidade de abertura da “caixa-preta” do Judiciário, em clara referência às necessidades de elucidação de um órgão de controle daquele Poder²⁰⁵.

De um lado, argumentavam os que se referiam à criação do Órgão como medida unicamente político-eleitoral, que a sua criação acabaria por ferir o equilíbrio e independência entre os Poderes da República. Tanto assim que povoavam o debate afirmações que denotavam haver – na proposta – demonstrações de apego a conceitos abstratos e a mecanismos de defesa à manutenção do *status quo* e de privilégios e prerrogativas²⁰⁶ de carreiras.

De outro lado, as propostas de reforma faziam referências à necessidade de redução de ruídos provenientes das interferências de um Poder da República em outro. A ideiação foi clara no sentido de transformar o panorama organizacional do Poder Judiciário em uma estrutura de perfil “mais moderno” e informado por processos decisórios administrativos democráticos, a promover mais uma forma de controle, de *accountability*²⁰⁷ em relação a sua própria atuação e aos atos de seus membros²⁰⁸.

A invocação e o emprego do instituto “*accountability*”, cujos estudos inaugurais remontam à década de 1960 do século passado nos Estados Unidos e cujos debates se iniciaram no Brasil no final da década de 1980²⁰⁹, opera-se em razão desse conceito (em suas variadas dimensões) fundar-se na tradição de estudos do Estado de Direito, da Ciência Política e do Direito Constitucional.

²⁰⁵ CASTRO, T. De S. A “caixa-preta” vs. o “controle demagógico”: Os discursos dos favoráveis e dos contrários à criação do CNJ. [S.l.]: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

²⁰⁶ ROSILHO, 2011. Op. Cit., *passim*.

²⁰⁷ De registrar que a expressão “*accountability*”, como ora invocada, pode ser definida como a necessidade de uma determinada instituição prestar informações e justificativas acerca de suas ações. A prestação de contas pode, desta feita, operar-se por meio de eleições ou quando os agentes estatais solicitam informações, com o fito de fiscalização e/ou controle, de outros entes (O’DONNELL, G. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**., 1998).

²⁰⁸ Neste sentido, dentre outros, destaque-se LIMAS TOMIO, F. R. DE; FILHO, I. N. R. *Accountability e independência judiciais: Uma análise da competência do conselho nacional de justiça (CNJ)*. **Revista de Sociologia e Política**, 2013. v. 21, n. 45, p. 29–46 e SADEK, M. T. A. *Poder Judiciário: perspectivas de reforma*. **Opinião Pública**, 2004. v. 10, n. 1, p. 01–62.

²⁰⁹ O’DONNELL, 1998, Op. Cit., *passim*.

O supedâneo que o instituto confere à presente análise advém do conjunto de elementos e predicados que compõem o conceito. Trata-se de relação que se estabelece entre o “principal” e o “agente” ou entre os “agentes” entre si – “principal” seria o equivalente ao jorro do poder, de onde ele emana, e o “agente” seria aquele que desenvolve os misteres para que o poder alcance suas atribuições, seria algo como o executor.

No aspecto institucionalista, veja-se que Instituições estabelecem padrões de interações entre pessoas, seja internamente, seja por força de norma externa. Tais padrões são representados, assim, por regras formais que regulam como as ações devem acontecer. Fato é que algumas instituições podem convolar-se em organizações (que possuem maior institucionalização e formalização de ações, rotinas e comportamentos)²¹⁰.

O Conselho Nacional de Justiça atua como órgão responsável pelo exercício de *accountability* sobre outros agentes estatais, como se verá adiante. Trata-se dos atuantes de Tribunais, de Magistrados, de Serviços Auxiliares, de Prestadores de Serviço Notarial e de Registro que obram por delegação, por exemplo. É, portanto, estrutura organizacional, para o sentido da transformação estatal.

Vale dizer, a *accountability* que aqui se examina é a integração de um feixe de valores e iniciativas institucionais que pretendem, em síntese, promover níveis razoáveis de governança e de responsabilização por resultados. Operacionalizando ainda mais a categoria, tem-se como objeto de exame a responsabilização por resultados em sua vertente administrativo-judicial, desempenhada tanto internamente (dado que no âmbito do Poder Judiciário), quanto externamente, mas

²¹⁰ Tal qual desenvolve PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 323-345, e no texto do mesmo autor: Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agent x principal. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 39-73.

organizacionalmente (em face dos variados Tribunais que alcança), pelo Conselho Nacional de Justiça²¹¹.

O Órgão posicionou-se, originariamente (e na quadra atual reafirma essa posição), como verdadeiro mecanismo de controle, como encarregado pela responsabilização por resultados e, enfim, como instrumentação de um aparelho de *accountability* no (e do) sistema Judiciário. É que o controle intraestatal e social (sobre as instituições) requer, das autoridades públicas, a prática de atos revestidos de transparência e a adoção de ritos capazes de (em eventuais desvios) anotar meios de responsabilização.

Dotado de competências organizacionais amplas e de alcance nacional, havidas para orientar o laborar de um sistema Judiciário altamente capilarizado, promove-se maior força e cogência à ideia de independência do próprio ramo do Poder – dado que se torna sistêmica e legitimamente vocacionado e capaz de orientar e direcionar o agir de seus membros, a reduzir a influência de eventuais estruturas externas e, muitas vezes, estranhas à função típica dos órgãos jurisdicionais²¹².

Cumpre, nesta quadra, referir que o debate relativo à necessidade de implementação de controle institucional interno do Poder Judiciário, integrado por agentes não popularmente eleitos e funcionalmente independentes, pôde se operar pela criação da instância especializada em desenvolver uma relação interna e externa de *accountability* do próprio Poder, tal qual procedido na instituição do Conselho²¹³.

Para o exercício de controle, de responsabilização, de conferência, enfim, de mensuração de resultados, é preciso predizer quais serão tais resultados – a isto se reservam os planos ínsitos nas políticas públicas.

²¹¹ Para uma compreensão mais acurada sobre a temática de *accountability*, suas variações, classificações e vertentes, vale a detida leitura do seminal trabalho de ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro**. 2012. 258 f. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

²¹² KERCHÉ, F.; OLIVEIRA, V. E. De; COUTO, C. G. Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no Brasil: instrumentos de *accountability*? **Revista de Administração Pública**, 2020. v. 54, n. 5, p. 1334–1360.

²¹³ LIMAS TOMIO, DE; FILHO, 2013. Op. Cit, *passim*.

Em outra senda e apenas a título argumentativo, para levar luz a uma discussão que pode tornar-se relevante alhures: se o CNJ representa uma estrutura interna de controle – no âmbito do próprio ramo do Poder –, a singular e peculiar posição do Poder Judiciário, que, além das amplas faculdades constitucionalmente instituídas, ostenta extenso rol de garantias institucionais dos seus membros, pode possuir o condão de eventualmente produzir ruídos sociais. É que a imparcialidade, a impessoalidade e a inércia que informam a jurisdição tendem a confirmar o exercício da atribuição da (aparentemente) suficiente neutralidade em variadas dimensões sociais (mas, naturalmente, não em todas).

Assim, ao longo da sua trajetória, o CNJ se consolidou enquanto Órgão ímpar do sistema de justiça, incumbido das funções de planejamento e de coordenação de ações uniformizadas no campo do Poder e, *in fine*, pela senda das políticas judiciárias nacionais. Referidas políticas visam, de regra, racionalizar, uniformizar e – quando possível – automatizar procedimentos e processos havidos no âmbito da prestação jurisdicional. Em linhas gerais, também objetivam ampliar os mecanismos e as formas de acesso à justiça e pretendem contribuir para a máxima efetivação de direitos, para a promoção da pacificação social e, em última análise, para promover o desenvolvimento do país.

Neste sentido, a incorporação de políticas públicas pelo Poder Judiciário (em seus misteres administrativos diuturnos e ordinários), a, como antes referida, judicialização das políticas públicas, parece aparentar exponencial crescimento, muito por força do destaque conferido ao papel do CNJ como coordenador de iniciativas, gestor nacional e mensurador interno. Tais fatos já se tornavam aparentes no início da década de 2010²¹⁴ e tal é o cabedal de ação das chamadas políticas públicas judiciárias.

Ocorre que, não raro, a formulação, a execução e mesmo os ensaios de análise dessas políticas públicas são empreendidos de maneira “quase-privativa”, ou

²¹⁴ Neste sentido, vale a leitura de SILVA, J. A. DA; FLORÊNCIO, P. De A. E L. Políticas judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas. **Revista do Serviço Público**. Brasília, 2011. v. 62, n. 2, p. 119–136.

seja, no âmbito da “Organização Conselho” ou do “Organismo Judiciário”, mormente pela via da edição e atualização de atos normativos, tais como resoluções, instruções e em outros casos em pedidos de providências²¹⁵. No entanto, persiste a demanda pela compreensão sobre a ideal medida para que tais normas jurídicas (secundárias ou secundariamente concebidas) podem ser incorporadas (e, em algum grau, harmonizadas) pelo/com o sistema do Direito²¹⁶.

É certo que, apesar dos relevantes avanços atualmente observados no quadro geral de políticas judiciárias, as formas de análise, de avaliação e mesmo de gerenciamento de tais políticas judiciárias nacionais permanece carente de suficiente substrato metodológico. Emergem as demandas por sistematização dos processos gerenciais que encerram as atividades de planejamento, de implementação, de monitoramento e de avaliação daquelas políticas – sobretudo com arcabouço jurídico, dogmático e mesmo jurisprudencial (a denotar a relevância da opção pela linguagem jurisdicional).

Para o que aqui se defende, o recorte de estudo que se releva é o da avaliação, da análise e mesmo da reflexão acerca dos potenciais das políticas judiciárias, a reforçar a emergência do delineamento de uma perspectiva de médio (e longo) prazo para a orientação, para a efetivação e para a condução das ações do Conselho.

E a dinâmica torna-se ainda mais complexa quando atine à disposição das coisas na ambiência jurídica e jurisdicional, no dia a dia do Judiciário. É que, argumenta-se, se ao Poder Judiciário incumbe a aplicação da pena resultante em privação de liberdade como *ultima ratio*, na ordinária atividade de construir/compor os julgados com a individualização da pena, no pertinente à dosimetria das medidas aplicadas, na definição do regime de punição, na fiscalização de seu cumprimento..., razoável é inferir que, à função judiciária da administração das penas deve recair a

²¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno (RICNJ)**. Resolução Nº 67 de 03/03/2009. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Regimento-Interno-CNJ_2021-29-01_WEB.pdf. Acesso em 6 out. 2023

²¹⁶ VESTING, T. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

atividade de implantar e gerir estruturas conceituais e mecanismos dogmáticos para atuar com vistas àquelas atividades efetivarem direitos fundamentais.

Não em vão são observáveis os esforços estruturalmente envidados pelo CNJ no exercício de tal mister.

O plano normativo das competências parece satisfatório, ao erigir, no texto Constitucional, competir ao Conselho o papel de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário²¹⁷. A atuação administrativa abarca o campo das políticas públicas, dado que o caracterizar do Estado social, “no qual passam a ter expressão os direitos dos grupos sociais e os direitos econômicos, é a existência de um modo de agir dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas”²¹⁸.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009²¹⁹, editada na gestão do Ministro Gilmar Mendes, instituiu, com já referido, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, além de promover outras providências.

Dentre os objetivos do Departamento, figuram o monitoramento e a fiscalização do cumprimento das Recomendações e Resoluções do CNJ sobre prisões provisória e pena, sobre as medidas de segurança e acerca das internações de adolescentes; o planejamento, a organização e a coordenação, em cada Tribunal, de mutirões para reavaliar prisões provisórias e definitivas, medidas de segurança e

²¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. (art. 103-B, § §).

²¹⁸ Por todos, cite-se: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997 (p.90). Como já se argumentou alhures, o direito e as políticas públicas possuem uma imbricação “no campo teórico e prático, identificada pela existência formal conferida pelo direito às ações governamentais, a relação entre ambos mediada por desenhos jurídico institucionais e pela intersecção entre direito e política na implementação de políticas públicas”, nos exatos termos propostos por BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. **Sequência (Florianópolis)**, v. 43, 2022.

²¹⁹ BRASIL. Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009. **Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12106.htm Acesso em 20 dez. 2023.

internações de adolescentes e o aperfeiçoamento das rotinas cartorárias nesse bojo versadas.

É da referida Lei nº 12.106/2009 que a função de atuar no ciclo das políticas públicas resta expressamente conferida ao Conselho – daquela lei extraem-se os fundamentos para as políticas públicas judiciárias (na hipótese, penitenciárias). Isto porque, incumbe ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), “acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas” e “fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário”²²⁰.

Bem assim, o Departamento deve propor ao CNJ a uniformização de procedimentos em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, e realizar de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria. Também deve promover o acompanhamento e o monitoramento de projetos relativos aos esforços para a abertura de novas vagas e velar pelo cumprimento da legislação pertinente.

Ora, é nesse espírito que se empreende o debate do posicionamento do Conselho Nacional de Justiça em face da política penitenciária judiciária, no elucidar da construção de um modal teórico (uma senda normativa, ou seja, pela normatividade) a partir da análise da prática da *accountability* das ações de execução penal na instância judicial – tal qual constitucional e legalmente conferidos ao CNJ.

A fim de anotar a legitimação do argumento, passa-se a tratar das políticas públicas judiciárias em concreto, em via de posicionar o quanto elabora o Conselho sobre o tema, examinando tal operar como forma estratégica de lida para a era do grande encarceramento.

²²⁰ BRASIL. Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009. **Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112106.htm. Acesso em 20 dez. 2023.

Em seguida, de relevância ímpar é envidar esforços teóricos para legitimar a atuação do Conselho no preenchimento de lacunas produzidas pela inércia/inação dos demais Poderes Públicos, o que se revela possível em que pese penda a tese de aparente ativismo, aqui reconhecido e operado em dialógico²²¹, daquela Corte, cuja missão é jurisdicional-administrativa.

Ao arrematar essas linhas da construção, resta sobremaneira oportuno examinar o pragmatismo no campo, por meio do levantamento e do elenco de ações de *accountability* institucional que fortalecem o elo entre o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça no sistema de justiça criminal-penitenciária, a conferir a abertura necessária para fundamentar a modelagem (ou metodologia) de análise de políticas públicas judiciais como aqui se procede.

3.1 O Conselho Nacional de Justiça no sistema de justiça criminal-penitenciária: *accountability* judicial e direitos fundamentais na execução penal

Como visto, a *accountability* pode comportar-se como uma espécie de instrumento para justificar ações, fatos e mesmo atitudes por meio de um objetivo ou finalidade²²². Tradicionalmente, a atuação de *accountability* denominada social pode produzir a aplicação de sanções de índole vertical, como a eleitoral (não eleição de políticos e/ou partidos) ou de índole mais de controle burocrático, mais horizontal (como a aplicação de sanções judiciais ou pelo Tribunal de Contas, bem como processos da destacada lavra do Ministério Público, dentre outras medidas).

²²¹ Tratando da postura dialógica do Poder Judiciário: KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. A ADPF 347 e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018. GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à Supremacia Judicial e diálogos interinstitucionais**. 267 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2015. p. 179. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.

²²² Aqui parece oportuno citar diretamente a curiosa reflexão do autor: “If accountability indeed addresses agents who hold power and dispose of some margin of discretion, it follows that accountability should not be confused with narrow notions of regulation, control, or steering. (...) Agents of accountability want to reach (partial) control over political decisionmakers. If they already were in (full) control, their mission would make no sense anymore”. (SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In.: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (Orgs.) **The self-Restraining State Power and Accountability in new democracies**. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999., p. 20/21).

Em relação à *accountability* vertical e sua implicação eleitoral, por razões óbvias, não se debaterá no presente estudo – não há falar em mecanismo direto com envergadura constitucional e institucionalmente válido de controle eleitoral do atuar do Poder Judiciário, ali não há membros eleitos, segundo o desenho constitucional vigente.

Na vertente social de cariz horizontal, caracterizadora de Estados Democráticos de Direito, os agentes estatais constitucionalmente legitimados por alguma relação institucionalmente válida com o poder ou como seu titular, qual seja o povo, limitam-se mutuamente. Esse modelo se encontra “na tradição do governo responsável e equilibrado”²²³, dado que horizontaliza as relações entre os Poderes, tal qual previsto na dicção dos freios e contrapesos (em derivação do art. 2º da CF/88²²⁴).

Quando a vertente horizontal é exercida seguindo o roteiro administrativo da jurisdição, no âmbito do Judiciário, como é conferido ao Conselho, tem-se a modalidade judicial (ou horizontal judicial, a primar pela inteligibilidade do termo).

Com efeito, os juízes e os Tribunais, de regra, não são eleitos pelo povo, mas gozam de vitaliciedade ou, eventualmente, de mandatos fixos, como nos Conselhos. No atuar ordinário da jurisdição, a independência judicial da construção de decisões e sentenças tende a promover o isolamento da influência dos membros do Judiciário dos agentes políticos que foram eleitos (do Executivo e do Legislativo)²²⁵.

²²³ ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro**. 2012. 258 f. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. (p.101). E vai além, o Professor ao lecionar, na mesma página de sua tese, que “[n]os aspectos da prestação de contas e da fiscalização, i) executivo presta contas aos outros poderes e órgãos e em especial para legislativo, ii) executivo e legislativo possuem seus atos revistos pelo judiciário, iii) os três poderes devem render contas ao povo (...). Para aprovar políticas importantes, há também necessidade de conjugação de esforços entre executivo, legislativo e judiciário. Uma política pública proposta pelo executivo necessita ser aprovada pelo legislativo, além de, em caso de contestação judicial, ser declarada legal e constitucional pelo judiciário.”

²²⁴ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

²²⁵ É claro que a independência judicial não representa uma abertura a alvedrios desmedidos. Novamente, em ROBL FILHO anota-se, *ipsis litteris*: “a *accountability* judicial decisional impõe ao magistrado que, na

Nesse contexto, o principal tipo de “agente” condecorado de um modal de *accountability* horizontal independente é o integrante do Judiciário, a desafiar a necessidade de identificar sobre quem recai a missão de “guardar o guardião” (e sobre como fazê-lo), eis o “judicial” das coisas.

Com a elucidação de uma rede de organizações (instituições) aqui encaradas como agências estatais responsivas, originariamente em 1988, pela Constituição Federal, e, posteriormente, pela Emenda à Constituição nº 45/2004 promovendo a criação do CNJ, veicularam-se meios para a formação de uma sociedade civil de alguma forma mais consciente do efetivar de direitos fundamentais, dado que a estrutura do Estado Democrático de Direito resta edificada em crescentes baldramas.

A relevância da prestação judicial obriga que os Tribunais e os Magistrados sejam (bons) gestores das demandas sociais e das necessidades políticas que lhes sejam atribuídas à análise. No exercício da função jurisdicional opera-se a *accountability* horizontal judicial (ou pelo Judiciário, como queira) em relação aos Poderes Executivo e Legislativo. No mesmo exercício da função “jurisdicional-administrativa”²²⁶ do Conselho Nacional de Justiça opera-se a *accountability* horizontal judicial interna (ou institucional), no âmbito do próprio Poder Judiciário – seria algo como “moldar o exercício da independência judicial”²²⁷.

Ocorre que, no âmbito da atuação institucional do Conselho Nacional de Justiça, o alcance dos níveis de controle pode – em alguma medida – ser percebido pelo público interno (Poder Judiciário) e externo (outros Tribunais que não o Conselho – ou o STF), de sorte que o aparente hibridismo lhe condecora de elementos capazes

sentença, apresente as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial. Essa forma de *accountability* também estabelece o sistema de recursos judiciais. Em caso de equívocos ou de não concordância de uma das partes na interpretação dos fatos, da lei e da constituição, existe a faculdade de apresentação de recurso para a mesma instância ou para um tribunal superior” ROBL FILHO, 2012. Op. Cit. (p.113).

²²⁶ A expressão aqui empregada de maneira proposital refere-se ao atuar do CNJ, órgão do Poder Judiciário, na definição sobre como aplicar o Direito, por meio de um exercício jurisdicional, havido no julgar dos processos e questões administrativas que lhe são submetidos (com a natural possibilidade de revisão judicial pelo STF). Também se refere ao atuar administrativo, quando orienta, por meio de normativos (administrativos) o próprio Poder Judiciário e seus Membros. Isto não importa dizer que o Conselho exerça função jurisdicional originária ou recursal, de índole processual.

²²⁷ ROBL FILHO, 2012. Op. Cit. (p.125).

de satisfazer, ao mesmo tempo, o comando Constitucional (em seu *métier* de atribuições), e a vontade do povo ínsita na própria ordem constitucional: envidar esforços no sentido de efetivar direitos fundamentais.

A ferramenta para aquela efetivação de direitos fundamentais é a política pública judiciária que, de uma só feita, elabora o programa de ação para o atuar do Judiciário e promove *accountability* em face dos resultados alcançados pelos variados órgãos judiciais (aqui entendidos Tribunais e juízes) em face daquele programa de ação e da Constituição da República.

No rol de fatos e mesmo de ações do Conselho que fortalecem suas pontes com o Supremo Tribunal Federal encontra-se a composição do colegiado de Conselheiros, que é integrado por 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: o Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal, nos termos do art. 103-B, da CF/88.

Veja-se que o Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (§ 1º do art. 103-B, da CF/88) a denotar a identidade física do Presidente do STF e do CNJ.

Na atribuição de funções, a Constituição Federal de 1988 (§ 4º do art. 103-B) veicula os atributos de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares ou recomendar providências; zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo, nessa senda, desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

Segue, com a competência para receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou por meios oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos Tribunais, podendo, para tanto, avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa, tudo de conformidade com a Constituição Federal.

Destacam-se, ainda, como funções a serem desempenhadas pelo CNJ: representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; e elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário e relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (nos termos do prefalado art. 103-B da CF/88).

Elucida-se que a Lei nº 12.106/2009 inseriu o ciclo das políticas públicas no rol de atribuições do Conselho. Incumbe ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF), o acompanhamento e a proposição de soluções – políticas públicas – em face de irregularidades verificadas no sistema

carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas, e mais, incumbe, ainda, promover o fomento da implementação de medidas protetivas e de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema prisional.

Portanto, a efetiva atuação de controle resta anotada pelo plano constitucional e as potencialidades do atuar do Conselho na elaboração de planos de ação, de normativos, de metas, enfim, de políticas públicas derivam da abertura semântica das providências administrativas que lhe são incumbidas, igualmente, pela própria Constituição Federal e pela Lei nº 12.106/2009. Em que pese, por vezes, invoque-se propositalmente o atuar “jurisdicional-administrativo”, não implica dizer que o Conselho seja instância jurisdicional originária ou recursal – isto não se depreende do texto constitucional.

Percebe-se que a implementação de políticas judiciárias nacionais e de programas, projetos e ações dos órgãos do Poder Judiciário compõem a própria execução da Estratégia do Judiciário, ínsita na Resolução nº 325, de 29/06/2002²²⁸. Dispõe aquele normativo que os órgãos do Poder Judiciário poderão utilizar as práticas publicadas pelo Conselho, para melhoria contínua da sua gestão administrativa e da sua prestação jurisdicional. E enuncia que se refere ao desafio de garantir no plano concreto os Direitos e Garantias Fundamentais (CF, art. 5º da CF/88), buscando assegurar o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como atenuar as desigualdades sociais, garantir os direitos de minorias e a inclusão e acessibilidade a todos²²⁹.

É nesse diapasão que se anota que o incremento da eficiência e, de tal forma, de *accountability* judicial exigem, assim, o desenvolvimento e a difusão do conhecimento pertinente à real situação em que se desdobra o exercício do Poder – isto para que sejam então engendradas medidas social e juridicamente conscientes.

²²⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 325 de 29/06/2020 - **Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365> Acesso em 03 jan. 2024.

²²⁹ Id. Descrição dos “Macrodesafios do Poder Judiciário e respectivas descrições” – Perspectiva Sociedade – GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Com propósito, o CNJ edita e publica, em sua composição Plenária, uma série de Relatórios que visam a normatizar métricas para a aferição da atuação do Poder Judiciário, compondo a já citada Gestão Estratégica daquele poder, a qual se revela contínua, ou seja, ostentando relativamente baixo grau de descontinuidade de programas entre as gestões do Conselho²³⁰. A capacidade de edição daqueles atos regulamentares é instrumento de evolução e desenvolvimento do Poder Judiciário – é *accountability* judicial, horizontalmente exercida, dentro da estrutura do poder.

Mas, qual é o relacionamento destes dados e fatos com o papel de formulador, executor e controlador/analista de políticas públicas do Conselho?

Como o CNJ desempenha um papel de controlador dos parâmetros legais e de fixador/formulador dos *standards* normativos para o atuar dos órgãos da Justiça (políticas públicas judiciárias), e ostenta, ainda, a capacidade de controlar atos administrativos de Tribunais (à exceção do Supremo Tribunal Federal), as suas atribuições de executor e controlador/analista de políticas públicas comunga da atribuição de responsabilização por resultados naquele Poder, ou seja, de *accountability* judicial.

Cabe asseverar que a capacidade de edição de atos normativos e/ou regulamentares pelo Órgão não se limita a disciplinar as formas de coleta de informações que embasem seus julgamentos administrativos. Com o instituído pelo inciso I do § 4º do art. 103-B da Constituição Federal, ao Conselho resta o dever de “zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”.

A polêmica, porque ampla, atribuição de o CNJ expedir os atos regulamentares no âmbito de sua competência é uma própria manifestação das facetas da *accountability* desempenhada pelo Conselho sobre – como alhures visto – Magistrados, Servidores, Órgãos Judiciais e Serviços Notariais.

²³⁰ PEREIRA, J. C. M. **Descontinuidade na Administração Judiciária. Análise das Iniciativas do CNJ na Execução Penal.** ENAJUS - Encontro de Administração da Justiça, 2019.

Aquela questão, de fato, envolve a clássica discussão acerca da diferença entre a lei proposta, formulada pelo Legislador (agente estatal eleito e dotado da competência de legislar), e os atos normativos elaborados por outros agentes estatais (sejam eleitos ou não eleitos, como os burocratas do Executivo ou do Judiciário). Cuida-se de discussão conceitual que se revela importante em outras dimensões da teoria do Estado e do Estado de Direito, mas que não compõe o polígono de análise estabelecido pelas linhas metodológicas aqui lançadas²³¹, segundo os descritores originalmente narrados (fundamentos de uma análise institucionalista das políticas judiciárias).

Nessa senda, como, contemporaneamente, o Poder Judiciário exerce competência para o estabelecimento de atos regulamentares, a presente releitura sobre a arquitetura de atuação regulamentar do Conselho Nacional de Justiça conclui que não poderia o Órgão, com fulcro no inciso I, do art. 103-B, da CF, estabelecer novos direitos e deveres, ou criar regras gerais e abstratas, ou, ainda, restringir direitos fundamentais. Esse poder regulamentar, vocaciona-se a concretizar leis formais já estabelecidas, por meio de sua competência e, excepcionalmente, poder concretizar diretamente a Constituição Federal de 1988 – como o faz nas políticas públicas judiciárias, mas não é somente esse o modo de operação do CNJ.

É possível encontrar nos atos normativos do CNJ a regulação da inteligência artificial no Judiciário²³², na área de saúde, a exigência de que todos os Tribunais não só criassem espaços de discussão interinstitucional da política de saúde, mas também que especializassem varas e juízes para tal trabalho²³³, e, ainda, em normativos que

²³¹ Para os objetivos aqui pretendidos, incumbe obtemperar que as características erigidas denotam que a lei não é concebida, não é pensada para regulamentar caso em específico ou mesmo concreto, mas para regulamentar as situações futuras que – de alguma forma – encontram-se na base de incidência legal. Para tanto, recorre-se a CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

²³² RIBEIRO PORTO, F. O Microsistema de Justiça Digital Instituído pelas Resoluções CNJ. **Direito em Movimento**, 2021. v. 19, n. 2, p. 130–152.

²³³ VASCONCELOS, N. P. De. Solução Do Problema Ou Problema Da Solução? STF, CNJ e a Judicialização da Saúde. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, 2020. v. 6, n. 1, p. 83–108.

tratam da titularidade da concessão do ato de outorga de delegação, quando normatiza serviços notariais e de registro²³⁴.

Tais são casos específicos que exemplificam o alcance da atuação do Conselho, que está intimamente ligada à performance do Supremo Tribunal Federal (o único Órgão da estrutura do sistema judiciário que não se submete à fiscalização da instituição de controle interno/externo, e que é também quem vaticina – em última instância – as atividades conselheiras). Não há olvidar que compete ao STF apreciar as ações do CNJ (competência constitucional originária para processar e julgar as ações contra o CNJ, nos termos do art. 102, inciso I, alínea ‘r’, da CF/88) – a denotar que o Conselho segue o Supremo.

No sistema de justiça criminal, os arquétipos das atribuições e competências administrativas do atuar “jurisdicional-administrativo” do CNJ pululam²³⁵.

A exemplificar o cabedal normativo que confere suporte às ações do Conselho, rememore-se a importância dos processos de individualização da pena – que se materializam nos procedimentos de classificação, quando do ingresso das pessoas nos sistemas. Tal individualização reflete as Regras de Nelson Mandela, as quais estabelecem que “as administrações prisionais devem ter em conta as necessidades individuais dos reclusos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade” (Regra 2)²³⁶. Referidas Regras também enunciam que os

²³⁴ DIAS, M. T. F.; MENOSSI, R. De C. Os Limites Da Competência Normativa Do Conselho Nacional De Justiça (CNJ) Face Aos Serviços Notariais E De Registro. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, 2017. v. 3, n. 1

²³⁵ ROBL FILHO, 2012. Op. Cit. (p.226): “Desse modo, é óbvio que o judiciário possui uma responsabilidade social de, por meio de suas decisões pautadas na livre interpretação das leis e da constituição (independência judicial decisória), concretizar os direitos dos cidadãos. O parâmetro de concretização da cidadania representa um elemento de accountability institucional que informa a maneira pela qual a independência judicial deve ser exercida”.

²³⁶ UNODC. Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Regra 2: 1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não haverá discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, propriedades, nascimento ou qualquer outra condição. As crenças religiosas e os preceitos morais dos presos serão respeitados. 2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem levar em conta as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. Medidas para proteger e promover os direitos dos presos portadores de necessidades especiais são necessárias e não serão consideradas discriminatórias. (Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf Acesso em 19 dez. 2023).

programas e serviços assistenciais “devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos presos” (Regra 4)²³⁷.

Tais normas reportam o respeito aos direitos fundamentais encetados nas características e nas trajetórias individuais dos sentenciados, a reforçar o princípio da individualização como modal de estratégia de prevenção de violações e como forma de garantia de direitos dentro das unidades prisionais. Bem assim, aquelas Regras forjam uma atmosfera de preparação para a vivência da (e na) liberdade.

Isto se opera tal como igualmente preconizado pela Lei de Execução Penal, como *e.g.* na separação entre presos preventivos e presos condenados, valoroso critério de preservação da integridade física do ser humano e de sustentabilidade do próprio sistema de execução, em que pese ainda não adotado em completude no sistema prisional brasileiro, mas que, operacionalmente, tente a produzir intervenções penais cada vez mais apropriadas.²³⁸

De mais a mais, no campo do Direito Material e Processual Penal, veja-se que os artigos 82 e 84 da Lei de Execução Penal²³⁹ estabelecem critérios específicos

²³⁷ UNODC. Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Regra 4: 1. Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. 2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos. (Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf Acesso em 19 dez. 2023).

²³⁸ UNODC. **Handbook on the Classification of Prisoners**. Criminal Justice Handbook Series. New York, May 2020. p. vii.

²³⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. (...) Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. § 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. § 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados. (...) Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. § 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada. § 3º

visando a separação das pessoas privadas de liberdade, com expressa previsão de divisão entre presos condenados e provisórios, entre condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados, reincidentes na prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa etc. E, nas normas extravagantes, critérios de separação dos presos temporários (artigo 3º da Lei nº 7.960/1989²⁴⁰) e dos presos por dívida de prestação alimentícia (artigo 528, § 4º, do Código de Processo Civil²⁴¹), de sorte que esses não podendo compartilhar os espaços de privação de liberdade alocados aos demais presos.

Interna corporis, o Regimento Interno do CNJ anota as atribuições do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), instituído pela multicitada Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009. Trata-se, na dicção regimental, de órgão do CNJ “de acompanhamento e fiscalização do sistema carcerário e de execução de medidas socioeducativas no âmbito do Poder Judiciário”²⁴², que tem como objetivo o monitoramento e a fiscalização do cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes.

O Regimento Interno do CNJ (RICNJ) também veicula como objetivos do DMF, dento outros, que poderão ser estabelecidos administrativamente: “planejar,

Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

²⁴⁰ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária.** (...) Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

²⁴¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** (...) Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. (...) § 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

²⁴² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno** Nº 67 de 03/03/2009 - Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências (art. 40-A). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124> Acesso em 5 jan. 2024.

organizar e coordenar, no âmbito de cada Tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes” e, ainda, “para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias”; “acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas”²⁴³; bem como promover o fomento da implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário.

Figuram, ainda, como objetivos do Departamento: “propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos” e, ainda, realizar “estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria”; cabe acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação aos sistemas carcerário e de medidas socioeducativas; bem assim “acompanhar a implantação e o funcionamento de sistema de gestão eletrônica da execução penal e de mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias”; e “coordenar a instalação de unidades de assistência jurídica voluntária no âmbito do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas”. Alfim, incumbe ao DMF/CNJ realizar o monitoramento e “fiscalizar as sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferidas contra a República Federativa do Brasil”²⁴⁴.

Ora, o plano normativo é claro ao condecorar o Órgão de um seriado de atribuições e incumbências atreladas à seara de políticas públicas judiciárias derivadas – como se sustenta adiante – de decisões judiciais prolatadas pelo STF, e mais, para a consecução dos objetivos institucionais do DMF, anota o RICNJ que o Conselho Nacional de Justiça poderá estabelecer “vínculos de cooperação e

²⁴³ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno** Nº 67 de 03/03/2009 - Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências (art. 40-A). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124> Acesso em 5 jan. 2024.

²⁴⁴ Id.

intercâmbio com órgãos e entidades públicas ou privadas, nacionais, estrangeiras ou supranacionais, no campo de sua atuação” e “celebrar contratos com pessoas físicas e jurídicas especializadas”²⁴⁵.

Do ponto de vista da legitimação institucional interna, tem-se que o Departamento será coordenado “por 1 (um) juiz auxiliar nomeado pelo Presidente do Conselho Nacional de Justiça e supervisionado por 1 (um) Conselheiro designado pelo plenário”, de sorte a garantir representatividade aos membros do Judiciário tanto internos ao Conselho quanto da própria Magistratura, e contará com uma estrutura de cargos em comissão e funções comissionadas.

Assim, tal quilate de poder normativo do CNJ, instituição que se sujeita – aparentemente – apenas ao controle do outro Órgão com o qual compartilha sua cadeira de poder diretivo, a Presidência, bem como parte de sua cúpula, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal, é adornado do relacionamento STF/CNJ.

Para além, a composição e o modo de funcionamento do Conselho *pari passu* ao atuar do Supremo Tribunal Federal parece induzir a um nítido processo de centralização e federalização – explicita-se: ao STF, instância judicial (e jurisdicional) de cúpula do Poder Judiciário, incumbe a partilha com o CNJ, instância administrativa de cúpula do Poder Judiciário, do definir dos rumos e dos moldes do agir dos Membros daquele Poder, denotado na corporificação da vontade das políticas públicas judiciárias.

O desenvolvimento de normativos pelo CNJ, fazendo referência ao sistema prisional e ao sistema socioeducativo, considerado como embasado em decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal, revela-se importante estudo de caso acerca da capacidade institucional do CNJ de normatizar matérias que poderiam – em tese – integrar a competência legislativa ordinária do Poder Legislativo, tal qual constitucionalmente disposta.

Apesar da existência e vigência de todo esse aparato normativo, o Brasil ainda não logrou compor arranjos institucionais capazes de o transformar em país dotado

²⁴⁵ Nos exatos termos do § 2º do art. 40-A do citado RICNJ.

de estruturas administrativas apropriadas ao encarceramento (de massa) das pessoas alcançadas pelo sistema de justiça criminal.

3.2 Posicionando a produção institucional/documental do CNJ como estratégia em face do encarceramento de massa

Sabe-se que o engendramento de iniciativas que apontam a um objetivo pode convolar-se na forma de política pública – sobremaneira caracterizada pelos feixes de ações transversais (jurídicas, econômicas, administrativas, de pessoas etc.). Os processos que sustentam a elaboração / implementação / aprimoramento desses feixes de ações necessitam de constantes avaliações e monitoramento.

É nas etapas de monitoramento e/ou avaliação que as práticas havidas no contexto das políticas públicas podem sugerir possíveis reformas operacionais, realocação de recursos, ou mesmo redesenho da política pública. De tal sorte, demanda-se a atualização contínua e constantemente motivada das metodologias que se dediquem à avaliação desses programas.

No campo da política pública judiciária, aqui, do Conselho Nacional de Justiça, as abordagens metodológicas dessas avaliações devem vocacionar-se a atender à Estratégia Nacional do Poder Judiciário²⁴⁶, cuja agenda ocupa a mesa de trabalhos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), encarregado do mister de alinhar as instituições sob sua responsabilidade, resolvendo eventuais falhas e atuando na otimização dos processos imbricados.

A partir das informações produzidas pelo cabedal de análise da política pública judiciária torna-se possível a promoção dos (necessários) debates institucionais, orientados – normalmente – a abordar os problemas prioritários. Para enfrentar essa série de desafios, os quais abrangem a escorreita compreensão dos fatores endógenos e exógenos do atuar dos Tribunais, é necessário munir o CNJ de elementos fundantes de uma análise orientada para as especificidades do Poder

²⁴⁶ A Estratégia vigente (2021/2026) configura-se em elementos como missão, visão, macrodesafios e respectivos indicadores de desempenho, e define as diretrizes para todos os tribunais e conselhos do Poder Judiciário traçarem seus próprios planos estratégicos.

Judiciário, valendo-se – por óbvio – das técnicas e tecnologias já disponíveis para a seara consagrada das políticas públicas amplamente consideradas.

A ciência acerca dos pontos críticos é tarefa de que se incumbe a análise da política públicas, e revela-se de fundamental importância para o desenvolvimento de uma eficaz agenda programática para os desenhos e redesenhos sistêmicos que se exigem. Da etapa de análise, exsurge a percepção acerca da interação entre interesses jurídicos, técnicos e sociais variados e que devem ser levados em consideração para a formulação da agenda de elaboração e implementação / correção de políticas judiciárias.

Fato é que o aprimoramento do Poder Judiciário – encetado pelas políticas públicas em seu bojo atuadas – demanda, naturalmente, discussões jurídicas e político-sociais a fim de conferir transparência às ações e enredar-lhes validade. As políticas públicas elaboradas pelo CNJ, marcos referenciais para o Poder Judiciário, como dantes discutido, experimentam e experimentarão câmbios, mudanças nos seus padrões operativos, isto é natural para esse setor.

Como resposta, aparenta-se que a elaboração dos planos responsivos às ordinárias oscilações da ação pública não é suficientemente organizada, com diversas ações tendo seu escopo desconectado do todo, sem uma consideração política adequada em sua formulação e acompanhamento²⁴⁷. É que há imperfeições na caixa “de instrumentos de gestão de metas, como planos de gestão”, o que encerra “prejudicando a transparência e a capacidade de gestão do próprio órgão em relação a suas políticas, afetando sua atuação no médio prazo”²⁴⁸.

As dificuldades de coordenação das ações, já reconhecidas documentalmente pelo próprio Conselho tendem a fragilizar a formulação, a execução e, certamente, a

²⁴⁷ Como reconhece o próprio GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. 2021. Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf> Acesso em 6 fev. 2024).

²⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. 2021. Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf> Acesso em 6 fev. 2024

avaliação da política pública judiciária, a desafiar a sua legitimidade perante a sociedade: a carência de métodos capazes de enunciar a organização, o alinhamento e os ajustes contínuos no desenvolvimento dos objetivos traçados pela política pública compromete a agenda de desenvolvimento dos direitos na ação pública encerrados.

Certo é que o Conselho desenvolveu documentos próprios²⁴⁹ para dispor acerca dos mecanismos e instrumentos de atuação na seara da política penitenciária. Para os objetivos do presente texto, a análise das Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional e do Diagnóstico de Arranjos Institucionais e Proposta de Protocolos para Execução de Políticas Públicas em Prisões são pontos de destacado relevo.

No tocante ao documento versado nas Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional, tem-se que veicula “conceitos e estratégias típicas do gerenciamento de políticas públicas, de forma adaptada à realidade do Poder Judiciário”. O documento destina-se a “todos (...) que atuam na coordenação dos processos de formulação, planejamento, implementação, monitoramento e avaliação de políticas judiciárias nacionais do CNJ”²⁵⁰.

Já no pertinente ao Diagnóstico de Arranjos Institucionais e Proposta de Protocolos para Execução de Políticas Públicas em Prisões, verifica-se que é

²⁴⁹ Exemplo, dentre a miríade de ações do CNJ, é o multi institucional Programa de fortalecimento das ações de monitoramento e fiscalização dos sistemas prisional e socioeducativo. “Em novembro de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) assinaram o projeto de cooperação técnica internacional BRA/18/019 – Fortalecimento do Monitoramento e da Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo”. (...) “Para tanto, o programa articula-se nos seguintes eixos de trabalho: i. estratégia para a redução da Superlotação e Superpopulação carcerária no Brasil desenvolvida e implantada. ii. estratégia para controle do quantitativo de adolescentes em privação de liberdade desenvolvida e implantada. iii. subsídios para a promoção da cidadania e garantia de direitos das pessoas privadas de liberdade no Sistema Prisional e Socioeducativo desenvolvidos. iv. projeto Penas Inteligentes, contemplando a disseminação nacional do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), implantado e avaliado. v. gestão eficiente e gestão do conhecimento do projeto realizadas”. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico de arranjos institucionais e proposta de protocolos para execução de políticas públicas em prisões [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/bitstream/123456789/567/1/Diag_Arranjos_Inst_eletronico.pdf Acesso em 6 fev. 2024.)

²⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. 2021. Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf> Acesso em 6 fev. 2024.

vocacionado a “realização de estudos, avaliações e planos, bem como a criação de mecanismos e instrumentos que potencializam a implantação, a disseminação e a sustentação de capacidades técnicas, conceituais e operativas” que sejam “voltadas ao aperfeiçoamento das políticas penais e de medidas socioeducativas no país”²⁵¹. Cuida-se de esforço interinstitucional engendrado entre os Poderes Judiciário e Executivo, com o fito de fomentar a disseminação das ações desenvolvidas no âmbito da Execução Penal.

Para além, e não em vão, no trato documental da política penitenciária judiciária o Conselho também desenvolveu três postulados para a gestão da política prisional: (I) Os sistemas penitenciários Federal e Estaduais deverão ter como foco o reconhecimento da igual dignidade entre os diferentes atores que com eles interagem, promovendo os direitos humanos, a justiça social e a vida; (II) A população prisional como sujeito dos processos e (III) A prisão como forma final da punição: uma perspectiva de desencarceramento, de promoção das alternativas penais e de participação social.

O postulado primeiro, relativo à promoção dos direitos humanos na conjuntura da execução penal revela-se de fundamental importância para a gestão da política pública penitenciária, haja vista desdobrar-se em elemento volitivo empenhado a garantir, em alguma medida, a justiça social. Urge assegurar igual dignidade entre os variados atores do sistema.

O segundo postulado refere-se aos avanços e retrocessos derivados da constante tensão que se instala entre as forças políticas que, de um lado, buscam ampliar os direitos humanos e, de outro, aquelas que pretendem restringi-los. Perfilhar as condições da desumanização do sistema prisional, forte na atual subjugação e

²⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diagnóstico de arranjos institucionais e proposta de protocolos para execução de políticas públicas em prisões [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/bitstream/123456789/567/1/Diag_Arranjos_Inst_eletronico.pdf Acesso em 6 fev. 2024.

concepção de monstruosa imagem no imaginário social representam formas de violência institucional – as quais devem ser consideradas na aplicação das políticas.

No tocante ao terceiro postulado, derivado da percepção da prisão como forma final da punição, adotando-se uma perspectiva de desencarceramento, de promoção das alternativas penais e de participação social em todas as esferas e instâncias possíveis deve primar pelo direito de o indivíduo projetar alternativas de uma vida diferente, a evitar o retorno à prisão.

Tais postulados seguem a combater – ao menos enquanto enunciados teóricos válidos e úteis – o agravamento do problema da reintegração na sociedade. O espaço multidimensional e multifacetado que contorna o cárcere deve tratar com as variadas representações de realidades.

O encarceramento em massa é procedente dos problemas estruturais de percepções malfadadas dos direitos fundamentais dos detidos, a produzir as disfunções amplamente determinadas pela ausência de estudos e de desenvolvimento de técnicas prisionais baseadas na experiência nacional.

Ao que se percebe, sistematicamente, a falta de observação da produção científica da realidade brasileira produz direto impacto nos direitos das pessoas submetidas à privação de liberdade, malbaratando a otimização dos processos antecipados pela Lei de Execução Penal.

Diante de tal quadro, destaque-se que o CNJ anuncia 13 (treze) princípios para a gestão da política prisional, compondo documento de mais de 150 (cento e cinquenta) páginas de argumentos, análises e fundamentos para a atuação dos envolvidos na dinâmica de execução.

Os referidos princípios podem ser catalogados e sintetizados em uma tabela, a elucidar as vertentes deles resultantes. Senão, veja-se:

Tabela 1 – Princípios para a gestão da política prisional

| PRINCÍPIOS | VERTENTES/SIGNIFICADOS |
|---|--|
| Nº 1 – da segurança dos ambientes prisionais | A política prisional deve garantir que as prisões sejam configuradas como ambientes seguros: para a preservação da vida e da dignidade da população encarcerada, para o exercício profissional de todas as categorias que nela atuam, para todos os demais atores que com ela interagem. |
| Nº 2 – da liberdade como prioridade | No que tange às rotinas procedimentais, a gestão prisional deverá garantir o equilíbrio entre as ações de contenção, de segurança e de disciplina e as ações de promoção da cidadania. A garantia de todos os direitos e serviços legal e constitucionalmente assegurados, compreendendo a segurança do ambiente prisional como resultante do respeito à igual dignidade. |
| Nº 03 – das pessoas privadas de liberdade como sujeitos de seus processos individuais e coletivos | À população prisional deverá ser garantido o direito ao protagonismo nos processos de ressignificação de sua trajetória individual e coletiva. |
| Nº 04 – dos deveres das pessoas privadas de liberdade e das responsabilidades da Administração Penitenciária | À efetiva garantia dos direitos legais corresponde a necessidade, pela população carcerária, de cumprimento dos deveres e obrigações também previstos legalmente, inclusive aqueles relativos à participação nas assistências e serviços oferecidos, além dos deveres referentes à preservação de um ambiente seguro para todos. |
| Nº 05 – do respeito às diferenças e da qualificação dos sujeitos | Deverá ser garantido o respeito às diferenças (de sexo/ gênero, raça/ etnia, idade, origem, nacionalidade, religião e outras) e seu reconhecimento nos processos de promoção da cidadania, ao que contribui a adoção de procedimentos de singularização da pena e de matriciamento para oferta de assistências e serviços, considerando os sujeitos em função de suas trajetórias criminais e grupos de pertencimento e respeitando seus interesses. |

Nº 06 – dos direitos civis, de informação e segurança individual

Desde o ingresso, passando pela custódia, até a saída, progressão ou desligamento do sistema penitenciário, os postulados da igual dignidade, do protagonismo dos sujeitos em cumprimento de pena e da perspectiva do desencarceramento deverão estar assegurados nos procedimentos e rotinas da Administração Penitenciária.

Nº 07 – da integridade física e mental das pessoas privadas de liberdade

Nenhuma pessoa privada de liberdade poderá ser submetida a maus-tratos, tortura ou tratamento desumano. Deverá ser assegurado, também, o direito à prévia informação acerca de regulamentos e sanções, de modo que nenhuma punição seja aplicada aos sujeitos por desconhecimento de suas obrigações.

Nº 08 – da integridade em trânsito e soltura

Todo e qualquer procedimento de remoção, transporte, soltura ou desligamento das pessoas privadas de liberdade deverá ser realizado com garantias de preservação da vida, da integridade e da dignidade dos sujeitos. Para tanto, deverão ser observados os procedimentos de sigilo e não exposição das pessoas, de segurança física e material, bem como de adequação para o transporte e/ou deslocamento, respeitando-se, inclusive, a legislação de trânsito vigente.

Nº 09 – da atenção aos egressos prisionais

O egresso prisional deverá ser considerado como cidadão em liberdade civil, resguardadas as limitações de sua condição legal. Nessa perspectiva, a Política Prisional deverá fomentar e apoiar a implantação/aprimoramento de iniciativas estatais ou não-estatais de apoio a egressos prisionais e familiares de presos, sobretudo por meio da inserção/ fomento destas iniciativas nas redes de atendimento vinculadas às políticas públicas e sociais e redes de inclusão produtiva e geração de trabalho e renda.

Nº 10 – da profissionalização dos serviços penais e de suas estruturas de gestão

A efetiva implantação de um Modelo de Gestão para a Política Prisional brasileira passa pela profissionalização da estrutura de gestão e dos quadros de servidores dos sistemas penitenciários dos estados. A

| | |
|---|---|
| | <p>abrangência destes sistemas, seja no tocante ao quantitativo da população encarcerada, seja com relação ao papel que as prisões ocupam nas políticas de segurança pública e justiça criminal, exige que cada ente federativo componha uma estrutura específica para tratamento da questão prisional.</p> |
| Nº 11 – do enfoque restaurativo na gestão de conflitos | <p>As prisões são lugares de constantes conflitos e de permanente tensão. Historicamente, esta característica foi administrada por meio do uso da força e da autoridade policial, bem como por meio de mecanismos extraoficiais de negociação e acordo entre equipes dirigentes e população carcerária. Defende-se a adoção de práticas restaurativas e instituição de mecanismos oficiais de mediação de conflitos, com direito à efetiva participação das pessoas privadas de liberdade e de seus familiares, bem como de organizações da sociedade civil, universidades e outros órgãos de representação dos poderes executivo e judiciário.</p> |
| Nº 12 – da participação social | <p>O regime democrático, assegurado pela Constituição Federal de 1988, deve ser um pressuposto também para o funcionamento do sistema penitenciário. Nesse sentido, privilegiará a participação efetiva da sociedade civil no processo de execução penal, prevendo formas diretas de proposição e acompanhamento da política penal, por meio da instituição de fóruns e conselhos e da realização de conferências sobre o sistema prisional.</p> |
| Nº 13 – das políticas de diversidades | <p>Todos os princípios e diretrizes propostos deverão promover os direitos específicos relacionados às questões de gênero, identidade de gênero, orientação sexual, raça, origem, idade, dentre outras. Esses direitos dizem respeito à arquitetura prisional e aos serviços penais voltados às áreas de cidadania, saúde, educação, trabalho, entre outras políticas. Deve ser dada atenção especial à manutenção/recuperação de</p> |

vínculo familiar, uso abusivo de drogas, saúde mental, cuidados para mulheres durante a gestação e puerpério, incluindo a atenção aos filhos nascidos durante o cumprimento de pena e àqueles que, estando em ambiente extramuros, necessitem de um apoio maior das mães.

Fonte: Elaboração própria a partir do Modelo de gestão da política prisional²⁵².

Os princípios erigidos pelo CNJ compõem plano fértil para a análise do feixe de ações relacionadas com a política penitenciária “judiciariamente” concebida. Perceba-se que a política prisional deve vocacionar-se a garantir que as prisões sejam (minimamente) ambientes seguros, seja para a preservação da vida e da dignidade da população encarcerada ou dos colaboradores implicados no processo de execução penal.

Urge, igualmente, a garantia de todos os direitos e serviços que sejam assegurados ao detento (legal e constitucionalmente) – isto é resultante do respeito à igual dignidade, a informar, em última análise, o protagonismo do reeducando nos processos de ressignificação de sua trajetória individual e mesmo coletiva.

Em tal vibração, urgente é o atuar garantindo o respeito às diferenças sexuais, de gênero, de raça ou etnia, de idade, de origem, de religião etc. Tal atuar é apanágio de reconhecimento do recluso nos processos de promoção da cidadania. Bem assim, ao egresso, considerado cidadão, no gozo de suas liberdades civis (deferidas conforme sua condição legal) devem as instituições fomentar e apoiar a implantação/ o aprimoramento de iniciativas de apoio aos reabilitandos e aos familiares de presos, enredando o fomento de iniciativas nas redes de atendimento vinculadas às políticas públicas e sociais.

Necessária, enfim, é a inclusão produtiva e a geração de trabalho e renda aos internos e egressos, a serem havidas pela profissionalização e pelas práticas que

²⁵² BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Modelo de gestão da política prisional [recurso eletrônico] : Caderno I: fundamentos conceituais e principiologicos / Departamento Penitenciário Nacional, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

consagrem a efetiva participação das pessoas privadas de liberdade e de seus familiares nos processos de execução.

A organização estatal brasileira para resposta à criminalidade tem optado, historicamente, pela expansão do sistema penitenciário, em decorrência da crescente complexidade do próprio sistema penal estabelecido. Os enredamentos do modelo de justiça da dimensão penal da justiça brasileira produziram o fenômeno do hiperencarceramento.

As multicitadas violações dos direitos fundamentais demandam estudos capazes de identificar as suas origens, atentos às realidades da população carcerária. Em que pese os avanços democráticos, advindos das diversas tendências políticas, ainda não se revelou possível a propositura de uma novel abordagem para a política penitenciária que se revele eficaz na defesa da própria vida.

As ações independentes e erráticas das instituições sobre as quais tradicionalmente recai o ônus da realização dos direitos fundamentais, materializados na política penitenciária, refletem a cultura institucional da opção por pautas capazes de produzir dividendos políticos, com verniz eleitoral, como anteriormente já narrado. A impopular pauta da execução penal não é ágil a promover a dignidade dos direitos fundamentais dos apenados e, pelo contrário, engrossa a narrativa da visão sociojurídica da prisão enquanto punição, não como alternativa para ressocialização.

3.3 A perspectiva de análise dialógica do Programa Fazendo Justiça como plano de efetivação dos direitos fundamentais

Como se pôde perceber, sob o aspecto institucionalista, os padrões de interações entre os órgãos do Judiciário decorrem do nível, da intensidade – enfim – do modal de *accountability* definido pelo Conselho Nacional de Justiça, que, ao promover a incorporação das políticas públicas pelo Poder Judiciário (o fenômeno da judicialização das políticas públicas), arvorou-se como coordenador de iniciativas, como gestor nacional e como mensurador interno.

Igualmente, calibrando os elementos práticos, ou seja, a produção institucional do CNJ, materializada nos documentos antes referidos, é possível identificar qual são as linhas mestras da estratégia daquele Conselho em face do encarceramento de massa. Em outras palavras, quais serão as políticas públicas judiciárias capazes de encarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional e como melhor executá-las, mensurá-las e – na presente proposta – quais são os melhores fundamentos para bem analisá-las.

É certo que algumas das condições de eficácia das normas jurídicas e, até mesmo, da validade da construção havida na jurisprudência são as questões históricas e culturais envolvidas. É também correto que, eventuais conflitos entre direitos fundamentais, seja entre si, seja com outros princípios, devem ser resolvidos por meio da melhor interpretação, da aplicação do princípio da proporcionalidade derivada do sopesamento entre os interesses aparentemente conflitantes²⁵³.

Conquanto seja possível admitir – em certos casos – eventual limitação aos direitos fundamentais tem-se que esta somente será legítima caso se dê com o objetivo de proteger valores constitucionais teoricamente tão caros quanto o direito temporariamente limitado. A limitação somente se pode operar após análise objetiva, havida por meio do sopesamento²⁵⁴ e, ainda assim, encontra barreiras que se erguem para preservar o núcleo essencial do direito fundamental momentaneamente mitigado (cuja carga de princípio já se discutiu alhures²⁵⁵), de sorte que não se produza o seu esvaziamento por completo.

É do sopesamento; do caminhar decidindo que a efetividade prática do princípio da separação dos poderes poderá ser instantaneamente minorada a fim de que se promova a adoção das medidas necessárias para salvaguardar os direitos

²⁵³ Aqui invocando ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. 4ª. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 277.

²⁵⁴ Cuida-se de encontrar uma solução razoável e, em tese, proporcional em circunstância nas quais ocorre uma “aparente” colisão entre direitos fundamentais. Aqui não se esboça ruborização em anotar que a técnica também se presta a sanar algumas questões de conflito entre regras, em agir afastando a lógica clássica e repelindo as regras de antinomia, que se revelam insuficientes para resolver um determinado assunto.

²⁵⁵ Nesse sentido, a abordagem de ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.

fundamentais da população prisional, garantindo-lhe a máxima eficácia possível na casuística; que resulta ao Judiciário se legitimar do agir de forma estrutural excepcionalmente e como agente de suas políticas públicas ordinariamente.

Em tais casos, a já sobejadamente qualificada omissão dos demais agentes públicos, que segue ocasionando a falha estrutural típica do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional²⁵⁶, é razão adicional que fundamenta as políticas públicas judiciárias na área, dado que se vocacionam a militar em garantia instrumental à efetividade dos direitos fundamentais.

Naturalmente assim não há malbaratamento do princípio da separação dos poderes, tão fundamental ao ordenamento jurídico pátrio (e expresso no artigo 2º da Constituição da República), em virtude do agir constitucionalmente autorizado e institucionalmente em paralelo, ou seja, em simultâneo, do CNJ em uma frente que, em alguma medida, também é atacada pelo Poder Executivo (veja-se, neste particular, o próprio CNPCP – o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁵⁷, integrante do Ministério da Justiça e Segurança Pública e encarregado da formulação, da execução e do acompanhamento do PNPCP – Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária).

Demais disso, tem-se que todo o arcabouço constitucional foi pensado e erigido na lógica de preservação da enunciada separação dos poderes, mas, igualmente, de conferência da máxima efetividade aos direitos fundamentais, de sorte

²⁵⁶ Relembre-se da miríade de lições havidas no julgamento da ADPF 347.

²⁵⁷ Na definição constante do próprio portal do Conselho: O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP é um órgão colegiado criado em 1980, suas atribuições estão previstas no art. 64 da Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210, de 1984). O Conselho é formado por profissionais da área jurídica, professores e representantes da sociedade civil. Constitui o primeiro dos órgãos da execução penal. Ao longo de sua história, o Conselho tem oferecido relevantes subsídios à implementação de políticas de Estado no âmbito criminal e penitenciário mediante informações, análises e deliberações para aperfeiçoamento das políticas públicas. Preconiza-se, para esse Órgão, a implementação, em todo o território nacional, de uma nova política criminal e, principalmente, penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada. (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp> Acesso em 12 jan. 2024).

que a ponderação (ou sopesamento) no atuar diário revela-se resposta sobremaneira útil e válida.

Não em vão, a Constituição lança vertentes da ideia de constitucionalismo dialógico, na medida em que permite a participação de atores variados nas decisões dos Tribunais Superiores²⁵⁸. Isto porque diante do extenso rol de direitos fundamentais, e em face da ideia de supremacia constitucional, o tutelar dos direitos fundamentais acaba por conferir alguma preponderância da atuação do Poder Judiciário²⁵⁹.

Pode-se arguir que, nessa senda, a atuação do CNJ, por meio de seus normativos que entabulam políticas públicas, por seus pedidos de providências que enfeixam a adoção de medidas e de ações públicas, pelos termos de parceria que celebra com o poder público ou com organismos privados ou internacionais, pode (e deve) revelar-se como provocação para os demais poderes da República que – de um modo ou de outro –, voltem os olhos para o sistema carcerário, precipuamente para o quadro de superlotação dos presídios.

De um atuar orientado pelo ativismo dialógico (informado pelo determinar da implementação de políticas públicas complexas pelos demais Poderes), o Poder Judiciário, em seu órgão de *accountability*, qual seja, o CNJ, tem, cada vez mais, como demonstrado, promovido a efetivação dos direitos e garantias individuais augurados pela Constituição, notadamente no que se refere à população carcerária, pelo próprio desenho e pela implementação das políticas públicas judiciárias.

Uma audaciosa observação merece ser tecida aqui.

A guinada institucional que o CNJ vem promovendo em seu papel deve ser informada, como este texto propõe, pelo diálogo no processo de implementação das decisões do próprio Conselho e do Supremo Tribunal Federal, e deve torná-lo capaz

²⁵⁸ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.

²⁵⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

de (paulatinamente) assumir o leme da execução do quanto se decide nas sentenças estruturais – logicamente nos moldes concebíveis orçamentária, material e pragmaticamente para o Judiciário. É assim que se parece alcançar o grau mais elevado – em termo de *accountability* – de realização das disposições da sentença (dos *decisi* do STF).

Adicionalmente, rememore-se que a formulação de políticas públicas e a sua consequente execução quando acompanhada da ausência de monitoramento pode ensejar o fracasso da decisão judicial que compõe seu *background*. Esse cenário é esboçado na atuação política do Judiciário, pois, em um Estado Democrático de Direito, a lei revela-se ação política, resultante da expressão das opções e mesmo do programa político do Governo.

Assim sendo, não existe fiscalização da constitucionalidade de leis “que não obrigue o Tribunal Constitucional a meter-se na política”²⁶⁰, e pode-se, por óbvio, prescrever que o controle de constitucionalidade é aparelho essencial às democracias contemporâneas²⁶¹.

A mudança de postura institucional do CNJ revela, com isto, cabedal apto a afastar o intervir judicial (judiciário) nas atribuições dos demais Poderes da definição de ativista, do contrário, deve aproximá-lo do constitucionalismo transformador²⁶², eis que promove mudanças sociais e fortalece o processo democrático, dado que concretiza direitos. A legitimidade do que se convencionou chamar de ativismo pode

²⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82.

²⁶¹ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, M. (org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 40.

²⁶² Nesse sentido, a lição dada por PULIDO, Carlos Bernal. The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court. **Introduction to I-CONnect Symposium–Contemporary Discussions in Constitutional Law – Part I. Blog of the International Journal of Constitutional Law**, Oct. 31, 2018. Disponível no seguinte: <https://www.iconnectblog.com/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/>. Acesso em: 12 jan. 2024. E, igualmente, a lição de ROA, Jorge Ernesto Roa. Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 210, 2019.

“residir no quão dialógica é a decisão tomada pelo Judiciário”²⁶³ e, se há pontes suficientemente visíveis entre a decisão do STF e o normativo do CNJ, o diálogo se aproxima do seu desempenho máximo.

Um tema que – como anota a presente tese – revela-se deveras problemático é a etapa de monitoramento das políticas públicas judiciárias. O avaliar ativo acerca da implementação e da execução das determinações do Conselho (em alguma medida, das ordens do STF), enfeixadas sob políticas públicas judiciárias, pode se dar na via dos mecanismos participativos, das audiências públicas, dos relatórios de execução/progresso e por meio das reuniões de acompanhamento. Este é o abrir de um processo de monitoramento que incentiva a discussão de alternativas políticas para resolver o problema estrutural detectado na decisão²⁶⁴.

Sabe-se que a esperança dialógica permite a promoção democrática. Tanto assim que os já estudados variados projetos do CNJ²⁶⁵, orientados à melhoria do sistema prisional demandam, por vezes, a colaboração dos demais poderes (especialmente do Executivo), e mais, os objetivos múltiplos veiculados pelas ações de políticas públicas versadas em termos de cooperação e parceria²⁶⁶, tudo conflui para a relação adornada pela dialogicidade, pela concretização dos amplos e severos comandos constitucionais.

Nesse contexto, com sobejadamente demonstrado, o Conselho Nacional de Justiça ostenta um papel de realce ao elaborar programas que contam com uma nova cultura institucional, conectada com o quanto o Supremo Tribunal Federal anuncia na

²⁶³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

²⁶⁴ Nesse sentido o conciso e claro texto de KOSAK, Ana Paula; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 1, 2020.

²⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema carcerário e execução penal**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>. Acesso em: 12 jan. 2024.

²⁶⁶ E.g. as ações de políticas públicas que buscam o aperfeiçoamento de estruturas para o atendimento aos jurisdicionados, o atendimento às mulheres, às crianças e aos adolescentes em situação de vulnerabilidade e a reinserção social de presos egressos do sistema prisional por meio do mercado de trabalho. Tudo no CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Acordos, termos e convênios**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-termos-e-convenios>. Acesso em: 12 jan. 2024.

quadra dos direitos fundamentais. Dentre as suas ações, uma que foi formulada em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, e com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), chama a atenção em razão de comportar-se como política “guarda-chuva” (dado albergar uma pluralidade de providências que enceta). Cuida-se do “Fazendo Justiça”.

O programa “Fazendo Justiça” foi iniciado em janeiro de 2019, sob a nomenclatura de “Justiça Presente”, assumindo o nome atual a partir de setembro de 2020. Nesse diapasão, cabe aprofundar a discussão da programática versada no Plano Nacional “Fazendo Justiça” que, originariamente com 28 (vinte e oito) ações para fazer frente aos históricos desafios que assinalam o quadro de privação de liberdade no Brasil, tende a promover aportes relevantes à análise da Política Criminal, em sua vertente Penitenciária.

Trata-se da construção de uma visão à luz da atuação do CNJ segundo as dicções da dogmática, como processo de elucidação de uma “tecnologia jurídica” pautada nas alternativas esboçadas pelos arranjos institucionais propostos, tal qual se demonstrará adiante.

O “Fazendo Justiça”, inicialmente arquitetado como resposta ao Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal já em 2015, no julgamento das cautelares da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, foi adiantado em cooperação com diferentes setores, nacionais e internacionais, empenhados com o aperfeiçoamento do sistema prisional. A iniciativa, inovadoramente liderada pelo Poder Judiciário, dedica-se, em síntese, a aprimorar as fases do ciclo penal, com vistas à estruturação e agilização das respostas estatais em face da dimensão da efetivação dos direitos fundamentais dos apenados.

Na dicção do próprio portal / sítio do Programa “Fazendo Justiça”, tem-se que “conta com o protagonismo do Judiciário para a articulação de atores em rede com foco na qualificação de etapas do ciclo penal e do ciclo socioeducativo”, que “[a]posta no diálogo interinstitucional em diferentes níveis federativos, fomentando ações customizadas a cada unidade da federação.” E anota seu direcionamento para fins de “aperfeiçoar os procedimentos de porta de entrada; garantir a regularidade no

cumprimento da decisão judicial nas medidas penais e socioeducativas e qualificar a inclusão social na porta de saída”²⁶⁷.

Para tais finalidades, o programa “propõe a criação ou melhoria de produtos, estruturas e serviços; promove eventos, formações e capacitações; gera produtos de conhecimento e apoia produção normativa do CNJ”²⁶⁸. Perceba-se que o monumental programa é a escolha ideal para que se perquiria a legitimação do papel do CNJ na senda das políticas públicas, é por meio da assunção dos eixos da política como planos (e como materiais) de exame que a perspectiva de análise dialógica se revela como plano de efetivação dos direitos fundamentais.

As plúrimas iniciativas do programa Fazendo Justiça adotam um modelo de gestão acaudilhado à mensuração de resultados e a promoção da sustentabilidade das ações nele encerradas. As suas diretrizes tangenciam aspectos da proporcionalidade penal, dos sistemas de identificação civil e socioeducacional, enfim, de elementos que minimamente envidam esforços para garantir algum grau de cidadania, sempre em ações que se mostram interdisciplinares.

Ponto nodal para que aqui – e em capítulo futuro – seja invocado o “Fazendo Justiça” é a adoção de metodologia de formulação das iniciativas baseada em referências da legislação e da jurisprudência pátrias e, ainda, a observância de tratados internacionais – sempre sob o mote dos princípios orientadores desse material normativo.

Estudar as dinâmicas da política penitenciária judiciária, na vertente dos feixes de ações do programa “Fazendo Justiça” é caminho que pretende melhorar a gestão prisional e pavimentar estruturas para a efetivação de direitos fundamentais dos alcançados. As missões constitucionais e as responsabilidades legalmente acometidas ao Poder Judiciário estabelecem a plataforma para que esse esforço institucional abrangente (muitas vezes empreendido em conjunto com os demais

²⁶⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas> Fazendo Justiça> Sobre o programa> Sobre o programa. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa/>. Acesso em 6 fev. 2024.

²⁶⁸ Id.

Poderes da República, como visto) sejam enredados nas ações do “Fazendo Justiça” com o fito de atingir um nível de atuação que garanta, por meio da gestão administrativa, a ambiência de efetivação de direitos fundamentais.

Fato é que a organização dos esforços demanda um planejamento abrangente das áreas eleitas como relevantes e, portanto, erigidas à agenda de ação. Nesse diapasão, destacam-se as atuações que normativa e dogmaticamente produzem maior influência e cogência na situação real como, por exemplo, a legislação específica (Códigos Penal e de Processo Penal e Lei de Execução Penal) e a Constituição – que se lhe empresta legitimidade.

As complexidades advindas das interações legais e seus variados e plurívocos efeitos na realidade social certamente devem ser considerados: os princípios constitucionais e os fundamentais direitos constitucionais atuam como balizas e justificativas capazes de arrostar os esforços em conduzir as mudanças institucionais aqui lançadas.

Se, de um lado, as instituições precisem de reconhecimento pelas suas organizações pares (como, na presente hipótese, um Poder enseja o reconhecimento de outro) para obter a legitimação e a aprovação das medidas mais complexas, que sobejam seus escopos se atuação originais, de outro, é o contexto de aplicação da supremacia da Constituição que garante o arregimentar dos atuais fundamentos de análise da política pública penitenciária judiciária.

As múltiplas áreas de atuação, os variados níveis de alcance das ações dos poderes ou os diversos níveis hierárquicos, agenciam díspares instrumentos de atuação e assimétricos agentes de poder. Tal disposição das coisas torna a articulação política assaz delicada para a promoção de qualquer mudança em larga escala do sistema já culturalmente estabelecido. A dificuldade de empreender essa mudança, que alude à alteração de apreciações historicamente estabilizadas dentro do multifacetado sistema de execução penal, pode (e deve) ser abordada sob o estilo principiológico – como procedido em seção anterior de texto.

Sopesar a modificação do assentir com comportamentos institucionais em novos escopos e tomados em larga escala enquanto manifestação de um processo de fortalecimento dos direitos fundamentais e princípios democráticos básicos (previstos na Constituição Federal) pode amortizar diferentes empecilhos que se erguem em oposição ao movimento de (re)legitimação e de (re)arranjo institucional do Conselho Nacional de Justiça no cenário Republicano brasileiro.

Desta feita, a apreciação dos arranjos institucionais que aperfeiçoam a estrutura do programa “Fazendo Justiça” confirma a intencionalidade do reforçar dos direitos fundamentais relacionados à população em privação de liberdade. Neste ponto, revela-se didaticamente possível diagramar um modelo que lance a configuração dos arranjos de execução da política penitenciária de modo amplo e, logicamente, também empregável pelo Poder Judiciário no interagir STF-CNJ.

Referida diagramação deve iniciar-se pelo reconhecimento (cogente) dos Instrumentos Normativos envolvidos na dinâmica sistêmica de execução penal, o que notadamente passa pela Constituição, pelas Leis, pela Jurisprudência (do STF) e por Atos Normativos (no caso, editados pelo CNJ). É o natural que se espera de um atuar juridicamente válido.

Na sequência, perquirem-se as dimensões e as limitações dos Arranjos Institucionais já empreendidos ou ainda afiançáveis, havidos entre os Órgãos, as Instituições, os Poderes e os Instrumentos políticos de legitimação. Na hipótese da política penitenciária judiciária, veja-se que o universo de atuação não é muito amplo, dado que abrange – para operacionalizar a estratégia – apenas o STF e o CNJ.

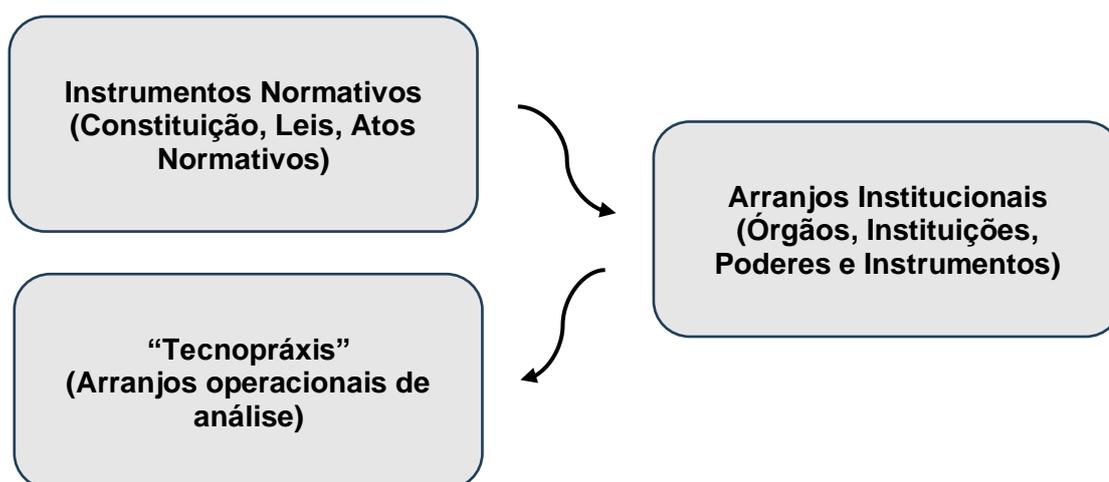
Com o espírito de conferir – na prática – o modelo diagramado proposto, como aqui se faz em relação ao Fazendo Justiça, após a ampla e profunda incursão dogmática realizada, invoca-se a expressão da “Tecnopraxis”²⁶⁹, aqui encarada como

²⁶⁹ Neste sentido, para a compreensão da temática e mesmo do emprego da expressão, remonte-se a ATIENZA, Manuel. La dogmática jurídica como tecno-praxis. In: **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 169-196., in verbis: Reconocer el carácter técnico de la jurisprudencia tiene, yo creo, efectos beneficiosos, porque ayuda a plantear mejor una serie de cuestiones, incluyendo la de cómo debe elaborarse ese saber. Tiene, por ello, también un componente crítico —al que ya antes me he

a resultante dos Arranjos operacionais de análise, capazes de justificar a manutenção, o ajuste ou mesmo a exclusão de ações da esfera da política pública em exame.

Perceba que das formas resultantes da interação (ou da opção do emprego) entre os Instrumentos Normativos e os Arranjos Institucionais deriva a “Tecnopraxis” – a análise da política públicas judiciárias esquematizada em arranjos operacionais extraídos das imbricações do atuar do CNJ com a jurisprudência do STF. A figura abaixo representa o modelo de análise que subsidia a metodologia de organização da análise aqui proposta:

Figura 1: Diagrama do modelo de configuração dos arranjos de execução da política penitenciária



Fonte: Elaboração própria

Repita-se, dos ordinários reconhecimento e aplicação dos Instrumentos Normativos envolvidos na dinâmica sistêmica de execução penal são formuladas, implementadas e executadas as políticas públicas judiciárias (no presente modelo, a política pública penitenciária judiciária envidada pelo Fazendo Justiça).

referido—ligado sobre todo a la posible conversión de esa técnica (o de algunos aspectos de la misma) en una tecnología. Esa es también, me parece, la manera de dar respuesta a la necesidad de conectar la dogmática con la ciencia: no empeñándose en descubrir en la ciencia elementos dogmáticos (lo que tiene poco recorrido), sino más bien mostrando de qué manera la dogmática jurídica podría beneficiarse utilizando (más bien con generando) conocimiento científico.

Em seguida torna-se necessário empreender levantamento acerca das dimensões e das limitações dos Arranjos Institucionais empreendidos pela política pública e daqueles que ainda se revelam afiançáveis. Referidos Arranjos são aqueles havidos entre os Órgãos, as Instituições, os Poderes e os Instrumentos políticos de legitimação – veja-se do arrote, nesta ordem firmado: STF-CNJ, CNJ-DEPEN, CNJ-PNUD.

Para conferir o verniz da inovação, da prática, ao modelo diagramado, é preciso interagir – como em *feedback* da política pública – com o quadro resultante da “Tecnopraxis”, denotada como as experiências e o desempenho das organizações. É a percepção dos Arranjos operacionais de análise, adequados a justificar a manutenção, a mudança ou mesmo a exclusão de ações da política judiciária, na hipótese, a penitenciária.

Com efeito, a evolução das metodologias de análise de políticas públicas, como se demonstrará em seção de texto vindoura, decorre do próprio discernir a respeito da eficácia e da eficiência das políticas públicas. Tal evolução influencia as dinâmicas políticas quando produz um entendimento maior no pertinente às dinâmicas internas do sistema penal, na sua dimensão de execução penal.

Não se pode olvidar de registrar que o foco do Estado na humanização do sistema prisional contrasta com a histórica tendência de alijar o indivíduo preso dos processos ordinários da sociedade. A introdução de novos *standards*, de novos parâmetros para narrativas de construção de representações sociais mais perfilhadas com o ideário constitucional dos princípios e direitos fundamentais dos detentos, o que passa por metodologias mais modernas e com incursões mais tecnológicas para a análise da política penitenciária.

A argumentação segue em sentido contrário à tendência marginalizadora do sistema de execução penal (e do próprio sistema penal) – a demanda é por revitalizar o propósito de reintegração social daquele que seja submetido à instituição, o que se opera por meio da interpretação das articulações legais do contexto jurídico brasileiro que atravessa diferentes níveis normativos, conceptuais, semânticos, institucionais e operacionais da atuação juspolítica.

Os elementos aqui produzidos nessa argumentação evidenciam que o Conselho segue o caminho de executor do quanto opera decidindo o STF e revela-se, adicionalmente, como provocador dos demais Poderes a fim de que tomem compromissos com a melhoria do sistema carcerário.

Seguindo essa concepção dialógica, o STF pode – em natural, e deve – assumir a relevante e fundamental voz para a definição do sentido da Constituição, necessitando o seu papel hermenêutico ser progressista, na toada de ser provocativo aos demais atores institucionais, a fim de que promova reações e inicie o diálogo subjacente à efetivação do texto constitucional. Nesse ponto, o Conselho Nacional de Justiça encarrega-se de promover a deliberação interna e colegiada, e se encarrega de enredar o agir dos demais Poderes, conferindo o ressoar do diálogo.

Muito embora não haja a explícita determinação constitucional para que o CNJ se responsabilize (*accountability* judicial) pelo monitoramento, pela fiscalização e, ora, pela análise e avaliação das medidas colocadas nas decisões proferidas pelo seu par (STF), verifica-se sua vocação institucional para tanto a partir de seu papel no sistema de justiça criminal-penitenciária. As miríades de revelação da *accountability* judicial institucionalizam pragmaticamente variados elos entre o STF e o CNJ.

A citada e percebida vocação para o campo das políticas públicas judiciárias é posicionada a partir da produção institucional e documental do CNJ como estratégia normativa para lidar com o encarceramento de massa. Tal papel, do CNJ para a senda das políticas públicas, é revelado e legitimado segundo a perspectiva de análise dialógica como mecanismo institucional de efetivação dos direitos fundamentais da população prisional.

Lançadas estão as bases para a argumentação do Conselho Nacional de Justiça como relevante ator, como guarida para a normatividade da prática da *accountability* judicial da execução penal e para os elos havidos entre STF e CNJ que serão iluminados adiante como faróis da fundamentação da metodologia de análise da política penitenciária judiciária.

CAPÍTULO IV – DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS STF-CNJ COMO FUNDAMENTO METODOLÓGICO PARA A ANÁLISE DA POLÍTICA PENITENCIÁRIA JUDICIÁRIA: ELEMENTOS PARA UM MODELO ANÁLITICO

A atuação do Judiciário (aqui representada pelo STF e pelo CNJ) no pertinente aos direitos fundamentais dos encarcerados, produz elementos capazes de auxiliar na avaliação e em eventuais ajustes das políticas públicas judiciárias. Tais adequações são legitimadas pela almejada garantia da efetividade dos direitos, face ao Estado de Inconstitucionalidade dos presídios brasileiros.

Nesse sentido é que o presente texto se tem orientado a (re)validar o alcance do discurso judicial na garantia de direitos fundamentais dos penalmente condenados, por meio da defesa da exploração de conceitos legais, doutrinários e das apreciações produzidos institucionalmente, pelas decisões e ações das Cortes, como ferramenta útil à análise da política penitenciária.

Não é demais anotar que o protagonismo do sistema jurídico na sociedade revela-se alvissareiro e intrigante fenômeno das ciências jurídica e política contemporâneas, compondo, também, roteiro de investigação da sociologia jurídica²⁷⁰. Fato é que referido protagonismo é alicerçado pelos Tribunais, instituições percebidas em razão de suas lastreadas, porém polêmicas e – por vezes –, aparentemente incompreensíveis atuações, mas rotineiramente integrantes do escrutínio público.

A discussão relativa a esse papel, de alguma natureza, político, dos Tribunais, liga-se intimamente a uma apreensão mais abrangente acerca dos vieses dos mecanismos de controle de legalidade, informado, por exemplo, pela tradicional constitucionalização de diversos direitos já devida e historicamente diferenciados, como os Direitos Penal e Penitenciário.

O aparente emprego da constitucionalização, da construção de cenários para desafiar a jurisdição constitucional, içando matérias ao STF, como via de se justificar

²⁷⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho**. Madrid/España - Bogotá/Colombia: Editorial Trotta / ILSA, 2010. E, igualmente, em: **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1990.

uma espécie de garantismo em relação a alguns direitos de maneira, a priori, desconexa das agendas ou forças políticas (sejam conservadoras ou progressistas), tal como se apresentam no campo político, pode produzir ruídos – a cuja redução se dedica a presente abordagem.

A, amplamente discutida, notoriedade pública das atividades que são engendradas de forma diversa do originalmente concebido para o âmbito dos Tribunais (apesar da divulgação midiática e do revelado alcance do imaginário popular) dá-se em apenas um número ínfimo de casos, quando comparados com a enorme dimensão do sistema judiciário e do volume de feitos que povoam a sua pauta. No entanto, a repercussão e a recorrência soem corresponder a um novo *standard* do atuar e mesmo de refutar algum intervencionismo do sistema judiciário no mundo comum²⁷¹.

Desta forma de obrar do Poder Judiciário pode surgir um desconforto estrutural ou mesmo um confronto com os outros Poderes constituídos, especialmente com aquelas instituições fortemente compostas pela classe política. Tal ressoar estrutural pode se materializar em embates com o Poder Legislativo, no interpretar das normas vigentes (cuja solução parece passar pelas facetas e limites no exercício da hermenêutica jurídica); e com o Poder Executivo (sob o desígnio, *e.g.*, da judicialização dos conflitos).

Acerca de tais confrontos merece destaque apenas lembrar a questão da legitimidade dos agentes e representantes públicos, notadamente quanto aos representantes eleitos (pelo voto e pela vontade da maioria) em regimes democráticos – de um lado – e os que ocupam cargo público por meio de outros provimentos também legítimos – de outro (Executivo e Legislativo de um lado, e Judiciário, de outro). A alterca sobre legitimidade resta, diante da própria normatividade Constitucional acerca do provimento de cargos e funções públicas, superada e

²⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia.** Desclée de Brouwer, 2003.

revisitada em face dos diferentes níveis e formas de agir institucional, como visto mais atrás.

Assim, também merece aqui algum realce a questão da capacidade institucional – a capacidade jurisdicional de engendrar, formular, executar, enfim, gerir a política pública (judiciária) – isto em razão das importâncias de recursos orçamentários/financeiros que envolvem e da sua aparente dicotomia com o exercício da função precípua do Poder Judiciário. Sobre este ponto, também seja revista a dicção das seções anteriores desse texto, com os argumentos atinentes à legitimação havida pela necessária (urgente) demanda por concretização de direitos fundamentais e mirem-se as anotações acerca da disposição constitucional das coisas, nos termos da consolidação do órgão de *accountability* e de gestão judiciária.

De mais a mais, a questão da independência funcional e institucional dos Tribunais também parece validar fundamentadamente a sua inserção no universo das políticas públicas. Tal característica do constitucionalismo moderno, umbilicalmente ligada ao equilíbrio entre os Poderes da República, confere maior isenção funcional amparada pelo apego ao texto constitucional, que deve ser característico, dos Membros da Justiça.

O atual papel de protagonismo sociojurídico, assumido pelos Tribunais revela-se, então, intercedido pelas percepções legais e socialmente construídas sobre os aspectos culturais, políticos e históricos, próprios de cada momento atravessado. O desenvolvimento político-jurídico da trajetória histórico-cultural das pontes estabelecidas entre os Tribunais e a sociedade²⁷² é campo pluridimensional e que elenca desafios nas variadas frentes de pesquisa.

A bem da verdade, percebe-se que a atuação dos Tribunais (novamente, para o presente estudo, STF e CNJ), seja aquela amplamente divulgada ou seja aquela de discreta rotina, revela relação não somente com as abordadas questões de

²⁷² A despertar curiosidade para estudo, a respeito dessa relação – mas em matéria/campo diversos –, é o trabalho de ASSUNÇÃO, Any Ávila. **A TUTELA JUDICIAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: DO FATO SOCIAL NEGADO AO ATO JURÍDICO VISUALIZADO**. Universidade de Brasília, Tese de Doutorado (2009).

legitimidade, de capacidade e mesmo de independência: trata-se de efeito do momento político que a envolve, podendo versar sobre análises integrantes de pautas mais específicas.

Ocorre que a conjuntura é contingente, como já se percebeu. Veja-se, *e.g.*, que o contexto econômico-social do país tende a influenciar a sua cultura jurídica em termos de operabilidade política de seus sistemas de direitos – mesmo que constantes do plano constitucional. As condições de possibilidades para o exercício e a fruição de direitos pode encontrar barreiras (certamente a contornar). Tais influências revelam a difícil defesa de uma análise isolada de cada Poder integrante do contexto jurídico de determinado Estado.

De se repisar que a argumentação do STF se orienta a fornecer elementos-chave para a elaboração de ações pelo CNJ, em um processo de formulação de instrumentos vocacionados à análise das políticas públicas, para o que é de se memorar o caráter plurivalente e a abordagem jurídica das políticas²⁷³.

Anote-se que a proposta ora aventada foi demonstrar como a utilização dos fundamentos jurídicos dos direitos fundamentais, nas decisões do STF, acerca da situação daqueles indivíduos, ao ser incorporada pelo CNJ, pode representar um mecanismo de proteção jurídica, produzindo, principalmente, elementos úteis ao campo de atuação dos encarregados da gestão de políticas públicas penitenciárias.

A perspectiva jurídico-institucional tem como característica a ênfase conferida aos aspectos normativos de um determinado problema público, dado que envida esforços no posicionamento do Direito como ambiente e instrumento basilar para a análise de políticas públicas. O destaque é, assim, para as normas estruturantes do

²⁷³ Tal como se dá na construção teórica de DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Políticas Públicas: Reflexões para um conceito jurídico**. Ed. Saraiva. UNISANTOS, SP, 2006. Na mesma inteligência, SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Trabalho e cidadania: dignidade humana e projeto de vida. **Revista AATR – Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia**, Salvador – Bahia, Ano III, p.90-102, 2005; BONAFONT, Laura Chaqués. **Redes de políticas públicas**. Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004; e AINSWORTH, Scott H. **Analyzing interest groups: group influence on people and policies**. New York e London: W.W. Norton & Company, 2002 – especialmente quando a legitimidade para a elaboração das políticas públicas entra em crise pela existência de grupos de influência na inserção dos direitos fundamentados na dignidade, na pauta Judiciária.

agir das instituições no processo de formulação, implementação e avaliação dos programas de ação (políticas públicas).

A fim de conferir fundamentação ao estudo que se empreende sobre os modelos de análise de políticas públicas existentes (e mais promissores para a abordagem jurídico-institucional, como se verificará adiante) é empreendida uma abordagem de Direito e Políticas Públicas (DPP), a qual visa compreender a moldura jurídico-institucional que sustenta as ações de políticas públicas, em vista do contexto no qual elas se inserem²⁷⁴.

Nesse diapasão, a análise jurídica de políticas públicas sói permitir ao pesquisador a identificação “dos objetivos que devem ser perseguidos pela política, os instrumentos a serem utilizados para alcançá-los, os canais de participação social e legitimação democrática e seus arranjos institucionais”, tudo isso a partir “das normas – que são a substância de que são feitas, cotidianamente, as políticas públicas”.²⁷⁵

A ideia é incorporar os juristas ao multidisciplinar campo de análise das políticas públicas, sob a normatividade que permeia os *iteres* de conformação da política. É urgente repisar a compreensão do elemento jurídico no *métier* dos arranjos institucionais havidos no seio das políticas públicas.

Com efeito, partido dos elementos que parecem induzir a concretização da política penitenciária e das condições legitimadoras da judicialização ocorrida na arena, passa-se ao estudo sistematizado do atual quadro de teorias de análise de políticas públicas, seus marcos teóricos e instrumentos que se relevam válidos para a proposta de análise. Em seguida, será procedido o cotejo do atuar do CNJ com os julgados do STF, a fundamentar ainda melhor o contexto de metodologias para a análise das políticas judiciárias.

²⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica. Uma análise baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (orgs.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017 (p.315).

²⁷⁵ BUCCI e COUTINHO, 2017. Op. Cit. (p.317).

A elucidar uma plataforma de análise da política de proteção dos direitos fundamentais dos presidiários, transitando pela apropriação da fundamentação das decisões judiciais como instrumento de análise da política pública judiciária, não só encerrar a ideia de que a interpretação dos Tribunais deve ser dissociada do rol de elementos que compõe a ação estatal. Pelo contrário, pode servir como instrumento de ação no campo das políticas públicas, na defesa de um diálogo institucional, intra (e entre) poderes que se revele construtivo, forte na promoção de condições para a efetivação dos direitos fundamentais.

Com isso, precede-se a argumentação que promove a interface da dogmática à tecnologia jurídica, passando pelos direitos fundamentais e pelas condições de possibilidades de eleição de fundamentos para a análise da política pública judiciária, na hipótese, penitenciária.

4.1 Dos elementos de indução à concretização da política penitenciária e do Estado de Coisas inconstitucional como condições legitimadoras da judicialização do campo

De certo modo, a análise ora empreendida sobre a situação da concretização de direitos fundamentais nos presídios domésticos – de inconstitucionalidade patente – mostra-se útil para a atuação dos agentes institucionais, na medida em que pretende evitar a pulverização das soluções topicamente elaboradas nos diferentes níveis de decisão da esfera pública.

Sob a tese, o plano de ação elaborado e estreado, ao propor uma interação pautada em um rearranjo ou redesenho do atuar institucional, dedica-se a proporcionar uma maior racionalidade ao processo decisório. Isso se dá, como visto, sob a compreensão da tendência hodierna de judicialização das questões atinentes às políticas públicas de índole penitenciária. Alcançar soluções sistematizadas por parte das atividades ordinárias e estanques consideradas dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo torna-se missão hercúlea, quando não agrava a situação de inconstitucionalidade.

É que, como antes referido, o papel dos Tribunais no debate jurídico e político contemporâneo flerta com a crucial atuação no combate a abusos de poder ou com os esforços para concretizar direitos. E, nesse mesmo plano, ocorre que, uma das limitações mais frequentemente reconhecidas pelos estudos acerca da operatividade dos sistemas de justiça é a propensão de os juristas procederem a análises isoladas.

A natureza que o Direito assume – mormente no âmbito de estudo e fundamentação das ferramentas de políticas públicas – revela-se um terreno sobremaneira disputado: é reinterpretado e reconstruído seguindo uma hermenêutica que, certamente, deve homenagear a cultura jurídica, política e social que lhe interpenetra. É por meio de uma abordagem abrangente do Direito que se torna possível operacionalizar devidamente os conceitos de análise de políticas públicas^{276, 277}.

Nesse sentido, em face da esperada porosidade do sistema jurídico; que lhe empresta, ao mesmo tempo, versatilidade para durabilidade e para aceitação social (construída, em variados casos, pela hermenêutica); tem-se que se vive em um ambiente informado por hibridações jurídicas-políticas-sociais. Isto porque as representações sociais são diversas nos múltiplos planos de ação e, se uma metodologia ou técnica funciona bem para a realidade do Poder Executivo, não significa que operará maravilhas na análise da forma de agir do Judiciário, como na presente hipótese, ou do Legislativo.

Por outra senda, e como referido em outra seção de texto, nota-se que o oportunamente declarado e institucionalmente reconhecido Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), tal como concebido, é um instituto ambicioso, cujos prognósticos intentam resolver os complexos e vultosos problemas de índole estrutural dos presídios por meio de comandos havidos pelo STF para o CNJ e para

²⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia**. Desclée de Brouwer, 2003.

o Poder Executivo no pertinente a elaboração de Planos Nacional e Estaduais de combate às mazelas no pertinente aos direitos fundamentais nas prisões²⁷⁸.

Não se pode deixar de retomar, neste ponto e para os fins de análises de políticas públicas penitenciárias judiciárias, o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). E assim será feito apenas para demonstrar como pode se dar a determinação judicial e não o diálogo institucional, mormente envolvendo Poder Judiciário (STF e CNJ) e Poder Executivo (nas esferas Federal, Distrital e Estaduais). Ou seja, o instituto do ECI não é mecanismo que contribua, por si só, com a análise de políticas públicas, mas é instrumento validamente empregável para adicionalmente fundamentar a tese da possibilidade de análise da política pública judiciária penitenciária com base nas decisões judiciais sobre o tema.

Em pesquisa sistemática nos buscadores de teses e de artigos jurídicos²⁷⁹, é possível discernir que a primeira invocação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional se deu pela Corte Constitucional Colombiana, com a prolação da Sentencia de Unificación (SU) 559 em 1997, ocasião em que aquela Corte, verificando que diversos professores do município de *Maria de La Baja*, reclamavam direitos previdenciários (já positivados e reconhecidos por normas infraconstitucionais), mas que não eram concretizado, seguiam negados pelas autoridades envolvidas.

Nas investigações daquele processo colombiano, constatou-se que havia uma falha estatal ainda maior, uma vez que o descumprimento das obrigações previdenciárias alcançava um significativo número de professores e que não se poderia atribuir a culpa à somente um Órgão e sim a um desarranjo institucional, denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

²⁷⁸ Anote-se, por outra via, a necessária cautela quando da invocação do Estado de Coisas Inconstitucional, que deve ser encarado com seriedade, no sentido de que o emprego inflacionário do instituto lhe proporciona um malbaratamento, a reduzir-lhe a eficácia. Não se trata de um antídoto adequado a resolver todos os problemas materiais e processuais da nação.

²⁷⁹ Por todos: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao “estado de coisas inconstitucional”**. 245 f. 2015. Tese de Doutorado. (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

A técnica jurídica de reconhecimento e, por conseguinte, da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional permite ao juiz impor aos Poderes Públicos a tomada de ações reputadas urgentes e necessárias ao afastamento de violações massivas aos direitos fundamentais. Incumbiria ao julgador, também, nos dizeres do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal (ora aposentado), “supervisionar a efetiva implementação”²⁸⁰ das medidas judicialmente determinadas.

Após a análise inicial (cautelar) daquele feito, o trâmite processual do STF registra anos de variados despachos com ofícios, análises de pedidos de ingresso como *amicus curiae*, intimações de autoridades etc. Fato é que o feito povoou (e povoa) a pauta do Tribunal desde o ano de 2015.

Em 4 de outubro de 2023, como referido alhures, ao finalmente apreciar o mérito da Arguição, o STF firmou a seguinte tese de julgamento “Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos”, e anotou que “Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória”²⁸¹.

A ementa determinou, ainda que “União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ)”, ou seja, em esforço concentrado entre Poderes Republicanos, “(...) deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal (...) especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes” e, ainda, “da entrada e saída dos presos”²⁸².

²⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Voto proferido no julgamento das Medidas Cautelares da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+347.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+347.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nh82k29>. Acesso em 16 jan. 2024.

²⁸¹ Id.

²⁸² Ibid.

Perceba o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas envolvendo, substantivamente, o Poder Executivo. Em homenagem a uma interpretação mais literal do princípio constitucional da Separação dos Poderes, a referida prática somente pode ser levada a efeito em casos excepcionais, como na presente transgressão grave e sistemática a direitos fundamentais, dado que foi constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal movida pelos bloqueios institucionais nos/ entre os outros Poderes.

É claro que a parcimônia recomenda a assunção da pauta da execução penal pelas instâncias por ela responsáveis, inclusive pelo Judiciário. No entanto, para se evitar aplicações retóricas e, por vezes, inflacionadas dos institutos do referido Estado Inconstitucional dos presídios, é necessária a responsabilidade na ação do próprio Poder Judiciário, o qual deve, com plena consciência, esboçar e seguir os limites de sua atuação. O caminho deve passar, assim, por um maior e mais aberto diálogo institucional.

Ao explorar os fatores que induzem à concretização de políticas públicas, é pertinente considerar a importância da existência de critérios claros e suficientemente mensuráveis para a avaliação do sucesso da ação pública, o que somente se torna viável por meios do planejamento estratégico e da avaliação contínua – estes devem ser informados pela resiliência, pela adaptação às mudanças no ambiente. Não se deve olvidar que a participação ativa da sociedade civil se porta como elemento-chave à concretização da política pública, é um item determinante para a consecução bem-sucedida do ciclo das políticas públicas.

De tal modo, face às decisões políticas de alta magnitude que tangenciam a seara dos direitos fundamentais dos encarcerados, camada inaudível no parlamento brasileiro, tem-se que a mera declaração judicial do ECI não resolve a crise. Mesmo a prolação de decisões fundamentadas, persuasivas, guiadas principiologicamente e adornadas por um profícuo exercício hermenêutico, pode servir de mero discurso, sem a devida força a cambiar as coisas.

O que se demanda não pode ser efetivamente sanado por meio simplesmente de um comando judicial, é um compromisso amplo, com um diálogo aberto, para

minorar o fatídico suplício do apenado. Por outra via, ignorar o papel do Judiciário, enquanto hermenêuta e veiculador da concretude do valor dos direitos fundamentais em sua jurisprudência, não parece contribuir para efetivar as políticas setorizadas – como aquela discussão circular que pretende afastar o componente judicial das políticas públicas.

No tocante ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional como paradigma autorizativo da opção que enceta a (necessária) interação entre os Poderes constituídos, veja-se que o dogma partiu do Judiciário, quando poderia ter sido estandardizado em qualquer processo decisório dos demais Poderes da República. No caso, como a questão envolve direta e explicitamente a interpretação constitucional e o exercício de direitos fundamentais com a efetivação de importantes princípios, como a dignidade da pessoa humana, destaca-se a assertividade do Poder Judiciário (e das funções essenciais à justiça, como, por exemplo, as destacadamente desempenhadas pelo *Parquet*).

Certo é que, em que pese o reconhecimento do quadro do ECI, ante a calamidade dos presídios domésticos, desde 2015, não se verificou – no plano fático – sistematização suficientemente bem engendrada para equacionar o cenário. Há, sim, a miríade de ações coordenadas pelo Conselho Nacional de Justiça, materializadas em políticas públicas judiciárias, que cuidam de gerenciar a administração das penas no contexto brasileiro – como o citado caso do programa “Fazendo Justiça”. A judicialização pode ser a porta-voz de quem não pode se comunicar, de quem não possui “lugar de fala” na democracia brasileira.

De fato, a estudada judicialização (retome-se uma vez mais: a apropriação da pauta da política pública por parte do Poder Judiciário – consubstanciado a multicitada política pública judiciária) justifica-se na assertividade do Poder Judiciário em alguns campos, como o pertinente à política penitenciária e a sua fundamentação na concretização de direitos fundamentais, de princípios como a dignidade, enfim, sói demandar uma abertura de aceitação pelos demais Poderes.

Está-se a esboçar uma afirmação importante: as falas produzidas pelo discurso do Poder Judiciário, a fundamentação das decisões judiciais, precisa ser

incorporada nas análises do sistema político²⁸³ e, especificamente, das políticas públicas judiciárias, sob pena de (ao afastar o Judiciário do jogo) forjarem-se compreensões incorretas acerca da dinâmica social, com uma baixa especificação do papel de atores relevantes no debate público.

Observe-se mais uma vez que, deslocar o Judiciário para fora do debate sobre políticas públicas, com esteio em uma ideia impingida do ultrapassado anacronismo da completa separação de poderes, configura uma estratégia que não pode ser avaliada. Anote-se a mesma observação acerca do argumento ancorado meramente na (teórica) falta de legitimidade democrática do Judiciário para atuar nas políticas públicas (sobretudo as judiciárias!), uma vez que “ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta”²⁸⁴²⁸⁵ por aqueles que diante da clara violação de direitos fundamentais defendem a chamada “contenção judicial”.

Além do mais, é perceptível que grupos de interesse procuram a instituição mais eficaz e, portanto, mais favorável para influenciar a política²⁸⁶ (ainda que de forma *ad hoc*), de modo que, escolhida a via judicial para o exercício dos direitos fundamentais, esposa-se outra razão pela qual é capital incorporar o Judiciário em análises de políticas públicas. Assim ocorre porque, segundo a ideia de *local-seeking*²⁸⁷, os atores políticos procuram os espaços institucionais que melhor lhes

²⁸³ TAYLOR. Op. Cit., 2008 (p.8).

²⁸⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais (in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599, (p. 590).

²⁸⁵ Encampa-se a ideia de Virgílio Afonso da Silva, na obra citada supra, quando o autor assevera que “(...) é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas- e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais (os juízes não dispõem das informações complexas que a implementação de políticas públicas requer)”, (p. 596).

²⁸⁶ TAYLOR. Op. Cit., 2008 (p.5).

²⁸⁷ A ideia de “local-seeking”, de TAYLOR, diz respeito ao emprego dos posicionamentos do Poder Judiciário enquanto forma discursiva de execução forçada, e relaciona-se com a força cogente, de cumprimento obrigatório, da decisão judicial. A mesma ideia é esboçada em ALBANESE, Giuseppe; SORGE, Marco M. The Role of the Judiciary in the Public Decision-Making Process. **Economics & Politics**, v. 24, n. 1, p. 1-23, 2012.

convêm, dado que tais espaços se ampliam com a capacidade de o Judiciário impor suas decisões – tornando suas posições sobremaneira importantes para a contestação, análise e correção das políticas públicas judiciárias.

Destaca-se, ainda, a estrutura institucional e de funcionamento processual do Poder Judiciário, a privilegiar a propagação das vozes do STF e do CNJ sobre as demais instâncias judiciais, máxime quando as Cortes aviam a apontar questões determinantes sobre a implementação ou correção de direitos fundamentais em determinada política, e esposam argumentos vinculantes do ponto de vista jurídico-processual – a judicialização do objeto revela-se, assim, deveras útil.

O papel do Judiciário, tal qual legitimamente exercido pelos juízes (Ministros do STF e Conselheiros do CNJ) pode ser, assim, encarado, em alguma medida, como democrático, pois é “o resultado do que eles preferem fazer, moderado pelo que eles acham que devem fazer, mas limitado por aquilo que eles percebem ser viável fazer”²⁸⁸.

O papel do Judiciário também pode conduzir-se, em paralelo, a atuar como uma força de restrição ou de apoio às ações do Executivo e do Legislativo, discordando, alterando ou concordando com a política de escolha e de determinação da agenda pública. Institucionalmente balizado pelos preceitos constitucionais e pela criação de ambiente propício ao desenvolvimento dos direitos fundamentais está o campo.

O agir judicial é, em tese, regularmente condecorado “de alta integridade, que não é propenso a pressão de políticos ou de outros assuntos do setor privado”, corroborando para o funcionamento dos sistemas políticos, ao evitar que as políticas públicas emergjam “das tentativas de grupos de interesse para afetar decisões políticas em seu favor”²⁸⁹.

²⁸⁸ TAYLOR. Op. Cit., 2008 (p.5).

²⁸⁹ ALBANESE, Giuseppe; SORGE, Marco M. The Role of the Judiciary in the Public Decision-Making Process. **Economics & Politics**, v. 24, n. 1, p. 1-23, 2012, (p.15).

Com efeito, por meio da construção de uma forte independência das instituições judiciais pode-se ensejar um cenário de maior desempenho da liberdade política²⁹⁰. Fato é que a independência judicial é, portanto, crucial para a eficácia de suas decisões, a demonstrar a aptidão para a produção institucional legítima de expressões utilizáveis no campo das políticas²⁹¹.

Enfim, no timbre da judiciarização, retorna-se à tarefa de elucidar o papel do Judiciário no campo das políticas públicas quando se volve à defesa dos fundamentos das decisões judiciais sobre direitos fundamentais dos presos, como “fala” produzida pelos Tribunais no exercício da sua missão institucional das políticas públicas neste setor (judiciárias).

4.2 Do quadro de teorias de análise de políticas públicas ao cotejo do atuar do CNJ com os julgados do STF: dos modelos de análise à fundamentação de uma metodologia para o campo das políticas judiciárias

A tarefa de robustecer o campo de análise da política penitenciária judiciária engendrada pelo CNJ com a carga discursiva dos julgados do STF, empregada como aditivo à fórmula de amparo aos direitos fundamentais dos encarcerados, demonstrou a existência – e a empregabilidade – de elementos-chave da decisão judicial para a ação pública.

Como notado pela leitura empírica dos julgados temáticos, a orientação da Corte abre plataforma para a composição de novos paradigmas de análise das políticas públicas. Nesse sentido, é de se afirmar que a admissão de vetores principiológicos e políticos na construção da decisão judicial é capaz de lhe adjudicar um grau de legitimação que favorece a sua instrumentalização. Ainda mais quando o

²⁹⁰ ALBANESE e SORGE. Op. Cit., 2012 (p.6): “(...) the beneficial effects of judicial independence for economic growth and social welfare, developing numerous indicators and providing evidence that countries with strong independence of judicial institutions enjoy higher economic performance and political freedom”.

²⁹¹ Id. (p.20): “(...) the efficiency of Judiciary - which directly affects the choice of the level of the control activity to establish - and its integrity - which is likely to induce distortions in court behavior. (...) even when allowing for a corruptible Judiciary, the control activity may prevent the group of interest from lobbying in the political equilibrium, whenever the judicial authority acts in a sufficiently efficient environment. (...) The independence of the judiciary is therefore crucial to its effectiveness, yet it is not sufficient, insofar as a fair judiciary must also be subject to mechanisms that hold it accountable for its institutional role.”

cenário mais realista para a questão presidiária, como visto, conta com aportes da crítica relação com a sua (im)popularidade.

A abordagem do Direito como arena reflexiva, pertencente ao universo social em que se insere, leva à percepção da interpretação institucional do componente jurídico da política (pública) como exercício de assimilação da força simbólica que se encontra em estado latente nas ações derivadas das ações que ensejam.

Para tanto, a ação decisória das autoridades judiciárias deve ser interpretada como uma “tecnologia” de aclaração dos elementos construídos para a adequação do tecido social, que vê no adorno principiológico da jurisdição constitucional um dos seus elementos de legitimação. Esta racionalidade é amparada por determinados institutos capitais, entre os quais se destacam os aparelhos peculiares da ação estatal (na hipótese, as políticas públicas), que desvelam, no campo judicial, a sua maior cogência.

Nesse ponto, de se asseverar que a introdução de fórmulas políticas e principiológicas na produção das decisões, de forma voluntária ou não, é capaz de lhe conferir maior abertura e, eventualmente, de legitimação, reduzindo as redundantes críticas baseadas na separação de poderes²⁹², ao conduzir a associação da justiça, proveniente da interpretação do Direito, com a sintonização da vontade popular²⁹³. Isto é decorrência, inclusive, das prerrogativas dos membros do Poder Judiciário, que lhes concedem uma independência geral de atuação, pautada no processo judicial – sequência de atos jurídicos de cunho altamente participativo, eis que deve ser

²⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599. (p. 590).

²⁹³ A fim de compor um diálogo, de se registrar que a crítica a esta estrutura está posta por Ingeborg Maus, quando o autor assevera que: “Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada”. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, p. 183-202, 2000 (p. 189).

conduzido, por exigência constitucional, com amplo espaço ao contraditório e à ampla defesa²⁹⁴.

Por certo, a proposta de superação do fetichismo institucional, segregador e minimizador das potencialidades públicas (aqui encaradas como as atribuições constitucionalmente postas a cada esfera do poder republicano), suspende a alimentação das doutrinas ortodoxas – ao remar na direção de renovar o repertório de posicionamento das estruturas institucionais para desenhar, no campo de análise da política pública (judiciária), novas e mais eficazes formas jurídico-institucionais.

Assim sendo, a instrumentalização do conteúdo exarado nas decisões judiciais, por meio do preparo para o seu emprego em um discurso jurídico abrangente na análise da política penitenciária judiciária, carrega a agenda pública de efeitos característicos próprios e as posiciona como dispositivos de conteúdo técnico no corpo social, a organizar relações específicas entre o poder público e seus destinatários²⁹⁵.

Em razão da veiculação das decisões judiciais como instrumentos (para a análise da política pública), emergem inovadoras perspectivas de interpretação e de construção de significados para a ação pública, a fomentar a dinâmica própria da institucionalização²⁹⁶, permitindo sincronizar o procedimento dos atores envolvidos (STF e CNJ) no cumprimento dos objetivos das políticas públicas, ao menos normativamente. Isto é possível com base na apropriação dos argumentos da dogmática de análise de políticas públicas tradicional, com os ajustes aqui propostos.

O campo de análise das políticas públicas espeda-se em contributos teóricos do Direito, da Ciência Política, da Economia, da Sociologia..., no entanto, autodefine-se como campo de estudos específico multidisciplinar, conferindo espaço para o

²⁹⁴ Cf. **Constituição Federal**, art. 5º, inciso LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²⁹⁵ LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. A ação pública abordada pelos seus instrumentos. **Revista Pós Ciências Sociais**, v. 9, n. 18, 2012 (p.21).

²⁹⁶ FLIGSTEIN, Neil. Social skill and institutional theory. **American behavioral scientist**, v. 40, n. 4, p. 397-405, 1997.

desenvolvimento de teorias que possuem considerável alcance, por meio de modelos, de mapas e de metáforas envolvendo conceitos próprios²⁹⁷. Compõem o campo das regras gerais (normas) de funcionamento da ação pública, de sorte que o analisar de suas continuidades e eventuais rupturas, à luz dos descritores operacionais dos processos, revela posturas determinantes para o seu desenvolvimento.

Como um dos objetivos revelados no introito da presente construção é apresentar os fundamentos como propostas de método capaz de justificar, identificar e descrever a análise de políticas públicas judiciárias, com enfoque para a área penitenciária, parte-se da abordagem do Direito e Políticas Públicas (DPP)²⁹⁸, como se justificou, dado que tal faceta procura compreender a estruturação jurídica dos programas de ação governamental no seu “novel” contexto político-institucional, qual seja a esfera Judiciária do Estado.

Nesse sentido, a proposta de uma ferramenta para a sistematização de informações para análises jurídico-institucionais de políticas públicas judiciárias encontra fundamento na sua própria operacionalidade, como se desenhará a seguir.

É que argumento sobre o funcionamento das decisões judiciais como estrutura de suporte para a tarefa de análise das políticas públicas judiciárias – sobretudo quando versam sobre direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao sistema prisional – decorre, na hipótese, do princípio de acesso ao Poder Judiciário (havido por disposição Constitucional), derradeira instância para a garantia de seus direitos.

²⁹⁷ O campo de estudo se beneficiou, historicamente, de quadros teóricos e de conceitos de outras disciplinas, sendo a sua sistematização teórica vasta em obras de referência, de sorte que compõe – sobretudo no campo da Ciência Política – tema de recorrentes análises, como HUPE, Peter; HILL, Michael. *Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance*. **Implementing Public Policy**, p. 1-100, 2021. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Implementing_Public_Policy.html?id=fNo6EAAAQBAJ&redir_esc=y. Acesso em 18 jan. 2024; e DRYZEK, J.S. FISCHER, Frank, *Reframing Public Policy: Discursive Politics and Deliberative Practices*. **Policy Sciences** 37, 89–93 (2004).

²⁹⁸ Segundo o que se convencionou denominar de abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP) em BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito e políticas públicas: método e aplicações*. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, 2019.

De uma forma ou de outra, a Constituição Federal, como visto, atua em franca demanda pela formulação de políticas públicas, de sorte a influenciar diretamente os produtos do jogo político. É por meio da constitucionalização das políticas afetas à garantias de direitos fundamentais aos encarcerados que se pode agitar acerca de elementos justificantes da sua continuidade, que resta – anote-se desde já –, reforçada/endossada ou corrigida a política judiciária em face dos resultados da sua execução.

No ciclo de uma política, algumas arenas de negociação ganham maior evidência, e fato é que, como sobejadamente anotado, o Judiciário tem ocupado (e desenvolvido) arena própria, de definição de parâmetros interpretativos, e mesmo executivos, dos comandos constitucionais e legais no campo. É inconteste a observação das preferências potenciais nas decisões do Supremo Tribunal Federal na manutenção do ideário constitucional, portando-se como fonte de resiliência, o que acarreta além da cogente continuidade (porque constitucionalizada), no Conselho Nacional de Justiça, contribui com o desenvolver de um conjunto de considerações estratégicas para a política pública judiciária.

De toda forma, o que deve compor a pauta de debates acerca da questão da concretização dos direitos da população prisional são as dimensões e as características da situação que se lhe apresenta, o que pode sofrer variações a depender do ator implicado (se integrante do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário).

É então possível argumentar que as políticas públicas contemporâneas (sejam as amplamente consideradas ou as assumidas pelo Judiciário) se encontram veiculadas ou, de alguma forma, concebidas em normas jurídicas, de modo a rememorar dos mecanismos de concretude dos direitos constantes da Carta Política. As políticas públicas portam, assim, a carga da juridicidade, seja como regulamentação, seja como condição de eficácia²⁹⁹.

²⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. Saraiva Educação SA, 2021.

Do ponto de vista teórico, a análise das políticas públicas aparece como resposta a algum campo da vida social que requer a intervenção estatal no sentido de conduzir os atores a um equilíbrio. Ou, de outro giro, as políticas públicas ou objetivam a manutenção do equilíbrio social, ou visam induzir desequilíbrios vocacionados a produzir mudanças na realidade social, em um processo de ajustamento entre meios e fins, sob “um curso de ação e não apenas uma decisão singular”³⁰⁰.

Assim, válido é empreender o estudo de: (I) o Modelo Sequencial, ou do Ciclo Político³⁰¹; (II) o Modelo do Equilíbrio Pontuado (ou interrompido)³⁰²; (III) o Quadro Teórico das Coligações de Causa/ Interesse³⁰³; para se chegar ao pragmatismo conferido pelo (IV) Modelo dos Fluxos Múltiplos (ou de Múltiplos Fluxos)³⁰⁴ e elucidar e aqui inserir as necessárias adaptações para a práxis da proposta de análise da política judiciária. Resta enfatizar o porquê de debruçar-se sobre tais Modelos?

Os referidos modelos são aqui apresentados e discutidos, porque são considerados por diversos autores³⁰⁵ como os quadros analíticos mais promissores da seara das políticas públicas, dadas as suas características na contemporaneidade. Bem assim, para o já citado campo novo, qual seja, de análise da política pública

³⁰⁰ SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas públicas**. Coletâneas. Volumes, v. 1, 2007.

³⁰¹ Lasswell é um dos primeiros autores a propor, ainda no fim da década de 1950, uma análise estruturada do processo político, sugerindo a sua decomposição em fases sucessivas, relacionadas entre si de uma forma lógica e sequencial. O texto base é: LASSWELL, Harold D., **The Decision Process. Seven Categories of Functional Analysis**, College Park, MD, University of Maryland Press (1956). Disponível em: <https://ucdenver.instructure.com/courses/376660/files/5955055/download?verifier=VQBNj5dUaKmlIMmbvTuontLi9RGq9bREf2hu0Yh&wrap=1>. Acesso em 18 jan. 2024.

³⁰² TRUE, J. et al. Punctuated-Equilibrium Theory: explaining stability and change in public policy making. In: SABATIER, P. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview Press, 2007.

³⁰³ JENKINS-SMITH, Hank C.; SABATIER, Paul A. Evaluating the advocacy coalition framework. **Journal of public policy**, v. 14, n. 2, p. 175-203, 1994.

³⁰⁴ KINGDON, John W.; STANO, Eric. **Agendas, alternatives, and public policies**. Boston, 2011

³⁰⁵ Como, por exemplo, ALBANESE, Giuseppe; SORGE, Marco M. The Role of the Judiciary in the Public Decision-Making Process. **Economics & Politics**, v. 24, n. 1, p. 1-23, 2012 ; CAILLOSSE, Jacques. À propôs de l'analyse des politiques publiques : réflexions critiques sur une théorie sans droit. In : COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; ROBERT, Cécile. **La juridicisation du politique : leçons scientifiques**, coll. Droit et Société Classics. LGDJ, Paris. 2010; MULLER, Pierre. **Les Politiques Publiques**. Paris, Presses Universitaires de France (8.ª edição) 2010. BONAFONT, L. C. **Redes de políticas públicas**. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004.

judiciária, os conceitos ora avaliados revelam potencial de normatividade mais juridicamente apropriável e compatível com o Direito³⁰⁶.

De mais a mais, os padrões de exame aqui adotados denotam a preocupação de avaliar as condições do desenvolvimento do campo de análise de políticas públicas, o fazendo a partir de suas causas e condicionantes, erigindo os fatores de sucesso e de insucesso, mirando as consequências e os efeitos da ação pública. Igualmente, são modelos que se ocupam de revelar o papel dos atores envolvidos (*policy makers*), a partir de fatores cognitivos e da influência dos fatores socioeconômicos.

São tais as abordagens teóricas que se revelam dotadas de coerente lógica e que seguem baseadas em proposições empiricamente verificáveis. São abrangentes, que se revelam replicáveis em variadas áreas de Direito e Política, em distintos contextos. São acuradas na análise dos atores, das instituições e percebem-se como modelagens não rivais, mas que se complementam a tornar-se parte da própria explicação.

Desta feita, o texto se dedica a sintetizar, descrever e a analisar a operabilidade da apropriação para a senda da política pública judiciária desses 4 (quatro) modelos. A escolha dessas 4 (quatro) abordagens encontra guarida metodológica em seminal trabalho da sociologia jurídica sobre o tema³⁰⁷ e correspondem, como se justificam por si próprios, ao ideário de formatação de um quadro teórico capaz de abonar o arranjo institucional novel entre órgãos integrantes da estrutura do Judiciário, como se propõe.

Um ponto é válido refrisar: a proposta de fundamentação metodológica aqui desenvolvida opta por elucidar os elementos de potenciais modelos adaptados ao

³⁰⁶ Tal qual a lição da eminente Professora BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (org.). **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

³⁰⁷ ARAÚJO, Luísa; RODRIGUES, Maria de Lurdes. Modelos de análise das políticas públicas. **Sociologia, problemas e práticas**, n. 83, p. 11-35, 2017.

contexto de atuação CNJ, sob o esteio do quanto opera o STF, valendo-se do quanto já fora sintetizado sobre a análise de políticas públicas.

Como o proposto é abordar a integração Direito e Políticas públicas (DPP) e, por certo, é uma complexa operação a sistematização do quadro representativo do arranjo jurídico-institucional de uma política pública, para tal tarefa, valer-se-á – com as adaptações que justificadamente se fazem necessárias para o parecer aqui entabulado – do Quadro de Referência de uma Política Pública³⁰⁸, instrumento de isolamento do objeto de análise em face do emaranhado normativo que lhe informa.

O referido Quadro será construído e adaptado a partir da literatura pertinente com o fito de conferir maior racionalidade jurídica (e, em certa medida, nacionalidade) à pretensão de fundamentar uma Metodologia de análise da política penitenciária judiciária sob o espeque das decisões judiciais. Cuida-se de uma apresentação do método já consolidado para os analistas que utilizam a abordagem Direito e Políticas Públicas³⁰⁹.

A análise, tecida à guisa de síntese, visa encetar a integração de conceitos e propostas analíticas de autores diversos e, repita-se, age pela exploração das complementaridades das diferentes abordagens a fim de solucionar o quadro jurídico da fundamentação, dos descritores e das chaves interpretativas para a análise da política pública judiciária.

O modelo primevo que aqui se revela útil a povoar a reflexão é o Modelo Sequencial, ou do Ciclo Político³¹⁰. Referido modelo encara as políticas públicas como resultantes de um processo que se desenvolve em etapas, em um ciclo político que

³⁰⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (org.). **O Direito na fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

³⁰⁹ RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1142-1167, 2019.

³¹⁰ LASSWELL, Harold D., **The Decision Process. Seven Categories of Functional Analysis**, College Park, MD, University of Maryland Press (1956). Disponível em: <https://ucdenver.instructure.com/courses/376660/files/5955055/download?verifier=VQBNj5dUaKmlIMmbvTuuontLi9RGq9bREf2hu0Yh&wrap=1>. Acesso em 18 jan. 2024.

se repete. O que se revela importante para o modelo não é explicar o funcionamento do sistema político, mas compreender como se operam os modos da ação pública, a partir da identificação de suas continuidades e rupturas, identificando as regras gerais de funcionamento (normas) que são específicas das políticas públicas.

A desagregação do ciclo da política pública em 7 (sete) etapas, que podem ser investigadas isoladamente, ou relacionadas como subetapas, facilita a compreensão desse processo, ante a redução da sua complexidade³¹¹. Tal método permite formular uma pauta de análise das políticas públicas, contendo (I) a inteligência, (II) a recomendação, (III) a prescrição, (IV) a invocação, (V) a aplicação, (VI) a conclusão e (VII) a avaliação.

Relativamente aos 7 (sete) estágios propostos, tem-se que a informação consiste na etapa inicial de obtenção de dados, de previsão, de planejamento; a recomendação é a promoção de alternativas políticas; a prescrição corresponde à promulgação de regras gerais; a invocação decorre das caracterizações de conduta conforme as prescrições, inclusive exigências de formas de aplicação; a aplicação é a caracterização final da conduta conforme as prescrições anteriormente havidas; a avaliação é em relação ao sucesso ou ao fracasso da política; conclusão é a extinção das prescrições e dos acordos celebrados no seu âmbito³¹².

Ocorre que, naturalmente, o Modelo Sequencial ou do Ciclo Político é alvo de críticas, em razão de sua metodologia de análise ser sobremaneira objetiva e, assim, restrita, dado artificializar a visão acerca do intrincado processo político³¹³. Apesar

³¹¹ LASSWELL, Harold D., **The Decision Process. Seven Categories of Functional Analysis**, College Park, MD, University of Maryland Press (1956). (p.8). Disponível em: <https://ucdenver.instructure.com/courses/376660/files/5955055/download?verifier=VQBNj5dUaKmlIMmbvTuuontLi9RGq9bREf2hu0Yh&wrap=1>. Acesso em 18 jan. 2024.

³¹² No original “The seven questions refer to the seven functions: INTELLIGENCE: information, prediction, planning); RECOMMENDATION: promotion of policy alternatives; PRESCRIPTION: the enactment of general rules; INVOCATION: provisional characterizations of conduct according to prescriptions, including demand for application; APPLICATION: the final characterization of conduct according to prescriptions; APPRAISAL: the assessment of the success and failure of policy; TERMINATION: the ending of prescriptions and of arrangements entered into within their framework”. LASSWELL, Op. Cit. p.2.

³¹³ Argumenta-se, por exemplo, que o modelo não é um modelo causal, eis que não pode ser testado empiricamente e, ainda, que privilegia a realização de uma análise top-down do processo político, olvidando-se dos diferentes níveis de decisão e da diversidade de atores que, de ordinário, são intervenientes no

disso, percebe-se que o modelo tem sido o ponto de partida para “a maioria das abordagens, metáforas e enquadramentos teóricos da análise das políticas públicas, porque permite relacionar de forma coerente todos os aspetos das mesmas”³¹⁴.

Demais disso, percebe-se tratar-se de um modelo heurístico, capaz de explorar, com a finalidade exclusivamente analítica, as políticas públicas e deve ser empregado com prudência: é uma representação da realidade, “cuja função é providenciar um enquadramento analítico facilitador da compreensão do processo político”³¹⁵. Revela-se, isto sim, como uma estrutura racional, para a qual deve-se incorporar, para efeitos da análise, a multiplicidade das realidades que o envolvem³¹⁶.

Os pontos centrais que revelam a utilidade do Modelo Sequencial ou do Ciclo Político para a construção aqui iniciada residem no fato de ter sido ele a base para os demais modelos de análise e, com visto, denotar as políticas públicas como resultantes de um ciclo, um processo que se desenvolve em etapas que revelam ora as continuidades, ora as necessárias rupturas da ação pública.

Tanto assim que, no CNJ, o feixe de políticas públicas englobado sob o título do citado programa “Fazendo Justiça” – que, como já referido, prenuncia ações para todo o ciclo penal e prioriza o diálogo interinstitucional com a construção de soluções customizadas e colaborativas em face das diferentes realidades locais – é marcado por Resoluções, Recomendações, e Orientações Técnicas³¹⁷ natural e

processo, a ignorar os múltiplos níveis de decisão e de ciclos (PARSONS, Wine, **Public Policy. An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis**, Cheltenham, UK, e Northampton, MA, Edward Elgar, 1995– p. 79/80). Argumenta-se, também, que o processo político não ocorre necessariamente de forma ordenada, em fases obrigatórias a serem seguidas (KINGDON, John W., **Agendas, Alternatives and Public Policies**, Boston, Longman 2011 (2.ª edição revista). p.208).

³¹⁴ ARAÚJO, Luísa; RODRIGUES, Maria de Lurdes. Modelos de análise das políticas públicas. **Sociologia, problemas e práticas**, n. 83, p. 11-35, 2017 (p.20).

³¹⁵ Id.

³¹⁶ Em citação direta, que bem sedimenta o emprego do modelo: (...) la représentation séquentielle des politiques ne doit pas être utilisée mécaniquement. Il est essentiel de comprendre les politiques comme un flux continu de décisions et de procédures, auquel il faut trouver un sens. Il y aura un avantage à concevoir une politique publique non pas comme une série de séquences successives, mais comme un ensemble de séquences parallèles qui interagissent et changent continuellement. (MULLER, Pierre. **Les Politiques Publiques**. Paris, Presses Universitaires de France (8.ª edição) 2010 – p.27).

³¹⁷ Basta conferir as Normativas e orientações do “Fazendo Justiça”, disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/referencias-normativas/> Acesso em 19 jan. 2024.

sucessivamente alteradas/atualizadas ou revogadas. Para desenvolver as ações do Conselho a partir das referências normativas e técnicas (legislação e jurisprudência nacional, assim como de tratativas internacionais de que o Brasil é signatário) é normal que o CNJ promova a continuidade e a ruptura das ações necessárias.

Caminha-se, agora, ao segundo modelo de análise de política pública.

A denominada Teoria do Equilíbrio Pontuado³¹⁸, por seu turno, visa explicar tanto a estabilidade quanto a mudança nos processos políticos, tendo em vista a trajetória anteriormente desenvolvida por eles. O objetivo da abordagem é explicar que tanto as descontinuidades ou interrupções (*punctuations*), quanto as continuidades (*stasis*) das políticas decorrem de pequenas e graduais mudanças e, não necessariamente de grandes rupturas.

Trata-se de metodologia que coteja estudos qualitativos relativos a políticas públicas com estudos quantitativos em horizontes históricos que acompanham as mudanças de políticas em certos períodos. Como chave para compreender as mudanças na/da agenda política, são propostos dois conceitos, a saber: “imagem política” (*policy image*) e “subsistema político”.

O conceito de imagem política (*policy image*) aduz a forma como uma política “é percebida e discutida”, de modo que os “processos de mudança nas políticas públicas dependem da forma como os assuntos são percebidos publicamente”³¹⁹. As imagens políticas correspondem, assim, aos ideais que autorizam a identificação e a compreensão dos problemas e a busca (jurídica e institucionalmente válida) das soluções – referidos ideais podem corresponder, na abstração teórica, à materialização, à efetivação dos direitos fundamentais por parte dos atores implicados no processo político-jurídico.

Em segundo lugar, o conceito de subsistema político remete à comunidade interna ao sistema político-jurídico formada por especialistas numa determinada área,

³¹⁸ TRUE, James L.; JONES, Bryan D.; e BAUMGARTNER, Frank R. Punctuated-Equilibrium Theory: explaining stability and change in public policy making. In: SABATIER, P. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview Press, 2007.

³¹⁹ ARAÚJO e RODRIGUES, Op. Cit., 2017 (p.25).

aos quais os aparelhos normativos conferem a atribuição de processar as questões políticas subjacentes. Em face da “impossibilidade de os governos lidarem em simultâneo com uma grande diversidade de assuntos, o modelo (...) defende que é no interior dos subsistemas políticos que são processados os problemas e toda a informação disponível”³²⁰.

Ora, aí reside espeque adicional à judicialização. Os governos, numa simplificação para operacionalizar o argumento, correspondem aos desdobramentos do Poder representativamente escolhido, que regem a dinâmica da agenda – ou seja, são os Poderes Executivo e Legislativo. E, em face da inviabilidade sistêmica de tais Poderes – constitucionalmente encarregados da senda das políticas públicas – não conseguirem operar tamanhos desafios, ao Poder Judiciário recai o atuar concretista de direitos fundamentais via políticas públicas judiciárias.

O agendamento da matéria penitenciária pelo Poder Judiciário, a judicialização, tende a conduzir a passagem de um problema que compõe o subsistema existente (das comunidades de especialistas do Executivo e Legislativo) para um novel subsistema (da comunidade de especialistas do Judiciário). Esse novo subsistema (Judiciário) coexiste com o macrossistema do governo (Executivo e Legislativo) e legitima-se, como narrado alhures, pelo efetivo exercício dos direitos fundamentais – sob o espeque da dicção e da jurisdição constitucional.

No entanto, as críticas envidadas em relação ao Modelo do Equilíbrio Pontuado anotam que se trata de uma metodologia capaz de identificar a existência de associações entre os problemas e a forma como compõem a agenda, mas não revela relações causais entres as agendas, entre essas e a opinião pública e mesmo entre as agendas e as demandas resultantes das arenas políticas. Bem assim, anota-

³²⁰ ARAÚJO e RODRIGUES, Op. Cit., 2017 (p.25). Continuam, na mesma página, as autoras, anotando que (...) “Dentro dos subsistemas, as relações estabelecidas entre grupos com poder para mudar a imagem de determinado problema afetam as dinâmicas de agendamento. Nos subsistemas mais competitivos, a transformação de um monopólio político, com novos atores, com novas ideias, conduz ao agendamento de novos problemas e a novos debates, e depois a novos monopólios e períodos de estabilidade. O modelo (...) constitui-se como uma nova forma de olhar as políticas públicas, na medida em que tem por objetivo não só explicar os longos períodos de estabilidade que caracterizam a ação pública, mas também as rápidas e explosivas mudanças que pontuam o equilíbrio dominante, elegendo os subsistemas políticos como arranjos institucionais que garantem a estabilidade, onde as ideias ocupam um lugar preponderante”.

se que o modelo é “essencialmente *bottom-up*”, dado olvidar-se da capacidade e das preferências de composição de agendas pelos *policy makers*³²¹.

Como se pôde perceber, o referido modelo, para o que aqui se arquiteta, contribui – além da legitimação do agendamento da matéria penitenciária pelo Poder Judiciário, em face da inviabilidade sistêmica dos demais Poderes – com o azo dos estudos qualitativos com os estudos quantitativos em horizontes históricos, que acompanham as mudanças de políticas em certos períodos: novamente saltam aos olhos, *e.g.*, ao emprestar o modelo, os horizontes temporais construídos Resultados³²² produzidos pelo “Fazendo Justiça”.

Por outra via, a terceira modelagem teórica trata-se do Quadro Teórico das Coligações de Causa/ Interesse. O modelo, originalmente intitulado “*Advocacy Coalition Framework*”³²³, constitui-se em uma importante alternativa para pensar o processo político. É que, baseando-se nas experiências do Modelo Sequencial ou do Ciclo Político (o primeiro referido nessa seção de texto) e incorporando a multiplicidade de feixes das críticas das abordagens *top-down* e *bottom-up*, propõe-se a estudar acerca dos fatores principais e das mais usuais dinâmicas do processo político.

A pressuposição desse quadro de análise é que para compreender o desenvolvimento do processo político faz-se necessário recorrer ao subsistema político, unidade de análise mais adequada para a análise do processo de políticas públicas. O referido subsistema (em aditivo ao desenvolvido pelo já estudado Modelo de Equilíbrio Pontuado ou Interrompido) configura-se como o conjunto de atores, integrados por meio de organizações interessadas – seja voluntaria ou cogentemente

³²¹ JOHN, Peter. New directions in public policy: theories of policy change and variation reconsidered. In: **International conference on public policy**, grenoble. 2013. p. 26-28. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/272300819_New_Directions_in_Public_Policy_Theories_of_Policy_Change_and_Variation_Reconsidered. Acesso em 18 jan. 2024.

³²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fazendo Justiça. Resultados**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/resultados/> Acesso em 19 jan. 2024.

³²³ O modelo Advocacy Coalition Framework (ACF) foi proposto na década de 1980 por Paul Sabatier e Jenkins-Smith (JENKINS-SMITH, Hank C.; SABATIER, Paul A. Evaluating the advocacy coalition framework. **Journal of public policy**, v. 14, n. 2, p. 175-203, 1994.)

– em determinada área de política e busca impulsionar o desenvolvimento das políticas públicas nessa área³²⁴³²⁵.

Seguindo esse modelo, percebe-se que da partilha de um mesmo sistema de crenças (ainda que por força de determinações constitucionais, pertinentes aos direitos fundamentais, que integram obrigatoriamente o sistema de crenças do agir público) que se mantém os atores implicados no mesmo subsistema. Para atingir determinados e positivados objetivos políticos os atores necessitam agir de forma concertada, a formatar uma Coligação de Causa ou de Interesse (*Advocacy Coalition*).

Essa associação de interesses, representada, na hipótese, pelos mandamentos constitucionais relativos aos direitos fundamentais dos apenados, produzem as dinâmicas necessárias para mudanças no ferramental de atuar nas políticas públicas. Assim, as dinâmicas dessas associações (institucionais) entre os variados órgãos nos diversos Poderes da República se diferenciam – notadamente – pelos recursos de dispõem para atuar e se aperfeiçoam pelas ideias políticas (*policy beliefs*) que advogam (*Advocacy Coalition*).

O Quadro Teórico das Coligações de Causa/ Interesse denota, assim, uma instrumentação sintética das abordagens *top-down* e *bottom-up* na implementação de políticas. Se a abordagem *top-down* prenuncia um processo de implementação associado com uma cadeia de comando (envolvendo a legitimidade das capacidades de coordenar e controlar as ações), a abordagem *bottom-up* vetoriza a construção de rotinas, de procedimentos e de expedientes burocráticos (mais relacionados com a mensuração de sucesso ou insucesso da concretização das políticas públicas, no nível de execução).

³²⁴ SABATIER, Paul A. The Advocacy Coalition Framework: revisions and relevance for Europe, **Journal of European Policy**, 51, 1998. pp. 98-130 (p.98).

³²⁵ Segundo ARAÚJO e RODRIGUES, Op. Cit., 2017 (p.26): “Fazem parte do subsistema todos os que participam e desempenham um papel importante na geração, disseminação e avaliação das ideias políticas em relação a um tema ou área específica: analistas, grupos de interesse, burocratas, políticos eleitos, acadêmicos, think tanks, investigadores, jornalistas e membros de diferentes níveis do sistema político-administrativo e de governo”. Deste modo, torna-se possível incorporar a burocracia judiciária, representada pelos atores do Conselho Nacional de Justiça como agentes interessados e imbricados no ciclo dessa política pública.

Assim, para a operacionalização do Quadro das Coligações de Causa/ Interesse é necessária uma síntese do papel das elites políticas (compreendida pela existência de uma linha hierárquica de coordenação) com as preocupações da abordagem das burocracias e das estruturas de implementação das políticas públicas.

O Conselho Nacional de Justiça, ao corporificar em estruturas burocráticas de políticas judiciárias os dizeres do Supremo Tribunal Federal (órgão de elite jurisdicional e política), revela aderência à teorização do Quadro das Coligações de Causa/ Interesse. Isto porque, ao atuar política pública judiciária, incorporando a multiplicidade de feixes das abordagens *top-down* e *bottom-up*, aquelas Cortes promovem a associação dos interesses positivados nos mandamentos constitucionais (relativos aos direitos fundamentais dos apenados).

Ao quarto modelo é oportuno revelar-se.

Tem-se, como resultante do aprimoramento de cada uma das abordagens relatadas, o Modelo dos Fluxos Múltiplos (ou de Múltiplos Fluxos)³²⁶. A abordagem foi resultado de análise da pluralidade de atores no processo decisório (de formulação, de execução e de análise). Revela-se útil para a compreensão do processo de análise porque resulta de mudanças na formulação e na implementação das políticas, dado que sugere 3 (três) fluxos do processo decisório (ou a confluência de 3 (três) torrentes): “*problems*”, “*policies*” e “*politics*”³²⁷.

Como ferramenta de análise de políticas, o modelo expõe a ideia de que a noção dos problemas (*problems*) é construída socialmente, do que urge o pensamento sobre as possibilidades de solução. Os problemas são ladeados por um fluxo de ações políticas (*policies*), que se apresentam como conjunto de alternativas para os problemas políticos, constituindo-se em material para a projeção de novas políticas (*politics*)³²⁸.

³²⁶ KINGDON, John W.; STANO, Eric. **Agendas, alternatives, and public policies**. Boston, 2011.

³²⁷ Id, e os estudos sobre o “garbage can model” de COHEN, Michael D.; MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. A Garbage Can Model of Organizational Choice. **Administrative Science Quarterly**, v. 17, n. 1, p. 1-25, 1972.

³²⁸ ZAHARIADIS, N. The multiple streams framework: structure, limitations, prospects. In: SABATIER, P. A. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview, 2007. p. 65-92.

É revelada, desta feita, a influência do modelo na alteração da agenda governamental, ostentando o condão de promover mudança pela “janela” de oportunidade (*policy windows*), a qual exsurge como centro de convergência dos múltiplos fluxos (*problem, policy and politics*). Diversos atores interagem nesses fluxos e, como a proposição em estudo, pode-se posicionar o Poder Judiciário no ciclo – convidado pela inevitável judicialização das políticas dos direitos fundamentais –, dada a complexidade da construção da agenda e sendo que as escolhas políticas acontecem de modo razoavelmente sequencial e são feitas e refeitas, na hipótese, pelo Conselho Nacional de Justiça em face das considerações tecidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O Modelo de Fluxos Múltiplos é metafórico ao recorrer aos conceitos de comunidades políticas, empreendedores políticos e a janela de oportunidade política. As comunidades são integradas por juízes, investigadores, deputados, funcionários públicos, enfim, grupos de interesse cujos integrantes dividem a inquietação em relação determinado tema ou problemas e que, por isso, promovem a construção e a transmissão de ideias em fóruns diversos. Os empreendedores políticos são aqueles que atuam na consecução dos processos de agendamento, de alçar a matéria à agenda política pública.

A janela de oportunidade política, por seu turno, é aberta quando convergem “três fluxos de variáveis”, ou seja, “a percepção pública dos problemas (fluxo dos problemas), o conhecimento de soluções políticas e técnicas adequadas aos valores dominantes (fluxo das políticas) e as condições de governação (fluxo da política)”³²⁹. Os três fluxos (*streams*) fluem no sistema político com características dinâmicas próprias. São eles: Fluxo dos Problemas, Fluxo das Políticas e o Fluxo da Política.

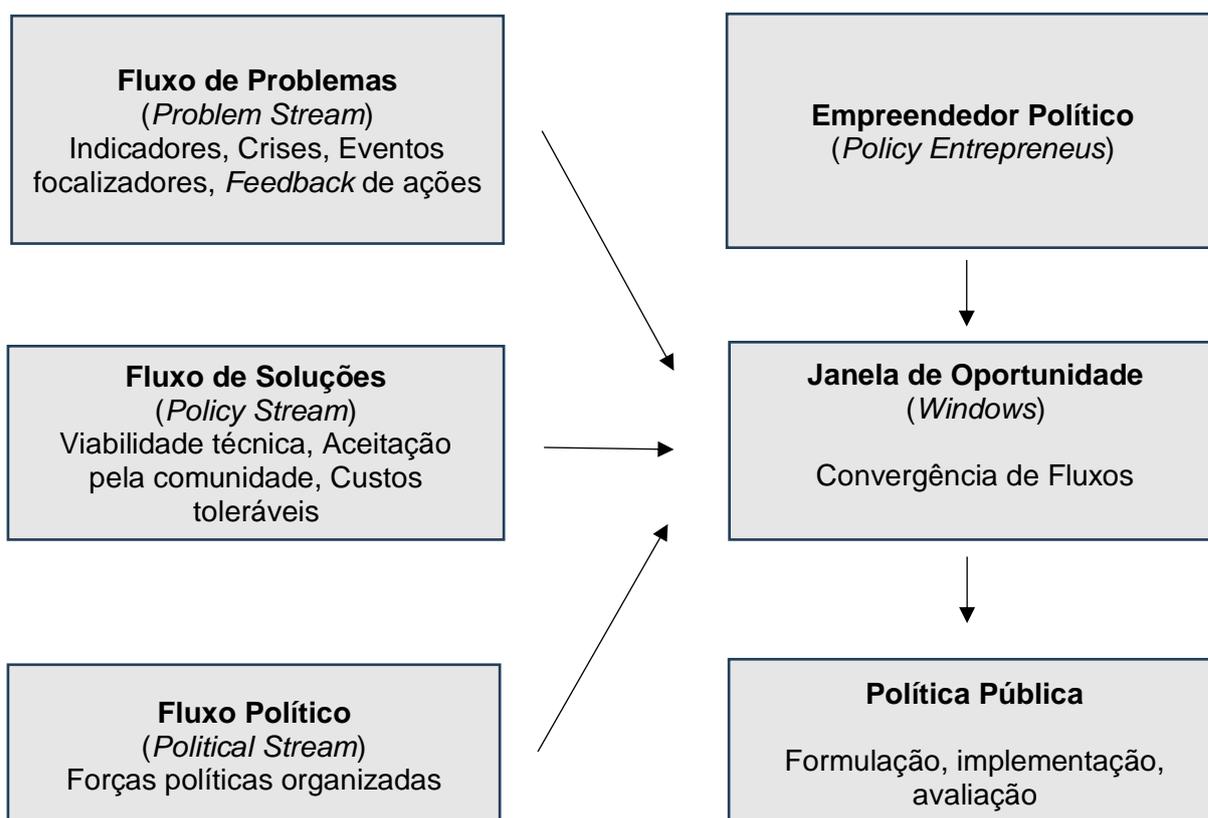
O Fluxo dos Problemas corresponde às construções socialmente constituídas pelo agir dos atores no ciclo das políticas públicas. Para que um problema (social, jurídico, político) componha a agenda do Poder, a reclamar soluções, é necessário que haja mecanismos capazes de chamar a atenção dos decisores. A partir da integração do problema na agenda é que são elaboradas narrativas sobre as causas dos problemas e são propostas/estudadas/envidadas as atinentes soluções. Ora, o reclame por soluções no tocante à política pública penitenciária encontra-se

³²⁹ ARAÚJO e RODRIGUES, Op. Cit., 2017 (p.23).

estampado no rol de direitos fundamentais da população prisional, ínsito no texto Constitucional – a atenção dos decisores (*policy makers*) deve voltar-se a solucionar tais questões.

Fato é que, em certas ocasiões que privilegiam condições para tanto, os Fluxos convergem, proporcionando a abertura de uma “janela de oportunidade”, cujo surgimento favorece o chamamento da atenção para problemas específicos de certos setores³³⁰, quando se consegue captar a atenção política. Trata-se da integração “oportuna” de certa matéria à agenda, ou da oportunidade certa para que se lhe o faça. Destarte, a representação gráfica do Modelo de Fluxos Múltiplos é a seguir transcrita e adaptada:

Figura 2: Síntese do Modelo de Fluxos Múltiplos de Kingdon



Fonte: Adaptado pelo autor a partir de construções doutrinárias³³¹.

³³⁰ No original: “(...) provides supporters of a given proposal with the opportunity to assert their ideas or to direct political attention to their specific problems”. KINGDON, John W.; STANO, Eric. **Agendas, alternatives, and public policies**. Boston, 2011 (p.165).

³³¹ CAPELLA, A. C. N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G. et al. (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-121. E da construção de ZAHARIADIS, N. The multiple streams framework: structure, limitations, prospects. In: SABATIER, P. A. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview, 2007. p. 65-92.

Para os efeitos da abordagem aqui encampada – de Direito e Políticas Públicas (DPP)³³², percebe-se que a janela de oportunidade pode ocorrer por razões puramente políticas, mas pode operar-se, por outro lado, em razão do exercício da jurisdição constitucional, das determinações do Supremo Tribunal Federal no processo judicial, ou mesmo da atenção conferida à matéria pelo Conselho Nacional de Justiça (usualmente, como visto, em virtude de *decisum* do STF)³³³.

Assim, na hipótese da política pública judiciária penitenciária a determinação das metas (para a política pública) advém da hermenêutica constitucional, e o feixe de elementos caracterizadores (da política pública) emerge de múltiplos fluxos e desafia variadas frentes de atuação das Cortes Judiciais envolvidas no campo (STF e CNJ).

É que se deduz a hipótese de que as capacidades de adaptação da política pública relacionam-se com o vigor e com a frequência da atuação das Cortes, em especial as Cortes Constitucionais³³⁴, a enunciarem vetores que orientam a formulação e apontam para os mecanismos de concretização dos comandos constitucionais, usualmente, em última instância.

Cabe, assim, para adornar o debate sobre as interrelações advindas da política pública judiciária, rememorar – diante do Modelo de Múltiplos Fluxos –, que a interface perpassa pela percepção e análise dos processos pelos quais passam as políticas públicas, a saber: (I) estabelecimento de uma agenda de políticas públicas; (II) escolha das alternativas de formulação dessas políticas; (III) eleição das alternativas aplicáveis; (IV) implementação das decisões³³⁵.

³³² Novamente, recorrendo-se a BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito e políticas públicas: método e aplicações. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, 2019

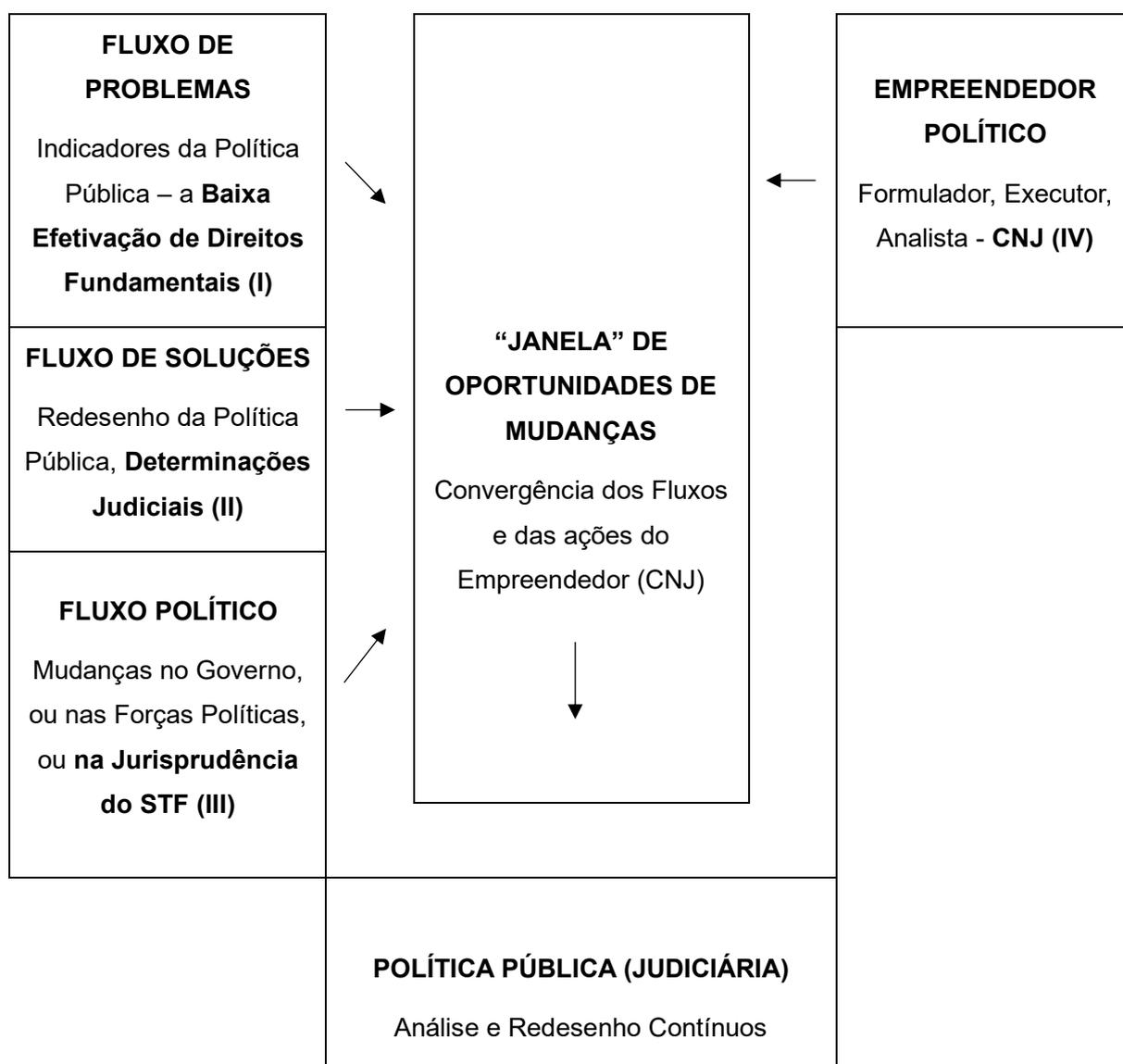
³³³ Fundamental, na compreensão da conjunção dos três fluxos é a conjuntura em que, segundo Kingdon, desenrola-se o processo político: a percepção do papel institucional e do peso dos atores envolvidos no processo, os meios pelos quais as alternativas são definidas e a escolha de soluções realizadas (ou determinadas – se judicialmente) são decisivos neste modelo.

³³⁴ LIJPHART, Arend. (1999), **Patterns of Democracy**. New Haven, Yale University Press.

³³⁵ KINGDON, John W.; STANO, Eric. **Agendas, alternatives, and public policies**. Boston, 2011.

No caso de direitos fundamentais, repita-se uma vez mais, a agenda é posta pelo texto Constitucional, de sorte que as etapas seguintes (escolha das alternativas de formulação dessas políticas; eleição das alternativas aplicáveis; implementação das decisões) decorrem da obrigação ordinária de o Poder envolto no ciclo da política pública – na hipótese Judiciário – promover medidas capazes de conferir a máxima efetividade do texto constitucional.

Figura 3: Adaptação do Modelo de Múltiplos Fluxos às Políticas Públicas Judiciárias



Fonte: Elaboração própria do cotejo com outros autores³³⁶.

³³⁶ CAPELLA, Cláudia Niedhardt. Formação da Agenda Governamental: Perspectivas Teóricas. **Trabalho apresentado no GT Políticas Públicas do XXIX Encontro Anual da ANPOCS**, 25-29 de outubro,

Assim, revelam-se os 3 (três) Fluxos: 1º - de Problemas (construído a partir das dificuldades de implementação e, portanto, de execução, que são voltados à efetivação dos direitos fundamentais (I)); 2º - de Soluções (resultantes dos problemas, a ocasionar o redesenho da política pública, seja em razão de indicadores ou por força das determinações judiciais (II)) e 3º - Político (produzido pelas mudanças no governo, ou nos arranjos das forças políticas, ou, na presente hipótese, na jurisprudência do STF (III)). Referidos fluxos são simultâneos e ladeados pelo agente denominado “Empreendedor Político”, que ordinariamente é o formulador, executor e analista da política pública, no caso da judicializada política penitenciária, o Poder Judiciário, representado pelo CNJ (IV).

A partir da confluência das torrentes abre-se a “janela” para a análise que oportuniza as mudanças da política pública, materializadas pela alteração, (re)formulação ou ajustes (sob variados fundamentos, mas com destaque, no presente caso, para os elementos das decisões judiciais).

Ora, sabe-se que, em que pese o Modelo de Múltiplos Fluxos promova a análise e a descrição a entrada da política pública na agenda, dificuldades em falsear o processo ou examiná-lo sob o aspecto quantitativo se apresentam³³⁷, o que não desconstrói a previsibilidade e aplicabilidade do modelo, sobretudo na política pública judiciária, como se caminha a demonstrar.

Resta oportuno o estudo do Quadro de Referência de uma Política Pública, a fim de lhe promover os recortes necessários para o âmbito da política judiciária. Referido Quadro, como visto, viabiliza “o desmembramento da política e a

Caxambu: MG. 2005. HERWEG, Nicole; ZAHARIADIS, Nikolaos; ZOHLNHÖFER, Reimut. The multiple streams framework: Foundations, refinements, and empirical applications. In: **Theories of the policy process**. Routledge, 2018. p. 17-53.

³³⁷ HERWEG, Nicole; ZAHARIADIS, Nikolaos; ZOHLNHÖFER, Reimut. The multiple streams framework: Foundations, refinements, and empirical applications. In: **Theories of the policy process**. Routledge, 2018. p. 17-53.

identificação de seus elementos mais importantes, possibilitando uma visão mais racional e organizada sobre o objeto de estudos”³³⁸.

O citado Quadro veicula 12 (doze) elementos³³⁹ a serem ponderados na compreensão da organização do programa de ação, dos papéis institucionais de cada ator/agente, a permitir a combinação analítica do elemento jurídico com o elemento político no exame. Os elementos são: (1) Nome oficial do programa de ação; (2) Gestão governamental (Gestão que criou o programa; permite compreender seu sentido considerando o espectro político-partidário); (3) Base normativa; (4) Desenho jurídico-institucional (Descreve em termos gerais seu núcleo de sentido e os papéis institucionais dos principais entes responsáveis pela sua implementação); (5) Agentes governamentais; (6) Agentes não governamentais; (7) Mecanismos jurídicos de articulação; (8) Escala e público-alvo; (9) Dimensão econômico-financeira do programa; (10) Estratégia de implantação; (11) Funcionamento efetivo do programa; (12) Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional³⁴⁰.

Perceba, de plano, que o elemento (2) “Gestão governamental”, ou seja, qual “Governo” formulou ou elaborou a política pública não apresenta aplicação prática na senda das políticas judiciárias, de sorte que aqui deve ser objetivamente desconsiderado. Em relação ao elemento (11) “Funcionamento efetivo do programa”, tem-se que a metodologia de mensuração é o próprio objeto da presente argumentação, que é construída a seguir, sob a forma de texto corrido, não sendo cabível em uma célula de texto. Enfim, no tocante ao elemento (12) “Aspectos críticos

³³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (org.). **O Direito na fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

³³⁹ Os elementos são: 1) Nome oficial do programa de ação; 2) Gestão governamental (Gestão que criou o programa; permite compreender seu sentido considerando o espectro político-partidário); 3) Base normativa; 4) Desenho jurídico-institucional (Descreve em termos gerais seu núcleo de sentido e os papéis institucionais dos principais entes responsáveis pela sua implementação); 5) Agentes governamentais 6) Agentes não governamentais; 7) Mecanismos jurídicos de articulação; 8) Escala e público-alvo; 9) Dimensão econômico-financeira do programa; 10) Estratégia de implantação; 11) Funcionamento efetivo do programa; 12) Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional.

³⁴⁰ Elaborado em síntese a partir de BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (org.). **O Direito na fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015 (p.23).

do desenho jurídico-institucional”, assume-se que já foram abordados tanto nas seções anteriores de texto quanto se retomará a seguir (identicamente ao anotado sobre o elemento (11)).

De tal sorte, é possível elaborar a seguinte Tabela/Quadro, a partir da Referência do Programa “Fazendo Justiça” do CNJ, na sua esfera de execução penal, sem apreciar o âmbito de medidas socioeducativas – que refogem ao espectro da vivência penitenciária, de execução penal propriamente dita, e mesmo do escopo da presente pesquisa. Assim, veja-se:

Tabela 2: Quadro de Referência do Programa “Fazendo Justiça”

| ELEMENTO | DESCRIÇÃO |
|---|---|
| (1) Nome oficial do programa de ação | Fazendo Justiça |
| (2) Gestão governamental | NÃO SE APLICA |
| (3) Base normativa³⁴¹ | Resoluções CNJ nºs: 280/2019 – SEEU (Sistema Eletrônico de Execução Unificado) 287/2019 – Pessoas Indígenas 288/2019 – Alternativas Penais 306/2019 – Identificação e Biometria 307/2019 – Pessoas egressas 329/2020 – Videoconferência, com exceção em audiência de custódia 348/2020 – LGBTI 368/2021 – GMFs 369/2021 – Gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência 391/2021 – Remição de pena por meio de práticas sociais educativas 404/2021 – Transferências e recambiamento 405/2021 – Migrantes |

³⁴¹ Suprimidas as Resoluções pertinentes ao Subsistema de Medidas Socioeducativas.

| | |
|---|--|
| | <p>412/2021 – Monitoramento eletrônico de pessoas (traduções – inglês / espanhol)</p> <p>414/2021 – Exames periciais em casos de tortura</p> <p>487/2023 – Política Antimanicomial</p> <p>488/2023 – Fortalecimento dos Conselhos da Comunidade</p> |
| (4) Desenho jurídico-institucional | <p>O programa Fazendo Justiça foi criado para acelerar respostas estruturantes ao estado de coisas inconstitucional nas prisões brasileiras reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.</p> <p>Coordenado pelo CNJ por meio de seu Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, é executado em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e diversos apoiadores.</p> <p>O Fazendo Justiça conta com o protagonismo do Judiciário para a articulação de atores em rede com foco na qualificação de etapas do ciclo penal e do ciclo socioeducativo. Aposta no diálogo interinstitucional em diferentes níveis federativos, fomentando ações customizadas a cada unidade da federação.</p> <p>As incidências são direcionadas para: aperfeiçoar os procedimentos de porta de entrada; garantir a regularidade no cumprimento da decisão judicial nas medidas penais e socioeducativas e qualificar a inclusão social na porta de saída.</p> <p>Para esse fim, propõe a criação ou melhoria de produtos, estruturas e serviços; promove eventos, formações e capacitações; gera produtos de conhecimento e apoia produção normativa do CNJ.</p> |
| (5) Agentes governamentais | <p>Conselho Nacional de Justiça (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas)</p> |
| (6) Agentes não governamentais | <p>PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)</p> |

| | |
|---|---|
| <p>(7) Mecanismos jurídicos de articulação³⁴²</p> | <p>Além das medidas abertas de fiscalização (como, por exemplo, o Pedido de Providências, classe processual ínsita no Regimento Interno do CNJ), há as Recomendações do Conselho nºs:</p> <p>59/2019 – Preenchimento de sistemas</p> <p>62/2020 – Covid-19</p> <p>81/2020 – Tratamento de pessoas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade e adolescentes em conflito com a lei com deficiência auditiva e/ou visual</p> <p>119/2021 – Assistência e diversidade religiosa em suas mais diversas matrizes e à liberdade de crença</p> <p>42/2023 – Orçamento estadual para Alternativas Penais e Políticas para Egressos</p> |
| <p>(8) Escala e público-alvo</p> | <p>Nacional</p> <p>População em Situação Prisional (privada de liberdade, seja provisoriamente ou em execução de pena)</p> |
| <p>(9) Dimensão econômico-financeira do programa</p> | <p>Orçamento Geral da União</p> <p>Unidade Orçamentária do CNJ (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas)</p> |
| <p>(10) Estratégia de implantação³⁴³</p> | <p>O Fazendo Justiça desenvolve ações simultâneas com incidência em diferentes fases do ciclo penal.</p> <p>As ações são:</p> <p>Alternativas Penais;</p> <p>Audiência de Custódia;</p> <p>Controle da Superlotação Carcerária;</p> <p>Justiça Restaurativa;</p> <p>Central de Vagas – Ocupação Taxativa de Vagas;</p> <p>Implementação, Qualificação e Difusão dos Núcleos de Atendimento Integrado (NAI);</p> <p>Plano Nacional de Fomento à Leitura;</p> |

³⁴² Não constam os Mecanismos pertinentes ao Subsistema de Medidas Socioeducativas.

³⁴³ Foram suprimidas as ações relativas ao Subsistema de Medidas Socioeducativas.

| | |
|---|---|
| | <p>Fortalecimento da Participação Social na Execução Penal;</p> <p>Fortalecimento e Qualificação dos Escritórios Sociais;</p> <p>Plano Nacional de Fomento ao Esporte e ao Lazer no Sistema Prisional;</p> <p>Qualificação das Inspeções Judiciais e Enfrentamento à Tortura nos Ambientes de Privação de Liberdade;</p> <p>Plano Nacional de Geração de Trabalho e Renda;</p> <p>Estratégia Judiciária para Fortalecimento da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP);</p> <p>Identificação e Documentação Civil;</p> <p>Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU);</p> <p>Mutirão Carcerário;</p> <p>Diálogos Polícias e Judiciário;</p> <p>Equipes Psicossociais no Poder Judiciário: atuação em rede nas políticas penais e socioeducativas;</p> <p>Covid-19;</p> <p>Sistemas Eletrônicos do DMF e as Populações em Situação de Vulnerabilidade;</p> <p>Diversidade na Assistência e Enfrentamento à Intolerância Religiosa em Unidades de Privação de Liberdade;</p> <p>Atenção às Vítimas e Restauratividade no Poder Judiciário;</p> <p>Fortalecimento dos GMFs;</p> <p>Articulação Internacional e Proteção dos Direitos Humanos.</p> |
| (11) Funcionamento efetivo do programa | EM PROPOSIÇÃO |
| (12) Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional | EM PROPOSIÇÃO |

Fonte: Elaboração própria.

Perceba-se que o Quadro sintetiza uma análise válida do eixo de ações havidas na política penitenciária judiciária do CNJ, mas não se atenta aos subsídios fundamentadores da ação estatal – quais sejam os ricos repositórios de julgados do STF sobre a temática. Ainda assim, destaca que o Direito é crucial para a crítica de políticas públicas, dado que regulamenta a dinâmica do espaço decisório, criando arenas, atribuindo competências, regulando os comportamentos e os processos de tomada de decisão.

Este operar do Direito, em determinar a forma da estrutura institucional em que são tomadas as decisões pertinentes a uma política pública torna possível efetuar uma análise jurídico-institucional válida e simplificadora do emaranhado de torrentes que decorrem do estudo.

Ora, torna-se possível cotejar, portanto, o Quadro de Referência da Política Penitenciária Judiciária com o Modelo de Múltiplos Fluxos. O estudado Modelo de Análise das Múltiplas Correntes (Fluxos) revela uma perspectiva teórica atraente para o método aqui proposto, eis que o modelo descreve o processo político a partir da composição das três correntes (fluxos), rememore-se: a corrente dos problemas (*problem stream*), a corrente das soluções ou das políticas (*policy stream*) e a corrente da política (*politics stream*).

Os problemas (os fluxos dos problemas) são revelados pelo cenário fático, endossado pelos comandos provenientes do exercício da função judicante (notadamente da jurisdição constitucional) do STF a fim de materializar condições de efetividade do plano Constitucional.

O fluxo das políticas públicas (das soluções) inunda o CNJ com modelagens, com normas, com proposições concretas (e concretistas) para fazer face ao estado de coisas – o Estado de Coisas Inconstitucional como anotado ali e acolá em torno dos direitos fundamentais da população encarcerada.

Para lidar com ambos os fluxos (*problem stream* e *policy stream*), o arranjo institucional tecido entre STF e CNJ é a janela de oportunidade (*window of opportunity*) para a revisita ao Poder e à força emanados da normatividade constitucional (*politics*

stream) a fim de satisfazer a máxima efetividade daqueles direitos fundamentais. Essas instituições o fazem por meio dos instrumentos juridicamente válidos e legitimamente lançados que são as decisões judiciais (STF) e as Resoluções e demais normativos (CNJ).

Ao se verificar que o Tribunal Constitucional alicerça seus julgados, muitas vezes, em argumentos não-representativos e contramajoritários, denota-se que a instituição se ocupa de trabalhar na garantia dos direitos fundantes, constitucionalmente postos, sem assumir preocupações declaradamente populistas.

A Corte aclara os alicerces para os direitos fundamentais dos presidiários, ao promover a interpretação jurídica das políticas públicas nos casos analisados, e considera que a orientação principiológica vetorizada pela dignidade é um “valor-fonte” de todo o ordenamento constitucional, dada a posição central e da essencialidade dessa orientação.

De tal modo agindo, a Corte encampou a tese de que a dignidade humana, como basilar fundamento dos direitos da população carcerária, é um princípio constitucional supremo, erigindo, para tanto, o conceito operacional a uma espécie de imperativo categórico³⁴⁴³⁴⁵, com as vênias de costume. Ora, eis o elemento chave que justifica o encetamento das decisões do STF nos *standards* de análise da política penitenciária – a dignidade humana que, enquanto valor intrínseco, autonomia e valor comunitário³⁴⁶, pode representar o consenso ético acerca de necessidade do diálogo institucional, como defende o presente estudo.

Portanto, o emprego de elementos construtores da dignidade do preso – tais como adjudicados nos julgados analisados – são propensos a ostentar uma aparelhagem capaz de facilitar a análise das ações públicas nesta seara. Resta

³⁴⁴HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. In: *Metaphilosophy*. V.41, n.4, July 2010.

³⁴⁵ KANT, Immanuel; WOOD, Allen W.; SCHNEEWIND, Jerome B. **Groundwork for the Metaphysics of Morals**. Yale University Press, 2002 (p.19).

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 919, p. 127-196, 2012.

construir a argumentação de como conjugar a análise com os objetivos da política penitenciária judiciária.

A profícua discussão acerca da operacionalização da cultura dos denominados “arranjos” propostos é tema sobre o qual não se desincumbirá o presente texto, posto que medir ou mensurar os efeitos concretos da proposta demandaria mais um ou dois pares de centenas de páginas. Basta, por ora, com o aprofundamento do argumento sobre o funcionamento das decisões do STF como estrutura adicional ao suporte da tarefa de análise das políticas públicas judiciárias implementadas pelo CNJ.

Cem efeito, diante de um cenário em que a reconstituição dos vínculos entre os apenados e a sociedade, por meio da reinserção social (teoricamente promovida pelo cárcere), tem se tornado cada vez mais utópica. A pretensão legislativa – notadamente da Carta Federal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal – de que o processo de execução da pena, sobretudo da privativa de liberdade, componha uma atmosfera de desenvolvimento de direitos humanos, pela promoção da dignidade, a demandar a qualidade estrutural dos presídios, a valorização dos agentes do sistema, etc.³⁴⁷, não tem encontrado suficiente azo no mundo real. A iniciativa das políticas públicas judiciárias é realmente válida.

Na mesma conjuntura, mas em um outro plano da ação estatal, anote-se que as camadas minoritárias que não participam do processo político – na hipótese, os indivíduos submetidos ao sistema prisional –, por disposição Constitucional, terão acesso ao Poder Judiciário, como derradeira instância de garantia de seus direitos. Deste modo, o posicionamento das decisões judiciais como instrumentos que conferem maior concretude à análise proposta é corroborado pelo cabimento, às decisões do STF, não raro, da densa tarefa de aclarar uma opção edificadora do diálogo institucional com o CNJ.

³⁴⁷ Conforme estudo: **Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas**. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. - Brasília: Ipea, 2010: gráfs., mapas, tabs. (Brasil: o Estado de uma Nação). (p. 607).

Neste sentido, a interpretação da Constituição, das políticas públicas judiciárias e sua respectiva análise, quando versantes sobre a concretização dos direitos dos presos, deve ser envolta por aportes semânticos, valorativos e simbólicos, de distintos atores – e construída, tal interação, com a soma de diversas perspectivas teóricas, como aqui se faz, encerrando a adoção de posturas que facilitem a capitulação de elementos jurídicos transponíveis para o universo das políticas públicas³⁴⁸.

4.3 Das potencialidades da metodologia de análise da política pública judiciária pela Confluência dos Julgados do STF com os Normativos do CNJ

Não há mais dúvidas que no campo das políticas públicas é cada vez mais necessário que o direito se ocupe de estabelecer estruturas práticas para a atuação estatal, de modo que a doutrina jurídica forneça o modo de representação do legal, na conformação da lei na decisão judicial. É preciso reconhecer as possibilidades transformadoras do direito no cenário da política penitenciária judiciária, sobretudo daquilo que é incorporado na (e pela) linguagem do Judiciário, ao interpretar o conteúdo do direito³⁴⁹.

Aqui emerge a concepção que repele as tradicionalistas abordagens estruturais, que tendem a ser estáticas, demasiadamente formais ou meramente procedimentais³⁵⁰. Empreende-se a integração dos diversos materiais produzidos nos variados campos de análise de políticas públicas como motrizes institucionais, como alternativas à reinterpretação jurídica da política, no caso, de matiz judiciário

³⁴⁸ SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton, New Jersey. Princeton University Press, 2009.

³⁴⁹ TRUBEK, David M. Law, Planning and the Development of the Brazilian Capital Market – a study of law in economic change. In: **Yale Law School Studies in Law and Modernization** 3, Bulletin no. 72 and 73. 1971. “(...) não há meios de se dizer o que é a política pública sem estudar o direito. Para entender a política precisamos estudar as regras jurídicas de perto” – tradução livre.

³⁵⁰ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. **Política Pública como Campo Disciplinar**. São Paulo, 2014. No mesmo sentido, anota o autor: “Exemplos disso são controvérsias e disputas de interpretação envolvendo a observância de regras de competência, a autonomia de órgãos e entes públicos, a legalidade dos atos praticados por autoridades administrativas e as possibilidades e limites da revisão de decisões de política pública pelo Judiciário” (p.5).

penitenciário. Anote-se, portanto, que, como constatado e amplamente demonstrado, na atual dinâmica das instituições, “os tribunais ocuparam uma posição central no processo de diferenciação interna do sistema jurídico”³⁵¹.

Como visto, a atribuição conferida ao arranjo havido entre Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça, de reconduzir o lápis do desenho das políticas ao gabarito projetado pela Carta Magna, decorre da própria dimensão política da jurisdição constitucional (incumbência de que se não pode exonerar a Suprema Corte) e da atuação administrativa, pautada na *accountability* (missão do Conselho), tendo em vista a substancial missão de tornar efetivos os direitos fundamentais, em especial dos presidiários, sob pena de o poder público, por violação da Constituição, danificar a integridade da própria ordem constitucional.

O cenário prisional, em que se dá o inadimplemento patente de obrigações, tem sido desbastado, mesmo que pontualmente, por determinações do Judiciário, para o esmorecimento do desempenho de ações pelo Estado que – privilegiando o diálogo entre órgãos (STF-CNJ) e (quicá) poderes – deve institucionalizar os elementos das reiteradas decisões judiciais para a atuação na seara carcerária.

De fato, repita-se, o mister da análise de políticas públicas não consta do rol de atribuições institucionais da função judicante – ao menos não ordinariamente³⁵² - e tal fato não seria natural, como explicitado alhures. No entanto, o encargo de esclarecer a necessidade de garantir os direitos fundamentais, como visto, recai sobre o bastião do Judiciário quando as instâncias competentes descumprem os mandatos político-jurídicos sobre si incidentes, sempre no trato da integridade no plano eficaz de direitos de talhe constitucional³⁵³.

³⁵¹ Cf. MACHADO. Op. Cit., 2014.

³⁵² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, item n. 05, 1987. Almedina, Coimbra. (p. 207).

³⁵³ Neste sentido a lição de Andreas Joachim Krell: “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais

Como demonstrado, é plausível a obtenção, na fundamentação das decisões do STF, de elementos pertinentes para a referida lavra de análise das políticas públicas concebidas pelo CNJ, em atividades a serem desempenhadas pelos originariamente envolvidos em tal mister, ainda mais em virtude do processo catalizador e simplificador de execução – via decisão judicial – porque passam as referidas políticas. Isto se dá em uma opção pela percepção das disfuncionalidades da pena, tão notável no cenário atual do cárcere – de Estado de inconstitucionalidade.

Trata-se, portanto, de argumentar pelo desenvolvimento de um ponto de vista mais aberto, por novas abordagens do paradigma democrático da política e da sociedade contemporânea. Mira-se um ponto a partir do qual se podem apreciar as oportunidades de mudança da atualidade, por meio do lançamento de bases, inclusive, para uma maior interação institucional, eis que o quadro hodierno de ação pública – de categorias estanques de atuação, de um lado o Judiciário, e do outro o Poder Público – necessita de novas ferramentas, de cariz notadamente dialogal³⁵⁴.

De tal feita, é possível discernir acerca da combinação do Quadro de Referência da Política Penitenciária Judiciária do CNJ com o referido Modelo de Múltiplos Fluxos confluindo com as torrentes dos julgados do STF sobre os direitos fundantes a serem observados na execução penal. A resultante prática, para conferir aplicabilidade à metodologia de análise é a sistematização da Confluência dos Julgados do STF com os Vetores do “Fazendo Justiça” do CNJ. Veja-se:

necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. SA Fabris, 2002 (p. 22-23).

³⁵⁴ Destacando-se, neste ponto, por exemplo, as abordagens de: UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004; e de COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas. Política Pública como Campo Disciplinar**. São Paulo, 2014.

Tabela 3: Quadro de Confluência dos Julgados do STF com os Vetores do “Fazendo Justiça” do CNJ ³⁵⁵

| Tese/Fundamentação da Decisão do STF (Julgado) | Vetor da Política Penitenciária do CNJ – Fazendo Justiça (Normativo) | Ação/Ações do Fazendo Justiça (Política) |
|---|---|---|
| <p><i>“1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (ADPF 347)</i></p> | <p>Resoluções CNJ nºs: 288/2019 – Alternativas Penais 368/2021 – GMF's 391/2021 – Remição de pena por meio de práticas sociais educativas 404/2021 – Transferências e recambiamento</p> | <p>Alternativas Penais; Audiência de Custódia; Controle da Superlotação Carcerária; Justiça Restaurativa; Central de Vagas – Ocupação Taxativa de Vagas; Implementação, Qualificação e Difusão dos Núcleos de Atendimento Integrado (NAI); Plano Nacional de Fomento à Leitura; Fortalecimento da Participação Social na Execução Penal; Fortalecimento e Qualificação dos Escritórios Sociais; Plano Nacional de Fomento ao Esporte e ao Lazer no Sistema Prisional;</p> |
| <p><i>“É dever do Estado e direito subjetivo do preso o desenrolar de uma execução penal de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do encarcerado”. (RE 841526)</i></p> | <p>Resoluções CNJ nºs: 280/2019 – SEEU 287/2019 – Pessoas Indígenas 288/2019 – Alternativas Penais</p> | <p>Qualificação das Inspeções Judiciais e Enfrentamento à Tortura nos Ambientes de Privação de Liberdade;</p> |

³⁵⁵ Elaboração própria com base nos levantamentos realizados.

| | | |
|--|---|--|
| | <p>306/2019 – Identificação e Biometria</p> <p>307/2019 – Pessoas egressas</p> <p>329/2020 – Videoconferência, com exceção em audiência de custódia</p> <p>348/2020 – LGBTI</p> <p>368/2021 – GMFs</p> <p>369/2021 – Gestantes, mães, pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência</p> <p>391/2021 – Remição de pena por meio de práticas sociais educativas</p> <p>404/2021 – Transferências e recambiamento</p> <p>405/2021 – Migrantes</p> <p>412/2021 – Monitoramento eletrônico de pessoas (traduções – inglês / espanhol)</p> <p>414/2021 – Exames periciais em casos de tortura</p> <p>487/2023 – Política Antimanicomial</p> <p>488/2023 – Fortalecimento dos Conselhos da Comunidade</p> | <p>Plano Nacional de Geração de Trabalho e Renda;</p> <p>Estratégia Judiciária para Fortalecimento da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP);</p> <p>Identificação e Documentação Civil;</p> <p>Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU);</p> <p>Mutirão Carcerário;</p> <p>Diálogos Polícias e Judiciário;</p> <p>Equipes Psicossociais no Poder Judiciário: atuação em rede nas políticas penais e socioeducativas;</p> <p>Covid-19;</p> <p>Sistemas Eletrônicos do DMF e as Populações em Situação de Vulnerabilidade;</p> <p>Diversidade na Assistência e Enfrentamento à Intolerância Religiosa em Unidades de Privação de Liberdade;</p> <p>Atenção às Vítimas e Restauratividade no Poder Judiciário;</p> |
| <p><i>“Impossibilidade do cumprimento de pena em regime mais gravoso, na hipótese de inexistência de vaga em estabelecimento adequado ao regime fixado”. (RE 641320)</i></p> | <p>Resoluções CNJ nºs:</p> <p>280/2019 – SEEU</p> <p>391/2021 – Remição de pena por meio de práticas sociais educativas</p> | <p>Fortalecimento dos GMFs;</p> <p>Articulação Internacional e Proteção dos Direitos Humanos.</p> |

| | |
|--|---|
| | 404/2021 – Transferências e recambiamento |
| | 412/2021 – Monitoramento eletrônico de pessoas (traduções – inglês / espanhol) |
| “(...) possibilidade de o Poder Judiciário determinar obras em estabelecimentos prisionais, com o fito de assegurar os direitos fundamentais dos apenados”. (RE 592581) | Resoluções CNJ n ^{os} : 404/2021 – Transferências e recambiamento |
| | 412/2021 – Monitoramento eletrônico de pessoas |
| “(...) assegurar a detento recolhido em estabelecimento prisional o direito de receber visitas de seus filhos e enteados”. (HC 107701) | Resoluções CNJ n ^{os} : 288/2019 – Alternativas Penais |
| | 368/2021 – GMF's |

É de se perceber que a coluna “Tese/Fundamentação da Decisão do STF” revela o julgado do Tribunal que confere supedâneo inaugural ao diálogo institucional, dado que, após externar o sentido da Constituição que concretiza o espírito do direito fundamental orienta a coluna “Vetor da Política Penitenciária do CNJ – Fazendo Justiça”, materializando-se em Normativos do Conselho sobre a temática. Bem assim, a coluna adicional da Tabela denota “Ação/Ações do Fazendo Justiça” que revela o eixo em torno do qual a Política Judiciária se orientará.

Tais ferramentas repousam em uma caixa que busca ressignificar a vocação característica do Direito, com seu potencial democratizante aparentemente adormecido e preso às compressões impostas por estruturas adornadas de superstições institucionais – tais como o alijamento da carga discursiva das decisões judiciais no campo das políticas públicas. É preciso um movimento de reposicionamento do Direito como ferramenta vocacionada para a construção democrática (sobretudo no ciclo das políticas públicas judiciárias), de modo que é preciso redesenhar a estrutura destinatária da análise jurídica racionalizadora.

Para os objetivos cuja demonstração se perseguiu no presente texto, importa referir a acuidade da abordagem que encampa os arranjos institucionais. Referidos arranjos, na hipótese, são tidos como resultantes do processo que se delineou no cotejo dos elementos das políticas penitenciárias judiciais do CNJ com as decisões do STF escolhidas, ponto a ponto. Sem grandes aprofundamentos no debate acerca da legitimidade da defesa dos novos – e consequentes – arranjos institucionais, a pesquisa é firme no cotejo do político com o jurídico.

Por meio da reconstrução de diálogos entre atores – sobretudo os institucionalmente organizados – pôde-se estabelecer a recolocação da análise jurídica para a produção de importantes vetores empregáveis no campo de análise das políticas públicas (judiciais), sempre em conformidade com a Constituição. É hora de empreender pelo convencimento de que, no campo da política judiciária penitenciária, deve-se discutir acerca de uma manobra metodológica no sentido de conferir operabilidade às ideias sobre as alternativas institucionais como respostas sócio juridicamente edificáveis para lidar com o Estado de Coisas Inconstitucionais.

É que, das diversas etapas do ciclo da política pública, a fase que se encarrega de tecer estratégias para o futuro das ações³⁵⁶ – tida como momento de análise ou de avaliação –, ao englobar diversos atores direta e executivamente imbricados na política, não deve olvidar que se trata de um estágio importante (por exemplo) para a reflexão e a compreensão do porquê da multiplicação de ações judiciais, que demandam intervenções estatais específicas e pontuais e pela reprodução de políticas judiciais para tal finalidade. Os resultados das análises tradicionais, como argumentado, tendem a conduzir a propostas de reformulação (ou mesmo de relegitimação da política pública) eivados de irrealismos. O quadro tradicional de análise não abre espaço para a assimilação daquilo que, de uma forma ou de outra, é lavrado nos Tribunais.

³⁵⁶ RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: McCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts – An Anthology**. PRENTICE HALL, Upper Saddle River, 1995 (p.161).

A avaliação da política – aqui compreendida como análise – tende a ser mais realista e apontar para resultados, sugestões e críticas mais incisivas e eficazes quando se direciona aos elementos-fim da ação pública, os quais encontram âncora usual na concretização dos direitos fundamentais. O que se anotou como importante hipótese é que os processos de reformulação ou de ajustes resultantes da análise da política judiciária penitenciária – assumidamente desenhada para a garantia de dignidade aos apenados – serão tão mais eficientes e verdadeiros quanto maior o nível de interação de elementos fundadores dos direitos do público-alvo da política, presentes nas decisões judiciais.

Decerto, trata-se de defender a assunção, no processo de análise da política penitenciária envidada pelo CNJ, dos discursos construídos nas decisões judiciais que versam sobre a população prisional – notadamente como galardão de proteção aos direitos fundamentais – como processo de instrumentalização da decisão judicial no campo das políticas públicas judiciárias.

As mudanças nas relações entre o Estado e a coletividade não favorecem a permanência dos paradigmas clássicos de regulação ou de intervenção, por meio das políticas construídas em análises engendradas exclusivamente pelos Poderes Legislativo e Executivo – os avanços de tecnologias gerais de relacionamento institucional e social predisseram tal crise. As técnicas de incentivos e estímulos, baseados na escolha racional³⁵⁷ – empregadas sob o paradigma da busca da eficiência estatal³⁵⁸ – não consideram os instrumentos de ação pública como produtores de arranjos inerentes e, tampouco, os encara como passíveis de externar elementos práticos e “auto reprodutivos”³⁵⁹, como detentores de uma força de ação

³⁵⁷ GREEN, D.P. e SHAPIRO, I. (1994), **Pathologies of rational choice theory; a critique of applications in Political Science**. New Haven, Yale University Press.

³⁵⁸ Nos dizeres de BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 35, 1997: “As explicações da escolha racional são um subconjunto das explicações intencionais que atribuem, como o nome sugere, racionalidade à ação social. Racionalidade, neste contexto, significa que, ao agir e interagir, os indivíduos têm planos coerentes e tentam maximizar a satisfação de suas preferências ao mesmo tempo que minimizar os custos envolvidos” (p.3).

³⁵⁹ BOURDIEU, Pierre. (1977), **Outline of a theory of practice**. Cambridge, Cambridge University Press.

própria, em razão das representações da carga semântica plurivalente de que tais instrumentos de ação são dotados.

Ainda mais no âmbito da política penitenciária, componente de um cenário cujas reações tendem ao holístico, quando a “ausência dos mecanismos urbanos de toda natureza” que favoreçam o desenvolvimento humano (com dignidade), “recheia o noticiário escrito e televisivo sem, contudo, se transformar em ‘acontecimento’ no sentido jornalístico”. E o quadro se agrava ainda mais, com a política de seletividade no trato dos fenômenos criminológicos eis que “a depender de quem mata e de quem morre e a depender de onde os crimes e a violência ocorrem, o imaginário popular (aí incluída a mídia) não se mobiliza da mesma forma”, a reforçar o acidentado campo da política em apreço – novos paradigmas são urgentes.

Fato é que o Poder Judiciário, como componente do Poder Político Nacional, ao lado do Executivo e do Legislativo, observa derivar a sua autoridade de sua própria identidade, de sua vocação: a construção do direito interpretado, pelo precedente. Daí a sua vocação natural para atuar no universo das políticas públicas, sobretudo com a invocação, na sua construção institucional, de argumentos principiológicos, com elevada carga política, mas em sentido diverso ao contexto dos argumentos políticos erigidos pelos demais Poderes, uma vez que a sua atividade não se alinha ao parâmetro da produção ou da mera aplicação da lei – já que o fito jurídico não pode ser afastado, mesmo que ainda não seja o predominante³⁶⁰.

Nesse ponto, de se asseverar que a usual introdução de fórmulas políticas e principiológicas nas decisões judiciais, como visto, é capaz de lhe conferir maior legitimação, reduzindo as críticas baseadas na separação de poderes³⁶¹, ao conduzir a associação da Justiça, proveniente da interpretação do direito à luz da vontade popular. O processo judicial, precursor da construção do precedente, por meio da

³⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review (HLR)**. Massachusetts, Volume 88, Number 06, p. 1.057-1.109, April 1975. p. 1.059 e 1.067.

³⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599. (p. 590).

edificação do *corpus* das decisões judiciais, não se limita a seu valor extrinsecamente considerado (justo, razoável etc.), posto que inerentemente justo e equitativo, de acordo com os parâmetros socialmente aceitos³⁶².

Os argumentos das decisões judiciais, em seu comportamento instrumental, são capazes de assumir a acepção de um cabedal razoavelmente coordenado de procedimentos e regras de atuação do poder público (e político), por meio do estabelecimento de mecanismos juridicamente eficazes de interações entre os atores e as organizações³⁶³.

Quando diz “É dever do Estado e direito subjetivo do preso o desenrolar de uma execução penal de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do encarcerado”³⁶⁴, ou “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”³⁶⁵, por exemplo, consubstancia-se um pronunciamento institucional aclarador de como deve funcionar o quadro de análise da política judiciária no campo. Emergem, em uma interpretação dialogal, instrumentos da ação estatal que não deveriam necessitar de futura judicialização, e consolidam-se parâmetros deveras pragmáticos da audaciosa promessa estatal veiculada nos programas da política penitenciária.

Igualmente, a instrumentalização do conteúdo das decisões judiciais sobre direitos fundamentais da camada dos sentenciados, em um preparo para o seu

³⁶² Na dicção de Luigi Paolo Comoglio, um processo que se funda em padrões “etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione”. (p.5). COMOGLIO, Luigi Paolo. *GARANZIE COSTITUZIONALI E "GIUSTO PROCESSO" (MODELLI A CONFRONTO)*. **Revista de Processo** | vol. 90 | p. 95 | Abr / 1998 | DTR\1998\205.

³⁶³ NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 841526**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

emprego em um discurso jurídico abrangente, carrega a agenda pública de efeitos característicos próprios e posiciona o discurso do Judiciário como um dispositivo de conteúdo técnico no corpo social, a organizar relações específicas entre o poder público e seus destinatários³⁶⁶.

A construção do discurso jurídico, ao ser adornada por estruturas, a priori ou a fortiori, impessoais e genéricas para, na busca da neutralidade, apresenta-se como a interpretação normativa e fundamentada de textos coletivamente reconhecidos como legítimos, e produz elementos capazes de aplainar a carência social de justificativas para a coercitiva análise da ação pública – entendida como preconizada nas políticas públicas. Mas isto não lhe afasta o conteúdo de promessa, característico do texto político e, pelo contrário, conforma a vertente jurídica ao universo das políticas públicas com a formação de precedentes judiciais cujos fundamentos são elucidativos – em um movimento de produção do jurídico a partir do judicial³⁶⁷.

As premissas ético-morais que legitimam ideologicamente o “devido processo legal” cuidam de reforçar a necessidade de padrões de conduta eficazes por parte dos sujeitos processuais nas experiências de sistemas legais, sobretudo latino-americanos³⁶⁸, na medida em que a construção jurídica é fecundo terreno para a busca de fundamentação da ação pública – sobremaneira empregável no âmbito Judiciário, como visto.

É por meio da percepção de certa regularidade no comportamento dos atores que demandam o Judiciário (ou dos próprios magistrados) que são obtidos matizes cognitivos de força normativa que já deveriam ter sido assimilados pelos demais atores institucionais, de modo a orientar as suas práticas. Este é o modo como a

³⁶⁶ LASCOURMES; LE GALÈS. Op. Cit., 2012 (p.21).

³⁶⁷ SERVERIN, Évelyne. Jurisdiction et jurisprudence: deux aspects des activités de justice. In: **Droit et Société** 2-1993. “(...) plutôt que d'affirmer que seuls les arrêts de ce type peuvent légitimement faire jurisprudence, on peut dire qu'ils ont institutionnellement une vocation jurisprudentielle plus grande que toute autre décision juridictionnelle” (p.346).

³⁶⁸ COMOGLIO, Op. Cit., 1998 (p. 20): “Il valori di riferimento sono, palesemente, quelli del due process of law angloamericano, del human rights system e del modello internazionale di giustizia, ad essi ispirato. Lo si desume, in modo perentorio, da più indici rivelatori di convergente portata”.

instrumentalização da fundamentação das decisões judiciais, enquanto orientador do “agir” público promove a (re)estruturação, via justificação, das políticas públicas judiciárias.

Percebe-se, assim, como os instrumentos (os julgados dos Tribunais), funcionando como modalidades peculiares, mas reconhecidos, de instrumentos, apontam para a forma como os atores tendem a se comportar, conduzindo ao momento de escolha da ação política, induzindo o direcionamento, por exemplo, de recursos financeiros – por meio da inserção nas peças orçamentárias –, e veiculando uma representação válida dos problemas³⁶⁹ em geral no seio dos próprios Órgãos de Justiça (alinhados pelo CNJ). Aportando larga contribuição à abordagem que toma como pressuposta uma tecnologia de diálogo, percebe-se que “a realização do projeto democrático, portanto, dirige-se mais às disposições realizadas pelos sujeitos políticos que às posições por eles ocupadas no contexto das tramas sociais”³⁷⁰.

Portanto, a tradição decisória das autoridades judiciárias não pode ser vista como metodologia vazia, mas como processo cultural de elucidação de vetores para a conformação social. Esta racionalidade política – do jurídico – é apoiada sobre alguns elementos fundamentais, dos quais se destacam os aparelhos específicos da ação estatal (que encontram, no campo judicial a sua coerção por excelência) e um conjunto de saberes, ou, seguindo uma abordagem mais institucionalizante: um conjunto de sistemas de conhecimento³⁷¹; de onde se podem estabelecer diversas bases para a abordagem das políticas.

Desta feita, revela-se a fundamentação de uma ferramenta capaz de auxiliar a elucidação da interface dos aspectos jurídicos com os aspectos políticos da ação

³⁶⁹ LASCOUMES; LE GALÈS. Op. Cit., 2012 (p.23).

³⁷⁰ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015. (p.261).

³⁷¹ HOLENSTEIN, André; NAPOLI, Paolo. Naissance de la police moderne. 2006. In: LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. **A ação pública abordada pelos seus instrumentos**. Revista Pós Ciências Sociais, v. 9, n. 18, 2012.

pública, na medida em que visa mapear a atmosfera em que as decisões sobre o problema público dos direitos fundamentais na execução penal são envidadas.

A partir do conhecimento acerca dos atores, das instituições, das normas e regras que informam os procedimentos a serem observados para a análise da política pública judiciária, pode-se construir o procedido cotejo do Quadro de Referência com a Metodologia de Múltiplos Fluxos em um exercício que toca outras disciplinas e, por isso mesmo, viabiliza um diálogo maior entre os pesquisadores do campo de políticas públicas.

O desígnio de combinar, cotejar, justapor os aportes teóricos e os pressupostos metodológicos do campo do Direito com aqueles que, de uma forma ou de outra, revelam-se mais peculiares ao campo da Sociologia ou da Ciência Política, por exemplo, é aproximar o intercâmbio da interdisciplinar senda de análise de políticas públicas. Aos estudiosos do Direito se brinda com o acesso a teorias e métodos em que a relevância do elemento jurídico se revela basilar para o lançamento de arranjos institucionais mais promissores.

Essa tecnologia da abordagem de elementos construtores de vetores para políticas públicas judiciárias promove, com fluidez, ao menos no plano normativo, um paradigma no qual eles se registram, e aprimora o processo de ajustes, de execução e de controle das aludidas ações. Para o fito por ora proposto, de posicionar a racionalização das decisões judiciais, tarefa de que se ocupa a função judicante da República, como mecanismo a ser apropriado pelo campo de análise das políticas públicas judiciárias é o quanto basta ao exercício de elucidar as condições de possibilidade do exame empreendido.

De registrar que a tecnologia dos arranjos institucionais não se dá de forma tranquila e, tão pouco com a aquiescência do conservadorismo institucional (que indisfarçadamente opõe-se, ao atuar dissipando a escolha pública em uma série de discussões políticas pontuais e pouco relacionadas). Diante dos desarranjos institucionais, caracterizados pela ausência de diálogos amplos, a política penitenciária se degenera em uma série de “acertos parciais e restritos” havidos entre manifestações geralmente aportadas por grupos desigualmente organizados –

denotando atos de “menosprezo pela mudança estrutural, que se tornam a profecia que se autocumpre”³⁷².

É necessário transformar a compreensão do sistema tradicional de disseminação do princípio de separação dos poderes, vez que o progresso prático de questões atinentes à política judiciária penitenciária prescinde de estruturas que reconhecem os interesses de todos os envolvidos, em um esforço comum. Carece asseverar que entre a dignidade e a separação de poderes, o componente humanístico deve prosperar. É preciso perceber o direito como instrumento vocalizador de demandas³⁷³, como cara e importante ferramenta adicional de análise das políticas públicas, sobretudo quando já passou pelo filtro da interpretação judicial e encontra – na decisão – a sua materialização e concretização.

Deste modo, a fim de que as propostas aqui formuladas sejam capazes de produzir efeitos significativos na efetivação de direitos fundamentais, é preciso que se (re)interprete a estrutura constitucional do Estado brasileiro. É da favorecedora prática permanente da reforma, da atualização, como preconiza a concepção que alberga a interação da decisão judicial com o esquema de análise da política penitenciária, em condições sociojurídicas que assumam o condão de auxiliar na integração das diversas facetas das políticas públicas nesta seara.

³⁷² UNGER, Roberto Mangabeira: **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004, (p.20).

³⁷³ COUTINHO, 2014. Op. Cit., 2014 (p. 22): “Descrever o direito como vocalizador de demandas em políticas públicas significa supor que decisões em políticas públicas devam ser tomadas não apenas do modo mais bem fundamentado possível, por meio de uma argumentação coerente e documentada em meio aberto ao escrutínio do público, mas também de forma a assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política”.

CONCLUSÕES

Tendo por objeto de análise as condições de possibilidades de uma fundamentação da sistemática de avaliação das políticas públicas judiciárias, sob o caso, como se pôde perceber, para a política penitenciária formulada pelo Poder Judiciário (política penitenciária judiciária), a construção argumentativa aqui esposada elucidou elementos úteis para o exercício de avaliar as funcionalidades das instituições encarregadas do referido mister.

A discussão, avizinhandose do debate pertinente à concretização dos direitos fundamentais da população carcerária e dos instrumentos concebíveis para tal árdua missão – da forma como construída no texto, ao empreender uma releitura da atuação das instituições, sugerindo propostas de diálogo entre as esferas investidas das funções de gerir a política penitenciária – buscou trabalhar alternativas de resposta ao verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios brasileiros.

Como antes referido, não raro, é somente por meio de ações judiciais, que os direitos fundamentais dos reeducandos são teoricamente reconhecidos, apesar de o cabedal normativo já anunciar programa de medidas audaciosas para atender aos comandos constitucionais (vejam-se os esperançosos presságios da Lei de Execução Penal). A judicialização é característica no âmbito do exercício dos direitos desse estrato da população e, mais recentemente, a assunção das próprias políticas públicas sobre a matéria, por parte do Poder Judiciário, tem sido recorrente.

Em outras palavras, apontou-se a ascensão da pauta da política penitenciária entre os atores do Poder Judiciário, em um processo de apropriação do ciclo dessa política por parte dos órgãos de justiça, notadamente o CNJ. Trata-se de um processo cada vez mais visível e fortemente empregado pelo Conselho e que pode (em uma importação dogmaticamente válida, como se verificou) ser denominado como encampação das ações de políticas públicas correspondentes.

A proposta de fundamentação e de análise dos resultados pretendidos pela política penitenciária judiciária resultou na propositura da sistematização de arranjos institucionais mais integradores dos Órgãos da República, havida no plano teórico-

normativo, por meio do posicionamento das decisões judiciais, dos atos administrativos que encerram políticas públicas (e das tecnologias de análise jurídica dessas mesmas políticas públicas) no campo de exame jurídico hodierno.

Nesse contexto, o quadro para o diálogo institucional aprofundou-se com a hipótese de reconhecimento do referido Estado Inconstitucional dos presídios como elemento capaz de provocar a apropriação dos fundamentos das decisões judiciais pelo campo de análise das políticas públicas.

A partir da constatação da ausência, na doutrina tradicional, de suficiente aprofundamento jurídico, o texto expôs-se à guisa de fundamentação no/pelo campo do Direito de uma sistematização de mecanismos para a análise da multicitada política pública.

Como, dado o pressuposto de análise introdutoriamente enunciado, a judicialização é característica no âmbito do exercício dos direitos do estrato encarcerado da população e, mais recentemente, a incorporação das dimensões das próprias políticas públicas sobre o tema, por parte do Poder Judiciário, tem sido recorrente, o decorrer do texto não se desfez um milímetro da hipótese.

De tal modo, em breve retrospecto e retomada do quanto aqui se elucidou, vê-se que o capítulo inicial cuidou de posicionar o debate acerca do (difícil, mas usual) posicionamento do Direito na política penitenciária, em esforço que invocou a presença (normativa) dos direitos fundamentais na execução penal, a conformar o horizonte de elaboração das denominadas políticas públicas judiciárias em opção pragmática pela política penitenciária.

Para tal desiderato, foi construída rotina de pressuposição do campo do Direito como escopo de análise da política penitenciária, baseando-se na abordagem do Direito nas políticas públicas, quadra em franca e desafiadora – porém necessária – expansão acadêmica, sobretudo no pertinente ao volume de pesquisas na área.

Igualmente, empreendeu-se a necessária aproximação do Judiciário do campo das políticas públicas penitenciárias, movimento que encontra guarida, como

se verificou, na impopular pauta da temática da execução penal – representada pela miríade de medidas que devem ser engendradas em face de uma faixa da população sem representatividade política ordinária.

Por certo, o texto se dispôs a tratar de elementos presentes nos debates tangentes à separação de Poderes e pertinentes ao fenômeno (praticamente natural) da judicialização dos eventos da vida daqueles para quem o político não acena voluntariamente. Não se pôde descurar de perceber que, diante de tal reposicionamento de papéis e funcionalidades institucionais, emergem as políticas formuladas e executadas pelo Poder Judiciário – as políticas públicas judiciárias – segundo o amplamente debatido procedimento da judiciarização.

Esclarece-se, uma vez mais, que na construção apropriou-se do emprego do conceito de “judiciarização” como o mecanismo da encampação dos ciclos, dos estágios da política pública pelo Poder Judiciário (na hipótese, nas figuras do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, mais propriamente neste segundo órgão). O conceito retrata o costume que se instala no âmbito do Poder Judiciário com o fito de fornecer novos elementos de atuação para a política penitenciária.

Na sequência, o segundo capítulo montou o flanco da jurisdição constitucional, pois tratou acerca das potencialidades dos elementos dos julgados do Supremo Tribunal Federal para as políticas públicas judiciárias de matiz penitenciário. O posicionamento revelou-se claro para a legitimação do emprego e exercício da jurisdição constitucional em direitos fundamentais como alicerce a fundar e fundamentar, justificar políticas públicas judiciárias.

É certo que se fez necessária uma incursão teórica de relevo neste ponto.

Assim, foi realizada uma incisiva revisita à dogmática de direitos fundamentais, no quanto se destaca da literatura pertinente, posicionando tal cabedal como esteio adicional para a atuação do Poder Judiciário no campo da efetividade dos direitos, na específica seara de execução penal.

Bem assim, foi invocada e debatida a diversificação dos discursos que pretendem conferir efetividade aos direitos fundamentais, perpassando a inerente principiologia (como, *e.g.*, a dignidade da pessoa humana) e a operacionalização dos direitos dos reclusos havida na esfera jurisprudencial. Foi a partir disto que se procedeu à apropriação dos fundamentos dos julgados da Corte como adicional fundamento de validade para a judicialização, ou seja, para o atuar nas/das variadas instâncias e dimensões das políticas públicas judiciárias.

O terceiro grande argumento, enfeixado na terceira seção capitular de texto, saltou para o prisma ladeado de análise, qual seja o papel do Conselho Nacional de Justiça na política penitenciária judiciária, perquirindo o ideário da normatividade funcional daquele órgão como prática da *accountability* judicial da execução penal. O processo de responsabilização por resultados é a razão de ser da normatividade do Conselho e tal normatividade, por seu turno, é materializada nos feixes de políticas públicas judiciárias dele decorrentes.

Para tanto, examinou-se o funcionamento do Conselho Nacional de Justiça no sistema de justiça criminal-penitenciária. Em tal mister, restou investigada e assentada a *accountability* judicial como elemento de implantação, e mesmo de verificação, de direitos fundamentais na execução penal. Neste ponto, a tese encetou o posicionamento da produção institucional/documental do CNJ como estratégia que se empreende em face do encarceramento de massa – exemplificativamente explorou-se o Programa “Fazendo Justiça”, na perspectiva de análise dialógica entre STF e CNJ como plano de efetivação dos direitos fundamentais.

Alfim, cuidou-se de propor e testar os prefalados diálogos institucionais entre STF e CNJ como fundamento metodológico para a análise da política penitenciária judiciária. Na elucidação de elementos para um modelo analítico, argumentou-se acerca da série de aportes para a indução à concretização da política penitenciária, como o Estado de Coisas inconstitucional e como as variadas outras condições legitimadoras da judicialização do campo (ausência de capital político da população prisional, de representatividade...).

Na fundamentação metodológica alvitrada, foi revisitado o quadro amplo e ordinário de teorias de análise de políticas públicas. O exercício foi executado propondo-se um cotejo do atuar do CNJ com os julgados do STF – o *iter* da fundamentação percorreu dos modelos de análise à fundamentação de uma metodologia para o campo das políticas judiciárias.

Neste ponto, merece destaque a viragem que se envidou esforços a estabelecer, a saber: o caminho da dogmática à tecnologia jurídica, havida pela proposta de análise da política pública judiciária por meio da confluência dos Julgados do STF com os Normativos do CNJ.

Daí se propôs a (re)validar o alcance do discurso judicial que envida esforços na garantia de direitos fundamentais dos penalmente condenados, havido em conceitos legais, doutrinários e nas apreciações institucionalmente produzidas, no bojo das decisões e das ações das Cortes, ferramenta deveras útil às análises da política penitenciária.

De mais a mais, tem-se que o atual protagonismo sociojurídico, encampado funcionalmente pelos Tribunais é intercedido pelas percepções legal e socialmente construídas acerca dos aspectos culturais, políticos e históricos característicos de cada momento atravessado. O natural desenvolvimento político e jurídico do fluxo histórico e cultural das linhas entre os Tribunais e a sociedade³⁷⁴ revela-se, a cada dia, campo mais pluridimensional e que ostenta desafios nas diversas frentes de pesquisa.

A bem da verdade, ao posicionar os juristas no campo multidisciplinar de análise das políticas públicas, reforço se fez à compreensão do elemento jurídico no *métier* dos arranjos institucionais característicos das políticas públicas. Isto se deveu ao argumento de contribuição à premissa de que as alternativas ao cenário de crise prisional devem ser discutidas à luz de novos modelos de arranjos institucionais,

³⁷⁴ A despertar curiosidade para estudo, a respeito dessa relação – mas em matéria/campo diversos –, é o trabalho de ASSUNÇÃO, Any Ávila. **A TUTELA JUDICIAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: DO FATO SOCIAL NEGADO AO ATO JURÍDICO VISUALIZADO**. Universidade de Brasília, Tese de Doutorado (2009).

especialmente aqueles que considerem a interação entre os diversos materiais produzidos na atuação do poder público como movimento natural e como forma de combate ao calamitoso cenário de realização dos direitos fundamentais quando da etapa de execução penal.

Uma vez observado que o STF produz alegações que, apropriadas pelo CNJ como normativamente eficazes na garantia de direitos fundamentais dos presidiários, verifica-se que este material pode funcionar como instrumento útil para compor a caixa de ferramentas da análise de tais políticas públicas (judiciárias), na medida em que é mecanismo de apropriação da força simbólica³⁷⁵ que se encontra potencialmente estatuída no universo jurídico, no conjunto de textos a interpretar.

Referido processo é construído, então, pelas fronteiras entre Direito e Política, quando se verifica que os aparelhos para a execução da pena não são descolados da realidade social em que se constroem e, de modo amplo, assevera-se que o universo carcerário não ostenta, atualmente, a capacidade de assumir a função ressocializadora que lhe é legalmente depositada³⁷⁶.

Com isso, o texto esmiuçou o analisar da literatura existente e o sistematizar da jurisprudência e dos normativos relacionados com o fito de iluminar a narrativa das alternativas à carência de concretude das ações ordinariamente previstas nas políticas relacionadas aos direitos do grupo de reclusos, concebendo, para o Judiciário, a fundamentação dos modelos de análises que lhe sejam pertinentes.

Por certo, cumpriu-se a ideia de densificar o roteiro de análise das políticas públicas judiciárias que pretendem concretizar direitos fundamentais na senda da execução penal, forte nos roteiros consagrados de exame da Sociologia dos Tribunais. E, o que se afirmou na Introdução, aqui se retoma, no sentido de que não se pode imaginar que o Poder Judiciário tenha melhores capacidades institucionais

³⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Memória e Sociedade. 1989.

³⁷⁶ Pela **Lei de Execução Penal** (LEP). Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

para as funcionalidades das dimensões das políticas públicas em geral, especialmente aquelas versantes do sistema penitenciário.

Todavia, as políticas públicas formuladas, executadas e analisadas no âmbito daquele Poder compõem a realidade atual, no bojo das políticas públicas judiciárias e desafiam ainda variadas pesquisas. O arejar que se desenhou, no campo normativo, da possibilidade de alargar pontes de comunicação entre os órgãos do Judiciário, com pavimento composto da fundamentação das decisões judiciais e das políticas judiciárias, dedicou-se a fundamentar tecnologias para a análise de políticas públicas judiciárias.

A tese mostrou-se, assim, a lograr efetividade na sustentação de uma tríade de institutos úteis para a consecução de um ferramental de análise da política penitenciária “judiciariamente” concebida: o atuar do STF na quadra da efetivação judiciária dos direitos fundamentais; o agir do CNJ no campo da elaboração de instrumentos normativos legitimadores da atuação da política pública; e o cotejo dos desenhos modulares de análise da atuação daqueles dois atores (STF-CNJ) como ferramenta de fundamentação de modelos de análises.

Em se tratando de direitos fundamentais, por certo, abordou-se com o prefalado mapa de superlotação e as inumeráveis condições degradantes do sistema de execução da justiça criminal conforma um horripilante espetáculo de patente violação de princípios inerentes (e mesmo diretamente de comandos) constitucionais. Exemplos de direitos de densidade semântica significativa, que compuseram o foco do presente estudo, foram a dignidade da pessoa humana, a proibição da tortura, o acesso à justiça, a segurança dos presos, e o direito à vida.

Com efeito, a empreitada buscou a mitigação da carência de estabilização de conceitos jurídicos operacionais e da ausência do reconhecimento, pela comunidade jurídica, de institutos legitimamente postos acerca da concretização de direitos fundamentais. Tal exercício passou pela via da arena de análise e de ajustes das políticas públicas de índole penitenciária e fomentou a produção de relevante material

de exame, dos julgados sobre o tema e, igualmente, das políticas públicas judiciárias deles resultantes.

Em outras palavras, a efetivação, com alguma dimensão deveras concreta, dos direitos fundamentais constitucionalmente anunciados aos presidiários e pragmaticamente prenunciados pelo STF, compôs o recorte metodologicamente procedido para a presente análise, tornando viável o transitar pelas políticas estruturantes engendradas pelo CNJ.

Diante da constatada carência de fundamentos suficientes para a modelagem de análise da política judiciária (em que peses os variados e louváveis documentos erigidos pelo CNJ³⁷⁷), o lançar bases e fundamentos juridicamente validáveis para o ferramental de análise da referida política mostrou-se factível pela confirmação da hipótese do cotejo da formulação normativa com a jurisdição constitucional.

A proposta acertou a sistematização, ao menos teórica, de arranjos institucionais mais integradores entre os atores da República na vertente Judiciária. Tal sistematização restou desenvolvida por meio de uma releitura da atuação das instituições em busca de esclarecer as modalidades de diálogo entre as esferas encarregadas de gerir a política em questão.

Em face do conjunto da obra do sistema penitenciário no Brasil, da existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), valeu-se da fundamentação do próprio *corpus* de decisões do Supremo Tribunal Federal, tal qual usualmente incorporado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para a promoção da institucionalização desse arranjo legitimador de potencial roteiro de análise da política judiciária – que

³⁷⁷ Assim compreendida, na dicção do Conselho Nacional de Justiça, a política pública adaptada (leia-se formulada e executada) no e pelo Poder Judiciário, cuja gestão deve operar-se “(...) por meio da conjugação dos conhecimentos empíricos (...) ao aporte instrumental oferecido pelos principais referenciais nacionais de gestão de política pública”, a “(...) promover maior consistência aos processos de gestão de políticas judiciárias, contribuindo para o permanente processo de aprendizagem institucional, e, assim, fortalecer a atuação deste Conselho como agente indutor de constante evolução do Poder Judiciário”, nos termos do derradeiro e mais atual GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL (CNJ, 2021). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>. Acesso em 18 ago. 2023.

seja focado no diálogo entre os elementos da fundamentação das decisões sobre direitos fundamentais e o exercício normativo-judicial.

A argumentação produzida no plano normativo-teórico, para a análise da política penitenciária com lastro em elementos provenientes de algumas decisões do STF sobre o tema, ponderou o convite à oitiva do Judiciário (CNJ e STF) no cenário da política penitenciária, informada pela interpretação de que “os tribunais têm não só a autoridade, mas, possivelmente, o dever, para manter o ritmo com a mudança no consenso”³⁷⁸.

Na referida oitiva, destacou-se a necessidade da “institucionalização do mundo prático no direito”³⁷⁹ potencializada pela visita à jurisdição constitucional do STF, enquanto trabalho contínuo de racionalização do texto da Constituição (e das políticas dela emanantes), revelando-as fiéis à argumentação pela concretização dos direitos fundamentais – a assumir o condão aclarador sobre como deve operar o Direito nas (e para as) políticas públicas e vice-versa para o CNJ.

Tratou-se, assim, de posicionar a racionalização das decisões judiciais, tarefa da função judicante da República, como importante instrumento a ser empregado na análise das ações públicas de índole constitucional. Portanto, o exercício da jurisdição constitucional, no tocante ao quadro dos direitos fundamentais da população submetida aos presídios, é capaz de produzir elementos para a forte reação face à (in)efetividade das ações políticas ordinariamente procedidas no âmbito dos demais poderes públicos.

Repisando-se, de mais a mais, que o Judiciário estrutura argumentos que podem ser empregados como instrumento útil para “compor a caixa de ferramentas da análise de políticas públicas, na medida em que é mecanismo de apropriação da força simbólica que se encontra potencialmente estatuída no universo jurídico, no

³⁷⁸ ALDISERT, Ruggero J. Judicial Declaration of Public Policy. **J. App. Prac. & Process**, v. 10, p. 229, 2009.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011 (p.315).

conjunto de textos a interpretar”³⁸⁰, asseverou-se a percepção de que o cenário fático dos presídios nacionais demanda novos e criativos instrumentos, perpassantes pela ressignificação das atuações institucionais.

A construção da decisão judicial em elementos político-principiológicos encontra legitimidade para a sua instrumentalização na referida análise da normatividade produzida pelo próprio Judiciário, via CNJ. É preciso externar as condições de possibilidade do Direito enquanto instrumento transformador, por meio da anotação de que a interpretação institucional do componente jurídico da política (pública) favorece novos arranjos institucionais – combativos e céleres.

Portanto, como empreendido pelo presente estudo, considera-se que “mais importante que traduzir políticas públicas para a linguagem técnica ou para o jargão do direito é compreender os diferentes modos pelos quais ele nelas se manifesta”³⁸¹, em um exercício complexo e multidisciplinar, na busca da identificação e da compreensão dos seus papéis.

A alternativa porque se argumentou demanda, deste modo, a reconstrução de diálogos entre os atores institucionalmente organizados para o posicionamento da análise jurídica como produtora de elementos para o campo de análise das políticas públicas à luz da interpretação da Constituição.

No árido campo da política penitenciária, a alternativa apresentada transita pelo esforço de promover a operabilidade de alternativas institucionais de reação ao Estado de Coisas Inconstitucionais – tudo por novas condições de possibilidade. Superando os anacronismos produzidos pela ortodoxia da invocação das estanques atuações derivadas da separação dos poderes pode-se, em um esforço comum, vislumbrar progressos práticos na quadra da política penitenciária.

³⁸⁰ BOURDIEU, Pierre. Op. Cit.1989. (p.213).

³⁸¹ COUTINHO. Op. Cit., 2014.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges e Mendes, Gilmar Ferreira. (2019). Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, 1008.
- AINSWORTH, Scott H. **Analyzing interest groups: group influence on people and policies**. New York e London: W.W. Norton & Company, 2002.
- ALBANESE, Giuseppe; SORGE, Marco M. The Role of the Judiciary in the Public Decision-Making Process. **Economics & Politics**, v. 24, n. 1, p. 1-23, 2012.
- ALDISERT, Ruggero J. Judicial Declaration of Public Policy. **The Journal of Appellate Practice and Process**, v. 10, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. 4ª. Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2015.
- ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos Bernal. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal. DERECHOS FUNDAMENTALES. In: FABRA, J.; RODRÍGUEZ, V. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. **Doctrina Jurídica** (712), 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, item n. 05, 1987. Almedina, Coimbra.
- ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal: ressocialização e o direito penal brasileiro**. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>. Acesso em 15 jan. 2023.
- ARAÚJO, Luísa; RODRIGUES, Maria de Lurdes. Modelos de análise das políticas públicas. **Sociologia, problemas e práticas**, n. 83, p. 11-35, 2017.
- ASSUNÇÃO, Any Ávila. **A TUTELA JUDICIAL DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO: DO FATO SOCIAL NEGADO AO ATO JURÍDICO VISUALIZADO**. Universidade de Brasília, Tese de Doutorado (2009).
- ATIENZA, Manuel. **La dogmática jurídica como tecno-praxis**. In: **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: estudios en homenaje a Jorge Carpizo**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 169-196.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202.

- BAERT, Patrick. Algumas limitações das explicações da escolha racional na Ciência Política e na Sociologia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 35, 1997.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.
- BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. **Revista dos Tribunais**, v. 727, p. 640-650, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá, e em todo lugar”: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, v. 919, p. 127-196, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Editora Saraiva.1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8º v. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BATISTA, Nilo. Todo crime é político. **Caros Amigos**, ano VII, n. 77, 2003.
- BBC Brasil. **Presídios palcos de chacinas têm internos bebendo água de privada, sinal de celular e ameaças de decapitação**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38581392>. Acesso em 11 jan. 2022.
- BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. Oxford University Press, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Almedina, 2022.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. A judicialização da política como instrumento de contenção da degradação populista da legitimidade democrática. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 115, p. 273-312, 2020.
- BONAFONT, Laura Chaqués. **Redes de políticas públicas**. Centro de Investigaciones Sociológicas, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** - 26ª Ed. Malheiros. 2011.
- BORGES, Emílio et al. Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos. **Revista do Direito Público**, v. 7, n. 3, p. 53-76, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Memória e Sociedade. 1989.
- BOURDIEU, Pierre. **Outline of a theory of practice**. Cambridge, Cambridge University Press. 1977.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista de Direito e Atualidades**, v. 2, n. 4, 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana – Alguns Referenciais Teóricos de Interesse. In: DA ROCHA, Carlos Odon Lopes et al. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas**. Brasília: IDP, 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 8.058/2014. **Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências**. Justificação. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>

Acesso em 20 ago. 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. (2009). Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701> Acesso em 13 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Acordos, termos e convênios**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-termos-e-convenios>. Acesso em: 12 jan. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico de arranjos institucionais e proposta de protocolos para execução de políticas públicas em prisões** [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Departamento Penitenciário Nacional; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/bitstream/123456789/567/1/Diag_Arranjos_Inst_eletronico.pdf Acesso em 6 fev. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fazendo Justiça. Resultados**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/resultados/> Acesso em 19 jan. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **GUIA DE GESTÃO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL. 2021**. Estratégias de Atuação de Gestor(a) de Política Judiciária Nacional. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/guia-de-politica-versao-final.pdf>. Acesso em 29 jul. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Normativas e orientações do “Fazendo Justiça”**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/referencias-normativas/> Acesso em 19 jan. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regimento Interno Nº 67 de 03/03/2009 - **Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências** (art. 40-A). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124> Acesso em 5 jan. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 325 de 29/06/2020 - **Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365> Acesso em 03 jan. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas> **Fazendo Justiça> Sobre o programa> Sobre o programa**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/sobre-o-programa/> Acesso em 6 fev. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema carcerário e execução penal**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>. Acesso em: 12 jan. 2024

BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Modelo de gestão da política prisional [recurso eletrônico]: **Caderno I: fundamentos conceituais e principiológicos** / Departamento Penitenciário Nacional, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências**.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Brasil em Desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas públicas**. Brasília: Ipea, 2010: gráfs., mapas, tabs. (Brasil: o Estado de uma Nação).

BRASIL. Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009. **Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12106.htm Acesso em 20 dez. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre prisão temporária**.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/composicao/cnpcp> Acesso em 12 jan. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 107108**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 19-11-2012 PUBLIC 20-11-2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5170**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30/11/2016 PUBLIC 01/12/2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 45 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 107701**, Relator(a): Min. Min. Gilmar Mendes, 13.9.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 98878**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-02 PP-00413 RT v. 99, n. 892, 2010, p. 552-557 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 510-518.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 580252** RG, Repercussão reconhecida em 8/6/2011. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325. Relator Atual Ministro TEORI ZAVASCKI.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 592581**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 641320**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 841526**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante 56**. Aprovada na Sessão Plenária de Sessão Plenária de 29/06/2016. DJe nº 165 de 08/08/2016, p. 1. DOU de 08/08/2016.

BRÍGIDO, Edimar Inocêncio. Michel Foucault: Uma Análise do Poder. **Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba**, v. 4, n. 1, p. 56-75, jan./jun. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari; SOUZA, Matheus Silveira de. A abordagem Direito e políticas públicas: temas para uma agenda de pesquisa. **Sequência** (Florianópolis), v. 43, 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. Saraiva Educação SA, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito e políticas públicas: método e aplicações. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica. Uma análise baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. (orgs.). **Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais**. São Paulo: Blucher, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina (org.). **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: Reflexões para um conceito jurídico**. Ed. Saraiva. UNISANTOS, SP, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.

CAILLOSSE, Jacques. À propôs de l'analyse des politiques publiques: réflexions critiques sur une théorie sans droit. In: COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; ROBERT, Cécile. **La juridicisation du politique: leçons scientifiques**. Coll. Droit et Société Classics. LGDJ, Paris, 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1982. p. 235-275.

CAMBI, Eduardo. PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016. p.338-352.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao "estado de coisas inconstitucional"**. 245 f. 2015. Tese de Doutorado. (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo. Saraiva, 2011.

CAPELLA, A. C. N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, G. et al. (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 87-121.

CAPELLA, Cláudia Niedhardt. Formação da Agenda Governamental: Perspectivas Teóricas. **Trabalho apresentado no GT Políticas Públicas do XXIX Encontro Anual da ANPOCS**, 25-29 de outubro, Caxambu: MG. 2005.

CARVALHO, Salo de. **Anti manual de Criminologia**. 5 ed. São Paulo. Saraiva Educação S.A., 2021.

CASTRO, T. De S. **A “caixa-preta” vs. o “controle demagógico”: Os discursos dos favoráveis e dos contrários à criação do CNJ**. [S.l.]: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

CAYRES, Domitila Costa. Ativismo institucional e interações Estado-movimentos sociais. **BIB-Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 82, p. 81-104, 2016.

COLOMBIA. Corte Constitucional de República de Colombia. **Sentencia T-153/98**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em 15 jan. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de República de Colombia. **Sentencia T-388/13**. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>. Acesso em: 7 set. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional de República de Colombia. **Sentencia T-58729/12**. Disponível em: http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_bd6992c4e40d01e4e0430a01015101e4. Acesso em 8 jun. 2022.

COMMAILLE, Jacques. De la “sociologie juridique” à une sociologie politique du droit. In: COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence; ROBERT, Cécile (dir.). **La juridicisation du politique**. Paris: LGDJ, 2010. p. 29-51.

COMMAILLE, Jacques; DUMOULIN, Laurence. **Heurs et malheurs de la légitimité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la “judiciarisation”**. L'Année Sociologique, v. 59(1), 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. GARANZIE COSTITUZIONALI E "GIUSTO PROCESSO" (MODELLI A CONFRONTO). **Revista de Processo** | vol. 90 | p. 95 | Abr / 1998 | DTR\1998\205.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad.: Juliana N. Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Nº. 39. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

COSTA NETO, João. **Dignidade humana: visão do Tribunal Federal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTAS, Douzinas. **End of human rights**. Hart Publishing (UK), 2007.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. **Política Pública como Campo Disciplinar**. São Paulo, 2014.

COUTURE, Eduardo J. **Las garantías constitucionales del proceso civil**. Ediar, 1946.

DA MOTA MELO, Vera Lúcia Monteiro. **O terrorismo e o impacto nos Direitos Humanos**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade Nova de Lisboa.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

DE ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. O Estado de Coisas Inconstitucional—uma análise da ADPF 347. Universidade Metodista de São Paulo. **Revista do Curso de Direito**, v. 13, n. 13, p. 85-121, 2016.

De Marco, Thaís Kerber. Reconhecimento dos direitos dos grupos minoritários nas sociedades multiculturais. CONGRESSO INTERNACIONAL DA FACULDADES EST, 2. 2014, São Leopoldo. **Anais do Congresso Internacional da Faculdades EST. São Leopoldo: EST**, v. 2, 2014. (p.1549-1559).

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Rio de Janeiro, 1990. Editora Martins Fontes.

DIAS, M. T. F.; MENOSSI, R. De C. Os Limites Da Competência Normativa Do Conselho Nacional De Justiça (CNJ) Face Aos Serviços Notariais E De Registro. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, 2017. v. 3, n. 1

DONNELLY, Jack. **International human rights**. Westview Press, 2013.

Dryzek, J.S. Fischer, Frank, Reframing Public Policy: Discursive Politics and Deliberative Practices. **Policy Sciences** 37, 89–93 (2004).

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA/London: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Hard Cases. **Harvard Law Review (HLR)**. Massachusetts, Volume 88, Number 06, p. 1.057-1.109, April 1975. p. 1.059 e 1.067.

DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, F. G.; SALM, F. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2014.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: as causas coletivas. **Lua Nova**, São Paulo, v. 69, p. 123-146, 2006.

EREMENKO, Paul. **When 'Fairness' is Efficient: The Role of the Judiciary in Maximizing Aggregate Social Welfare**. SSRN Working Paper Series, 2006.

OLIVEIRA, Vitor Costa. **Estado de coisas inconstitucional no direito fundamental à comunicação: análise do regime jurídico da radiodifusão audiovisual no Brasil**. 2016. 121 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. Disponível em: https://bdtd.ufs.br/bitstream/tede/3028/2/VITOR_OLIVEIRA_COSTA.pdf. Acesso em 15 dez. 2022.

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, M. (org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 40.
- FISCHERI, Rosa Maria; ABREU, Sérgio França Adorno de. Políticas penitenciárias, um fracasso? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, v. 3, n. 4, p. 70-79, 1987.
- FLIGSTEIN, Neil. Social skill and institutional theory. **American behavioral scientist**, v. 40, n. 4, p. 397-405, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2001. v.1.
- FREITAS, Riva Sobrado de. Castro, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência** (Florianópolis), n. 66, p. 327-355, jul. 2013.
- GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, v. 14, 2013.
- GATES, John Boatner; JOHNSON, Charles A. (Ed.). **The American courts: A critical assessment**. CQ Press, 1991.
- GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à Supremacia Judicial e diálogos interinstitucionais**. 267 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2015.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 8ª ed. São Paulo: Perspectivas, 2008.
- GOODIN, Robert E (Ed). **The theory of institutional design**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- GREEN, D.P. e SHAPIRO, I. (1994), **Pathologies of rational choice theory; a critique of applications in Political Science**. New Haven, Yale University Press.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002. Editora Sérgio Antonio Fabris.
- HABERMAS, Jürgen. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. In: **Metaphilosophy**. V.41, n.4, July 2010.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de Georfe Sperber e Paulo Astor Soethe. Paraná, 2006. Edições Loyola.
- HECLO, H. Hugh. Review article: Policy analysis. **British journal of political science**, v. 2, n. 01, p. 83-108, 1972.

HEIDEMANN, Francisco. G.; SALM, Jose Francisco. **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2014.

HERWEG, Nicole; ZAHARIADIS, Nikolaos; ZOHLNHÖFER, Reimut. The multiple streams framework: Foundations, refinements, and empirical applications. In: **Theories of the policy process**. Routledge, 2018. p. 17-53.

HESS, Heliana Maria Coutinho. ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS. **Rev. SJRJ (Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro)**. Rio de Janeiro, v.18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011).

HOLENSTEIN, André; NAPOLI, Paolo. Naissance de la police moderne. 2006. In: LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. A ação pública abordada pelos seus instrumentos. **Revista Pós Ciências Sociais**, v. 9, n. 18, 2012.

HUPE, Peter; HILL, Michael. Implementing public policy: an introduction to the study of operational governance. **Implementing Public Policy**, p. 1-100, 2021. Disponível em:

https://books.google.com.br/books/about/Implementing_Public_Policy.html?id=fNo6EAAAQBAJ&redir_esc=y. Acesso em 18 jan. 2024.

JENKINS-SMITH, Hank C.; SABATIER, Paul A. Evaluating the advocacy coalition framework. **Journal of public policy**, v. 14, n. 2, p. 175-203, 1994.

JOHN, Peter. New directions in public policy: theories of policy change and variation reconsidered. In: **International conference on public policy**, grenoble. 2013. p. 26-28. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/272300819_New_Directions_in_Public_Policy_Theories_of_Policy_Change_and_Variation_Reconsidered. Acesso em 18 jan. 2024.

JUNIOR, Vieira; ARAUJO, Ronaldo Jorge. Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. 2015. **Textos para Discussão**; 186. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/516692>. Acesso em: 5 set. 2022.

KALUSZYNSKI, Martine. La fonction politique de la justice: regards historiques: du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation. In: COMMAILLE, Jacques; KALUSZYNSKI, Martine (dir.). **La fonction politique de la justice**. Paris: La Découverte, 2007. p. 9-23.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

KANT, Immanuel; WOOD, Allen W.; SCHNEEWIND, Jerome B. **Groundwork for the Metaphysics of Morals**. Yale University Press, 2002.

KERCHE, F.; OLIVEIRA, V. E. De; COUTO, C. G. Os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público no Brasil: instrumentos de accountability? **Revista de Administração Pública**, 2020. v. 54, n. 5, p. 1334–1360.

KINGDON, John W.; STANO, Eric. **Agendas, alternatives, and public policies**. Boston, 2011.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política do STF pós-88. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 96, p. 69-85, jul. 2013.

KOSAK, Ana Paula; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 1, 2020.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. A ADPF 347 e o 'Estado de Coisas Inconstitucional': ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. SA Fabris, 2002.

LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. A ação pública abordada pelos seus instrumentos. **Revista Pós Ciências Sociais**, v. 9, n. 18, 2012.

LASSWELL, Harold D., **The Decision Process. Seven Categories of Functional Analysis**, College Park, MD, University of Maryland Press (1956). Disponível em: <https://ucdenver.instructure.com/courses/376660/files/5955055/download?verifier=VQBNj5dUaKmlIMmbvTuuontLi9RGq9bREf2hu0Yh&wrap=1>. Acesso em 18 jan. 2024.

LIJPHART, Arend. (1999), **Patterns of Democracy**. New Haven, Yale University Press.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; **A decisão judicial como comunicação diferenciada: Uma investigação à luz da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann**. Dissertação de Mestrado em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2007.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário ou a possível balbúrdia dos valores na atuação administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, 2014.

LIMAS TOMIO, F. R. DE; FILHO, I. N. R. Accountability e independência judiciais: Uma análise da competência do conselho nacional de justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, 2013. v. 21, n. 45, p. 29-46 e SADEK, M. T. A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, 2004. v. 10, n. 1, p. 01-62.

LUTZ, Ellen L.; SIKKINK, Kathryn. International Human Rights Law and Practice in Latin America. **International Organization**. v. 54, n.3, 2000, p.633-659.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro, 2008. Editora Elsevier.

MACHADO, Bruno Amaral; SANTOS, Rafael Seixas. Constituição, STF e a política penitenciária no Brasil: uma abordagem agnóstica da execução das penas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 89-112, 2018.

MACHADO, B. A., & SLONIAK, M. A. (2015). Disciplina ou ressocialização? Racionalidades punitivas, trabalho prisional e política penitenciária. **Revista Direito GV**, 11, 189-222.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena e PEREZ, Marcos Augusto. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria P. Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, p. 183-202, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e Experimentalismo Institucional**. Organizadores Gilmar Ferreira Mendes, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch. Brasília: IDP, 2012.

MIGUEL, Luís Felipe. Capital Político e Carreira Eleitoral: Algumas Variáveis na eleição. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 20, p. 115-134, 2003.

MOREIRA, Lucas Pessôa. **O estado de coisas inconstitucional e seus perigos**. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf. Acesso em: 5 set. 2023.

MULLER, Pierre. **Les Politiques Publiques**. Paris, Presses Universitaires de France (8.ª edição) 2010.

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **A Análise das Políticas Públicas**; traduzido por Agemir Bavaresco, Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.

MUNOZ CONDE, Francisco. La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito. In: **Doctrina Penal**, Buenos Aires: Depalma, n.5-8, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. In: **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_ju_n2012. Acesso em 13 jan. 2023.

NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Observatório Constitucional. In: **Revista Consultor Jurídico** (Conjur). Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em 7 ago. 2022.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, 2006. Editora Martins Fontes.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito. Realidade ou Utopia num Estado democrático de Direito? **Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=677. Acesso em 12 jun. 2023.

NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em 21 set. 2023.

PARSONS, Wine, Public Policy. **An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis**, Cheltenham, UK, e Northampton, MA, Edward Elgar, 1995.

PEREIRA, J. C. M. Descontinuidade na Administração Judiciária. Análise das Iniciativas do CNJ na Execução Penal. **ENAJUS - Encontro de Administração da Justiça**, 2019.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 39-73.

PEREIRA, Matheus Mazzilli. Ativismo Institucional no Poder Legislativo. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 31. Brasília, janeiro - abril de 2020, pp 301-338 ;

POUND, Roscoe. A survey of social interests. **Harvard Law Review**, v. 57, n. 1, p. 1-39, 1943.

PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. **O direito de punir na constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade**. 111 f. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2007. “Orientação: Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes”. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp123224.pdf>. Acesso em 12 jan. 2023.

PRZEWORSKI, Adam. O Estado e o cidadão. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999, p. 323-345.

PULIDO, Carlos Bernal. The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court. Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law – Part I. **Blog of the International Journal of Constitutional Law**, Oct. 31, 2018. Disponível em: <https://www.iconnectblog.com/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/>. Acesso em: 12 jan. 2024.

RIBEIRO PORTO, F. O Microssistema de Justiça Digital Instituído pelas Resoluções CNJ. **Direito em Movimento**, 2021. v. 19, n. 2, p. 130–152.

RIPLEY, Randall B. Stages of the policy process. In: McCOOL, Daniel C. **Public Policy Theories, Models, and Concepts – An Anthology**. PRENTICE HALL, Upper Saddle River, 1995.

ROA, Jorge Ernesto Roa. Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 210, 2019.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: o desenho institucional do judiciário e do Conselho Nacional de Justiça no estado democrático de direito brasileiro**. 2012. 258 f. 2012. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, ano 2, v. 2, n. 2, p.53-67, 2001.

ROSILHO, A. O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, 2011. v. 1, p. 141–160.

RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1142-1167, 2019.

SABATIER, Paul A. The Advocacy Coalition Framework: revisions and relevance for Europe, **Journal of European Policy**, 51, 1998. pp. 98-130.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho**. Madrid/España - Bogotá/Colombia: Editorial Trotta / ILSA, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia**. Desclée de Brouwer, 2003.

SANTOS, Rafael Seixas. Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas. **REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**. Ano 31. 198. Set/out. 2023.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas públicas. Coletâneas**. Volumes, v. 1, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, p. 267-302, 2009.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In.: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (Orgs.) **The self-Restraining State Power and Accountability in new democracies**. Boulder and London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHUCK, Peter H. El poder judicial en una democracia. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) **Papers**. Paper 31. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31. Acesso em 9 set. 2022.

SECONDAT, Charles-Louis de; DE MONTESQUIEU, Barão. **Do espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 1999.

SERVERIN, Évelyne. Jurisdiction et jurisprudence: deux aspects des activités de justice. In: **Droit et Société** 2-1993.

SILVA, J. A. DA; FLORÊNCIO, P. De A. E L. Políticas judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas. **Revista do Serviço Público**. Brasília, 2011. v. 62, n. 2, p. 119–136.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

SIMEON, Richard. Studying public policy. **Canadian journal of political science**, v. 9, n. 04, p. 548-580, 1976.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The quarterly journal of economics**, p. 99-118, 1955.

SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. **Verba Juris** – ano 3, n. 3, jan./dez. 2004.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Trabalho e cidadania: dignidade humana e projeto de vida. Revista AATR – **Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia, Salvador – Bahia**, Ano III, p.90-102, 2005.

SOUZA, Celina et al. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10.ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUNSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before**. Princeton, New Jersey. Princeton University Press, 2009.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O tamanho dos nossos sonhos: política e democracia no espaço entre nós e o contexto. In: DIAS, J. A.; SUXBERGER, A. H. G. et al. (orgs.). **Blumenau: Nova Letra; Instituto de Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento**, 2009, p. 21-32.

TAYLOR, Matthew M. The judiciary and public policy in Brazil. **Dados**, v. 4, n. SE, 2008.

TRUBEK, David M. Law, Planning and the Development of the Brazilian Capital Market – a study of law in economic change. In: **Yale Law School Studies in Law and Modernization** 3, Bulletin no. 72 and 73. 1971.

TRUE, J. et al. Punctuated-Equilibrium Theory: explaining stability and change in public policy making. In: Sabatier, P. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview Press, 2007.

TRUE, James L.; JONES, Bryan D.; e Baumgartner, Frank R. Punctuated-Equilibrium Theory: explaining stability and change in public policy making. In: Sabatier, P. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview Press, 2007.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A segunda via: presente e futuro do Brasil**. São Paulo: Boitempo. 2001.

UNODC. Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em 19 dez. 2023).

UNODC. Handbook on the Classification of Prisoners. **Criminal Justice Handbook Series**. New York, May 2020.

VASCONCELOS, N. P. De. Solução Do Problema Ou Problema Da Solução? STF, CNJ e a Judicialização da Saúde. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, 2020. v. 6, n. 1, p. 83–108.

VESTING, T. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WACQUANT, Loïc JD. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Freitas Bastos Editora, 2001.

WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? (January 3, 2013). NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. 12-73. Available at SSRN: ssrn.com/abstract=2196074.

ZACKSESKI, Cristina. Fragmentos do jogo político criminal brasileiro. In: MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal e democracia (Justicia criminal y democracia)**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013.

ZAFFARONI, Raul E. **A palavra dos mortos – Conferências de Criminologia Cautelar**. Coordenação e Revisão da tradução Sérgio Lamarão. São Paulo: Saraiva. Coleção Saberes Críticos. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAHARIADIS, N. The multiple streams framework: structure, limitations, prospects. In: SABATIER, P. A. (Ed.). **Theories of the policy process**. Boulder: Westview, 2007. p. 65-92.