



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

MATHEUS CASIMIRO GOMES SERAFIM

**O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A BUSCA POR UMA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA E EFICIENTE: UMA ANÁLISE DA
ADOÇÃO DO INSTITUTO COLOMBIANO NA ADPF Nº 347/DF**

FORTALEZA

2018

MATHEUS CASIMIRO GOMES SERAFIM

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A BUSCA POR UMA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA E EFICIENTE: UMA ANÁLISE DA ADOÇÃO
DO INSTITUTO COLOMBIANO NA ADPF Nº 347/DF

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito à obtenção do Título de Bacharel
em Direito. Área de concentração: Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S487e Serafim, Matheus Casimiro Gomes.

O Estado de Coisas Inconstitucional e a busca por uma jurisdição constitucional legítima e eficiente: uma análise da adoção do instituto colombiano na APDF nº 347/DF / Matheus Casimiro Gomes Serafim. – 2018.

102 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho. Coorientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior .

1. Estado de Coisas Inconstitucional . 2. Ativismo Judicial. 3. Legitimidade . 4. Eficiência . I. Título.
CDD 340

MATHEUS CASIMIRO GOMES SERAFIM

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A BUSCA POR UMA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL LEGÍTIMA E EFICIENTE: UMA ANÁLISE DA ADOÇÃO DO
INSTITUTO COLOMBIANO NA ADPF Nº 347/DF

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito à obtenção do Título de Bacharel
em Direito. Área de concentração: Direito
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. George Marmelstein Lima
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

A Deus.

Aos meus pais, Marconi e Edilma.

À minha família, amigos e professores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me conduziu até aqui, ajudando-me a superar os percalços do caminho e a manter minha determinação em face de cada novo desafio enfrentado.

Aos meus pais, Marconi e Edilma, por todo o apoio, amor e carinho, fundamentais, principalmente, nas horas mais difíceis. Desde a infância, são meu porto seguro e minha maior motivação para buscar novas conquistas.

A todos os meus familiares, em especial à minha tia Elma, minha avó Tereza e minha madrinha Eliniete, pelo amor e apoio recebidos desde a infância.

Ao professor Glauco, pelos ensinamentos, ao longo dos últimos três anos, e pela confiança em mim depositada. Ao professor William, pela atenção e disposição constantes, fundamentais para a elaboração deste trabalho.

Ao professor George Marmelstein, que gentilmente aceitou compor a banca examinadora do presente trabalho, contribuindo para o seu aperfeiçoamento com o seu conhecimento sobre o tema estudado.

Aos mestrandos e amigos Tiago Queiroz e Isabelly Cysne, pela constante disposição em auxiliar na elaboração do presente trabalho, ainda que isso implicasse em escutar intermináveis áudios.

À Danielle Vasconcelos, pelo carinho, companheirismo e confiança em meu potencial, fundamentais para que eu mantivesse a força para superar os desafios que este ano trouxe, principalmente nos momentos nos quais eu acreditei não ser capaz, e foram vários.

Aos meus amigos do 99%, do recordar é viver, da Uni7 e do colégio, por constituírem a família que pude escolher e que espero levar para o resto de minha vida.

Aos mosqueteiros Ernani Soares e Leonardo Santiago, pela amizade e pelo companheirismo ao longo de nosso percurso em conjunto na Universidade. Agradeço também aos amigos Gabriel Valentim e Beatriz Vieira, que desempenharam papel fundamental nessa jornada universitária.

Ao Curso Pré-Vestibular Paulo Freire e à Sociedade de Debates da UFC, projetos fundamentais na minha graduação, não só pelo incrível trabalho que realizam, bem como por terem me auxiliado a desenvolver competências que, antes, julgava não ser capaz de alcançar. E, principalmente, agradeço por me ajudarem a descobrir qual direção seguir na minha vida profissional e acadêmica. Em especial, agradeço à Sophie Poch, minha eterna dupla de debates, pelos anos de incrível parceria, e por ter acreditado em mim antes que eu mesmo o

fizesse.

Por fim, mas não menos importante, à Faculdade de Direito como um todo, representada por todos os professores, servidores e alunos.

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes” (Nelson Mandela, Um longo caminho para a liberdade.)

“A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limite. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.” (MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução de Cristiana Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166-167)

RESUMO

Estuda-se a adoção do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, com o intuito de verificar se a forma como o instituto, de origem colombiana, está sendo adotado permite uma intervenção legítima e eficiente do Supremo Tribunal Federal (STF) na solução da crise do sistema penitenciário brasileiro. Nesse sentido, busca-se conhecer o que são as omissões inconstitucionais não normativas e a resposta do Poder Judiciário a essas omissões, qual seja, as sentenças judiciais estruturais, gênero no qual se inclui o ECI. Antes de realizar a análise da ADPF nº 347/DF, busca-se diferenciar judicialização da política e ativismo judicial, bem como fixar os pressupostos para um ativismo judicial legítimo e eficiente no âmbito das políticas públicas, os quais serão fundamentais para avaliar os pedidos formulados na referida ação. Realizada essa determinação, estudam-se os pedidos formulados na ação, tanto os pleiteados em caráter cautelar, quanto os pedidos finais, com o intuito de analisar se o seu eventual deferimento permitirá uma intervenção legítima e eficiente do STF na solução da crise do sistema penitenciário. Por fim, analisa-se o Compromisso Significativo, modelo de sentença estrutural desenvolvido na África do Sul, perquirindo se essa técnica de decisão possibilita uma atuação legítima e eficiente do STF na superação dos entraves institucionais que comprometem o mínimo existencial dos encarcerados. Ademais, analisam-se também as vantagens do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736/2015, cujos objetivos principais são estabelecer parâmetros objetivos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e, caso esse instituto seja aplicado, que seja formulado um Compromisso Significativo entre o Poder Público e os segmentos sociais afetados pelas ações e omissões estatais, com o intuito de superar os entraves institucionais existentes.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial. Legitimidade. Eficiência.

ABSTRACT

The adoption of the Unconstitutional State of Affairs (USoA) in the ADPF n° 347/DF, is examined in order to verify if the way the Colombian institute is adopted allows a legitimate and efficient Supreme Federal Court intervention to solve the crisis of the Brazilian prison system. In this sense, it is sought to know what are the non-normative unconstitutional omissions and the response of the Judiciary to these omissions, that is, the structural injunctions, gender in which ECI is included. Before performing the analysis of APDF n° 347/DF, it seeks to differentiate judicialization of politics and judicial activism, as well as to establish the presuppositions for a legitimate and efficient judicial activism in the scope of public policies, which will be fundamental to evaluate the formulated requests in said action. Once this determination has been made, the requests formulated in the action, both those requested in a precautionary nature and the final requests, are examined in order to analyze whether the petitions allow a legitimate and efficient intervention of the Supreme Court in solving the crisis of the penitentiary system. Finally, we analyze the Meaningfully Engagement, a structural injunction model developed in South Africa, asking whether this decision-making technique allows a legitimate and efficient Supreme Federal Court action to overcome the institutional obstacles that compromise the existential minimum of those incarcerated. In addition, the advantages of Upper House Bill n° 736/2015, whose main objectives are to establish objective parameters for the declaration of the Unconstitutional State of Affairs and, if this institute is applied, that be formulated a Meaningfully Engagement between the Public Power and the social segments affected by state actions and omissions, in order to overcome the existing institutional omissions.

Keywords: Unconstitutional State of Affairs. Judicial Activism. Legitimacy. Efficiency.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO NORMATIVAS E AS SENTENÇAS JUDICIAIS ESTRUTURANTES.....	14
2.1	A defesa da existência das omissões inconstitucionais não normativas.....	16
2.2	A efetividade normativa: a necessidade de sentenças judiciais estruturantes.....	20
3	O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, PRESSUPOSTOS E A SUA ADOÇÃO NA ADPF Nº 347/DF.....	26
3.1	A solução colombiana para as omissões inconstitucionais não normativas.....	26
3.2	A relevância da ADPF para o enfrentamento das omissões não normativas.....	33
3.3	A aplicação do ECI ao sistema penitenciário brasileiro	35
4	A LEGITIMIDADE E A EFICIÊNCIA DA INTERVENÇÃO DO STF NA SUPERAÇÃO DO ECI DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	39
4.1	As sentenças judiciais estruturantes como uma manifestação do ativismo judicial.....	39
4.2	Os pressupostos para um ativismo judicial legítimo na seara das políticas públicas.....	43
4.3	Os pressupostos para um ativismo judicial eficiente na seara das políticas públicas.....	61
4.4	A probabilidade de uma intervenção ilegítima e ineficiente do STF na ADPF nº 347/DF.....	65
5	O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO UMA ALTERNATIVA LEGÍTIMA E EFICIENTE PARA SOLUCIONAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	80

5.1	A solução sul-africana para as omissões inconstitucionais não normativas.....	80
5.2	As vantagens da realização de um Compromisso Significativo para superar o ECI do sistema penitenciário.....	84
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que, desde a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais são elementos cada vez mais relevantes nos textos constitucionais em todo o mundo. Isso se deve, principalmente, à concepção de que esses direitos são limites à atuação do Estado, que deve respeitá-los, ainda quando age sob a alegação de realizar a vontade da maioria.

É por essa razão, inclusive, que as Democracias modernas são definidas como Estados Democráticos de Direito: ainda que a vontade da maioria seja fundamental para determinar os rumos do Estado, esta encontra limites constitucionais, aos quais pertencem os direitos fundamentais.

Nas últimas décadas, todavia, esses direitos são percebidos não só como barreiras à atuação estatal, mas como vetores que devem conformar a atuação do Poder Público, de tal forma que este não deve apenas abster-se de violá-los, bem como deve realizar prestações positivas para assegurar a sua efetivação. Exemplo disso é a maior presença dos chamados direitos sociais nas Constituições atuais, os quais exigem a realização de políticas públicas estatais para que sejam efetivados em grau máximo.

Concomitantemente a maior presença de direitos sociais nos textos constitucionais, constata-se também o fenômeno das omissões inconstitucionais não normativas, verificadas quando o Estado se queda inerte em realizar as políticas públicas necessárias para efetivar os direitos fundamentais de um determinado segmento social.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, em todo o mundo, tem exarado decisões chamadas de sentenças judiciais estruturais, as quais intentam superar os entraves institucionais na efetivação de determinados direitos fundamentais, possibilitando a intervenção das instâncias judiciais no âmbito das políticas públicas.

Um tipo de sentença estrutural é o Estado de Coisas Inconstitucional, formulado originalmente pelo Corte Constitucional Colombiana, o qual é utilizado em situações nas quais se verificam graves, reiteradas e institucionalizadas violações aos direitos fundamentais de determinados grupos, perpetradas por órgãos estatais, seja por ações, seja por omissões.

Esse instituto foi adotado em 2015 pelo STF, no julgamento da medida cautelar da APDF nº 347/DF, a qual objetiva a declaração ECI do sistema penitenciário brasileiro, apresentando uma série de medidas que devem ser realizadas pelo Poder Executivo, sob a fiscalização, e até mesmo complementação, do Judiciário, o que concederia ampla possibilidade de intervenção a esse Poder no âmbito de competências do Executivo. Exemplo disso é o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN),

determinado pelo STF, em sede de medida cautelar.

Ainda que os pedidos finais da referida ação não tenham sido apreciados até o momento, relevante é o estudo das consequências do eventual provimento dessas requisições, bem como dos pleitos já concedidos em caráter cautelar.

Atualmente, no Brasil, é intenso o debate sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Criticam-se recentes decisões do STF, atribuindo-lhes o adjetivo de "decisões ativistas", o que já virou sinônimo de "contrárias à separação dos poderes e ao regime democrático".

Nesse sentido, cumpre analisar qual postura o STF deve adotar ao aplicar o ECI ao sistema penitenciário, para que este tribunal não incorra em uma atuação ilegítima e ineficiente.

Com efeito, busca-se fixar quais os pressupostos para uma adequada intervenção do Judiciário nas políticas públicas estatais, de tal forma que a crise no sistema penitenciário seja superada de forma eficiente e, principalmente, legítima.

Outrossim, analisa-se o Compromisso Significativo como uma sentença estrutural mais adequada à promoção de um diálogo entre o Poder Público e os segmentos sociais afetados, e que deveria ser utilizada para superar o ECI do sistema carcerário.

Para isso, faz-se imprescindível a análise sistêmica de bibliografia, com as leituras de doutrinas específicas, trabalhos de conclusão de curso, de dissertações de mestrado e de teses de doutorado relacionados ao tema em estudo, com o intuito de melhor compreender o surgimento e o desenvolvimento do instituto colombiano, bem como para fixar pressupostos adequados a uma atuação legítima e eficiente do STF na superação do ECI do sistema penitenciário.

Ademais, tem-se a pesquisa jurisprudencial, com o exame das decisões dos tribunais brasileiros, em especial decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Além disso, serão estudados julgados paradigmáticos da Corte Constitucional Colombiana, nos quais aplicou-se o instituto do ECI.

Por fim, é necessária a pesquisa legislativa, com a consulta à Constituição Federal de 1988, à legislação infraconstitucional pertinente ao tema, e à legislação estrangeira, para melhor compreender os institutos jurídicos analisados.

2. AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS NÃO NORMATIVAS E AS SENTENÇAS JUDICIAIS ESTRUTURAIS

O Estado de Coisas Inconstitucional é um modelo de sentença judicial estrutural, que objetiva solucionar uma situação de reiterada violação institucional aos direitos fundamentais. Essa violação ocorre não só por condutas comissivas estatais, mas principalmente por omissões não normativas, também chamadas de omissões políticas.

Diante desse cenário, é possível realizar o controle de constitucionalidade sobre a inércia política do Estado, ainda que a omissão não seja normativa.

As tradicionais ações do controle concentrado de constitucionalidade, todavia, têm se mostrado insuficientes para a resolução dessas omissões, uma vez que, em regra, são cabíveis em face de atos normativos primários que violem diretamente a Constituição Federal, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade¹.

Até mesmo o Mandado de Injunção, ação constitucional que objetiva garantir o exercício de um direito fundamental ainda não regulamentado², ou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que objetiva garantir a eficácia geral do texto constitucional³, não são meios aptos a sanar as omissões não normativas.

A inaptidão das referidas ações para resolver o problema em questão decorre da própria natureza jurídica desses instrumentos processuais, visto que objetivam sanar omissões normativas, situações nas quais o dispositivo constitucional não recebeu nenhuma regulamentação infraconstitucional, ou se recebeu, essa foi insuficiente para assegurar plena eficácia ao preceito constitucional. Nas omissões analisadas no presente trabalho, o entrave não está na falta de regulamentação dos serviços públicos, mas no desinteresse político em efetivá-los.

Diante da inadequação dos meios ordinários do controle concentrado de constitucionalidade em sanar as omissões inconstitucionais não normativas, várias Cortes Constitucionais têm proferido sentenças judiciais estruturais, objetivando superar a inércia do Poder Público.

Essas sentenças, ainda que apresentem características próprias conforme a realidade do país em que são aplicadas, podem ser definidas como modelos de decisão que permitem a intervenção do Poder Judiciário na atuação dos demais Poderes Estatais,

¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 193.

² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 782.

³ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 176-179.

principalmente nas competências do Executivo, objetivando superar os entraves institucionais que obstam a execução de políticas públicas adequadas e ocasionam a violação perene e institucionalizada de direitos fundamentais.

Nesse sentido, é necessário, primeiramente, compreender melhor o que são as omissões inconstitucionais não normativas e as sentenças judiciais estruturantes para, posteriormente, analisar o Estado de Coisas Inconstitucional e como este foi recepcionado na ADPF nº 347/DF.

Neste capítulo, em seu primeiro tópico, aprofunda-se o estudo do conceito de omissões não normativas. O segundo tópico destina-se à análise do conceito de sentença judicial estruturante, realizando-se, para uma melhor compreensão desse modelo de provimento jurisdicional, uma análise de um caso histórico e paradigmático, no qual se proferiu uma sentença judicial estruturante, qual seja, o caso *Brown v. Board of Education*, nos Estados Unidos da América.

2.1 A defesa da existência das omissões inconstitucionais não normativas

Para melhor compreender o que são omissões inconstitucionais não normativas, faz-se necessário, primeiramente, analisar como a doutrina pátria clássica entende o papel do controle de constitucionalidade e as omissões inconstitucionais.

O controle de constitucionalidade, seja em seu modelo difuso ou concentrado, surge como instrumento necessário para garantir a supremacia formal da Constituição. Se há uma norma infraconstitucional em contradição à norma constitucional, a primeira não é apta a revogar a segunda e, portanto, precisa ser removida do ordenamento jurídico⁴. Assim, consolidou-se no meio jurídico a visão clássica de que o objeto do controle judicial de constitucionalidade é a lei ou o ato normativo do Poder Público.

O referido entendimento, entretanto, passou por atualizações. Ocorre que, historicamente, as Constituições pátrias são constituições dirigentes. Conforme magistério de Sarmiento e Souza Neto⁵, esse modelo de Constituição também estabelece garantias da liberdade individual em face do poder do Estado, entretanto, também consignam objetivos que devem ser realizados pelo Estado, consagrando um estado ideal de coisas que deve ser concretizado no futuro.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 303-304.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-63.

Ademais, a Constituição de 1988 elenca um extenso rol de direitos fundamentais. O texto constitucional assegura os direitos chamados de primeira dimensão, que, geralmente, exigem uma conduta negativa do Estado, que deve respeitá-los, abstendo-se de violá-los.

A Carta da República, contudo, elenca também diversos direitos sociais, chamados de direitos de segunda dimensão, que exigem principalmente prestações positivas estatais para que sejam realizados. Assim, o Estado tem o dever de realizar as políticas públicas necessárias para assegurar a eficácia plena desses direitos sociais.

Dessa forma, diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988, instituidores de direitos fundamentais ou não, exigem regulamentação infraconstitucional para que possam produzir plenamente seus efeitos essenciais⁶.

Atentando-se para o sério problema existente no país, visto que, historicamente, o legislador ordinário omitia-se em efetivar vários preceitos constitucionais, o Constituinte previu duas ações constitucionais para assegurar a eficácia do texto constitucional, quais sejam: o Mandado de Injunção, que objetiva permitir a tutela de direito fundamental não regulamentado, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a qual objetiva garantir a eficácia de todo o texto constitucional⁷.

Destarte, com a previsão dos referidos instrumentos processuais constitucionais, surgiu a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade sobre a inércia do Poder Público em editar leis e diplomas normativos que permitam a produção plena dos efeitos nas normas constitucionais de eficácia limitada.

A regulamentação faltante poderá competir ao legislativo ou aos órgãos da Administração Pública, sendo classicamente compreendida no Brasil como a "necessidade de decreto ou regulamentação no mesmo nível da necessidade da lei"⁸.

O entendimento de que somente há omissão inconstitucional quando não são editadas leis ou atos normativos necessários para regulamentar normas de eficácia limitada precisa ser superado.

Marmelstein⁹ afirma que há omissão inconstitucional sempre que uma pretensão

⁶SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 214-215.

⁷SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.247.

⁸TAVARES, André Ramos. O cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: Mendes, Gilmar Ferreira et al (Org). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 391-392.

⁹LIMA, George Marmelstein. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p.10-28, p. 25, 2015.

normativa não consegue se efetivar faticamente em razão da inércia do Estado, podendo atingir, inclusive, normas de eficácia plena. Nesse jaez, a doutrina de Campos:

Em síntese, para a doutrina brasileira em geral, portanto, a omissão normativa inconstitucional está sempre ligada a um enunciado constitucional em que é previsto um dever expresso e específico de legislar, configurada a ausência de atuação legislativa durante certo período de tempo razoável, implicando dessa forma, violação objetiva à constituição. Assim conceituada, estaria fora do campo de possibilidade da omissão inconstitucional possível violação de normas constitucionais autoaplicáveis, de um conjunto dessas normas ou da Constituição como um todo. Essa conclusão, como se passa a demonstrar, é própria de nossa doutrina tradicional e do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

À vista disso, o entendimento de que somente atos ou omissões normativas podem ser declarados inconstitucionais é uma percepção parcial, que deve ser superada. Não há de se falar somente em omissão inconstitucional legislativa, tendo em vista que a inércia de qualquer dos três poderes - seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário - pode ser declarada inconstitucional, desde que venha a impedir a plena eficácia do texto constitucional.

Assim sendo, para melhor compreender as omissões inconstitucionais, faz-se necessário compreender o que são políticas públicas, cuja conceituação, conforme Bucci, não é pacífica na doutrina pátria¹¹. Nada obstante, adota-se no presente trabalho o conceito apresentado pela autora, qual seja:

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definitivos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹²

Isto posto, é evidente que a plena efetivação dos dispositivos constitucionais pode se dar tanto por falta de regulamentação normativa, bem como por inércia do Poder Público em adotar as medidas político-administrativas adequadas.

Por conseguinte, é imperioso reconhecer a relevância das sentenças judiciais estruturais, proferidas em face de omissões inconstitucionais não normativas, as quais nada mais são do que a ineficácia das políticas públicas estatais, falhas estruturais, que acabam por institucionalizar uma situação de constantes violações aos direitos fundamentais.

Nesse cenário, faz-se necessário reconhecer a legitimidade da jurisdição

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016, p. 37.

¹¹ BUCCI, M.P.D. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 1, n. 133, p. 89-98, p. 91-92, jan/mar, 1997.

¹² BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M.P.D. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. p. 39.

constitucional para intervir nos casos de omissões inconstitucionais não normativas, tendo como fundamento dessa atuação a ampliação do conceito de dever estatal de tutela.

Originalmente, compreendia-se a função protetiva do Estado¹³ como o dever estatal de assegurar que os direitos fundamentais de um indivíduo fossem violados pela atuação de outros, bem como o próprio Poder Público deveria abster-se de violar esses direitos. É a chamada dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais conferem aos seus titulares o poder jurídico de exigir algo. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais são mecanismos de proteção contra a atuação de outros indivíduos, mas principalmente contra a atuação do próprio Estado¹⁴.

Esse entendimento, contudo, foi ampliado, em virtude do desenvolvimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual parte da ideia de que esses direitos não funcionam apenas como mais um mecanismo de proteção individual em face do Estado, mas que é dever do último tutelar esses interesses.¹⁵

Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais acaba por resultar na imposição de condutas e serviços para o Poder Público, que deve realizar políticas públicas adequadas a assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, ao exercer a função jurisdicional, objetivando sanar as omissões inconstitucionais não normativas, os juízes poderão assumir duas posturas: criar políticas públicas, ainda que estas não tenham sido determinadas pelos poderes políticos competentes; ou promover mudanças ou anular políticas públicas estabelecidas por outros órgãos, em virtude da ineficácia da prestação estatal.

Diante do exposto, resta evidente que é necessário reconhecer a existência das omissões inconstitucionais não normativas, sendo necessária uma ampliação de horizontes, de tal forma que a inconstitucionalidade de um ato ou omissão estatal não tenha apenas o paradigma normativo. Consequentemente, a jurisdição constitucional poderá tutelar de forma mais eficiente as políticas públicas estatais, bem como as violações institucionalizadas a direitos fundamentais.

Delimitado o conceito de omissões inconstitucionais não normativas, no próximo tópico analisa-se o que são as sentenças judiciais estruturantes, as quais objetivam intervir nas

¹³GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 154.

¹⁴NASCIMENTO, F. A. S.. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores? **Revista Direito e Liberdade da Escola de Magistratura do RN**, v. 13, n. 1, p. 09-24, p. 10-11, jan/jun, 2011.

¹⁵NASCIMENTO, F. A. S.. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016, p. 68.

políticas públicas estatais com o intuito de sanar as referidas omissões e resguardar os direitos fundamentais eventualmente violados pela deficiente atuação do Poder Público.

2.2 A efetividade normativa: a necessidade de sentenças judiciais estruturais

As omissões políticas implicam em graves violações aos direitos fundamentais, não sendo solucionadas com a simples edição de um diploma normativo. Nesses casos, os clássicos instrumentos processuais do controle de constitucionalidade pouco podem fazer para proteger as coletividades que têm seus direitos violados no caso concreto.

Diante desse cenário, ganha relevância o estudo das sentenças judiciais estruturantes, modelos de provimento jurisdicional que objetivam solucionar, com a intervenção do Poder Judiciário, as omissões inconstitucionais que não são solucionáveis apenas com a atividade legiferante do Estado.

As sentenças estruturais voltam-se para a ausência de estruturas aptas a efetivar os direitos fundamentais. O problema que se objetiva sanar, ao proferi-las, não é uma lacuna normativa. Muito pelo contrário, pode existir ampla diversidade de diplomas normativos que tratem sobre o caso em questão e, ainda assim, uma ausência de políticas públicas eficientes para a proteção e efetivação de direitos fundamentais.

Na verdade, o que essas decisões buscam solucionar, conforme lição de Campos¹⁶, é um “problema de efetividade normativa e não de eficácia jurídico-formal”, ocasionado, principalmente, por uma falta de capacidade institucional e política para reverter esse estado de coisas.

Dito isso, passa-se à análise de um dos primeiros e mais importantes casos no qual foi proferida uma clássica sentença judicial estruturante: o caso *Brown v. Board of Education*.

Observando-se os fatos que ensejaram a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, bem como as particularidades do provimento jurisdicional prolatado pela referida Corte, será possível não só compreender melhor o que é uma sentença estrutural, bem como sobre qual objeto essas decisões recaem, o modo de atuação do Judiciário nesses casos e as consequências dessa intervenção.

O caso ora analisado é um marco na história jurídica americana, consistindo em um importante símbolo para o movimento antissegregacionista existente à época. Em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos modificou o seu entendimento sobre o

¹⁶CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 64-65.

princípio da igualdade, consagrado na XIV Emenda da Constituição Americana. Assim, a segregação racial nas escolas públicas, até então toleradas e legalmente fundamentadas, passaram a ser entendidas como inconstitucionais.

Anteriormente, a Suprema Corte Americana, no caso *Pessy v. Ferguson*, ocorrido no final do século XIX, firmara o entendimento de que a doutrina do *separate but equal* não violava o princípio constitucional da igualdade¹⁷.

No referido caso, entendeu-se que as leis segregacionistas do Estado da Louisiana eram compatíveis com a Constituição. Esses diplomas normativos estabeleciam que a separação entre negros e brancos em locais públicos não implicaria em inferiorização de uma etnia em detrimento de outras. Isso porque haveria uma igualdade formal entre as duas etnias, de tal forma que os serviços públicos prestados aos brancos seriam os mesmos prestados aos negros¹⁸.

Outrossim, as políticas segregacionistas do país encontravam supedâneo no conjunto de leis *Jim Crow*, as quais estabeleciam a possibilidade de demarcação legal de espaços separados para o exercício de direitos para negros e brancos, de tal forma que os serviços públicos se dividam em áreas, conforme a etnia dos usuários.

Ainda que as políticas públicas disponibilizadas para negros e brancos fossem as mesmas, as leis segregacionistas consagravam uma igualdade meramente formal, visto que havia clara diferença na qualidade e na eficiência dos serviços prestados. Em 1915, os investimentos *per capita* com estudantes brancos na Carolina do Norte eram, em média, três vezes maiores que aqueles direcionados aos alunos negros no mesmo Estado. No Alabama, essa distinção chegava a quase seis vezes mais de recursos para a política educacional com brancos; na Carolina do Sul, era cerca de doze vezes maior¹⁹.

No caso *Brown v. Board of Education*, todavia, ocorreu uma verdadeira virada jurisprudencial, que modificou a interpretação da Suprema Corte sobre as leis segregacionistas. A ação judicial que ensejou essa modificação foi ajuizada por Linda Brown, que foi judicialmente representada por seu pai.

Linda, que à época contava com apenas oito anos de idade, era proibida de assistir aulas em uma escola próxima a sua residência, tendo em vista que essa escola era exclusiva

¹⁷SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.342.

¹⁸SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70.

¹⁹KLARMAN, Michael J. **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**. Abridged edition from *Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 17.

para brancos. Consequentemente, a criança deveria cruzar a cidade de Topeka, no Kansas, para ter acesso a uma escola para negros.

Ao declarar a inconstitucionalidade da doutrina do *separate but equal*, a Suprema Corte invalidou todas as leis nacionais e locais que autorizavam a prática de políticas segregacionistas no âmbito educacional, não sendo mais permitida a existência de escolas públicas específicas para brancos e outras para negros.

Sem embargo, a referida decisão foi além do mero controle de constitucionalidade normativo, permitindo a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas educacionais e raciais americanas. De fato, não é possível afirmar que a decisão analisada solucionou um problema de mera omissão normativa. Na verdade, a legislação sobre políticas raciais, principalmente na seara educacional, era ampla, tanto no âmbito federal, quanto no âmbito estadual.

Com efeito, o caso *Brown v. Board of Education* apresenta um cenário de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Há inconstitucionalidade por ação, tendo em vista as normas segregacionistas serem incompatíveis com a ressignificação do princípio constitucional da igualdade.

Além disso, há também inconstitucionalidade por omissão, visto que há uma clara situação de reiteradas e institucionalizadas violações aos direitos fundamentais das comunidades negras, decorrentes da falta de políticas públicas adequadas. Nesse caso, a inércia estatal amparava-se na política racial segregacionistas, portanto, o Estado tinha somente o dever de realizar políticas públicas formalmente iguais para brancos e negros.

A decisão aqui analisada é um claro exemplo de sentença estruturante não só por ter declarado inconstitucional a doutrina do *separate but equal*, que intervinha diretamente nas políticas públicas educacionais americanas, mas principalmente pelos comandos consignados na decisão e direcionados aos poderes políticos.

Ao julgar o caso ora analisado, a Suprema Corte Americana determinou a construção de prédios, a contratação de pessoal qualificado e o aumento de impostos para suprir as despesas necessárias para garantir, na prática, o cumprimento do quanto fora determinado pelo Judiciário²⁰.

Observa-se, portanto, que a intervenção do Poder Judiciário na atuação da Administração Pública ocorreu de forma unilateral, de tal modo que a própria Suprema Corte determinou políticas públicas que os poderes políticos deveriam realizar sem, contudo, ouvir

²⁰BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017. p. 279-302, p. 290-291.

os responsáveis pela execução das medidas prescritas.

Ainda que o caso *Brown v. Board of Education* seja um marco para o movimento anti-segregacionista americano, a Suprema Corte, ao adotar medidas unilaterais, sem diálogo com os poderes políticos, ignorou o cerne do problema que enfrentava, o que gerou diversos efeitos colaterais, muitos deles negativos.

Na verdade, ao declarar a doutrina do *separate but equal* inconstitucional, com a consequente invalidação dos diplomas normativos que regulamentavam essa doutrina nas políticas de ensino americanas, a Suprema Corte acabou por dar mais ênfase ao normativo, em detrimento da realidade social do país à época.

Assim, acabou-se por considerar as leis racistas como o grande problema para a efetivação dos direitos fundamentais dos negros, quando a essência do problema era outro: a ideologia racista que permeava a consciência de boa parte do povo americano²¹.

De fato, o grande entrave à realização de políticas públicas igualitárias era a ideologia racista que imperava nos Estados Unidos. Isso refletia nas escolhas políticas do povo, em quais candidatos eram eleitos e quais políticas esses candidatos adotariam quando estivessem no poder.

Analisando-se pesquisas sobre a opinião pública da época, observa-se que a sentença proferida pela Suprema Corte não obteve a aprovação social necessária, produzindo vários efeitos indiretos inesperados.

Em 1957, 72% dos americanos opunham-se à medida prevista no caso *Brown* de cortar os recursos de fundos federais para os Estados que permanecessem a praticas a segregação em suas escolas²². Outra pesquisa, de 1959, revelou que apenas 8% da população branca do Sul dos Estado Unidos apoiava as medidas da Suprema Corte Americana²³.

Ademais, muitos juízes estaduais, contrários às políticas segregacionistas, tiveram suas casas queimadas ou sofreram atentados, principalmente nos estados sulistas, nos quais a ideologia racista era mais forte, em decorrência da herança escravocrata. Até mesmo o movimento Ku Klux Klan, o qual passava por um processo de enfraquecimento, fortaleceu-se após a decisão. O *National Association for the Advancement of Colored People* foi reiteradamente atacado após o caso *Brown*, a população branca do extremo Sul passou a organizar manifestações pleiteando o fim do voto para negros, dentre outros retrocessos,

²¹SCHIMIDT, Cristopher W. **The delusions behind the Brown decision**. 2004. Disponível em: <<http://historynewsnetwork.org/article/5325>>. Acesso em: 12 de mar. 2018.

²²KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 141

²³KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 142.

como uma temporária redução no crescimento demográfico nos estados sulistas, já que as famílias que se consideravam brancas não queriam mais ter filhos, para que esses não tivessem que conviver com indivíduos de etnia negra²⁴.

Dessa forma, verificam-se duas consequências das medidas adotadas pela Suprema Corte: primeiro, a reversão de políticas raciais mais progressistas realizadas antes da decisão e, em segundo lugar, um movimento político de maior apoio às ideias conservadoras²⁵.

As consequências do caso *Brown* configuram a ocorrência do chamado efeito *Backlash*. Marmelstein preleciona que esse efeito se trata de uma reação dos poderes políticos em face de uma decisão vanguardista do Poder Judiciário. Nas palavras do autor:

Esse exemplo ressalta bem o que é o efeito *backlash* do ativismo judicial, que é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.²⁶

Diante do exposto, conclui-se que o apoio dos poderes políticos é fundamental para a plena eficácia das sentenças estruturais. A intervenção do Judiciário, realizada de forma unilateral e não dialogal, incorre no risco de tornar-se ilegítima e, ao não atacar a real causa do problema enfrentado, ineficiente.

Por fim, concluindo a análise do conceito de sentenças judiciais estruturais, observa-se, a partir do histórico caso analisado neste tópico, que estas são provimentos jurisdicionais destinados a corrigir falhas estruturais, que implicam em uma omissão estatal

²⁴HOGAN, Timothy D. **Evaluating the demographic impact of societal events through intervention analysis: the Brown vs. Board of education decision.** *Demography*, Arizona, v. 4, n. 21, p. 673-677, nov. 1984.

²⁵KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement.** New York: Oxford University Press, 2007, p. 169.

²⁶LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdiacao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

inconstitucional, verificadas quando o Poder Público não realiza políticas públicas adequadas para efetivar os direitos fundamentais de determinados grupos sociais.

Nesse sentido, Osna²⁷ preleciona que o Poder Judiciário, ao proferir essas sentenças, não só define medidas que devem ser adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, bem como atua na fiscalização da realização das políticas públicas necessárias, visto que sem uma fiscalização continuada as chances de a decisão estruturante obter êxito seriam reduzidas.

²⁷OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodium, 2017. p. 177-202, p. 184.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA, PRESSUPOSTOS E A SUA ADOÇÃO NA ADPF Nº 347/DF

Compreendido o grave problema das omissões inconstitucionais não normativas, passa-se à análise de um dos principais modelos de sentenças judiciais estruturantes: o Estado de Coisas Inconstitucional.

No presente capítulo, em seu primeiro tópico, analisa-se a origem do referido instituto, bem como sua aplicação pela Corte Constitucional Colombiana em alguns casos paradigmáticos. Busca-se, assim, compreender melhor quais os pressupostos para que o Estado de Coisas Inconstitucional seja declarado e, principalmente, qual o *modus operandi* do Poder Judiciário após a sua declaração.

Assim, intenta-se compreender como a Corte Constitucional Colombiana intervém na atuação dos poderes políticos de seu país quando se utiliza do instituto ora analisado. Essa compreensão é fundamental para uma posterior análise comparativa entre a atuação daquela Corte Constitucional e as medidas que foram e ainda podem ser adotadas pelo STF, no julgamento da ADPF nº 347/DF.

Posteriormente, no segundo tópico do capítulo, realiza-se um estudo da ADPF nº 347/DF, com o fito de compreender as circunstâncias fáticas que ensejaram o ajuizamento da ação.

3.1 A solução colombiana para as omissões inconstitucionais não normativas

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional foi desenvolvido, originalmente, pela Corte Constitucional Colombiana, em face de violações sistemáticas e institucionalizadas aos direitos fundamentais, decorrentes de omissões estatais.

Por ser uma sentença estruturante, o instituto objetiva proporcionar o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves inconstitucionalidades praticadas contra determinados grupos sociais. Via de regra, essas violações decorrem da inércia dos poderes políticos, que não realizam, ou realizam de forma muito aquém do necessário, políticas públicas para essas populações mais vulneráveis²⁸.

O primeiro caso no qual a Corte Colombiana utilizou o instituto foi na *Sentencia*

²⁸MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 241-264, p. 241.

de *Unificación* SU. 559/97, julgada no ano de 1997. O caso julgado versava sobre a tentativa de esvaziamento do Fundo Nacional de Benefícios Sociais do Magistério pelas cidades de *Zambrano* e *Maira de La Baja*, as quais violaram direitos previdenciários de quarenta e cinco professores.

No referido caso, os docentes, durante vários anos, contribuíram com 5% dos seus subsídios para um fundo previdenciário, todavia, não receberam a contraprestação devida, sendo prejudicados pela omissão dos agentes municipais²⁹.

Assim, as cidades colombianas, ao não filiarem e pagarem as contribuições necessárias para que os docentes pudessem usufruir de seus direitos fundamentais à saúde e à assistência social, violaram seus direitos fundamentais³⁰.

O instrumento processual utilizado pelos docentes prejudicados, de fundamental importância para a construção do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, foi a ação de tutela. Valendo-se dessa ação, introduzida pela Constituição Colombiana de 1991, qualquer pessoa pode ingressar em juízo pleiteando proteção aos seus direitos fundamentais, que eventualmente estejam ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública³¹.

A ação de tutela, entretanto, objetiva resguardar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, de tal forma que cada indivíduo prejudicado deveria, sozinho, ajuizar a ação, exigindo determinada prestação estatal. Dessa forma, o efeito da sentença é *inter partes* e a ordem judicial deve consistir em comando de imediato cumprimento, conforme o artigo 86 da Constituição Colombiana.

Fala-se que o Estado de Coisas Inconstitucional é uma construção jurisprudencial Colombiana, tendo em vista que o instituto não está expressamente previsto na Constituição do país. Nada obstante, a Corte Colombiana percebeu que em circunstâncias nas quais houvesse uma omissão estatal prejudicando vários indivíduos, diversas ações de tutela seriam ajuizadas, superlotando o Poder Judiciário desnecessariamente.

À vista disso, a referida Corte conferiu uma interpretação extensiva à ação de

²⁹MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 241-264, p. 242.

³⁰TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Área: **Constituição e Democracia II**. p. 193-211, p. 195-196. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

³¹VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela**: El llamado "Estado de cosas inconstitucional" Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003. p. 203-228, p. 205-206.

tutela, permitindo que em circunstâncias nas quais há a possibilidade do ajuizamento de várias ações de tutela, bem como presentes outros pressupostos que serão posteriormente explanados, declare-se o Estado de Coisas Inconstitucional, sentença estrutural apta a superar os entraves institucionais na efetivação de direitos fundamentais, produzindo efeitos *erga omnes*.

Destarte, ao reconhecer a violação aos direitos fundamentais dos autores, a Corte Colombiana aplicou, pioneiramente, o conceito de ECI. Por conseguinte, em face do dever de colaboração entre os poderes, decidiu a Corte Constitucional que as autoridades competentes deveriam corrigir o problema em um tempo razoável. Veja-se os trechos destacados da *Sentencia de Unificación SU. 559/97*:

“1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (CP art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

.....

DECISIÓN

Primero.- DECLARAR que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable.”³²

Nesse jaez, reconhecendo a gravidade da situação, bem como a existência de situações análogas em toda a Colômbia, a Corte Constitucional garantiu a filiação específica dos demandantes ao fundo previdenciário. Outrossim, determinou que os municípios que estivessem em situação similar ao caso julgado sanassem a omissão inconstitucional em prazo razoável.

Ciente do número de prejudicados no caso que julgava, o tribunal entendeu que seria bem menos oneroso conferir um provimento jurisdicional que englobasse múltiplas situações, do que julgar individualmente cada uma das ações ajuizadas pelos professores interessados no caso.³³

Segundo Campos³⁴, é possível dividir a evolução do ECI em duas fases: uma primeira fase, iniciada pela *Sentencia SU. 559/97*, e que foi marcada pela ineficiência; e uma

³²CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU.559/97. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

³³VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. **La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela**: El llamado "Estado de cosas inconstitucional" Estudios Constitucionales, v. 1, n. 1, 2003, p. 203-228, p.214.

³⁴CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016, p. 167.

segunda fase, iniciada com a Sentença nº T- 25, caracterizada pelo rigor na identificação de situações verdadeiramente reveladoras de um ECI, bem como por uma maior preocupação com a eficiência do instituto.

Um segundo caso paradigmático da utilização do instituto pela Corte Colombiana, incluída na primeira fase de sua evolução, ocorreu em 1998, na decisão T-153. A análise dos efeitos desse provimento jurisdicional é fundamental para o estudo aqui desenvolvido, visto que as circunstâncias fáticas que ensejaram a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional eram análogas às circunstâncias que motivaram o ajuizamento da ADPF nº 347/DF.

A Colômbia também possuía um sistema carcerário falho, no qual se constataavam diversas situações desumanas e violações massivas aos direitos fundamentais dos presidiários, à semelhança ao que ocorre no Brasil atualmente³⁵. Nesse sentido, diversas ações de tutela foram propostas com supedâneo no referido cenário de violações institucionais.

Inicialmente, as ações ajuizadas versavam sobre o estado do sistema penitenciário das cidades de Bogotá e de *Bellavista*. Nada obstante, após a realização de alguns estudos empíricos, a Corte Constitucional Colombiana constatou que essa situação se perpetuava por todo o território nacional, sendo cabível, portanto, a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, o qual permitiria, suspostamente, a superação da omissão inconstitucional dos órgãos públicos competentes para solucionar essa situação.

Dessa maneira, a Corte Colombiana estabeleceu uma série de medidas que deveriam ser adotadas em todas as instituições prisionais colombianas, com o fito de superar os entraves institucionais existentes para a efetivação e proteção dos direitos fundamentais dos detentos. As determinações exaradas implicaram, inclusive, na reformulação das políticas públicas penitenciárias, bem como na reorganização das disposições orçamentárias.

Os objetivos pretendidos, todavia, não foram alcançados. Ainda que a Corte tenha decidido imbuída de boas intenções, adotou uma postura não só de legitimidade duvidosa, mas também ineficiente³⁶.

A doutrina atribuiu esse fracasso a três razões principais: medidas extremamente rigorosas, ausência de meios de fiscalização por parte do Poder Judiciário e tangenciamento do cerne da questão carcerária no país.

Primeiramente, a Corte Colombiana formulou medidas de forma solipsista, sem

³⁵ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 241-264, p. 245-247.

³⁶ GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010, p. 36.

diálogo com os poderes políticos, aos quais compete a formulação e realização das políticas públicas. Além disso, não se estabeleceram formas eficientes de fiscalização do cumprimento das determinações presentes na sentença, o que era fundamental no referido caso.

Por fim, conforme Ariza³⁷, não se realizaram discussões sobre o cerne da questão carcerária do país, ou seja, não se buscou a razão dos altos níveis de encarceramento, ou porque a reforma de presídios seria a medida mais adequada para solucionar o problema, se a taxa de encarceramento era crescente.

Após a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolveu-se o documento “*General Program to Comply with Constitutional Court Ruling T-153 of April 28, 1998*” pelo INPEC (Instituto Nacional de Penitenciárias e Prisões)³⁸, no qual estabeleceu-se a criação de novos módulos prisionais para cerca de dois mil presos, bem como a construção de três complexos carcerários, os quais seriam responsáveis por criar mais de cinco mil e seiscentos novos espaços.

Prima facie, a construção desses estabelecimentos contribuiu com a redução da superlotação prisional, contudo, a situação ensejadora do ECI não foi solucionada definitivamente. Afinal de contas, a taxa de encarceramento permaneceu crescente na Colômbia. Esse era o verdadeiro problema subjacente à superlotação do sistema penitenciário, e que não foi resolvido pela intervenção do Poder Judiciário. A prova de que a decisão T-153 acabou por ser ineficiente é que o ECI foi declarado no sistema penitenciário colombiano em outras duas circunstâncias: a decisão T-338 de 2013 e a T-762 de 2015³⁹.

Cumprir observar que há um importante ponto de interseção entre a decisão T-153 com o caso *Brown v. Board of Education*, ponto esse que é fundamental para o presente estudo: em ambos os casos, o Poder Judiciário tomou para si o papel de estabelecer, unilateralmente, as políticas públicas que deveriam ser realizadas pela Administração Pública. Dessa forma, não só usurpou atribuições essencialmente políticas, como também foi ineficiente em sua atuação, visto que não enfrentou as verdadeiras causas da superlotação carcerária. Além disso, não estabeleceu mecanismos eficientes de controle das medidas

³⁷ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162, p. 151.

³⁸ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162, p. 153.

³⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016, p. 133.

estabelecidas nas decisões proferidas.

Por fim, concluindo o estudo dos casos paradigmáticos nos quais a Corte Colombiana declarou o ECI, analisa-se a sentença T-25 de 2004, que não só exibiu características completamente diversas da decisão anteriormente estudada, bem como sistematizou dez critérios para que o Estado de Coisas Inconstitucional seja declarado, quais sejam:

A) Inobservância reiterada e geral das liberdades e direitos essenciais pelos poderes públicos. B) Adoção de práticas constitucionais por ditos poderes. C) A omissão dos órgãos competentes em matéria de defesa de direitos constitucionais em adotar as medidas corretivas a violações desses direitos. D) A manutenção de normativas transitórias e provisionais em matéria de direitos fundamentais, como o da autonomia e independência do poder judicial e seu regime disciplinar. E) O ativismo judicial. F) A temporariedade de juízes. G) O funcionamento deficiente e o desempenho insuficiente dos organismos judiciais e de defesa e proteção dos direitos fundamentais. H) O exercício de delegação legislativa ilimitada pelo poder executivo. I) A impunidade em delitos de corrupção e contra os direitos humanos. E, J) A substituição dos mecanismos formais de reforma constitucional e do poder constituinte pela justiça constitucional.⁴⁰

A sentença T-25 foi proferida em face de um grave problema que a Colômbia enfrentou naquele período, e que até hoje apresenta repercussões sociais: os deslocados internos, vítimas dos conflitos armados existentes no país, principalmente entre guerrilhas e as forças militares nacionais. Em 2015, 6,9 milhões de pessoas enquadravam-se no conceito de deslocado interno na Colômbia⁴¹.

A questão dos deslocados internos exige uma eficiente atuação estatal, visto que milhares de pessoas abandonam suas residências, indo para outras cidades ou para bairros mais pobres das cidades nas quais habitam. Dessa forma, os níveis de marginalização são ampliados, fazendo-se necessária a realização de políticas públicas para a proteção desse grupo social.

Nada obstante, a Colômbia adotou uma postura inercial, revelando uma situação de descaso para com os deslocados internos. O número de ações de tutela ajuizadas contra o Estado Colombiano aumentava. Em sua defesa, a Colômbia alegava, entre outras coisas, que a ajuda humanitária teria duração de apenas três meses, inexistência de disponibilidade orçamentária e erros nos pedidos de auxílio assistencial⁴².

⁴⁰CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y justicia**: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional, Provincia Especial, 2006, p. 343-344.

⁴¹ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law: Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 178.

⁴²GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá**

O número de ações de tutela aumentou drasticamente em 2004, com o fito de exigir políticas públicas mais eficientes na proteção desse grupo marginalizado. Estima-se que, nesse período, cento e oito ações de tutela tenham sido ajuizadas em face das mais diversas autoridades. Diante da omissão estatal e da violação massiva aos direitos fundamentais dos deslocados, a Corte declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Antes da Sentença T-25, a Corte Colombiana proferiu dezessete sentenças sobre a situação dos deslocados internos, de tal forma que possuía conhecimento dos entraves institucionais que obstaculizavam a efetivação dos direitos fundamentais dos deslocados.

Nesse jaez, a Corte constatou dois problemas principais que precisavam ser superados para que a decisão proferida realizasse seus objetivos: a capacidade institucional limitada para implementar políticas já previstas e o orçamento insuficiente.

Diante disso, a Corte Constitucional adotou uma postura mais aberta e dialogal do que a adotada na sentença T-153. No presente caso, o Poder Judiciário não fixou as políticas públicas que os poderes políticos deveriam executar.

Com efeito, impôs-se a criação de um novo marco regulatório para as políticas voltadas aos deslocados internos, e que os poderes competentes exercessem as medidas que lhes eram cabíveis, as quais deveriam ser priorizadas no orçamento financeiro do Estado.

Outro diferencial significativo entre a T-153 e a T-25, é que a última estabeleceu meios de fiscalização judicial do cumprimento das determinações da sentença. No período de dez anos, realizaram-se mais de vinte audiências públicas, com a presença de autoridades e sociedade civil. Além disso, a Corte Colombiana utilizou um mecanismo de fiscalização chamado de autos, espécie de comunicação entre o Poder Judiciário e os demais poderes para esclarecer as medidas que vinham sendo tomadas, bem como fixar datas de audiências e solicitar informações ou ações dos poderes políticos⁴³. Assim, a T-25 conseguiu ser um provimento jurisdicional eficiente.

Diante do exposto, cumpre destacar três pontos distintivos entre a T-25 e a T-153 e o caso *Brown v. Board of Education*: a primeira não adotou medidas solipsistas, buscou conhecer a raiz da problemática enfrentada e fixou meios de fiscalização judicial das medidas que seriam adotadas pelo Executivo e pelo Legislativo, o que permitiu uma atuação legítima e eficiente da jurisdição constitucional, o que não ocorreu nos dois outros casos.

deldesplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 14-37, p. 26.

⁴³RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. **Juicio a la exclusion. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 67.

3.2 A relevância da ADPF para o enfrentamento das omissões não normativas

Aprofundado o conceito de ECI, suas origens, pressupostos e aplicações na Corte Constitucional Colombiana, passa-se à análise da ADPF nº 347/DF, na qual o STF adotou o instituto colombiano.

Inicialmente, contudo, faz-se necessário compreender melhor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ação do controle concentrado abstrato de constitucionalidade, utilizada para impugnar a omissão política histórica em face do estado precário no qual se encontra o sistema prisional brasileiro.

Dessa forma, no presente tópico, busca-se aprofundar o conhecimento sobre essa nova ação constitucional, seus pressupostos e porque esse instrumento processual, atualmente, é o único do controle concentrado de constitucionalidade apto a impugnar as omissões inconstitucionais não normativas.

Até a Constituição Federal de 1988, a única ação do controle concentrado abstrato de constitucionalidade era a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), cujo objeto seria lei ou ato normativo federal ou estadual⁴⁴.

Tendo em vista a especificidade do objeto da ADI, diversos atos do Poder Público, violadores de normas constitucionais basilares, não poderiam ser levados ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. Leis municipais, atos normativos pré-constitucionais e atos não normativos, por exemplo, não poderiam ser cotejados com a Constituição Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Ciente desse cenário, o Constituinte incluiu a ADPF no rol de ações do controle concentrado abstrato de constitucionalidade, prevista no art. 102, §1º, da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99.

O art. 1º, da Lei nº 9.882/99, dispõe que a ADPF tem por finalidade evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultado de ato do Poder Público. E aqui se verifica a primeira razão pela qual essa ação é a adequada para impugnar as omissões inconstitucionais não normativas. O objeto da ação são atos do Poder Público, e na lição do professor Abboud:

Esse ato do Poder Público pode ser normativo ou administrativo, comissivo ou omissivo. Todos esses ficam sujeitos à fiscalização por meio da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais.

Poder público compreende todas as autoridades e todos os órgãos da administração pública direta e indireta, vale dizer, as pessoas jurídicas do direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), seus respectivos órgãos (Ministros, Secretarias, Agências reguladoras e demais órgãos de decisão e execução), bem

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.253-254.

como as entidades da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), em todos os níveis de governo (federal estadual, distrital e municipal).⁴⁵

Assim, observa-se que os atos não normativos, inclusive as omissões não normativas, dos mais diversos órgãos da Administração Pública, podem ser objeto dessa ação.

Em virtude da diversidade de atos do Poder Público que podem ser objetos da ADPF, bem como a sua finalidade de resguardar os preceitos fundamentais da Constituição Federal, esse instrumento processual apresenta papel fundamental na história recente do constitucionalismo brasileiro, visto que, em julgamentos dessa ação, o STF tem proferido decisões inovadoras em sua jurisprudência, que impactam não só o ordenamento jurídico, mas, principalmente, a sociedade.

Algumas ADPFs recentes e polêmicas revelam a importância dessa ação para o controle de constitucionalidade brasileiro. Como exemplos, têm-se: a ADPF nº 54, na qual o STF consignou que o aborto praticado em caso de fetos anencéfalos não é crime; a ADPF nº 153, na qual a OAB questionou a Lei da Anistia, norma pré-constitucional⁴⁶; e a ADPF nº 132, na qual se entendeu pela constitucionalidade dos casamentos homoafetivos.

Ademais, o art. 4º, §1º da Lei nº 9.882/99 consagrou o princípio da subsidiariedade, de tal forma que não é possível o ajuizamento da ação quando houver outro instrumento processual hábil a sanar a lesividade ao preceito fundamental, inclusive ações que não façam parte do controle concentrado abstrato, como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e o coletivo, entre outras ações⁴⁷.

Quanto ao conceito de preceito fundamental, nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 9.882/99 apresentam um rol de dispositivos constitucionais que possam ser assim definidos. Nada obstante, preceito fundamental pode ser entendido como dispositivo constitucional imprescindível para preservar a identidade ou o regime adotado. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar da ADPF nº 33/PA, fixou um rol exemplificativo de preceitos fundamentais, no qual constam os direitos fundamentais.⁴⁸

Diante do exposto, constata-se que esta ação constitucional é apta a impugnar omissões não normativas que violem direitos fundamentais, os quais são compreendidos como preceitos fundamentais pelo STF. Outrossim, as demais ações do controle concentrado abstrato não são cabíveis em face de ato não normativo, o que atende ao caráter subsidiário da

⁴⁵ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 169.

⁴⁶Informações divulgadas pelo site do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115825>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

⁴⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 332-333.

⁴⁸NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 223-224.

ADPF. Consequentemente, esse instrumento processual é a porta de entrada ideal para o Estado de Coisas Inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 A aplicação do ECI ao sistema penitenciário brasileiro

É fato notório no Brasil o estado degradante e insalubre no qual se encontra o sistema carcerário do país. Diariamente, são noticiados diversos casos de abusos praticados nesse ambiente, envolvendo casos de celas superlotadas, estupros, assassinatos, torturas e os mais diversos tipos de violência, perpetrados tanto entre os próprios encarcerados, bem como pelos agentes penitenciários contra àqueles.

Esse cenário caótico origina-se, principalmente, dos baixos investimentos públicos no sistema penitenciário, revelando uma falta de vontade política de sanar os problemas estruturais desse sistema. Além do mais, o aumento constante da população carcerária influencia diretamente no aprofundamento da crise penitenciária.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)⁴⁹ divulgado pelo Ministério da Justiça em 2017, entre o ano de 2005, quando o estudo começou a ser realizado, e o ano de 2016, a população carcerária brasileira duplicou. No ano inicial, o Brasil tinha 361,4 mil presos. Atualmente, os dados da última pesquisa apontam a existência de 726,7 mil presos.

Ademais, segundo a mesma pesquisa, a taxa de ocupação dos presídios no país é de 197,4%. Tendo em vista que existem somente 368.049 vagas, isso equivale a dois presos ocupando uma vaga. Em alguns Estados da federação a situação é mais grave. No Amazonas, a taxa de ocupação, que é a maior do país, é de 484%, ou seja, cinco presos por vaga. Esse cenário fica ainda mais preocupante considerando-se a informação de que do total da população encarcerada, 40% são presos provisórios, isto é, que ainda aguardam o seu julgamento.

Em face desse cenário, que há muito se perpetua no país, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF nº 347/DF, objetivando reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em decorrência de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. A ação encontrou supedâneo na representação elaborada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da

⁴⁹Dados divulgados em matéria publicada no portal de notícias G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-dobra-numero-de-presos-em-11-anos-diz-levantamento-de-720-mil-detentos-40-nao-foram-julgados.ghtml>>. Acesso em 08 mar. 2018.

UERJ⁵⁰.

Ações que tratam da situação dantesca do sistema carcerária, todavia, não são novidade para o STF. Exemplo disso é o Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252, interposto por um preso que cumpria sua pena privativa de liberdade no presídio de Corumbá, no Mato Grosso do Sul. Diante de condições degradantes de encarceramento e a superlotação das instalações, o autor pleiteava a responsabilização civil do Estado de Mato Grosso do Sul⁵¹.

No julgamento do referido recurso, em seu voto vista, o Ministro Luis Roberto Barroso afirmou que o atual estado do sistema penitenciário brasileiro configura situação de perene e sistematizada violação dos direitos fundamentais dos presos⁵².

Ademais, consigna que o Estado não pode alegar como escusa para essa situação o princípio da reserva do possível, em detrimento da garantia do mínimo existencial. Um trecho da ementa do seu voto evidencia que o STF já reconhecia, no momento do julgamento do recurso, a existência fática dos pressupostos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS CAUSADOS AO PRESO POR SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO. 1. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes. 2. **O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa.** 3. **Não é legítima a invocação da cláusula da reserva do possível para negar a uma minoria estigmatizada o direito à indenização por lesões evidentes aos seus direitos fundamentais. O dever de reparação de danos decorre de norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, que independe da execução de políticas públicas ou de qualquer outra providência estatal para sua efetivação.** 4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. 5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento in natura ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização

⁵⁰TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. **XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba**. Área: Constituição e Democracia II. p. 139-211, p. 204. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6kIEjiBDgCyA.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁵¹SANTOS, Helena Maria Pereira dos. *et al.* Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2596-2612, p. 2603.

⁵²SANTOS, Helena Maria Pereira dos. *et al.* Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2596-2612, p. 2603.

em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.⁵³ (Grifou-se)

Outro caso paradigmático no tema em comento, e que antecedeu a ADPF nº 347/DF, é o RE nº 592.581, julgado pelo Plenário do STF em 13 de agosto de 2015. No referido recurso, o Supremo Tribunal decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize reformas emergenciais em presídios para assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos presos, garantindo o seu mínimo existencial⁵⁴.

O recurso foi julgado com repercussão geral, originando o tema de nº 220, o qual determina a:

Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.⁵⁵

Nesse jaez, o STF consignou que:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.⁵⁶

Dessa forma, verifica-se que o STF, antes mesmo de julgar a controversa medida cautelar da ADPF nº 347/DF, já possuía o entendimento que o Poder Judiciário poderia intervir na realização de obras públicas no sistema penitenciário, com o fito de resguardar a dignidade humana dos encarcerados, bem como lhes assegurar o mínimo existencial.

O entendimento ativista do STF, no que se refere aos problemas estruturais no sistema penitenciário, fortaleceu-se com o julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347/DF.

De fato, o Supremo Tribunal, conforme demonstrou-se anteriormente, tem o

⁵³Trecho da ementa do voto-vista, p. 1-2. Íntegra do voto disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁵⁴VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 09 mar. 2018.

⁵⁵Tema de Repercussão Geral nº 220. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TRG&tese=3434>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁵⁶Decisão do RE nº 592.581 disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

entendimento consolidado de que o Poder Judiciário poder intervir nas competências do Executivo para assegurar o mínimo existencial dos presos. Essa intervenção, entretanto, ainda não ocorreu com a amplitude e a profundidade pleiteada na ADPF nº 347/DF, tornando relevante o estudo dos pleitos aduzidos pela parte autora.

4. A LEGITIMIDADE E A EFICIÊNCIA DA INTERVENÇÃO DO STF NA SUPERAÇÃO DO ECI DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Tendo em vista as informações sobre o instituto do ECI e sobre a ADPF nº 347/DF, passa-se ao estudo da legitimidade e da eficiência da jurisdição constitucional ao recepcionar o ECI na ADPF nº 347/DF.

No primeiro tópico, estabelece-se a necessária diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, defendendo-se o enquadramento das sentenças estruturais no conceito de decisões ativistas. No segundo tópico, busca-se fixar os pressupostos para um ativismo judicial legítimo no âmbito das políticas públicas, enquanto no terceiro tópico intenta-se esclarecer o que é uma intervenção judicial eficiente.

Por fim, no quarto tópico do capítulo, faz-se uma análise crítica da ADPF nº 347/DF, perquirindo se a atuação do STF nessa ação é legítima e eficiente.

4.1 As sentenças judiciais estruturantes como uma manifestação do ativismo judicial

Antes de analisar a legitimidade da atuação do STF na aplicação do ECI ao sistema penitenciário brasileiro, é necessário compreender o que é o ativismo judicial, visto que as sentenças judiciais estruturais podem ser classificadas como decisões ativistas. Isso porque é possível observar, nesses provimentos jurisdicionais, o que Campos⁵⁷ define como núcleo comportamental do ativismo judicial: elas são uma manifestação de uma autoexpansão do papel político-institucional do Judiciário em face dos outros Poderes.

Para melhor compreender o que é o ativismo judicial, é necessário diferenciá-lo de outro conceito similar e que lhe é diretamente conexo: o de judicialização da política. Compreendendo essa diferença, será possível, no tópico seguinte, perquirir sobre a legitimidade do ativismo judicial, bem como sobre a existência de limites objetivos à atuação do Poder Judiciário ao proferir decisões desse tipo.

Pode-se afirmar que a judicialização da política e o ativismo judicial são da mesma família, mas que tem origens distintas e não são gerados pela mesma causa imediata, de tal forma que essas expressões não devem ser utilizadas como sinônimas.

A judicialização significa que questões de ampla repercussão política e social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos Poderes Executivo e Legislativo,

⁵⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 347.

como era de se esperar⁵⁸.

Dessa forma, há uma transferência da tomada de decisões do setor administrativo ou político, para o setor judicial⁵⁹.

Conforme Barroso⁶⁰, três causas principais fomentam a ocorrência da judicialização da política no Brasil, quais sejam: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade adotado no país.

O primeiro fator para a ocorrência da judicialização foi a redemocratização do país. Nesse contexto, a magistratura recuperou as garantias institucionais para uma atuação livre e imparcial. Isso fica claro com o rol de garantias funcionais, estabelecidas no art. 95 do texto constitucional. Dessa forma, o Poder Judiciário se fortaleceu, tornando-se um verdadeiro poder político, o qual pode confrontar os demais Poderes para assegurar o cumprimento da Constituição e das leis, tendo em vista sua constante busca por atender aos anseios sociais.

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, por meio da qual diversas matérias, inclusive políticas, foram elevadas ao patamar constitucional. A constituição de 1988 é analítica e programática, inclui em seu texto temas dos mais diversos ramos do direito, bem como estabelece metas para o Estado e para a Sociedade⁶¹. Dessa forma, se questões políticas são positivadas em dispositivos constitucionais, elas são pretensões jurídicas que podem ser pleiteadas em uma ação judicial.

Vilhena⁶² apresenta números que demonstram a consequência dessa constitucionalização abrangente: em 1940, o STF recebeu 2.419 processos; este número aumentou para 18.564 em 1970. Em 1990, após a redemocratização, o aumento já era significativo: naquele ano, a Corte Constitucional recebeu 18.567 processos. Por fim, em 2002, o STF bateu seu recorde anual, recebendo 160.453 processos.

Por fim, o terceiro fator é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual combina os sistemas americano e europeu. Em sede de controle difuso, qualquer juiz

⁵⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 059-085, p. 62-65, 2012.

⁵⁹ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, p. 97-128, p. 100-101, 2014.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 03-04. Artigo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20281%29.pdf>. Acesso em 20 mar. 2018.

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 61-63.

⁶² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, p. 446-447, 2008.

pode se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de um diploma normativo, ao julgar um caso concreto. Já o controle concentrado abstrato foi fortalecido com a Constituição Federal de 1988, contando atualmente com quatro ações que podem impugnar diversos objetos, como se falou anteriormente. Ademais, o texto constitucional, em seu art. 103, ampliou consideravelmente o rol de legitimados para ajuizar ações do controle abstrato, tendo em vista que no período anterior à atual Constituição somente o Procurador-Geral da República detinha essa competência.

Diante do exposto, observa-se que o fenômeno da judicialização da política, no Brasil, não resulta de um exercício deliberado da vontade política, mas decorre diretamente do modelo constitucional adotado. Não é o Poder Judiciário que opta por decidir causas políticas, mas é a própria Constituição que lhe atribui o dever de julgar essas questões.

Diversamente, o mesmo não se pode dizer sobre o ativismo judicial. A expressão foi utilizada pela primeira vez em 1947⁶³, em artigo publicado na *Fortune* por Arthur Schlesinger Junior, que traçava o perfil dos integrantes da Suprema Corte Americana, afirmando que estes seriam “ativistas judiciais”, visto que desempenhavam um papel ativo na promoção do bem-estar social, acreditando que a lei e a política eram inseparáveis.

Segundo Eival da Silva Ramos, o ativismo judicial consiste em:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶⁴

Nesse diapasão, Oliveira de Sá e Silva Bonfim⁶⁵ aduzem que o conceito de ativismo judicial deve ser pensado a partir de uma maior ingerência do Judiciário no âmbito de atuação dos demais Poderes, geralmente motivada pela dificuldade do legislativo em corresponder às modificações e demandas sociais.

Não se olvida que a própria Carta da República outorgou ao STF competência para julgar determinadas demandas políticas. Ao julgar esses casos, entretanto, o tribunal pode adotar uma postura mais contida, ou pode optar por uma atuação mais ativista.

Ou seja, enquanto o Poder Judiciário não determina a judicialização da política, são os órgãos jurisdicionais que optam por adotar uma postura ativista. Não é à toa que essa forma de atuação do Poder Judiciário tem origem nos Estados Unidos da América, país que

⁶³NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária**. Revista de Informação Legislativa, v. 51, p. 97-128, p. 107, 2014.

⁶⁴RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 129.

⁶⁵DE SÁ, Mariana Oliveira. BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 170-190, p. 181, 2015.

adota o *common law*, o qual permite uma atuação mais proativa dos órgãos jurisdicionais⁶⁶.

O conceito de ativismo sofre de uma imprecisão semântica, visto que essa expressão tem sido utilizada para designar diferentes provimentos jurisdicionais, geralmente de forma negativa.

Nada obstante, adota-se o entendimento de que o ativismo judicial consiste em uma atitude proativa do Judiciário na decisão de casos concretos, desenvolvendo soluções inovadoras, para além dos critérios normativos, ou até mesmo interferindo de forma mais profunda nas competências dos poderes políticos⁶⁷.

Assim, o ativismo judicial não é uma imposição do modelo constitucional adotado, mas uma forma de atuação pela qual o Judiciário opta para lidar com a judicialização da política. Essa postura proativa do judiciário pode se concretizar de diferentes formas. Nesse sentido, preleciona Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶⁸

É mister ressaltar que, no caso das sentenças estruturais, fala-se em um ativismo judicial estrutural, no qual o Judiciário intervém no âmbito de competência dos poderes políticos para retirá-los da inércia, tentando propor medidas que auxiliem na superação de falhas estruturais que possibilitam graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais⁶⁹.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, perceptível quando o Poder Judiciário evita aplicar as disposições constitucionais às situações que não estejam expressamente no seu âmbito de incidência, utilizam rígidos critérios para a declaração de

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 106-113.

⁶⁷ LIMA, George Marmelstein. **O que é ativismo, afinal?**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2018/04/18/o-que-e-ativismo-afinal/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 06. Artigo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%2C%20Lu%20C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%20C3%A7%20C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 223-225.

inconstitucionalidade das leis e abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas⁷⁰.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões recentes, tem adotado uma postura mais ativista. Exemplo disso foi o julgamento da APDF nº 132, na qual o casamento homoafetivo foi declarado constitucional.

Além disso, outro exemplo dessa atuação ativista é o caso da fidelidade partidária, no qual o STF, em nome do princípio democrático, declarou que o mandato eletivo de político eleito pelo sistema proporcional pertence ao partido político, ainda que essa disposição não esteja expressamente prevista na Constituição Federal⁷¹.

Esclarecida a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, e, principalmente, constatado o fato de que a primeira é uma consequência necessária do modelo constitucional adotado, enquanto o segundo é uma opção de atuação do Poder Judiciário, passa-se à análise da legitimidade do ativismo judicial no âmbito das políticas públicas.

4.2 Os pressupostos para um ativismo judicial legítimo na seara das políticas públicas

Observa-se que as sentenças judiciais estruturais são uma manifestação do ativismo judicial, visto que o Judiciário adota uma postura proativa em face das omissões estatais, tentando solucionar os entraves institucionais existentes para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sobre o ativismo judicial, alguns autores, como Oliveira de Sá e Silva Bonfim, afirmam que:

Será sempre o ativismo uma atitude perniciosa do Judiciário. Atribui-se sentido pejorativo ao ativismo judicial, uma vez que não respeita a harmonia e independência dos poderes, seja na interpretação da Constituição, seja no diálogo institucional de deferência de ações recíprocas e/ou, principalmente, no compromisso de aplicação dos princípios do direito.⁷²

Sob essa perspectiva, não é possível falar em ativismo judicial legítimo, todavia, não é essa a concepção adotada no presente trabalho. Dessa maneira, compreende-se que o ativismo judicial pressupõe uma postura proativa do Judiciário, inclusive intervindo no âmbito de competência dos demais Poderes. Essa interferência, contudo, pode ser, ou não, legítima.

⁷⁰ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 146-147.

⁷¹ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, p. 97-128, 2014.

⁷² DE SÁ, Mariana Oliveira. BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 170-190, p. 180, 2015.

Portanto, ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, não sendo possível correlacionar esses conceitos de modo apriorístico⁷³. À vista disso, faz-se necessário fixar pressupostos para um ativismo judicial legítimo no âmbito das políticas públicas.

Difícil e complexa é a tarefa de estabelecer o que é uma atuação legítima. Dada a carga valorativa dessa expressão, bem como sua abertura semântica, é possível entender como legítimo somente o que está em conformidade com a vontade da maioria, com os direitos fundamentais, com a Constituição e as leis, entre outros parâmetros.

Tendo em vista as limitações naturais do presente trabalho, não é possível dissecar todas essas vertentes e contrapô-las ao ativismo judicial na área das políticas públicas.

Nada obstante, no presente tópico, intenta-se fixar os pressupostos objetivos que devem ser utilizados como parâmetro para uma análise da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. A determinação desses pressupostos é feita enquanto se analisam os dois principais argumentos contrários ao ativismo judicial: a violação aos princípios democrático e da separação dos poderes.

Antes, contudo, de iniciar o estudo desses argumentos, é necessário salientar que a análise da legitimidade aqui desenvolvida diz respeito tão somente ao ativismo judicial na realização de políticas públicas. No tópico anterior, constatou-se que o ativismo ocorre de diferentes formas, sendo a intervenção nas políticas públicas estatais apenas uma delas. Dessa maneira, o presente estudo ocupa-se, apenas, em verificar a legitimidade da intervenção do Judiciário nessa área.

Feito esse esclarecimento, passa-se à análise dos argumentos contrários ao ativismo. A primeira crítica comumente levantada contra uma atuação ativista do Judiciário é que essa prática viola diretamente o princípio democrático. Os que defendem esse posicionamento sustentam duas objeções principais: a falta de legitimidade de investidura do juiz constitucional e a dificuldade contramajoritária de sua atuação.

Diferentemente dos integrantes do Poder Legislativo e do chefe do Executivo, os juízes não são eleitos, e, por isso, não estariam legitimados a decidir questões eminentemente políticas, inclusive quais políticas públicas devem ser adotadas pelo Estado⁷⁴.

⁷³CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 348.

⁷⁴BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 10. Artigo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%20Lu%C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

A segunda crítica decorre da primeira. A atuação dos poderes políticos é determinada por representantes eleitos pelo povo, que atuam, via de regra, na consecução da vontade da maioria. Dessa maneira, um órgão jurisdicional, composto por indivíduos que não foram eleitos pelo povo, não pode contrariar ou impor políticas públicas para os órgãos que atuam em prol da vontade da maioria, a qual deve prevalecer no meio democrático⁷⁵.

O primeiro argumento não se sustenta por duas razões principais. Primeiramente, porque ainda que o juiz constitucional não detivesse uma legitimidade de investidura, ele tem a possibilidade de adquirir legitimidade ao exercer a jurisdição. O art. 93, da Constituição Federal, dispõe que todas as decisões devem ser fundamentadas, o que ganha ainda mais relevo para a atuação da Corte Maior do país, a qual prolata decisões que podem vincular a Administração Pública e todo o Poder Judiciário.

Dessa forma, quando o STF toma uma decisão, deve fundamentá-la da melhor forma possível, demonstrando para a população quais os critérios adotados para a sua decisão e porque eles são os mais adequados ao caso concreto.

A legitimidade da jurisdição constitucional, no entanto, não é adquirida só ao longo do seu exercício, bem como está presente na própria investidura dos ministros do STF⁷⁶. Isso ocorre porque essa legitimidade de investidura encontra supedâneo na própria Constituição Federal.

A Carta da República, em seu art. 101, *caput*, estabelece os critérios para que alguém seja indicado para o cargo de Ministro do STF. Ademais, o parágrafo único do referido artigo estabelece que compete ao Presidente da República, eleito pelo povo e chefe do Poder Executivo, fazer essa escolha. Por fim, o Senado Federal, que compõe o Poder Legislativo, deve sabatar o escolhido e ratificar a escolha do Presidente.

Mas não é só isso que fundamenta a legitimidade de investidura. Poderia se questionar se essa legitimidade alberga a atuação do STF em questões eminentemente políticas, como por exemplo, quais políticas públicas devem ser realizadas para assegurar a efetividade dos direitos sociais. E a resposta é positiva.

⁷⁵BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 10-11. Artigo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eacnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%20Lu%20C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018

⁷⁶TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Legitimidade democrática da jurisdição constitucional: uma análise a partir da morfologia do Supremo Tribunal Federal**. In: XIX Congresso Nacional CONPEDI, 2010, Fortaleza (CE). Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2010. p. 200-225, p. 222.

Conforme se verificou anteriormente, a judicialização da política é fruto do modelo constitucional adotado pelo Constituinte. O próprio texto constitucional confere competência ao STF para decidir inúmeras causas políticas, especialmente com o amplo rol de ações do controle constitucionalidade.

Ademais, todo o texto constitucional possui caráter normativo, até mesmo as normas de eficácia limitada. Conforme vaticina Bulos⁷⁷, até mesmo essas normas possuem eficácia jurídica, tendo em vista que vinculam o Legislador, que deve atuar para conferi-las aplicabilidade, não consistindo, portanto, em meros conselhos ou recomendações. Esse argumento é reforçado pelo art. 5º, §1º, da Lei Maior, o qual dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nesse mesmo sentido, Hesse⁷⁸ afirma que toda a Constituição tem pretensão de eficácia, procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social, sendo tarefa do seu aplicador conferir força normativa ao texto constitucional.

Se todos os preceitos constitucionais têm força normativa, e conformam a vontade do Legislativo, em situações de violação a essas normas o Judiciário deve intervir, caso seja provocado para tanto, ainda que isso implique em interferência no âmbito de atuação dos demais Poderes. Afirmar o contrário é esvaziar o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁷⁹.

Diante disso, se a própria Constituição, que é obra da soberania popular, estabelece como os Ministros serão investidos em seus cargos, bem como lhes outorga competência para exercer a jurisdição no âmbito de matérias políticas que sejam levadas ao STF, qualificando esse órgão jurisdicional como seu guardião, afirmar que esses magistrados não possuem legitimidade de investidura seria o mesmo que negar a legitimidade a eles conferida pela própria Constituição Federal.

É possível discordar do modelo constitucional adotado pelo Poder Constituinte, todavia, ainda que haja discordância, não há como negar que, no momento em que o escolhido para ocupar o cargo de Ministro do STF é investido em suas funções, a sua atuação está reconhecida e legitimada pela vontade constituinte originária, consubstanciada na Constituição Federal. E essa atuação engloba todo o texto constitucional, principalmente a tutela dos direitos fundamentais, até mesmo em face das ações e omissões do Poder Público.

⁷⁷BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 477.

⁷⁸HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

⁷⁹MOREIRA, Lucas Pessoa. **Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos**. p. 13. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em 31 mar. 2018.

Outrossim, cabe ressaltar que, conforme a teoria dos poderes implícitos, se a Constituição outorgou ao STF a guarda da Constituição, bem como competência para julgar a atuação dos poderes políticos na concretização dos direitos fundamentais, outorgou-lhe também os poderes necessários para realizar essas finalidades.

Segundo Bonavides⁸⁰, a teoria dos poderes implícitos afirma que, uma vez estabelecidas expressamente as competências e as atribuições de um órgão estatal, não há necessidade de uma norma explícita autorizando o órgão a utilizar os meios necessários para exercer suas competências, visto que essa autorização é implícita.

Portanto, a Constituinte Originária, o qual exercia a soberania popular, optou por um modelo constitucional que confere uma atuação mais ampla ao órgão guardião da Constituição, de tal forma que o STF é legitimado a interferir em questões que, via de regra, competem ao Executivo e ao Legislativo, visto que deve prezar pela efetivação de todo o texto constitucional.

Dessa forma, negar que o STF tenha legitimidade para decidir causas eminentemente políticas, levadas ao tribunal pelos meios constitucionais devidos, é negar, em certo grau, a própria legitimidade da Constituição.

Dito isso, resta evidente que a intervenção do STF em questões políticas, sobre as quais foi provocado a decidir, não é, por si só, uma violência ao princípio democrático, principalmente quando o caso concreto envolve violação aos direitos fundamentais. Já que essa intervenção é legítima, a questão é até onde ela pode ocorrer para que o referido princípio não seja violado.

Assim, cumpre analisar o argumento da dificuldade contramajoritária. De fato, os Poderes Executivo e Legislativo, especialmente o primeiro, são responsáveis por viabilizar a realização de políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais previstos na Constituição. Ao atuar nesse propósito, precisam fazer escolhas, definir prioridades, analisar a melhor forma de executar uma determinada política pública, visto que os recursos são finitos, o orçamento é limitado e nem todas as demandas podem ser atendidas imediatamente.

Destarte, ainda que o STF tenha legitimidade para intervir em questões políticas, cabe a ele condicionar a atuação dos poderes políticos, especialmente o Executivo, que atua sob o amparo da vontade da maioria? Pode o STF determinar que políticas públicas sejam realizadas, ainda que esta não seja a vontade da maioria?

⁸⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 483-485.

A resposta a esses questionamentos é clássica no Direito: depende. De fato, os órgãos políticos não só possuem uma legitimidade de investidura conferida diretamente pela população, como também possuem a competência conferida pela própria Constituição para formular e executar os serviços públicos. Ademais, os órgãos da Administração Pública têm todo o suporte técnico necessário para analisar as melhores formas de realização de uma política pública.

A atuação do Poder Judiciário nessa seara, todavia, pode ser necessária e legítima. Isso porque o Brasil não é apenas um Estado Democrático, no qual se poderia invocar a vontade da maioria como fundamento para qualquer decisão estatal. Na verdade, trata-se de um Estado Democrático de Direito, no qual a vontade da maioria deve conduzir o Estado, mas que, concomitantemente, encontra limites na própria Constituição Federal, especialmente nos direitos fundamentais⁸¹.

Dessa maneira, segundo Magalhães Filho⁸², o Estado Democrático de Direito é aquele que se estrutura através de uma democracia representativa e participativa, na qual a vontade da maioria é relevante, no entanto, esse modelo de Estado deve garantir, concomitantemente, a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais.

Bobbio⁸³ ressalta que, na teoria política contemporânea, uma das características essenciais dos Estados Democráticos é justamente o contramajoritarismo dos direitos fundamentais, já que a decisão tomada pela maioria não deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições.

Nesse jaez, Dworkin⁸⁴ representa o papel contramajoritário dos direitos fundamentais comparando o seu titular a um jogador que possui uma carta de trunfo em um jogo de cartas, visto que esta carta prevalece mesmo sobre as de maior número. Ou seja, esses direitos devem prevalecer ainda que em face da vontade da maioria.

⁸¹CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 47-62, p. 47- 55, 2014.

⁸²MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 73.

⁸³BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 327

⁸⁴DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. WALDRON, Jeremy (Org.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153-167, p. 153-157.

Assim também pensa Alexy⁸⁵, que ao formular um conceito geral de direitos fundamentais, afirma que direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão de as garantir, ou não, não pode ser deixada para a maioria parlamentar.

Portanto, os direitos fundamentais têm um *status* especial, de tal forma que não se encontram sob o arbítrio da maioria, visto que possuem um papel contramajoritário que objetiva resguardar aqueles que, em um determinado momento histórico, podem constituir uma minoria⁸⁶.

O regime democrático é concebido como o governo do povo, tendo como elemento legitimador a vontade da maioria. Entretanto, ainda que haja direta conexão entre vontade da maioria e democracia, é equivocado reduzir essa relação a uma identidade entre esses conceitos, ou seja, reduzir a democracia à regra da maioria⁸⁷.

A democracia não é um conceito abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais por ele conquistados. A regra da maioria, conforme James Buchanan e Gordon Tullock⁸⁸, é uma técnica de tomada de decisão, cuja função é ser um instrumento de operacionalização da escolha pública, o que não outorga a essa maioria a prerrogativa de desrespeitar os direitos fundamentais das minorias.

Nesse sentido, é necessária a limitação do princípio majoritário, para que não acabe por violar direitos e garantias positivados, sempre sobre o alvedrio de que a atuação do Poder Público está conforme a vontade da maioria.

Assim, a Constituição pode ser entendida como a lei do mais fraco, visto que ao mesmo tempo em que institui o regime democrático, resguarda um conjunto de direitos e garantias que não podem ser abolidos pela vontade da maioria⁸⁹.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 446.

⁸⁶ MARINHO, Sérgio Augusto Lima. BORGES, Alexandre Walmott. **O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do Poder Judiciário brasileiro perante as omissões legislativas**. p. 04. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>>. Acesso em 31 mar. 2014.

⁸⁷ CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, v. 41, p. 47-62, p. 47- 55, 2014.

⁸⁸ James Buchanan; Gordon Tullock apud SGARBOSSA, Luís Fernando *et al.* Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade.. In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional - ABDConst, 2013, Curitiba, PR. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDCONST, 2013. v. 1. p. 132-151, p. 138. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁸⁹ CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, v. 41, p. 47-62, p. 50, 2014.

Nesse jaez, pode-se afirmar que a Carta da República assegura os pressupostos mínimos de existência da democracia⁹⁰, tendo em vista que o texto constitucional consagra direitos individuais e sociais que não podem ser reduzidos à regra da maioria.

Ademais, cabe ressaltar que a própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige uma intervenção do judiciário na atuação dos demais poderes, conforme explicou-se anteriormente. Ora, se a referida dimensão cria obrigações para o Poder Público, que deve atuar em prol da sua efetivação, levando-os em consideração nos processos de tomada de decisão⁹¹, e o Poder Judiciário deve, quando provocado, garantir a proteção dos direitos fundamentais, conseqüentemente é possível uma intervenção do último quando os poderes políticos estiverem violando esses direitos, ainda que sob o pretexto de atuarem conforme a vontade da maioria⁹².

Na verdade, como alerta Barcellos⁹³, o contramajoritarismo, quando defensor dos direitos fundamentais, não vai contra a democracia, pelo contrário, ruma em seu favor, preservando a Constituição. Nesse sentido, preleciona Ferrajoli:

É nesta sujeição do juiz a constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado. Daí resulta que o fundamento da legitimação do Poder Judiciário e da sua independência mais não é do que o valor da igualdade, enquanto igualdade endroits: visto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, a sua garantia exige um juiz terceiro e independente, subtraído a qualquer vínculo com os poderes assentes na maioria, e em condições de poder censurar, como inválidos ou como ilícitos, os atos praticados no exercício desses poderes. É este o sentido da frase “há tribunais em Berlim”: tem de haver um juiz independente que possa intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião é favorável à absolvição. Esta legitimação não tem nada a ver com a da democracia política, ligada à representação, pois não deriva da vontade da maioria. O seu

⁹⁰SGARBOSSA, Luís Fernando et al. Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade.. In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional - ABDConst, 2013, Curitiba, PR. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDCONST, 2013. v. 1. p. 132-151, p. 143. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁹¹MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 364.

⁹²MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 371-400, p. 392-394.

⁹³BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011.

fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. E, todavia, é uma legitimação democrática, que os juízes recebem da sua função de garantia dos direitos fundamentais, sob os quais se baseia aquilo a que chamamos “democracia substancial”.⁹⁴

Sem embargo, o papel do Judiciário na proteção dos direitos fundamental ganha maior relevo, bem como maior possibilidade de intervenção no âmbito de atuação dos demais poderes, quando se trata de violação aos direitos sociais, os quais exigem não só uma postura abstencionista do Poder Público, mas uma postura ativa e eficiente, por meio de políticas públicas.

Cumprе ressaltar que os direitos sociais foram idealizados e positivados na Constituição com o fito de garantir à sociedade o gozo de bens e serviços coletivos, bem como assegurar a realização do mínimo existencial, sem o qual a dignidade humana não poderia ser minimamente respeitada⁹⁵.

Dessa maneira, quando a ação ou, principalmente, a omissão dos poderes políticos possibilitarem violações aos direitos fundamentais, o Judiciário pode intervir na esfera de atuação desses poderes, ainda que determinar e executar políticas públicas não seja sua competência originária. Se a principal função do Estado, conforme assevera Lopes⁹⁶, é garantir os direitos fundamentais das pessoas, faz-se necessário que o Judiciário fiscalize essa atuação estatal, para que essa função basilar não tenha mero caráter retórico.

Entretanto, simplesmente afirmar que o STF pode intervir em situações de violação a direitos fundamentais, determinando quais soluções devem ser adotadas pelo Poder Público, pode conceder ao tribunal uma verdadeira carta branca, de tal forma que sob o pretexto de qualquer violação a um direito fundamental ele poderia intervir na atuação dos poderes políticos, tomando para si uma competência que não é sua.

Assim, é necessário fixar um parâmetro mais objetivo para a atuação do STF, de tal forma que a intervenção do tribunal na realização de políticas públicas ocorra tão somente em casos de graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais, como no caso do Estado de Coisas Inconstitucional.

Esse parâmetro, como já reconheceu o próprio tribunal em alguns julgados, é a garantia do mínimo existencial, o qual pode ser compreendido como o conjunto de situações

⁹⁴FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e política**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109, p. 95.

⁹⁵ARRUDA, G. C. M.; BERTOLINI, A. R. ; CUNHA, J. P.. Ativismo judicial e promoção da cidadania: desafios para a efetivação dos direitos sociais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, n.1, p. 270-293, p. 288, 2016.

⁹⁶LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 106.

materiais indispensáveis à existência humana digna. Aqui, não se refere à existência apenas no sentido de sobrevivência, mas também como desenvolvimento das potencialidades intelectuais e espirituais do indivíduo. Dessa forma, conforme, Marques Júnior⁹⁷, desrespeitar o mínimo existencial é também violar o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o aspecto material.

Ou seja, o princípio do mínimo existencial tem o condão de fixar até onde o Poder Público pode ir quando pretende limitar os direitos fundamentais, além de vincular a atuação da Administração Pública, que deve primar pela realização e proteção desse princípio⁹⁸.

Analisando o conceito do mínimo existencial, Cláudia Toledo preleciona que:

(...) **mínimo existencial é o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana. Isto é, os elementos centrais que compõem o conceito de mínimo existencial são (i) direitos fundamentais sociais mínimos e (ii) dignidade humana.** Direitos fundamentais sociais são direitos a prestação estatal positiva. Essa prestação pode ser normativa ou fática. As prestações estatais fáticas podem se dar na forma de bens, serviço ou dinheiro. Desse modo, direitos fundamentais sociais como saúde, educação, trabalho, moradia, trabalho, segurança social podem ser prestados segundo aquelas formas, sendo do legislador a competência originária de sua escolha. Dentre os direitos fundamentais sociais, poucos são os que compõem o mínimo existencial. Daí serem eles chamados de direitos fundamentais sociais mínimos. E, finalmente, apenas o núcleo essencial desses direitos forma o conteúdo do mínimo existencial.⁹⁹ (Grifou-se)

Conforme Ana Paula de Barcellos¹⁰⁰, dos direitos fundamentais sociais positivados na Constituição Federal 1988, infere-se que o mínimo existencial, na ordem constitucional brasileira, é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Para assegurar o mínimo existencial desses direitos fundamentais, o Poder Judiciário está legitimado a intervir no âmbito de discricionariedade da Administração Pública.

⁹⁷ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 371-400, p. 392-394.

⁹⁸ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, J. A. . O Estado Democrático de Direito e a Efetivação dos Direitos Sociais: o fenômeno da judicialização da saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 203, p. 127-141, p. 195, 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507418>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁹⁹ TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial - A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge; MORAES, J.L.B.; RODRIGUES, Saulo T.; MARTÍN, Núria B.. (Org.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 452-471, p. 453-454.

¹⁰⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 288.

Em face do princípio do mínimo existencial, a Administração Pública costuma levantar o argumento da reserva do financeiramente possível, o qual entende que não seria possível o Judiciário obrigar o Poder Público a se auto-onerar de forma desmedida, dispondo daquilo que não possui. Dessa forma, a existência de recursos materiais e a previsão orçamentária da respectiva despesa tornam-se limites à intervenção judicial nas políticas públicas¹⁰¹.

O STF, todavia, na ADPF nº 45, verdadeiro *leading case* sobre o tema, firmou o entendimento de que a Corte Constitucional poderia determinar medidas para o Executivo quando o mínimo existencial dos detentos estivesse sendo violado. Nesse sentido, o voto do relator do processo, Ministro Celso de Mello:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).¹⁰²

Segundo Moreira¹⁰³, inaugurou-se o entendimento de que os direitos sociais são imediatamente exigíveis do Estado, não sendo possível opor à sua realização o argumento da reserva do possível, nos casos em que esses direitos componham o substrato mínimo de que um cidadão precisa para não só sobreviver, mas se desenvolver como pessoa. Nesses casos, o Judiciário pode intervir na realização de políticas públicas, sem que isso implique em violação do princípio da separação dos poderes.

Trilhando essa senda, no julgamento do RE nº 592.581, realizado dois meses antes da concessão da medida liminar da ADPF nº 347/DF e com repercussão geral, o STF consignou que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize

¹⁰¹MACHADO, E. D.; HERRERA, L. H. M. . O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora de um Substancialismo Mitigado. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza-CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. v. 1. p. 3.288-3.297, p. 3.292.

¹⁰²Inteiro teor do voto disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em 25 mar. 2018.

¹⁰³MOREIRA, Lucas Pessoa. **Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos**. p. 21. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspeessoa051015.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2018.

reformas emergenciais em presídios para assegurar o mínimo existencial aos detentos, incluindo-se aí a sua integridade física e moral:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: **É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.**¹⁰⁴ (Grifou-se)

Portanto, conclui-se que ainda que o STF deva respeitar as decisões dos poderes políticos, de caráter majoritário, o tribunal pode intervir na realização de políticas públicas em situações de graves violações aos direitos fundamentais, para garantir o mínimo existencial para os seus titulares.

Conforme Barroso¹⁰⁵, a democracia não consiste apenas em sua dimensão procedimental, de ser o governo da maioria, possuindo igualmente uma dimensão substantiva, que inclui a proteção dos direitos fundamentais dos grupos minoritários. Assim, o autor afirma que mais do que o direito de participação igualitária, a democracia garante aos segmentos minoritários que estes não estão desamparados e entregues à própria sorte.

Superado o argumento democrático, cumpre analisar o segundo argumento contra o ativismo judicial no âmbito das políticas públicas, a suposta violação ao princípio da separação dos poderes.

Sabe-se que a soberania é una e indivisível, sendo titularizada pelo povo, que delega ao Estado o seu exercício, conforme consigna o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Nada obstante, a concentração desse poder soberano nas mãos de um único órgão estatal acarretaria sérios riscos à democracia, podendo conduzir a um Estado absolutista, típico do Antigo Regime.

Dessa maneira, a ideia de separação dos poderes sempre acompanhou o movimento constitucionalista, como uma forma importante de contenção do poder estatal e garantia do sistema democrático. A atual divisão foi, inicialmente, esboçada por Aristóteles, em sua clássica obra *Política*, na qual o Estagirita idealizou três diferentes funções estatais: a

¹⁰⁴ Decisão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, p. 24-50, p. 37 2015.

de editar normas, a de conferi-las aplicabilidade e a função de dirimir os conflitos originados pela sua execução¹⁰⁶.

O atual modelo da tripartição dos poderes é atribuído ao Barão de Montesquieu¹⁰⁷, que, em sua obra *O Espírito das Leis*, inovou ao afirmar que cada função estatal corresponderia a um órgão distinto, autônomo e independente. Segundo o autor, o Judiciário seria um poder praticamente nulo, visto que "os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu vigor"¹⁰⁸.

O princípio da separação dos poderes foi acolhido pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 2º, afirma que o Poder Público é composto pelo Executivo, Legislativo, e Judiciário, os quais devem atuar com independência e harmonia entre si.

Diante do exposto, resta evidente a relevância do argumento da separação dos poderes em face do ativismo do Poder Judiciário: esse princípio acompanha o constitucionalismo moderno desde suas origens nas revoluções liberais do século XIX, sendo um baluarte na proteção das instituições democráticas, impedindo a concentração do poder político em um único órgão ou indivíduo. Prova disso é o art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, o qual estipulava que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição"¹⁰⁹.

Os que criticam o ativismo judicial com base no princípio da separação dos poderes afirmam que, quando o juiz decide um caso de forma ativista, substitui os juízos políticos e morais pelos seus, exercendo funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo¹¹⁰.

Esses críticos, no entanto, esquecem um ponto fundamental: o princípio da separação dos poderes, como todo princípio constitucional, não pode ser considerado como

¹⁰⁶ALMEIDA, Pamela Ferreira. O Ativismo Judicial e suas implicações no princípio da separação dos poderes. *Revista da EJUSE*, nº 25, p. 249-265, p. 251-252, 2016.

¹⁰⁷MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

¹⁰⁸MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175.

¹⁰⁹Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://nossosdireitoshumanos.blogspot.com.br/2008/11/1789-declarao-de-direitos.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹¹⁰STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em: 31 mar. 2018.

absoluto, tendo em vista que em face de determinadas circunstâncias do caso concreto, outro princípio pode ter um peso maior, devendo ter preferência naquelas circunstâncias.

Conforme preleciona Alexy¹¹¹, os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados em grau máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa forma, caso haja um conflito de princípios constitucionais no caso concreto, é necessário fazer um sopesamento para determinar qual princípio terá precedência naquelas circunstâncias. Modificadas as circunstâncias, é possível que o princípio prevalecente seja outro. Assim, já que os princípios não são absolutos, seriam realizados de forma gradual, condicionada às possibilidades jurídicas e fáticas.

Afirmar que eventuais intervenções do Judiciário no âmbito de atuação do Executivo são ilegítimas, sob o argumento de violação à separação dos poderes, acaba por absolutizar esse princípio, que deve ser realizado de forma gradual, tendo em vista o caso concreto e os demais valores constitucionais envolvidos.

A história constitucional brasileira demonstra como uma separação de poderes tão rígida pode ser prejudicial ao ordenamento jurídico e à sociedade. Exemplo disso foi a Constituição de 1946, que adotou um modelo tradicional e rígido de separação dos poderes, sendo vedado tanto o exercício cumulativo de funções, quanto a sua delegação¹¹². Essa era a expressa disposição do art. 36, §§ 1º e 2º, do referido texto constitucional¹¹³.

O contexto histórico da referida Constituição impunha uma desconfiança entre os poderes, especialmente entre Legislativo e Executivo. Durante o Estado Novo de Vargas, o Congresso Nacional foi fechado, e o presidente acumulou as funções legislativas e executivas¹¹⁴. Assim, naquele momento, acreditava-se que enrijecer a separação entre os poderes implicaria em fortalecer o novo regime democrático.

Apesar disso, a excessiva rigidez revelou-se como um dos maiores problemas daquela Constituição. A proibição de delegações de funções do Poder Legislativo ao Executivo gerou um descompasso entre a aptidão do Congresso Nacional em legislar e as novas demandas da sociedade¹¹⁵. Em suma, o Direito não conseguiu acompanhar as mudanças

¹¹¹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90-100.

¹¹²SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 133.

¹¹³Texto integral disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

¹¹⁴FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014. p. 200-201.

¹¹⁵SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 133.

da realidade em tempo hábil, visto que competia ao Legislativo, sem possibilidades de delegação ao Executivo, o exercício da função legiferante.

Atualmente, o cenário é diverso. A interdependência dos poderes, *a priori*, não é uma ameaça à democracia, ao contrário, é uma forma de auxiliar o seu desenvolvimento. Se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais intenta conformar a atuação do Poder Público, caso o Executivo, por ações ou omissões, desrespeite reiteradamente esses direitos, não há de se invocar a separação dos poderes como barreira intransponível para a intervenção do Judiciário no âmbito de atuação daquele Poder.

Sustentar esse pensamento implica em duas consequências principais: primeiramente, a possibilidade da alta ineficácia dos direitos fundamentais, principalmente os sociais. Se esses direitos devem conformar a atuação do Poder Público, mas em casos de reiteradas violações o Judiciário não pode intervir nas políticas públicas, instrumento de realização dos direitos sociais e cuja realização é tarefa primordial do Executivo, então a dimensão objetiva teria caráter meramente retórico, e não normativo.

De fato, se um direito fundamental é consagrado no texto constitucional, deve haver alguma forma de garanti-lo, diversa da simples vontade política dos poderes competentes para realizar as políticas públicas a eles atinentes¹¹⁶.

Em última instância, o princípio da separação dos poderes transformar-se-ia em uma cláusula de barreira à efetivação dos direitos fundamentais.

Outrossim, cabe frisar que, pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), corolário da separação dos poderes, há uma interpenetração entre os poderes, de tal forma que as funções típicas de um Poder são, eventualmente, exercidas por outro.

Esse sistema permite que cada Poder, no exercício das suas atribuições, possa controlar as atividades dos outros, bem como seja por eles controlado, permitindo uma atuação harmônica entre os diversos órgãos estatais¹¹⁷.

A exigência de harmonia entre os Poderes da República demanda uma atuação cooperativa destes, para que os objetivos constitucionais sejam realizados da melhor forma

¹¹⁶MARINHO, S. A. L. ; BORGES, Alexandre Walmott . O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do Poder Judiciário brasileiro perante omissões legislativas. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne. (Org.). **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 34-52, p. 46-50.

¹¹⁷FIGUEIREDO, Eduardo Fin de. GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **Percursos: Sociedade, Natureza e Cultura**. v. 1, n. 18, p. 104-122 p. 111, 2016.

possível. Dessa maneira, para que haja uma atuação harmônica entre esses Poderes, não se deve buscar uma completa independência entre eles, mas sim uma atuação equilibrada¹¹⁸.

Com isso não se quer dizer que qualquer intervenção do Judiciário, sob o pretexto de garantir o mínimo existencial, é legitimada. Afinal, o mínimo existencial não pode virar um fundamento da velha frase de que “os fins justificam os meios”. Conforme lição de Ramos¹¹⁹, ainda que o princípio da separação dos poderes permita uma realização gradual, há um núcleo essencial da função que deve ser exercido pelo poder competente, que deve ser preservado conforme o caso concreto.

Dessa forma, ainda que o Judiciário deva assumir um papel de força motriz que retira os poderes políticos da inércia, devendo estes atuar na realização de políticas públicas efetivas, bem como de fiscalizador da realização dessas atuações estatais, não é adequado que esse Poder pretenda atrair para si o dever de construir, ele mesmo, as soluções para os problemas da ineficiência estatal.

Conquanto seja clara a competência dos órgãos jurisdicionais para invalidar uma medida estatal contrária à Constituição, bem como declarar como inconstitucional uma omissão estatal, não se pode concordar com a substituição do Executivo pelo Judiciário na formulação de políticas públicas, pois dessa forma o referido núcleo essencial do princípio da separação dos poderes restaria violado.

Portanto, a questão basilar é determinar, no caso concreto, até onde o Judiciário pode se imiscuir na atuação da Administração Pública, sem que isso implique em usurpação de competências.

Dito isso, resta evidente que a separação dos poderes não é uma regra, seguindo a lógica do tudo ou nada. Conforme o caso concreto, esse princípio será realizado de maneira diversa, tendo em visto os demais princípios em jogo, bem como as diferentes atuações dos Poderes envolvidos.

À vista disso, Bonavides¹²⁰ afirma que "A época constitucional que vivemos é dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes". Com isso não se quer dizer que o princípio da separação dos poderes resta superado, mas que, atualmente, o cerne da ordem constitucional é a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, ainda que a separação dos poderes seja necessária e que seu núcleo essencial deva ser respeitado,

¹¹⁸SILVA, Christine Oliveira Peter da. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 63-87, p. 71, 2015.

¹¹⁹RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

¹²⁰BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, v. 18, p. 127-150, p. 127, 2004.

esse princípio não pode se tornar um obstáculo inflexível para a efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, é incorreta a afirmação de que a mera intervenção do Judiciário na discricionariedade administrativa, presente na formulação e execução das políticas públicas, faz com que esse Poder se aproprie das funções do Executivo, tratando-se de uma correção da omissão estatal que viola diretamente direitos fundamentais¹²¹.

Nada obstante, para que uma eventual intervenção do Judiciário no âmbito de atuação dos demais poderes seja legítima, faz-se necessário estabelecer diretrizes de autocontenção desse Poder.

De fato, o STF, sob o argumento de ter o dever de buscar a máxima efetividade da Constituição, não pode determinar as medidas que achar cabíveis para solucionar determinada omissão não normativa, sem trabalhar conjuntamente com o Executivo.

Isso não deve ocorrer por duas principais razões. Primeiro, porque o tribunal não possui o suporte técnico necessário para estudar a viabilidade das melhores políticas públicas que devem ser implementadas. Segundo, conferir essa "carta branca" ao Judiciário sacrificaria a separação dos poderes, abrindo-se a possibilidade de que os juízes substituíssem os juízos políticos pelos seus, atuando de forma solipsista.

Dessa forma, não cabe ao Judiciário formular quais políticas públicas devem ser desenvolvidas pelo Executivo. Na verdade, aquele Poder deve construir um diálogo com os poderes políticos, o qual não deve ocorrer somente de forma bilateral, mas multilateral, incluindo a sociedade civil organizada, especialmente aqueles grupos diretamente afetados pelas políticas públicas sobre as quais se discute.

Contudo, essa diretriz não deve ser analisada como uma regra absoluta. Sabe-se que, em circunstâncias específicas, o Judiciário deve intervir, ainda que não seja possível a formação de um diálogo institucional naquele momento. Exemplo disso é quando o Judiciário determina o fornecimento de um medicamento, ou até mesmo eventuais reformas em um presídio em situação extremamente precária.

Essas obrigações de fazer, todavia, não são políticas públicas. Conforme se estudou anteriormente, segundo Bucci¹²², elaborar uma política pública significa coordenar os meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes. Isso implica a conformação de uma série de

¹²¹LAZARI, Rafael de. COUTINHO, N. C. ; NUNES, A. L. T. . Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 209-222, p. 220, 2015.

¹²²BUCCI, M. P. D.. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 133, p. 89-98, p. 91, jan./mar., 1997.

atos estatais, que vão além de uma única obrigação de fazer, como a internação de um paciente em um hospital público ou a reforma de um presídio específico.

Ademais, cumpre ressaltar que essa série coordenada de atos estatais compõe um programa de ação governamental, que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados: processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial. Portanto, não há de se confundir obrigação de fazer, imposta pelo Judiciário, com formulação de políticas públicas¹²³.

O que se quer fixar é uma razão inversamente proporcional entre diálogo e magnitude das medidas que devem ser tomadas pelo Executivo. Ou seja, quanto maior a extensão da política pública, e quanto mais cara a sua execução, mais necessário se faz a formação de um diálogo entre os Poderes Políticos e o Judiciário, dando azo a uma atuação legítima e eficiente do último.

A título exemplificativo: em face de determinado caso concreto, o Judiciário pode ter que determinar a realização de reformas em um presídio que se encontra em situação extremamente precária, para garantir o mínimo existencial para os encarcerados. Trata-se, portanto, de medida pontual e necessária para a proteção dos direitos fundamentais dos que ali estão.

Entretanto, o mesmo não se aplica à solução do ECI do sistema penitenciário brasileiro, visto que não se pretende realizar apenas algumas reformas, mas solucionar, em todo o país, uma grave e histórica falha institucional, qual seja, a situação precária e desumana dos presídios brasileiros.

Nessa perspectiva, o juiz não pode atrair para si a competência de, unilateralmente, determinar qual solução se deve adotar para essa problemática, tendo em vista que essa situação é complexa, tal qual sua solução¹²⁴. A superação do ECI não exige apenas uma obrigação de fazer, como a reforma de presídios, mas a elaboração de políticas públicas complexas, as quais competem exclusivamente ao Executivo, que deve elaborá-las e executá-las.

¹²³BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M.P.D. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. p. 39.

¹²⁴MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 241-264, p. 252.

Nesse sentido, conforme vaticina Albuquerque¹²⁵, a autocontenção judicial é fundamental para os casos políticos levados ao Judiciário, visto que, na apreciação dessas questões, os juízes devem adotar uma atitude crítica e de autoconstrução, para não se imiscuírem indevidamente em atos de governo. Segundo o autor, adotar a autocontenção, em face de questões políticas, é prezar pela preservação do núcleo essencial do princípio da separação dos poderes.

Isto posto, tendo em vista a magnitude das ações que a Administração Pública terá de adotar para solucionar esse ECI, bem como as implicações sociais e econômicas dessa solução, não cabe ao Judiciário elaborá-la, mas tão somente exigir a sua elaboração e supervisionar a sua execução.

Portanto, diante de todo o exposto no presente tópico, conclui-se que o ativismo judicial, na seara das políticas públicas, não é, por si só, ilegítimo. De maneira oposta, essa prática judicial não só pode ser feita de forma legítima e coadunada com a separação dos poderes, como também pode fortalecer a democracia, que não se resume à vontade da maioria.

Apesar disso, sob o argumento de proteger os direitos fundamentais, o Judiciário não pode intervir em todas as situações que envolvam a realização de políticas públicas, bem como deve evitar determinar quais devem ser realizadas pelo Poder Público, buscando construir um diálogo com os órgãos competentes para realizar essas políticas, bem como com a sociedade.

4.3 Os pressupostos para um ativismo judicial eficiente na seara das políticas públicas

Para que o Judiciário adote uma postura ativista no âmbito das políticas públicas, não basta que sua atuação seja legítima, mas também adequada aos fins que almeja realizar e, portanto, eficiente. Dito isso, faz-se necessário estabelecer o conceito de eficiência para a atuação do Poder Público, e, posteriormente, fixar os pressupostos para uma atuação eficiente do Judiciário.

O princípio constitucional da eficiência administrativa encontra-se expressamente positivado no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988. Originalmente, o referido dispositivo constitucional apresentava apenas quatro princípios: a legalidade, a impessoalidade, a

¹²⁵ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 146.

publicidade e a moralidade. O princípio da eficiência foi incluído nesse rol pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Segundo Gabardo¹²⁶, eficiência e eficácia são comumente designadas como sinônimos, todavia, conforme assevera o autor, eficácia administrativa pode representar a concreção dos fins consignados em lei, enquanto eficiência seria a otimização dos meios utilizados para atingir esses fins, ou seja, a adoção dos melhores meios para se realizar o interesse público.

No presente trabalho, adota-se a expressão eficiência como sinônimo do termo eficácia, ou seja, a atuação eficiente da Administração Pública é aquela que concretiza os fins preestabelecidos em lei e, concomitante, utiliza os melhores meios para tanto.

Gabardo¹²⁷ preleciona que é possível identificar quatro atributos da eficiência administrativa: racionalização, produtividade, economicidade e celeridade, sendo os três últimos considerados uma decorrência do primeiro.

Segundo o autor, a racionalização de um processo busca sua otimização, ou seja, alcançar o melhor modo possível para a realização de um fim, preocupando-se em maximizar a eliminação de erros possíveis no processo.

Tendo em vista esse conceito, é possível afirmar que a racionalização das políticas públicas implica em: uma maior produtividade, compreendida como a realização de um maior número de prestações estatais; economicidade, que implica em utilizar os melhores meios com o menor custo possível; e celeridade, a qual implica na obtenção do resultado pretendido no menor tempo possível.¹²⁸

Portanto, entende-se, conforme Limberger e Kossmann¹²⁹, que uma atuação eficiente da Administração Pública racionaliza e aproveita o máximo das potencialidades existente para obter o resultado quantitativo e qualitativo mais satisfatório.

¹²⁶GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência, O. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹²⁷GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência, O. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹²⁸GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência, O. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹²⁹LIMBERGER, Têmis ; KOSSMAN, E.. O Princípio Constitucional da Eficiência frente ao Estado

Nesse sentido, uma intervenção eficiente do Judiciário no âmbito das políticas públicas é aquela que resulta em uma atuação do Executivo que não seja apenas suficiente, mas sim a melhor possível¹³⁰, adotando-se os melhores meios para alcançar os fins legalmente estabelecidos.

Anteriormente, analisou-se o paradigmático caso *Brown v. Board of Education*, no qual se proferiu uma típica sentença estruturante, bem como se estudaram três relevantes aplicações do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana. Observando esses casos, é possível estabelecer quais os pressupostos para uma atuação eficiente do STF ao adotar uma posição mais ativista no âmbito das políticas públicas, em especial na solução do ECI do sistema penitenciário.

Primeiramente, o Judiciário não deve se ocupar em exarar ordens rígidas para o Executivo, visto que exercer a competência administrativa, determinando quais políticas públicas devem ser realizadas, não só ameaça a separação dos poderes, como também aumenta a probabilidade de que essas determinações não sejam executadas.

Antes de ser um idealizador de políticas públicas, o Judiciário deve ser a força motriz para retirar os poderes políticos da inércia. Portanto, é fundamental que antes de se determinar a solução para o caso concreto, realize-se um diálogo com a Administração Pública, buscando-se uma solução viável e apta a solucionar o problema.

Esse diálogo é fundamental para que não ocorra o efeito *backlash*, ou seja, uma reação dos poderes políticos adversa ao que foi decidido e que comprometa a eficiência da sentença estrutural¹³¹.

Em segundo lugar, é basilar que o Judiciário se atente para as reais causas do problema que enfrenta. Conforme se verificou anteriormente, ao analisar o caso *Brown v. Board of Education*¹³² e a sentença T-153¹³³, ordens rígidas e apressadas podem atacar

(in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 287-311, 2016. p. 292.

¹³⁰GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência, O. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>> Acesso em 12 abr. 2018.

¹³¹VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. p. 05-11. Disponível em <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pe_la_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_posibilidade_democr%C3%A1tica> Acesso em: 08 abr. 2018.

¹³²BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017. p. 279-302, p. 290-291.

¹³³ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global**

somente os efeitos de um problema que não pode ser solucionado somente pela atuação do Judiciário.

Dessa forma, para que as decisões estruturais proferidas não sejam apenas soluções paliativas, podendo produzir os efeitos pretendidos também em longo prazo, é fundamental estabelecer não só um diálogo com as demais instituições, mas também com a sociedade, visto que em vários casos a solução do problema perpassa por adotar medidas de ampla repercussão social e que demandam elevados investimentos. Isso era necessário no caso *Brown v. Board of Education*, e também é necessário na solução da crise do sistema penitenciário.

Em terceiro lugar, é muito importante fixar formas de fiscalizar o cumprimento das sentenças judiciais, tal qual ocorreu na sentença T-25, exemplo de eficiência na adoção do ECI na Colômbia. Assim, mais importante do que o Judiciário exarar ordens rígidas e de imediato cumprimento pelo Executivo, é mais relevante, sob o aspecto da eficiência, permitir que esse Poder estude quais as melhores soluções para o problema, formule um plano de ação e, feito isso, que o Judiciário fiscalize o seu fiel cumprimento.

Vieira e Bezerra, ao apresentarem as razões pelas quais a sentença T-25 foi um exemplo de sucesso da aplicação do ECI, sintetizam os pressupostos de eficiência aqui expressos. Segundo os autores:

- a) assumiu o enfoque do direito internacional dos direitos humanos, ao considerar que o deslocamento forçado acarreta violações múltiplas, massivas e contínuas;
- b) acumulou e decidiu de forma conjunta demandas individuais, que chegavam de forma massiva para julgamento;
- c) superou os efeitos interpartes das ações concretas e difusas como a Acción de Tutela;
- d) manteve a jurisdição para supervisionar a própria execução de suas ordens e**
- e) atuou como mediadora na promoção de reestruturação do Estado para atuar de forma integrada, articulada, coordenada e eficaz na construção e na implementação compartilhada de políticas públicas (UPRIMNY, 2015; PEÑARANDA, 2016).¹³⁴ (Grifou-se)**

Ademais, cumpre ressaltar que, nesse momento de fiscalização, faz-se necessário observar não só o cumprimento do programa adotado pelo Executivo, mas também as consequências desse planejamento para outras áreas que o Estado deve tutelar.

South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162, p. 151.

¹³⁴VIEIRA, J. R. ; BEZERRA, R.. Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 203-223, p. 215.

Não é possível falar-se em eficiência da decisão se, ao resolver um problema, essa mesma sentença criar ou agravar outro. Exemplificando: uma sentença estruturante que pretenda solucionar o ECI do sistema penitenciário não será eficiente se, para isso, consignar comandos tão rígidos e imediatos que impliquem em uma readequação orçamentária lesiva a outros grupos sociais, que terão o seu mínimo existencial violado.

Por essa razão, conforme Vieira Júnior¹³⁵, é melhor que essas decisões fiquem a cargo do Executivo, e não do Judiciário.

Portanto, resta evidente que, para um ativismo judicial estrutural eficiente, fazem-se necessárias medidas semelhantes às exigidas para um ativismo judicial legítimo: que o Judiciário não seja uma instância da qual emana a determinação de quais políticas públicas devem ser realizadas, e sim fomentadora de um diálogo institucional para fixar qual a melhor solução para o caso concreto, buscando determinar quais as raízes da problemática enfrentada e fiscalizando o cumprimento da solução.

4.4 A probabilidade de uma atuação ilegítima e ineficiente do STF na ADPF nº 347/DF

Passa-se agora ao estudo da legitimidade da atuação do STF na concessão de medida cautelar na ADPF nº 347/DF, bem como dos pedidos finais da ação. Tendo em vista os pressupostos fixados nos tópicos anteriores, intenta-se analisar se os pedidos formulados na referida ação propiciam uma intervenção legítima e eficiente da jurisdição constitucional.

Antes de analisar os pedidos formulados, contudo, cumpre assinalar que o primeiro pressuposto para uma atuação ativista do Judiciário está presente na APDF nº 347/DF: esta visa solucionar uma situação de graves e reiteradas violações ao mínimo existencial dos que se encontram privados de sua liberdade, mínimo que há muito tempo não é garantido pelo Poder Público. Os dados anteriormente apresentados, sobre as condições do sistema penitenciário brasileiro, expõem parcialmente o cenário precário no qual se encontram os encarcerados, principalmente no que consta ao direito fundamental à saúde, tanto a física quanto a mental.

Tendo em vista que as circunstâncias fáticas que ensejaram o ajuizamento da ação configuram uma situação de grave e histórica violação ao mínimo existencial dos

¹³⁵VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 22-23. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

encarcerados, cumpre analisar como o STF decidiu intervir nesse Estado de Coisas Inconstitucional.

No bojo da referida ação, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) formulou diversos pedidos em sede em caráter cautelar. São eles:

a) determinar que os juízes motivem a decisão de manter o encarceramento em detrimento a adoção de medidas cautelares; b) reconhecer a aplicabilidade em 90 (noventa) dias dos artigos 9, 3, 1ª parte do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7, 5, 1ª parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão; c) determinar aos juízes e tribunais brasileiros que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, buscando sempre aplicar no que for viável penas alternativas à prisão, bem como no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução; d) determinar ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a revisão dos processos que envolvam pena privativa de liberdade; f) imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedação à União Federal de 204 realização de novos contingenciamentos, até a superação do ‘estado de coisas inconstitucional’ do sistema prisional brasileiro.¹³⁶

Analisando esses pedidos, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, determinou que juízes e tribunais: i) lançassem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicavam medidas alternativas à privação de liberdade; ii) realizassem audiências de custódia, em até 90 dias, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; iii) considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; iv) estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão; v) que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos¹³⁷.

Em um primeiro momento, observa-se que a maioria das determinações da cautelar tem caráter legítimo, visto que não criam obrigações para o Judiciário desprovidas de embasamento legal.

¹³⁶TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. **XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba**. Área: Constituição e Democracia II. p. 139-211, p. 204-205. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6klEjiBDgCyA.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2018.

¹³⁷VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 19. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

Pelo contrário, as referidas medidas objetivam conferir eficácia às normas do Direito Processual Penal, bem como ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário.

De todas as medidas adotadas em sede cautelar, a mais polêmica é a vedação, imposta à União, de realizar novo contingenciamento no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

O FUNPEN foi criado pela Lei Complementar nº 79/94, e é regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, tendo por finalidade fornecer recursos para o financiamento e apoio às atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Já o contingenciamento de despesas públicas significa que o Poder Público deverá gastar menos do que foi planejado no orçamento, geralmente realizado quando não há a arrecadação estimada pelo governo; quando se verifica um aumento de despesas acima do patamar previamente fixado; ou no caso de eventual crise econômica interna ou externa, onde a capacidade de consumo tende a diminuir, gerando menos compras e, conseqüentemente, uma menor arrecadação¹³⁸.

Nesse cenário, a Administração Pública pode realizar o contingenciamento de despesas, com fundamento no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000, bem como no princípio do equilíbrio orçamentário.

Nem todas as despesas, todavia, podem ser contingenciadas. Conforme o art. 9º, §2º, da Lei Complementar nº 101/2000, estão excluídas da contingência "as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias".

No caso do FUNPEN, exemplificando a magnitude da contingência realizada, segundo a Organização Não Governamental Contas Abertas, em 2016 havia por volta de R\$ 3,3 bilhões disponíveis no fundo. Ainda assim, a dotação orçamentária para 2016 fora de 682,7 milhões, e em outubro tão somente 270,6 milhões havia sido devidamente executada. Constatou-se ainda que R\$ 412,2 milhões tinham sido destacados como reserva de contingência, cujos recursos na prática são dificilmente utilizados e apenas corroboram para o alcance dos resultados fiscais¹³⁹. Em 2017, a referida ONG estima que há um montante de R\$

¹³⁸ MARQUES, M. B.; GUSTAVO, Bicalho Ferreira da Silva. O Contingenciamento e seus Reflexos no Planejamento das Ações Governamentais. *Dinâmica Pública*, p. 46-48, 2011. Disponível em: <http://www.dinamicapublica.com.br/Artigos/artigo_dinamica08.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

¹³⁹ CONTAS ABERTAS. Descaso: governo tem R\$ 3,3 bi "parados" para reforma e ampliação de presídios. Contas Abertas, Goiânia, 28 out. 2016. Disponível em: <

2,5 bilhões “parados” no Fundo, destinados para o alcance do superávit primário¹⁴⁰.

Ademais, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o saldo contábil desse fundo corresponde a cerca de R\$ 2,2 bilhões, sendo que menos de 20% por cento dos gastos autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados¹⁴¹.

Portanto, resta evidente que a medida de descontingenciamento imediato é legítima sob duas perspectivas. Primeiro, porque a falta de investimentos no sistema prisional é um dos principais fatores para a sua deterioração. Segundo, porque não se determinou a criação de um novo fundo, ou arbitrariamente realizou-se uma dotação orçamentária que já não estivesse prevista em lei. Pelo contrário, pretendeu-se conferir eficácia a um fundo cuja finalidade é prevista em lei, mas que até então não cumpria com seu *telos*.

A esse argumento, todavia, poder-se-ia aduzir que ainda que o FUNPEN tenha destinação legal, os valores do fundo podem ser contingenciados, com base no art. 73, da Lei 4.320/64¹⁴², e no art. 8º, parágrafo único¹⁴³, da Lei Complementar 101, os quais estabelecem que o saldo apurado em balanço patrimonial do fundo será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo, salvo se a lei instituidora estabelecer o contrário.

Nada obstante, esse argumento criaria uma contradição jurisprudencial dentro do STF: ao passo que o tribunal entende que a reserva do possível não pode ser oposta como obstáculo para a garantia do mínimo existencial, especialmente quando há recursos orçamentários disponíveis, a mera discricionariedade da Administração Pública poderia ser utilizada como escusa para assegurar o mínimo existencial.

Ou seja, o STF entenderia que a reserva do possível não é um argumento aceitável para afastar a obrigação do Poder Público de assegurar o mínimo existencial, se existe disponibilidade orçamentária para garanti-lo, entretanto, ainda que haja vultosa quantia no FUNPEN, esta poderia ser contingenciada, como tem sido nos últimos anos, já que não seria

governo-tem-r-33-bi-paradospara-reforma-e-ampliacao-de-presidios>. Acesso em: 10 mar. 2017.

¹⁴⁰ CONTAS ABERTAS. Superlotação: governo tem R\$ 2,5 bilhões parados para presídios. 2017. Disponível em: <<http://contasabertas.com.br/site/orcamento/superlotacao-governo-tem-r-25-bilhoes-parados-para-presidios>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

¹⁴¹ Dados apresentados na petição inicial da APDF nº 347/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>>. Acesso em 12 mai. 2018.

¹⁴² O dispositivo determina que "Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.". Texto integral em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

¹⁴³ O dispositivo determina que "Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.". Texto integral em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

uma despesa obrigatória¹⁴⁴. Nesse mesmo sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio:

a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais.¹⁴⁵

Ademais, há um obstáculo democrático para que esse descontingenciamento ocorra pelo Legislativo, e não pelo Executivo ou Judiciário. Moreira¹⁴⁶ preleciona que, geralmente, a saída para evitar o contingenciamento é tornar a despesa em questão obrigatória, tal qual ocorreu no caso da EC nº 29/2000, a qual garantia recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Com esse intuito, a senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul, apresentou o Projeto de Lei Complementar nº 25/2014, o qual proibiria o contingenciamento dos recursos do FUNPEN. Esse projeto, todavia, encontrava-se parado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado¹⁴⁷.

Portanto, é no mínimo ingênuo afirmar que os detentos devem aguardar o Legislativo resolver o problema do descontingenciamento, visto que não há ali vontade política para tanto. Assim, a função contramajoritária do STF faz-se necessária. Esse problema também foi diagnosticado no voto do Ministro Marco Aurélio, que aduz:

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.¹⁴⁸

Outrossim, faz-se necessário destacar o desvio de finalidade na aplicação das verbas do FUNPEN, autorizada pela MP nº 781/2017, a qual foi antecedida pela MP nº 755/2016.

A MP nº 781/2017 autorizou a utilização de capital do FUNPEN para o financiamento de programas e atividades preventivas, como a inteligência policial, além de ampliar as atribuições da Força Nacional; revogou o inciso VII do artigo 2º da Lei

¹⁴⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 356-357.

¹⁴⁵ Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347. p. 22. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

¹⁴⁶ MOREIRA, Lucas Pessôa. O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos. p. 23. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

¹⁴⁷ Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347. p. 21-22. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

¹⁴⁸ Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347. p. 17. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

Complementar n.º 79/94, cortando os 50% do montante das custas judiciais recolhidas em favor da União, receita que perfazia quantia significativa para o fundo; permitiu a transferência de recursos do FUNPEN para organizações da sociedade civil que administrem estabelecimento penal e viabilizou a transferência de recursos para capacitação e qualificação de profissionais de todo o âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública.

Diante do exposto, não há de se falar em ilegitimidade do descontingenciamento determinando em sede de cautelar. Essa medida é legítima não só pelos fatos que a motivaram, como também pela destinação legal estabelecida ao FUNPEN, e a impossibilidade de superar esse contingenciamento no âmbito Legislativo.

Ainda que a medida seja legítima, a sua eficiência, no entanto, parece questionável. Segundo o DEPEN, a União distribuiu R\$ 1,2 bilhão do FUNPEN aos estados, por determinação do STF. Passados dez meses, e três massacres de grandes proporções, que deixaram mais de 130 mortos em presídios, somente 1,1% do montante, cerca de 13,2 milhões, foi investido pelas administrações estaduais¹⁴⁹.

Nesse sentido, observa-se que não basta que a ordem judicial seja legítima. Em matéria de sentenças estruturais, faz-se necessário um diálogo institucional, para que haja uma real vontade política em superar os entraves institucionais existentes. Portanto, é aconselhável que o STF reanálise a questão do descontingenciamento em sua decisão final, tendo em vista a inércia dos estados em aplicar os recursos repassados.

Além das determinações concedidas na Medida Cautelar, é necessário conhecer os pedidos finais formulados na APDF n.º 347, com o fito de analisar a legitimidade e a possibilidade de eficiência das medidas pleiteadas:

- a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima; c) **Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos;** d) Submeter o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; e) **Deliberar sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional.** Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de 72 Monitoramento e Fiscalização do Sistema

¹⁴⁹ O GLOBO. **Estados gastam só 1% da verba disponibilizada para sistema carcerário.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/estados-gastam-so-1-da-verba-disponibilizada-para-sistema-carcerario-21895456>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. **f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.** g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF. **h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão.** Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça. **i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.**¹⁵⁰ (Grifou-se)

Além de uma série de medidas específicas, o PSOL, no que se refere ao pedido para que a União elabore um Plano Nacional visando a superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, estabelece não só o prazo de 3 anos para que o ECI seja solucionado, bem como elenca uma série de finalidades e metas que o referido plano deve realizar. Aduz o partido que:

O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios

¹⁵⁰Petição inicial da ADPF nº 347/DF. p. 70-73. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.¹⁵¹

Destarte, em face dos pedidos formulados pela parte autora, constata-se que caso todos sejam deferidos, o STF adotará uma posição mais ativista do que possui até então, em matéria de políticas públicas.

De fato, o Supremo Tribunal, conforme demonstrou-se anteriormente, tem o entendimento consolidado de que o Poder Judiciário pode intervir nas competências do Executivo para assegurar o mínimo existencial aos encarcerados. Essa intervenção, entretanto, ainda não ocorreu com a amplitude e a profundidade pleiteadas na ADPF nº 347/DF.

Aqui, não se intenta analisar, pormenorizadamente, cada um dos pedidos pleiteados na ADPF, mas focar nos elementos comuns entre esses pedidos, que podem colocar em xeque a legitimidade e a eficiência da atuação do Judiciário.

Um dos pontos mais relevantes dos pedidos finais é o prazo conferido para que o ECI seja solucionado. De fato, é fundamental que o STF estabeleça um prazo para que a União e os Estados elaborem, respectivamente, um Plano Nacional e Planos Estaduais para solucionar a crise do sistema penitenciário. Exarar a determinação que estes planos devem ser apresentados, mas não determinar um prazo razoável para tanto, possibilitaria uma atuação discricionária do Executivo, que poderia simplesmente apresentá-los em 3 meses, ou em 10 anos.

Sabe-se que comandos judiciais que reconhecem a inércia estatal, sem ao menos determinar um prazo de atuação, costumam tender à ineficiência. Exemplo disso é a substituição prática da ADO pelo Mandado de Injunção, visto que na primeira ação o STF, durante muitos anos, apenas reconhecia a mora legislativa, sem sequer determinar um prazo para que essa omissão normativa cessasse¹⁵².

Conquanto seja necessário fixar um prazo no qual deve-se apresentar um plano de

¹⁵¹Petição inicial da ADPF nº 347/DF. p. 70-73. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8589048&prcID=4783560&ad=s#>>. Acesso em: 08 mar. 2018.

¹⁵²MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 341-342.

ação, não é aconselhável que se acolha um prazo tão exíguo quanto o de 3 meses.

A superação do ECI engloba, principalmente, a formulação de soluções ao longo prazo, que reduzam o crescente número de encarcerados no Brasil¹⁵³. E para que isso ocorra, não bastam investimentos em construção e melhoria de presídios. Isso demanda investimento em áreas como educação, o desenvolvimento de programas que auxiliem na reinserção dos ex-detentos na sociedade, com o intuito de reduzir a elevada taxa de reincidência, e melhorias nas instituições que atuam na administração da Justiça, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Exigir que, no prazo de 3 meses, a União consiga realizar um Plano Nacional sólido e eficiente, pautado no diálogo com as diversas instituições envolvidas na solução do ECI, bem como com a própria sociedade, é impraticável.

Isso fica claro ao analisar um dos pontos que a APDF exige que seja contemplado pelo Plano Nacional: o da redução da superlotação dos presídios. A consecução dessa pretensão perpassa pela discussão sobre a construção de novos estabelecimentos prisionais, de quem deve construí-los e administrá-los. Há um debate sobre essa questão, no qual alguns defendem que as unidades prisionais devem continuar sob a gestão pública, como ocorre atualmente em mais de 90% das unidades prisionais. Outros defendem uma medida mais radical: privatizar o sistema penitenciário brasileiro, estabelecendo parcerias público-privadas como forma não só de reduzir os gastos estatais, mas também para oferecer melhores condições existenciais aos detentos¹⁵⁴.

Além disso, esse mesmo prazo foi determinado na decisão T-153, a primeira a declarar o ECI do sistema penitenciário Colombiano, e que, conforme demonstrou-se anteriormente, não foi apta a superar os entraves institucionais existentes, justamente por não ter enfrentado as reais causas da superlotação dos presídios, implementando-se apenas soluções paliativas¹⁵⁵.

Assim, para que se formule um Plano Nacional eficiente, é preciso que haja tempo para o Executivo analisar essas opções, pesquisando dados que atestem qual delas tem maior probabilidade de eficiência. E isso vale para todos os outros elementos que a parte autora

¹⁵³ Em entrevista concedida à BBC em 2017, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a questão da superlotação do sistema penitenciário não se resolve tão somente com a construção de presídios. Se essa for a principal solução adota, a criminalidade aumentará. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>> Acesso em: 06 abr. 2018.

¹⁵⁴ Informações sobre a privatização da administração dos presídios brasileiros. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/privatizacao-dos-presidios-e-a-solucao/>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

¹⁵⁵ SANTOS, Helena Maria Pereira dos. et al. Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, vol. 08, n°. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, pp. 2596-2612, p. 2601-2602, 2015.

pleiteia que sejam contemplados.

Ademais, cabe ressaltar a necessidade de realização de audiências públicas no prazo em que se deve elaborar o Plano Nacional. Não só pela necessidade de se realizar a oitiva de especialistas em segurança pública e movimentos sociais que defendem os direitos dos detentos, mas para ouvir as diversas parcelas da sociedade, tendo em vista que decisões como a de privatizar, ou não, o sistema penitenciário perpassa pela decisão de qual modelo estatal a sociedade deseja. Ou seja, se quer um Estado maior e fortalecido, ou se prefere a redução do aparelho estatal, para que esse dê lugar à atuação de instituições privadas.

Outrossim, reconhecer a necessidade e a legitimidade de um prazo para a elaboração de um Plano Nacional não implica, entretanto, em concordar com o prazo de 3 anos, no qual a parte autora pretende que o Executivo solucione a crise do sistema penitenciário.

Ora, é ingênuo e arriscado estabelecer o referido prazo. Ingênuo, por acreditar que um problema histórico, originado ainda no período imperial¹⁵⁶, será realmente solucionado em 3 anos.

Já o risco de um prazo tão exíguo e inflexível decorre dos esforços financeiros que o Poder Público terá de fazer para solucionar o ECI. Sem embargo, os custos para realmente solucionar a crise penitenciária brasileira, e não só realizar medidas paliativas, são elevadíssimos.

Isso porque para que esse problema seja solucionado, não bastam medidas que desafoguem as penitenciárias brasileiras em um curto prazo, como a construção de novos estabelecimentos prisionais, ou a reforma dos já existentes. Conforme se mencionou anteriormente, a solução perpassa por medidas mais amplas e complexas, demandando vultosos investimentos estatais.

Constata-se a magnitude dos investimentos que o Estado deverá realizar para superar o ECI ao se analisar projeções feitas pelo DEPEN, divulgadas em 2017. Segundo esse órgão, seriam necessários R\$ 11 bilhões para suprir o déficit de 250 mil vagas no sistema prisional. Ademais, o custo anual para manter essas vagas seria de R\$ 7 bilhões. Cumpre ressaltar que essa projeção não considera as despesas com a contratação de mão de obra¹⁵⁷.

A ausência de lógica nessa determinação é facilmente verificável com um

¹⁵⁶Breve histórico do sistema prisional brasileiro, disponível em: <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.Wsf7y7waUk>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

¹⁵⁷Dados apresentados pelo DEPEN, e divulgados no Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/01/12/interna_politica,564466/depem-seriam-necessarios-r-11-bi-para-suprir-deficit-em-presidios.shtml>. Acesso em: 03 mai. 2018.

exemplo do cotidiano. Quando alguém decide reformar um apartamento, não se estabelece primeiro em quanto tempo a reforma vai acabar. Para fixar esse prazo, é necessário, em primeiro lugar, saber o que precisa ser reformado, como a reforma vai acontecer e o valor por ela demandado. Só então é possível saber qual o prazo viável para a conclusão dessa obra.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao presente caso. O Judiciário deve exigir a formulação de Planos para superar a problemática existente, mas o que irá determinar o prazo para a solução da crise penitenciária deve ser o conteúdo do plano apresentado pelo Executivo, e não o arbítrio do tribunal.

Mais uma vez, observa-se uma semelhança negativa entre um pedido da APDF nº 347/DF e a sentença T-153: na decisão colombiana, o prazo concedido para a superação do ECI do sistema penitenciário foi de 4 anos¹⁵⁸. E, conforme visto anteriormente, a referida decisão não alcançou os objetivos pretendidos, ou seja, em longo prazo, não conseguiu superar o ECI do sistema prisional colombiano.

Outro ponto que chama atenção no rol de pedidos finais da APDF nº 347/DF é o pleito para que STF estabeleça metas para Planos apresentados pela União e pelos Estados, bem como a possibilidade de homologá-los e complementá-los com outras medidas alternativas ou suplementares, que o tribunal reputar necessárias.

Estabelecer quais entraves devem ser superados pelo Plano Nacional e pelos Planos Estaduais não configura uma violação à separação dos poderes. Nesse caso, o STF não formulará quais medidas devem ser adotadas para superar esses obstáculos, tão somente elencará as principais barreiras que obstaculizam a superação do ECI.

Dessa forma, o Supremo Tribunal auxilia o Executivo a constatar quais as mais prementes necessidades dos encarcerados, ou seja, quais objetivos devem ser perseguidos para que, ao final da execução dos Planos, o mínimo existencial da população carcerária possa ser garantido.

Negar a possibilidade do STF reconhecer os principais entraves para a superação do ECI conduziria a uma contradição: o tribunal tem a competência para reconhecer a sistemática violação ao mínimo existencial dos apenados, todavia, não poderia dizer quais as ações, ou omissões, ensejam essa violação.

Dito isso, resta evidente que caso o STF aponte quais objetivos devem ser

¹⁵⁸ MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 241-264, p. 245-247.

perseguidos pelos Planos apresentados, isso resulta apenas do reconhecimento de uma violação ao mínimo existencial. Ao reconhecê-la, o tribunal constata quais circunstâncias concorrem para a sua ocorrência, auxiliando o Executivo a identificar os principais obstáculos que deve superar.

Quanto à possibilidade de homologação, também não se verifica ofensa ao princípio da separação dos poderes. Aqui, o Executivo elabora as medidas que reputa como necessárias para solucionar a crise carcerária, cabendo ao Judiciário analisar a adequação desses meios aos fins pretendidos.

Veja-se que não há, ao menos nesse ponto, uma intervenção judicial no sentido de determinar qual deve ser a atuação do Executivo, mas tão somente uma avaliação do plano de atuação proposto por aquele Poder.

Negar a possibilidade de homologação por parte do Judiciário é tornar a declaração do ECI ineficiente. O Executivo poderia elaborar planos inadequados para solucionar o problema, ou apresentar apenas soluções paliativas. Ademais, poderia até mesmo utilizar o argumento da reserva do possível, dotando recursos orçamentários ínfimos para o plano, sem que o Judiciário pudesse vetar essa atuação.

Esse raciocínio, contudo, não se aplica à possibilidade do Judiciário complementar ou modificar o que foi decidido pelas instâncias executivas da União e dos Estados. Nesse caso, há uma clara violação ao princípio da separação dos poderes: o STF poderia, sem o suporte técnico adequado, reestruturar as medidas elaboradas pelo Executivo, desnaturando o próprio Plano formulado por esse Poder.

Aqui, é mister ressaltar um dos pressupostos para uma legítima intervenção do Judiciário no âmbito das Políticas Públicas: quanto maior e mais complexa a atuação do Poder Público, menor deve ser a interferência do Judiciário como propositor da solução a ser adotada. Nesses casos, esse Poder deve atuar como força motriz que retira da inércia os poderes políticos, fomentando o diálogo institucional, bem como o diálogo do Poder Público com a sociedade, especialmente os segmentos sociais diretamente afetados pelas políticas públicas em questão.

Portanto, ainda que seja necessário reconhecer a possibilidade do Judiciário homologar os Planos apresentados pela União e pelos Estados, caso algum ponto destes seja reprovado, não há de se falar em suplementação pelo Judiciário, tendo que vista que isso elevaria este Poder à categoria de instância última do Executivo, visto que não só fiscalizaria o que esse Poder faz, mas pode substituir toda uma atuação estudada e planejada, formada

após um diálogo com a própria sociedade¹⁵⁹.

Em síntese, diante do exposto, verifica-se que os pleitos finais da ADPF apresentam riscos para a legitimidade e a eficiência da atuação da jurisdição constitucional na superação do ECI do sistema penitenciário, principalmente com a possibilidade conferida ao STF de suplementar os Planos apresentados pela União e pelos Estados, de tal forma que aquele tribunal poderia atrair para si competências integrantes do núcleo essencial de funções do Executivo, o que seria uma ameaça à separação dos poderes.

Vieira e Bezerra¹⁶⁰, analisando de forma comparativa a decisão colombiana T-25, anteriormente explanada como um exemplo eficiente de sentença estruturante, e o que o STF decidiu na medida cautelar na ADPF ora analisada, afirmam que a forma como o instituto foi adotado no país, sem considerar a premente necessidade de promover um redesenho institucional, acaba por esvaziá-lo.

Os autores aduzem ainda que, para alcançar resultados eficientes, por meio de uma atuação legítima, a Corte Constitucional Colombiana, na decisão T-25, não só emitiu ordens para retirar da inércia o Poder Público, mas concentrou seus esforços em manter a jurisdição para supervisionar a própria execução de suas ordens e, principalmente, atuou de forma integrada e coordenada na construção das políticas públicas, fomentando o diálogo institucional e a participação da sociedade civil¹⁶¹.

Dessa forma, o STF deve pautar sua atuação nos elementos que favoreceram o sucesso da T-25, e não tomando para si a competência de determinar quais políticas públicas devem ser adotadas, ou suplementar as propostas do Executivo.

Segundo Campos, "o papel de uma corte é o de colocar a máquina estatal em movimento e de articular a harmonia nesse movimento. A declaração de "Estado de Coisas Inconstitucional" leva o juiz a agir como coordenador institucional. O ativismo judicial é o único instrumento para superar bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar"¹⁶².

Nessa perspectiva, o tribunal deve promover o diálogo institucional, para a

¹⁵⁹MOREIRA, Lucas Pessôa. **O Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos**. p. 25-28. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspeessoa051015.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹⁶⁰VIEIRA, J. R. ; BEZERRA, R. . Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. 1ed.Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 203-223, p. 221.

¹⁶¹VIEIRA, J. R. ; BEZERRA, R. . Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**.Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 203-223, p. 215.

¹⁶² Notícia veiculada no jornal Estadão, em matéria intitulada "Outra tese esdrúxula no STF". Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,outra-tese-esdruxula-no-stf,1758129>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

formulação de uma solução colaborativa entre as instituições estatais. Alguns autores afirmam que a APDF aqui estudada fortalece, no Brasil, o chamado ativismo judicial dialógico¹⁶³, o qual promove um maior diálogo entre as instituições estatais e a sociedade civil, valendo-se de mecanismos de participação popular, como as audiências públicas, e possibilitando uma menor intervenção do Judiciário no âmbito de atuação próprio do Executivo.

Dessa maneira, segundo Marmelstein¹⁶⁴, o Judiciário não usurpava os poderes administrativos ou legislativos, próprios dos Poderes Políticos. Na verdade, a ideia é construir um diálogo institucional, para que os entes estatais responsáveis atuem conforme as suas atribuições, construindo a solução adequada para o problema, dentro de sua esfera de competência.

Esse diálogo, entretanto, restará seriamente comprometido caso prazos tão exíguos sejam adotados, ou se o STF tiver o poder para alterar os Planos propostos pela União e pelos Estados, por julgá-los insuficientes.

Portanto, se a função do STF na solução do ECI do sistema prisional é tão somente coordenar os esforços para superar essa crise, promovendo um diálogo institucional e fiscalizando o cumprimento das medidas formuladas pelo Poder competente para tanto, ou seja, o Executivo, não se pode concordar com o deferimento dos pedidos finais da APDF que pretendem conceder àquele tribunal o *status* de elaborador de políticas públicas, e não só de fomentador de sua criação ou fiscalizador de sua execução¹⁶⁵.

Delegar essa competência para o Judiciário é fortalecê-lo em demasia, esperando que esse Poder possa ser um verdadeiro "pai" para a sociedade, tomando decisões que deveriam ser realizadas pelos poderes políticos, conforme alerta Maus¹⁶⁶. Nessa lógica, se os

¹⁶³SANTOS, Helena Maria Pereira dos. et al. Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, pp. 2596-2612, p. 2606, 2015.

¹⁶⁴MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 241-264, p. 250-251.

¹⁶⁵VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 22. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

¹⁶⁶Ao analisar a história do Judiciário na Alemanha, desde o século XIX, demonstra que a independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional, uma desvinculação das leis e da Constituição, na medida em que, pautada em um Direito suprapositivo, a Corte Constitucional Alemã julgava até mesmo a Constituição, retirando do Parlamento a função de censor moral da sociedade. MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade órfã"**. Tradução: Paulo Albuquerque e Martônio Lima. p. 200-202. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

demais poderes políticos falham, cabe ao Judiciário atrair ainda mais competências para si, resolvendo os problemas da sociedade órfã.

Analisando a obra de Maus, bem como recentes decisões ativistas do STF, Carvalho Filho¹⁶⁷ afirma que o Judiciário, atualmente, atua como instituição garantidora das expectativas frustradas dos cidadãos, o que concede a esse Poder um maior rol de competências de atuação. O modo como essas novas atribuições são exercidas, todavia, pode ensejar a hipertrofia desmedida do Judiciário, principalmente pela ausência de controle para eventuais desvios de poder que possam ocorrer.

Ainda que isso, inicialmente, possa parecer uma solução, em longo prazo acarretará diversos problemas, seja pela inaptidão do Judiciário para atuar como ente Administrativo, o que conduzirá a uma atuação ineficiente, seja pelos riscos ao regime democrático, decorrentes da violação da separação dos poderes¹⁶⁸.

¹⁶⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, p. 159-179, p. 176-177, 2014.

¹⁶⁸BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 30, p. 10-12, p. 11-12, 2005.

5. O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO UMA ALTERNATIVA LEGÍTIMA E EFICIENTE PARA SOLUCIONAR O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

No último capítulo deste trabalho, busca-se uma alternativa legítima e eficiente para solucionar o ECI do sistema penitenciário brasileiro. Com esse intento, no primeiro tópico do presente capítulo, analisa-se o Compromisso Significativo, a solução sul-africana para as omissões inconstitucionais não normativas.

Posteriormente, no segundo tópico do capítulo, analisam-se as razões pelas quais esse modelo de sentença judicial estruturante possibilita uma intervenção legítima e eficiente da jurisdição constitucional.

5.1 A solução sul-africana para as omissões inconstitucionais não normativas

Para melhor compreender o Compromisso Significativo, faz-se necessário analisar o sistema constitucional sul-africano, bem como a Suprema Corte desse país, especialmente a sua composição quando aquele modelo de sentença estruturante foi elaborado.

A Corte Constitucional sul-africana, nos moldes em que se conhece hoje, foi instituída por meio da Constituição de transição, promulgada em 1994.

Essa Constituição marcou a superação do regime do *apartheid*, o qual possibilitava a segregação étnica no país. Assim, o novo texto constitucional viabilizou a superação de uma ordem constitucional voltada à minoria étnica branca para uma democracia igualitária, em que os direitos fundamentais seriam assegurados a todos, desvinculando-se do critério étnico.

Nesse contexto, segundo Campos¹⁶⁹, a Suprema Corte do país desempenhou papel fundamental no processo de transformação social pós-apartheid, dirigindo esforços para superar as graves violações aos direitos fundamentais que caracterizavam o regime político anterior.

Sobre a Corte Constitucional da África do Sul, duas características chamam a atenção. A primeira é o elevado nível de estabilidade desse tribunal. Em 2003, oito dos onze juízes que a integravam eram os mesmos desde a sua criação. Os três magistrados que se

¹⁶⁹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. p. 347.

afastaram o fizeram em virtude de problemas de saúde¹⁷⁰.

Essa estabilidade propiciou que a Corte construísse uma identidade própria, bem como contribuiu para o surgimento de uma relação de confiança entre o Judiciário e os poderes políticos, de forma que seus pronunciamentos revelavam, de fato, o posicionamento do tribunal de forma homogênea, e não o posicionamento de cada juiz, individualmente considerado¹⁷¹.

A segunda característica é que a Suprema Corte sul-africana, comparativamente a outras Cortes Constitucionais, decide um pequeno número de casos por ano, cerca de 20 a 30. Dessa forma, a Corte ocupou-se em desenvolver mecanismos de decisão que resultassem em provimentos efetivos, para que não tivesse que se manifestar novamente sobre uma questão já judicializada. Além disso, a Corte decidiu não intervir diretamente em decisões políticas¹⁷², não atraindo para si competências próprias do Executivo.

Nesse jaez, a Suprema Corte Sul-Africana apresentava critérios restritos de acesso, de forma que para uma demanda ser de competência dessa Corte, deveria atender a três critérios: tratar de circunstâncias excepcionais, deter urgência e ter relevância social. Recentemente, a Corte inseriu mais duas condições de acesso: demonstração de exaurimento de todos os remédios e procedimentos disponíveis e substancial chance de provimento da demanda, com base no mérito da questão¹⁷³.

Feitas essas considerações sobre a Suprema Corte Sul-Africana, passa-se à análise do paradigmático caso *Olivia Road v. Cidade de Johannesburgo*, no qual se formulou um Compromisso Significativo.

A Cidade de Johannesburgo, entre os anos de 2007 e 2008, desenvolveu um projeto de regeneração urbana, que envolvia a intervenção do Poder Público em edifícios em más condições estruturais, o que acarretaria o despejo de grupos que residiam informalmente

¹⁷⁰ ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80, p. 68.

¹⁷¹ ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80, p. 67.

¹⁷² ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80, p. 68.

¹⁷³ DUGARD, Jackie; ROUX, Theunis. The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the Poor?**. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 107-126, p. 111.

nessas edificações. Em face dessa ameaça ao seu direito à moradia, esses indivíduos ajuizaram uma ação na Suprema Corte, com o fito de assegurar o direito a uma moradia digna, ainda que o despejo fosse realizado.

No julgamento dessa ação, a Suprema Corte optou por não impor a realização de política pública habitacional pelo Executivo, determinando a formulação de um Compromisso Significativo entre os poderes políticos, responsáveis pela elaboração e execução das políticas públicas habitacionais, e os habitantes da comunidade a ser despejada. Nesse jaez, o Executivo deveria dialogar com a população afetada com os despejos, para reformular a política habitacional com base nas necessidades mais urgentes dessa comunidade¹⁷⁴. A decisão da Suprema Corte teve com fundamento constitucional o direito à moradia, disposto na seção 26¹⁷⁵ da Constituição da África do Sul, e como fundamento jurisprudencial os argumentos utilizados no caso “Governo da África do Sul v. *Grootboom*”, de 1998.

Em síntese, no caso *Grootboom*, a Suprema Corte entendeu que o Estado possui a obrigação constitucional de assistir indivíduos que estão em situações de crise ou sobre condições de vida intoleráveis. Dessa forma, a política habitacional deve desenvolver medidas emergenciais, ainda que temporárias, para aqueles que estivessem nessas condições.

Ao julgar o caso, o tribunal determinou que o Poder Público deveria criar e implementar, conforme os recursos disponíveis, um programa destinado a efetivar o direito ao acesso a uma moradia adequada, capaz de providenciar socorro para aqueles que estariam vivendo em condições deploráveis¹⁷⁶.

No referido caso, ainda que a Suprema Corte tenha declarado a ineficiência da política habitacional desenvolvida, bem como constado a obrigação do Estado de resolver a situação emergencial, não se estabeleceu qualquer ordem específica para o Executivo, tampouco se determinou como as políticas públicas deveriam ser efetivadas¹⁷⁷.

Com base nisso, a Suprema Corte, no caso *Olivia Road v. Cidade de Johannesburgo*, dispôs que a Administração Pública deveria atentar para a efetivação do direito

¹⁷⁴RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg**: Enforcing the Right to Adequate Housing through 'Engagement'. *Human Rights Law Review*, [s.l.], v. 8, n. 4, p.703-713, 21 out. 2008. Oxford University Press (OUP).

¹⁷⁵Dispõe a seção 26 da Constituição sul-africana que “1. Everyone has the right to have access to adequate housing. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. 3. No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”. Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#26>> Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁷⁶MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 360-361.

¹⁷⁷LIEBENBERG, S. **The right to social assistance**: the implications of *Grootboom* for policy reform in South Africa. *South African Journal of Human Rights*, 17(2), p. 232-257. 2001, p. 257.

à habitação, desenvolvendo projetos voltados à solução da crise, baseados em um diálogo com os grupos atingidos.

Dessa forma, pode-se definir o Compromisso Significativo como um processo determinado pelo Judiciário, no qual se estabelece um diálogo entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Poder Público, de outro, de tal forma que essas partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, formular um acordo sobre a implementação de programas socioeconômicos que afetam essa população¹⁷⁸.

Nessa perspectiva, observa-se que, no Compromisso Significativo, a Corte Constitucional impõe obrigações indiretas sobre o Executivo, o qual se torna condicionado a modificar as políticas públicas que executa para atender o compromisso assumido com os setores da sociedade civil. Assim, forma-se não só um diálogo institucional entre Judiciário e Executivo, bem como há também uma interação entre essas instâncias e grupos da sociedade civil organizada, como ONGs, e até mesmo cidadãos diretamente afetados por essas políticas.

À vista disso, Roux¹⁷⁹ afirma que a Corte Constitucional sul-africana foi bem-sucedida em intervir em uma das áreas mais sacrossantas do setor político: a formulação de políticas públicas. Segundo o autor, ainda que o tribunal tenha optado por intervir diretamente na discricionariedade administrativa, adotou um papel de instituição legitimadora, e não formuladora, das políticas públicas.

Além disso, é mister ressaltar, conforme Chenwi e Tissington¹⁸⁰, que o Compromisso Significativo não é uma mera consulta às populações atingidas pela ação ou omissão estatal. A consulta pública não assegura que as manifestações dos cidadãos sejam incorporadas às decisões do Executivo. O compromisso ocorre quando a Administração Pública e a comunidade escutam-se mutuamente, com o intuito de alcançar um ponto comum. Dessa maneira, as comunidades envolvidas devem ser consideradas como partes integrantes do processo de construção das políticas públicas que serão adotadas, estando o Poder Público obrigado a executar o que pactuar com esses grupos.

Portanto, o Compromisso Significativo é sentença estrutural que busca conciliar a

¹⁷⁸CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights**: a focus on the right to housing. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010. p. 11-12.

¹⁷⁹ ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary**: The Accountability Function of Courts in New Democracies. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80, p. 76-77.

¹⁸⁰CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights**: a focus on the right to housing. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010. p. 10.

efetivação dos direitos fundamentais com a preservação do princípio da separação dos poderes, colocando o Poder Público e os grupos sociais afetados na posição de agentes colaboradores para a formulação das políticas públicas que deverão solucionar a problemática enfrentada. Dessa forma, utilização do instituto sul-africano na APDF nº 347/DF contribuiria para um verdadeiro ativismo judicial dialógico, no qual o STF fiscaliza e legitima a atuação do Executivo, sem atrair para si as funções próprias dessa Poder.

5.2. As vantagens da realização de um Compromisso Significativo para superar o ECI do sistema penitenciário

Compreendido o conceito de Compromisso Significativo, passa-se à análise da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, assim como da razão desse modelo de atuação da jurisdição constitucional ser compatível com o regime democrático, ao mesmo tempo em que possibilita uma atuação eficiente das instâncias envolvidas.

Antes de analisar as vantagens práticas dessa técnica de decisão na solução da crise do sistema penitenciário, cumpre verificar a compatibilidade desse instituto com a ordem jurídica constitucional pátria.

Para isso, devem-se observar quais os fundamentos constitucionais para que o Compromisso Significativo seja adotado na África do Sul, haja vista que a Constituição do país não o prevê expressamente.

Segundo Chenwi e Tissington¹⁸¹, o Compromisso Significativo é compatível com a ordem constitucional sul-africana, em virtude de vários dispositivos constitucionais que prevêm a participação popular na elaboração de políticas públicas. Exemplos disso são: a seção 152¹⁸², a qual estabelece o dever das organizações sociais e dos cidadãos de serem envolvidos na resolução de problemas locais; a seção 195¹⁸³, que estabelece como valor

¹⁸¹CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010. p. 11-12.

¹⁸²Dispõe a seção 152 da Constituição sul-africana que " 1. The objects of local government are - a. to provide democratic and accountable government for local communities; b. to ensure the provision of services to communities in a sustainable manner; c. to promote social and economic development; d. to promote a safe and healthy environment; and e. to encourage the involvement of communities and community organisations in the matters of local government.". Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-7-local-government#152>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁸³Dispõe a seção 195 da Constituição sul-africana que "1. Public administration must be governed by the democratic values and principles enshrined in the Constitution, including the following principles: a. A high standard of professional ethics must be promoted and maintained. b. Efficient, economic and effective use of resources must be promoted. c. Public administration must be development-oriented. d. Services must be provided impartially, fairly, equitably and without bias. e. People's needs must be responded to, and the public

basilar da Administração Pública o encorajamento da participação popular na formulação de políticas públicas; e a seção 26¹⁸⁴, a qual dispõe que a atuação estatal no âmbito das políticas habitacionais deve ser razoável e que as ordens de despejo devem ser autorizadas pela Corte, devendo-se considerar todos os elementos relevantes sobre o direito à moradia.

Diante desses fundamentos constitucionais, percebe-se que há correspondência entre alguns desses dispositivos e o texto constitucional pátrio, em especial a necessidade de promover a participação popular, conforme estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Participar da elaboração de políticas públicas, na qualidade de agentes formuladores dessas políticas, tal qual o Executivo, é um claro exercício direto da referida soberania popular.

Ademais, há dispositivos da Constituição de 1988 que versam sobre outros temas, mas que também podem ser utilizados como razões para se recepcionar o Compromisso Significativo na ordem jurídica pátria. Exemplo disso são objetivos fundamentais elencados pelo texto constitucional, dispostos no art. 3º, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer espécie, bem como os próprios direitos sociais, elencados no art. 6º, *caput*.

Analisando essa possível compatibilidade, vaticina Vieira Júnior:

Interessante constatar que a Constituição brasileira, em seu preâmbulo (papel do Estado destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais); em seus fundamentos (cidadania, dignidade da pessoa humana e exercício do poder, direta ou indiretamente, pelo povo – art. 1º, II e III, e parágrafo único da CF); em seus objetivos fundamentais (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer espécie – art. 3º, I, II, III e IV); em seus direitos e garantias fundamentais e na parte referente à administração pública (direito a receber informações dos órgãos públicos, direito de petição aos Poderes Públicos, direito de obter certidões em repartições públicas, participação dos usuários na administração pública e direitos dos usuários na prestação de serviços públicos – art. 5º, XXXIII e XXXIV, art. 37, § 3º, art. 175, parágrafo único, II, da CF); e em seus direitos sociais (art. 6º, *caput*), fornece o lastro para amparar uma solução dialógica, talvez não idêntica, mas inspirada no modelo sul-africano.

Parece-nos, pelas razões expostas e por suas próprias características, que o “compromisso significativo” é figura mais apropriada do que o reconhecimento de

must be encouraged to participate in policy-making. f. Public administration must be accountable. g. Transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information. h. Good human-resource management and career-development practices, to maximise human potential, must be cultivated. i. Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness, and the need to redress the imbalances of the past to achieve broad representation." Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-10-public-administration>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁸⁴Texto da seção 26 disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#26>>. Acesso em 10 abr. 2018.

“estado de coisas inconstitucional” no que tange à determinação, pelo Poder Judiciário, de medidas a serem implementadas pelo Poder Executivo de forma a assegurar direitos fundamentais, com vistas à preservação da isonomia e harmonia dos Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, por força do que determina o art. 60, § 4º, inciso III.¹⁸⁵ (Grifou-se)

Sendo compatível com o ordenamento jurídico pátrio, cabe então questionar se o Compromisso Significativo é uma alternativa legítima e eficiente para solucionar o ECI do sistema penitenciário brasileiro. E a resposta é positiva.

Quanto à legitimidade, observa-se que, nessa técnica de decisão, o Judiciário não atrai para si a competência de formular ou complementar as políticas públicas que devem ser executadas para solucionar a crise. Nesse modelo, o Judiciário é força motriz que retira a Administração Pública da inércia, e esta deve formular as políticas públicas necessárias, em parceria com os grupos que serão por ela beneficiados. Assim, esses agentes são posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, construindo conjuntamente a solução para o problema enfrentado¹⁸⁶.

Dessa forma, cria-se um diálogo não só entre as instituições estatais, mas entre essas e a sociedade, especialmente com os grupos sociais afetados pela omissão inconstitucional, sem que para isso o Judiciário assuma o papel do Executivo, preservando-se o princípio democrático e o da separação dos poderes. Nesse jaez, preleciona David Pardo:

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. Oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos. A ideia é que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes. O compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil.¹⁸⁷

¹⁸⁵VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). p. 32. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁸⁶PARDO, D. W. A.. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no 'compromisso significativo'. **Revista de Direito Ambiental**, v. 72, p. 161-210, p. 21. 2013.

¹⁸⁷Opinião expressa no Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, p. 7-8. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>> Acesso em 10 abr. 2018.

Nesse mesmo sentido, segundo Costa¹⁸⁸, no Compromisso Significativo, o ativismo judicial, muito mais do que propiciar uma abertura para decisões arbitrárias, promove uma abertura para o diálogo, trazendo à baila todos os envolvidos e possíveis interessados, zelando pela melhor comunicação entre os agentes desse processo.

Quanto à eficiência, percebe-se que essa técnica de decisão possibilita a superação dos principais entraves para uma intervenção eficiente do Judiciário nas políticas públicas. Com efeito, ao eximir o Judiciário de determinar a solução para o problema, visto que cabe a esse Poder o dever de promover o diálogo entre o Executivo e os cidadãos, a referida técnica de decisão evita a ocorrência do efeito *backlash*, visto que os poderes políticos participam da formulação das políticas públicas, que não são determinadas de forma solipsista.

Ademais, ao propiciar esse diálogo, o Compromisso Significativo permite que o Poder Público possa identificar as verdadeiras causas do problema enfrentando. Ao dialogar com os grupos afetados pela omissão inconstitucional, o Executivo pode compreender melhor quais elementos originam a problemática enfrentada, permitindo que a solução construída para o caso concreto não seja um mero paliativo, produzindo os efeitos pretendidos não só em curto prazo, mas também em longo prazo.

Por fim, ainda que o Judiciário não determine quais políticas públicas devem ser adotadas, o seu papel como fiscalizador da atuação do Poder Público ganha relevância. Conforme se verificou na sentença T-25, uma das principais razões para a eficiência desse provimento jurisdicional foi a constante fiscalização, pelo Judiciário, da atuação da Administração Pública.

Nessa perspectiva, o Compromisso Significativo, tal qual adotado na África do Sul, é criticável, visto que o Judiciário exercia uma fiscalização indireta sobre a atuação do Executivo, tendo em vista que o procedimento de fiscalização é delegado às organizações não governamentais. Portanto, adotando-se essa técnica de decisão no Brasil, a fiscalização da atuação da Administração Pública deve ser realizada pelo próprio Judiciário, o qual poderá contar com o auxílio de órgãos técnicos.

Diante do exposto, conclui-se que adotar o Compromisso Significativo para solucionar o ECI do sistema penitenciário brasileiro é uma opção que viabiliza uma atuação jurisdicional legítima e eficiente do STF.

Nesse jaez, destaca-se que o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 11

¹⁸⁸ COSTA, M. A. M.. **Novos instrumentos do Ativismo Judicial: jurisprudência cruzada, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

de novembro de 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736/2015, que:

altera as Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, e 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo.

Analisando-se o art. 2º projeto¹⁸⁹, verifica-se que este pretende acrescentar à Lei nº 9.882/99 dispositivos que: fixem pressupostos objetivos a serem observados pelo STF para que seja reconhecido o ECI; estabeleçam que o reconhecimento desse estado de coisas implique na celebração de um Compromisso Significativo entre o Poder Público e os seguimentos populacionais afetados; indiquem as diretrizes e os requisitos necessários para a celebração do Compromisso Significativo.

Cabe ressaltar que a África do Sul também regulamentou o procedimento do Compromisso Significativo, nas seções 3 e 4 do *Promotion of Administrative Justice de 2000* (PAJA)¹⁹⁰, estabelecendo balizas objetivas à Suprema Corte do País.

Ademais, o PLS nº 736 não intenta obstruir a atuação do STF, mas apenas fixar balizas para o desempenho da sua função jurisdicional, de tal forma que esta possa ser eficiente e consentânea com a separação dos poderes. É o que se verifica na justificação do PLS:

Por entender que as medidas propostas neste projeto de lei não interferem na atuação finalística do Supremo Tribunal Federal, apenas fixam balizas que serão essenciais ao bom desempenho de sua missão precípua de promover a guarda da Constituição, ao tempo em que preservam e homenageiam o princípio da independência e harmonia dos Poderes e o princípio da soberania popular, esperamos contar com o apoio das Senhoras Senadoras e dos Senhores Senadores para seu aprimoramento e final aprovação.¹⁹¹

Por fim, cabe destacar que o referido projeto prevê a possibilidade do Compromisso Significativo não obter os resultados pretendidos, de tal forma que a situação que ensejou sua formulação não seja sanada.

Nesses casos, para que a demanda dos cidadãos não fique pendente de manifestação do Judiciário, há previsão, em caráter excepcional, do arbitramento da questão pelo STF¹⁹².

Aqui, cabe salientar que um eventual arbitramento da questão pelo Judiciário não

¹⁸⁹ Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>> Acesso em 10 abr. 2018.

¹⁹⁰ Regulamentação disponível em: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁹¹ Projeto de Lei do Senado nº 736/2015. p. 10. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁹² Projeto de Lei do Senado nº 736/2015. p. 03. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

violaria o princípio da separação dos poderes, não só por essa possibilidade ser suscitada apenas nos casos em que o Compromisso Significativo falhar, mas principalmente por se tratar de uma delegação de competência, efetuada pelos poderes políticos que promulgarem a lei. Além disso, essa delegação pode ser revogada pelo Legislativo, a qualquer tempo.

Dessa forma, antes de formular a solução para o problema enfrentado, o Judiciário exerceria o papel de mediador entre os Poderes Constitucionais e a sociedade civil, na promoção da eficácia dos direitos sociais, possibilitando uma intervenção judicial, no âmbito das políticas públicas, com maiores chances de eficiência, bem como consentânea com o princípio democrático e da separação dos poderes¹⁹³.

Portanto, o projeto de lei consegue equilibrar dois pontos que estão em constante tensão: por um lado, permite a intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas, intervenção essa que deve ocorrer respeitando parâmetros objetivos e sem que esse Poder formule as soluções que serão adotadas para o caso concreto; por outro, resguarda os princípios democrático e da separação dos poderes, tendo em vista que na hipótese de arbitramento da questão pelo Judiciário, isso só ocorrerá em virtude da expressa autorização do Legislativo.

¹⁹³ VIEIRA, J. R. ; BEZERRA, R. . Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 e a ADFP 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, v. 1, p. 203-223, p. 222.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há premente necessidade de se ampliar o conceito de omissões inconstitucionais do poder público, abandonando-se o modelo legiscêntrico do controle de constitucionalidade, reconhecendo-se as omissões inconstitucionais não normativas como obstáculos reais para a máxima efetivação dos direitos sociais.

À vista disso, faz-se necessária uma intervenção do Judiciário na esfera de discricionariedade do Executivo, proferindo sentenças judiciais estruturantes que influenciem na formulação de políticas públicas.

Um modelo de sentença estrutural, que pode ser aplicado em casos de graves omissões não normativas, é o Estado de Coisas Inconstitucional, o qual foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana, e adotado no julgamento da medida cautelar da APDF nº 347/DF.

Analisou-se também se seria possível um ativismo judicial legítimo e eficiente no âmbito das políticas públicas, como instrumento de superação dessas omissões inconstitucionais, inclusive as atinentes ao sistema penitenciário.

Quanto à legitimidade, conclui-se que é possível uma intervenção legítima do Judiciário na discricionariedade dos poderes políticos, desde que essa intervenção se dê para assegurar a preservação do mínimo existencial, bem como esse Poder não assuma para si as funções que são típicas do Executivo, ou seja, não formule as políticas públicas que o último deve executar.

Quanto à eficiência, verifica-se que ordens rígidas, exaradas pelo Judiciário ao Executivo, nas quais aquele Poder determina quais políticas públicas devem ser realizadas para superar a problemática enfrentada, tendem a ser ineficientes.

Isso decorre, principalmente, da ocorrência do efeito *backlash* e da adoção de medidas paliativas pelo Judiciário, que ao tentar construir de forma solipsista a solução do problema, acaba por não enfrentar a sua verdadeira causa.

Ademais, constata-se que, para uma intervenção judicial eficiente, mais importante do que esse Poder formular as políticas públicas que devem ser adotadas, faz-se necessário uma constante fiscalização das medidas que serão adotadas pela Administração Pública.

Tendo em vista esses pressupostos, é possível concluir que os pedidos finais da ADPF nº 347/DF possibilitam uma atuação da jurisdição constitucional ilegítima e ineficiente.

Estudando os referidos pedidos, conclui-se que os prazos fixados para a solução da crise do sistema penitenciário são muito exíguos, o que dificulta a formulação de um Plano Nacional que, de fato, pretenda solucionar a problemática enfrentada, produzindo efeitos não só em curto prazo, mas também em longo prazo.

Outrossim, explicou-se o perigo de se conceder ao STF a possibilidade de complementar ou modificar o Plano Nacional apresentado, tornando esse tribunal uma espécie de instância última do Executivo, a qual não só homologa o Plano elaborado pelas instâncias administrativas, mas também o complementa e aperfeiçoa, colocando em xeque a legitimidade desse processo.

Transferir para o Judiciário competências que não lhe são típicas, para que um problema histórico e complexo seja resolvido de uma forma muito rápida, pode conduzir a consequências completamente opostas às pretendidas: uma violação dos princípios democrático e da separação dos poderes; e uma atuação ineficiente da jurisdição constitucional, repetindo-se aqui o que ocorreu na Colômbia na sentença T-153, de tal forma que sejam propostas apenas medidas paliativas, sem o enfrentamento das reais razões para o aumento no encarceramento no Brasil e, portanto, anulando as chances de efetivamente solucionar o ECI do sistema penitenciário.

Há uma tentativa de construir um STF Hércules, que pode não só julgar, mas até mesmo estabelecer soluções administrativas complexas para graves crises institucionais. Tudo isso em um tempo exíguo.

Transferir essas expectativas e competências para esse tribunal, todavia, pode levá-lo a cometer o mesmo erro do semideus grego. Um dos doze trabalhos do herói da mitologia grega foi matar a Hidra, monstro gigantesco, com sete cabeças em forma de serpente.

Ao chegar ao local onde o monstro habitava, Hércules, confiando em sua própria força, atacou a fera sozinho. No entanto, logo percebeu que isso só agravava a situação, visto que a cada cabeça que cortava, via com assombro que duas ou três novas imediatamente surgiam no mesmo lugar.

Percebendo que não conseguiria derrotar o monstro sozinho, Hércules pediu ajuda ao seu primo e à Atena, deusa da sabedoria. Só assim, em conjunto, conseguiram queimar as cabeças do monstro e eliminá-lo definitivamente.

Uma exagerada intervenção do STF na atuação do Executivo pode gerar as mesmas consequências enfrentadas por Hércules: uma atuação rápida e forte do Judiciário, nesse caso, pode conduzir a produção de planos paliativos e ineficientes, de tal forma que, em

longo prazo, o ECI não terá sido resolvido, gastos públicos serão feitos sem o devido estudo prévio e a população carcerária do país continuará em um crescente contínuo. Ou seja, uma intervenção muito rígida, em vez de solucionar o problema, pode agravá-lo.

Diante disso, apresentou-se o Compromisso Significativo como uma alternativa legítima e eficiente para solucionar o ECI do sistema penitenciário brasileiro.

Essa técnica de decisão possibilitaria uma atuação legítima do STF, o qual não seria uma instância formuladora de políticas públicas, mas uma força motriz que retira os poderes políticos da inércia, promovendo um diálogo entre os órgãos estatais e os grupos sociais afetados pela omissão do Poder Público.

Ademais, o Compromisso Significativo permite uma atuação eficiente do STF: com a participação dos poderes políticos na formulação das políticas públicas a serem adotadas e com o diálogo desses poderes com os grupos afetados, diminui-se a possibilidade da ocorrência do efeito *backlash*, bem como facilita-se a identificação e o enfrentamento das reais causas da crise do sistema penitenciário.

Assim, é possível fomentar um verdadeiro ativismo judicial dialógico, no qual o tribunal intervém na discricionariedade administrativa, mas sem formular as políticas públicas a serem adotadas, construindo um constante diálogo com as demais instituições estatais envolvidas na superação dos entraves institucionais existentes.

Por fim, nesse modelo de decisão, é fundamental que o STF fiscalize se o acordo firmado entre Administração Pública e os grupos sociais envolvidos está sendo cumprido, e se as políticas previstas no plano de ação elaborado estão sendo efetivadas.

Nesse jaez, mostra-se salutar o PLS nº 736/2015, cujos objetivos principais são a fixação de balizas objetivas para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e o dever do Judiciário, ao declarar o ECI, determinar a formulação do Compromisso Significativo entre o Poder Público e os segmentos populacionais prejudicados.

Portanto, ainda que se reconheça que o Compromisso Significativo, assim como toda sentença estrutural, não apresenta uma solução perfeita para as omissões políticas, precisando ser adaptado à realidade brasileira, conclui-se que este instituto viabiliza uma intervenção mais legítima e eficiente do Judiciário na tentativa de superar essas omissões, favorecendo um maior diálogo institucional e, principalmente, dando voz a um segmento populacional que há muito tempo foi esquecido dentro das masmorras que compõem o sistema prisional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ÁFRICA DO SUL. **Constituição da África do Sul de 1996**. Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996-chapter-7-local-government#152>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ÁFRICA DO SUL. Regulamentação do CS. Disponível em: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Pamela Ferreira. O Ativismo Judicial e suas implicações no princípio da separação dos poderes. **Revista da EJUSE**, nº 25, p. 249-265, 2016.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.

ARRUDA, G. C. M.; BERTOLINI, A. R. ; CUNHA, J. P. . Ativismo judicial e promoção da cidadania: desafios para a efetivação dos direitos sociais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 6, p. 270-293, 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 9, n. 30, p. 10-12, 2005.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, J. A. . O Estado Democrático de Direito e a Efetivação dos Direitos Sociais: o fenômeno da judicialização da saúde. **Revista de Informação Legislativa**, v. 203, p. 127-141, 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507418>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 59-85, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Artigo disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136607/mod_resource/content/2/BARROSO%20C%20Lu%20C3%ADs%20Roberto.%20Judicializa%20C3%A7%20C3%A3o%20C%20ativismo%20judicial%20e%20legitimidade%20democr%C3%A1tica%20%281%29.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BARROSSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 24, 2015.

BAUERMAN, Desirê. **Structural injunctions no direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodium, 2017. p. 279-302.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Avançados, v. 18, p. 127-150, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1946, de 18 de set. de 1946. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 set. 1946. Seção 1, p. 13.319. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988 – BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com o art. 5º, XV, b, da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 mar. 1964. Seção 1, p. 2.745. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de fincas públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II, do Título VI, da Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 mai. 2000. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, agosto de 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Fundo Penitenciário Nacional em Números**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado 736, de 11 de Nov. de 2015. Estabelece limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo STF, dispondo sobre o Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso Significativo. **Diário do Senado Federal**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 nov. 2015. P. 84-92. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em 10 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, 09 de janeiro de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF**. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informações sobre APDFs relevantes**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115825>. Acesso em: 09 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252. Recorrente: Anderson Nunes da Silva. Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION BRASIL. **"A questão não se resolve com construção de presídios", diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779> Acesso em: 06 abr. 2018.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M.P.D. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

BUCCI, M. P. D. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, SF, v. nº 133, n.jan/março, p. 89-98, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pilatti Ferreira. MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da Ajuris**, v. 41, p. 47-62, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, p. 159-179, 2014.

CHENWI, Lilian & TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing**. University of the Western Cape: Community Law Center, March, 2010.

CONTAS ABERTAS. **Descaso: governo tem R\$ 3,3 bi “parados” para reforma e ampliação de presídios**. Contas Abertas, Goiânia, 28 out. 2016. Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/site/noticias/descaso-governo-tem-r-33-bi-paradospara-reforma-e-ampliacao-de-presidios>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CONTAS ABERTAS. **Superlotação: governo tem R\$ 2,5 bilhões parados para presídios. 2017**. Disponível em: <<http://contasabertas.com.br/site/orcamento/superlotacao-governo-tem-r-25-bilhoes-parados-para-presidios>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional**, Provincia Especial, 2006, p. 343-344.

CORREIO BRAZILIENSE. **Depen: seriam necessários R\$ 11 bilhões para suprir o déficit em presídios**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/01/12/interna_politica,564466/depen-seriam-necessarios-r-11-bi-para-suprir-deficit-em-presidios.shtml>. Acesso em: 03 mai. 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. **Sentencia SU.559/97**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

COSTA, M. A. M.. **Novos instrumentos do Ativismo Judicial: jurisprudência cruzada, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

DE SÁ, Mariana Oliveira. BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 170-190, 2015.

DUGARD, Jackie; ROUX, Theunis. The Record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the Poor?**. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 107-126.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. WALDRON, Jeremy (Org.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153-167.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law: Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e política**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de. GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. **Percursos: Sociedade, Natureza e Cultura**. v. 1, n. 18, p. 104-122, 2016.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://nossosdireitoshumanos.blogspot.com.br/2008/11/1789-declarao-de-direitos.html>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência, O. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia,-o>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Colección de Justicia, 2010, p. 24-25.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. El contexto: el desplazamiento forzado y la intervención de la Corte Constitucional (1995-2009). In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá deldesplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 14-37.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOGAN, Timothy D. **Evaluating the demographic impact of societal events through intervention analysis: the Brown vs. Board of education decision.** *Demography, Arizona*, v. 4, n. 21, p. 673-677, nov. 1984.

KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement.** New York: Oxford University Press, 2007.

LAZARI, Rafael de. COUTINHO, N. C.; NUNES, A. L. T. . Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 209-222, 2015.

LIEBENBERG, S. **The right to social assistance: the implications of Grootboom for policy reform in South Africa.** *South African Journal of Human Rights*, 17(2), p. 232-257. 2001.

LIMBERGER, Têmis ; KOSSMAN, E. . O Princípio Constitucional da Eficiência frente ao Estado (in)suficiente. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 287-311, 2016.
LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MACHADO, E. D.; HERRERA, L. H. M. . O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível: Ponderação Hermenêutica Reveladora de um Substancialismo Mitigado. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza-CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. v. 1. p. 3.288-3.297.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 73.

MARINHO, S. A. L. ; BORGES, Alexandre Walmott . O papel contramajoritário dos direitos fundamentais e o dever do Poder Judiciário brasileiro perante omissões legislativas. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne. (Org.). **Direitos Fundamentais e Democracia II.** Florianópolis: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 34-52.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da Fa7**, v. 12, p.10-28, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial.** 2015. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. In: OLIVEIRA, Pedro Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros Volume 1 perspectivas atuais de Direito Público: o Direito em tempos de crise.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015, p. 241-264.

MARMELSTEIN, George. **O que é ativismo, afinal?**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2018/04/18/o-que-e-ativismo-afinal/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do Neoconstitucionalismo inclusivo na realização dos Direitos Fundamentais Sociais: análise da primazia do Poder Judiciário na perspectiva das Teorias da Reserva do Possível, do Mínimo Existencial e da Máxima Efetividade. In: Terezinha de Oliveira Domingos; Jaqueline Mielke; Caroline Ferri. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. 01, p. 371-400.

MARQUES, M. B.; GUSTAVO, Bicalho Ferreira da Silva. O Contingenciamento e seus Reflexos no Planejamento das Ações Governamentais. **Dinâmica Pública**, p. 46-48, 2011. Disponível em: <http://www.dinamicapublica.com.br/Artigos/artigo_dinamica08.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "Sociedade órfã"**. Tradução: Paulo Albuquerque e Martônio Lima. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristiana Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Lucas Pessoa. **Estado de Coisas Inconstitucional e seus perigos**. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_lucaspessoa051015.pdf>. Acesso em 31 mar. 2018.

NASCIMENTO, F. A. S.. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores?. **Revista de Direito e Liberdade**, v. 13, n. 1, p. 09-24, 2011.

NASCIMENTO, F. A. S.. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira . Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa** , v. 51, p. 97-128, 2014.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Outra tese esdrúxula no STF**. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,outra-tese-esdruxula-no-stf,1758129>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodium, 2017. p. 177-202.

PARDO, D. W. A.. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no 'compromisso significativo'. **Revista de Direito Ambiental**, v. 72, p. 161-210, 2013.

POLITIZE. **Privatização dos presídios é a solução para o Brasil?**. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/privatizacao-dos-presidios-e-a-solucao/>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAY, Brian. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg: Enforcing the Right to Adequate Housing through 'Engagement'**. *Human Rights Law Review*, [s.l.], v. 8, n. 4, p.703-713, 21 out. 2008. Oxford University Press (OUP).

REVISTA PRÉ-UNIVESP. **A evolução histórica do sistema prisional: privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena**. Disponível em: <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.Wsftfy7waUk>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. Juicio a la exclusion. **El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales em el Sur Global**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 67.

ROUX, Theunis. Legitimizing Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80.

SANTOS, Helena Maria Pereira dos. *et al.* Estado de Coisas Inconstitucional: um estudo sobre os casos colombiano e brasileiro. **Quaestio Iuris**, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2596-2612.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIMIDT, Cristopher W. **The delusions behind the Brown decision**. 2004. Disponível em: <<http://historynewsnetwork.org/article/5325>>. Acesso em: 12 de mar. 2018.

SGARBOSSA, Luís Fernando *et al.* Uma crítica à objeção contramajoritária ao controle judicial de constitucionalidade. In: X Simpósio Nacional de Direito Constitucional - ABDConst, 2013, Curitiba, PR. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDCONST, 2013. v. 1. p. 132-151, p. 143. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/ObjecaoLuis.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 63-87, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>> Acesso em: 31 mar. 2018.

TAVARES, André Ramos. O cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: Mendes, Gilmar Ferreira *et al.* (Org). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 391-392.

TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. CICHOVSKI, Patricia Kristiana Blagitz. Estudo comparado das decisões da Corte Constitucional Colombiana e do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF. XXV Congresso do CONPEDI - Curitiba. Área: **Constituição e Democracia** II. p. 139-211. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/z15hvb59/K2ZS6kIEjiBDgCyA.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional: uma análise a partir da morfologia do Supremo Tribunal Federal. In: XIX Congresso Nacional CONPEDI, 2010, Fortaleza (CE). **Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2010. p. 200-225.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial - A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. In: MIRANDA, Jorge; MORAES, J.L.B.; RODRIGUES, Saulo T.; MARTÍN, Núria B.. (Org.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 452-471.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. Disponível em <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em: 08 abr. 2018.

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

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

VIEIRA, J. R. ; BEZERRA, R. . Estado de coisas fora do lugar: uma análise comparada entre a Sentencia T-025 e a ADPF 347/DF-MC. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SIDDHARTA, Legale. (Org.). **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, v. 1, p. 203-223.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441-459, 2008.