



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO
JURÍDICO
LINHA DE PESQUISA: RELAÇÕES SOCIAIS E PENSAMENTO JURÍDICO

ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA

ANÁLISE DA ADPF N° 347 E DA INADEQUABILIDADE DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: POR
NOVOS PROTAGONISTAS NA ESFERA PÚBLICA DEMOCRÁTICA

FORTALEZA

2018

ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA

ANÁLISE DA ADPF Nº 347 E DA INADEQUABILIDADE DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: POR
NOVOS PROTAGONISTAS NA ESFERA PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Orientadora: Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano.

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)

- M186a Maia, Isabelly Cysne Augusto Maia.
Análise da ADPF n° 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos: Por novos Protagonistas na esfera pública democrática / Isabelly Cysne Augusto Maia Maia. – 2018.
177 f.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós- Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Cynara Monteiro Mariano .
1. Estado de Coisas Inconstitucional. 2. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347.
3. Serviços Públicos. I. Título.

CDD 340

ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA

ANÁLISE DA ADPF N° 347 E DA INADEQUABILIDADE DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL PARA A EFETIVAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: POR
NOVOS PROTAGONISTAS NA ESFERA PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Ordem jurídica constitucional.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cynara Monteiro Mariano (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Germana de Oliveira Moraes
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido a força necessária para finalizar mais essa etapa de formação acadêmica, levando-me nos braços quando fraquejei.

Aos meus pais, Silvana Mara Prado Cysne Maia e Carlos Augusto Maia, por todo o incentivo, força, suporte, conselhos, amizade, e por sempre terem vibrado com cada conquista profissional, por menor que fosse. A vocês, que são meus pilares, os meus mais sinceros agradecimentos. À minha irmã, Patrícia Cysne Augusto Maia, por ser a companhia mais certa nas horas incertas.

Ao Victor Alves Magalhães, por ter compreendido as minhas ausências e distâncias durante a produção desse trabalho, por ter me ajudado não apenas com a partilha intelectual, mas, sobretudo, com seu suporte e sua confiança. Por tantas vezes ter segurado a minha mão com a certeza de que conseguiríamos alcançar nossos objetivos.

Ao Professor Dr. Juraci Mourão Lopes Filho, pelos conselhos e conhecimentos partilhados, bem como pela confiança em mim depositada, possibilitando que eu vivenciasse as melhores e mais profundas experiências profissionais e acadêmicas. Responsável, também, por me inspirar a persistir nos caminhos da docência e da advocacia. Tenho-lhe como um exemplo de profissional a ser seguido.

À professora Dra. Cynara Monteiro Mariano, docente que marcou profundamente minha formação acadêmica, cuja convivência me faz sempre repensar sobre o futuro do ensino e da pesquisa jurídica, pela confiança, pelos conselhos, pelo exemplo de seriedade profissional e por sempre me impulsionar a alçar voos mais altos. Como sempre digo: Obrigada por tudo, professora!

Ao professor Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, pelo tempo de orientação dedicado a esse trabalho, pelas valiosas colaborações e sugestões, por sempre ter me acolhido com extrema prontidão, fazendo-me enxergar os problemas de pesquisa sob outros enfoques. Pelo exemplo de profissional e por ser fonte de inspiração, não apenas de vida acadêmica, mas de cidadão, que luta pelo bom e pelo justo.

Ao professor Dr. Daniel Wunder Hachem, um dos principais referenciais teóricos desse trabalho, por tão prontamente ter aceitado nosso convite, buscando conciliar a participação na banca avaliadora com a sua disputada agenda, própria de quem é exemplo de competência.

Aos professores Newton Albuquerque de Menezes e Germana de Oliveira Moraes, pelo tempo despendido na análise do trabalho e por tão prontamente terem aceitado o convite para integrar a banca avaliadora.

Aos colegas da turma de Mestrado 2017, pelas reflexões, críticas e sugestões recebidas. Especialmente à amiga Lara Dourado Mapurunga Pereira, pelas várias vezes que leu essa produção, sempre traçando considerações que me ajudaram a aperfeiçoar a versão final do texto, além do empréstimo de parcela considerável de sua biblioteca, sem a qual a elaboração desse trabalho não teria sido possível. À amiga Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira, pelo apoio, incentivo, partilha, enfim, por ter sido companheira fiel nessa jornada acadêmica.

Aos Choppinhos, especialmente Arthur Gustavo Saboya de Queiroz, Ana Carolina da Costa de Mesquita, Laura Germano Matos, Mayna Cavalcante Félix e Lara Fernandes Teles, por terem tornado a caminhada ainda mais feliz, com inúmeras descobertas. Conviver com vocês durante esse curso de Mestrado foi absolutamente incrível, pois “pela lei natural dos encontros/Eu deixo e recebo um tanto”.

Às amigas Zayda Torres Lustosa Coelho e Cíntia Muniz Rebouças de Alencar Araripe, por serem exemplos de mulheres guerreiras, mães, excelentes profissionais, pesquisadoras, além de seres humanos incríveis, com toda a docilidade própria de quem é único, pelas inúmeras vezes em que foram impulso. Espero ser como vocês quando crescer.

Às amigas Stephane Hilda Barbosa Lima e Nadja Ponte Nogueira, pela amizade sempre presente, apesar da distância. Vocês são fontes de inspiração para mim.

A todos os funcionários do PPGD UFC e da Faculdade de Direito, em especial à Marilene Arrais (Mari), Heloísa de Paula (Helô), Moisés (Xuxu), Caio e Jothe, pelo auxílio nos vários momentos de aperreio e pelas incontáveis vezes em que foram além da mera obrigação profissional, buscando prestar o melhor serviço possível.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo apoio financeiro com a manutenção da bolsa de auxílio.

Enfim, agradeço a todos que dividiram essa caminhada de produção e formação acadêmica. Esse trabalho é, sem dúvidas, uma produção coletiva!

Tecendo a Manhã

“Um galo sozinho não tece uma manhã: ele precisará sempre de outros galos. De um que apanhe esse grito que ele e o lance a outro; de um outro galo que apanhe o grito de um galo antes e o lance a outro; e de outros galos que com muitos outros galos se cruzem os fios de sol de seus gritos de galo, para que a manhã, desde uma teia tênue, se vá tecendo, entre todos os galos.” (João Cabral de Melo Neto).

RESUMO

Na presente dissertação se avalia se o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), com as características identificadas na decisão cautelar proferida no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, (haja vista ter sido o acórdão responsável por realizar a importação de tal instituto ao contexto nacional), representa meio adequado para possibilitar a melhoria na qualidade dos serviços públicos. Para tanto, parte-se de uma análise indutiva, mediada por pesquisa bibliográfica e documental, em que se identificam as mais diversas características das sentenças estruturais, das quais o Estado de Coisas Inconstitucional é espécie, evidenciando que essas manifestações judiciais apresentam características próprias, a depender do país analisado e do contexto histórico que impulsionou tal tipo de atuação pelo Judiciário. Identificadas tais características - avaliação que nos permite compreender as particularidades do ECI, analisa-se com maior profundidade a decisão cautelar da ADPF nº 347, considerando os problemas na utilização do ECI na ordem constitucional brasileira. Mediante a identificação de múltiplos entraves, alcança-se a percepção de que a judicialização da política, por meio da prolação de medidas estruturantes, não constitui o meio mais adequado para solucionar a problemática das omissões normativas e dos entraves institucionais, uma vez que a origem de tais questões encontra-se na própria esfera administrativa e política, de forma que as soluções também devem partir dessas searas. Sugere-se, assim, que o enfrentamento de tais controvérsias perpassa pela colocação de enfoque em novos protagonistas na gestão democrática. Com isso, defende-se a maior participação popular nos processos decisórios da Administração Pública, ampliação que não deve ocorrer apenas em aspectos quantitativos, mas, sobretudo, qualitativos.

Palavras-chave: Estado de Coisas Inconstitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Serviços Públicos.

ABSTRACT

The present dissertation evaluates whether the Unconstitutional State of Things (“Estado de Coisas Inconstitucional” - ECI), with the characteristics identified in the decision issued in the context of the Claims of Non-Compliance with a Fundamental Precept (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF) nº 347 (decision responsible for the adoption of such institute in Brazilian legal practice) is an appropriate means to demand the improvement of the quality of public services. To do so, the study based on an inductive analysis, mediated by bibliographical and documentary research, in which the diverse characteristics of the so called “structural improvement demands” were identified, in which the Unconstitutional State of Things is a species. The study shows that these judicial manifestations have their own characteristics, depending on the country analyzed and the historical context that led to this type of manifestation by the Judiciary. After identifying these characteristics - an evaluation that allows us to understand the particularities of the ECI - the ADPF decision nº 347 was analyzed in more depth, considering the problems in the use of the ECI in the Brazilian Constitutional Order. By identifying multiple obstacles, one can perceive that the judicialization of politics, through the delivery of structural improvement demands, is not the most appropriate way to solve the problem of normative omissions and institutional obstacles, since the source of these issues lies in the administrative and political sphere, so that solutions must also come from these fields. It suggests, therefore, that the confrontation of such controversies should be achieved by giving space to greater popular participation in the decision-making processes of Public Administration. An extension that should not only occur in quantitative aspects, but, above all, qualitative.

Keywords: Unconstitutional State of Things. Claim of Non-compliance with Basic Precept Nº 347. Public Services.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DAS OMISSÕES NÃO NORMATIVAS ÀS SENTENÇAS ESTRUTURAIS	15
2.1	O que são as omissões inconstitucionais não normativas?	16
2.2	Análise do caso <i>Brown vs. Board of education</i> nos Estados Unidos da América e o conceito de sentenças estruturais.	22
2.3	Estado de Coisas Inconstitucional e as Sentenças Estruturais no direito Colombiano: Aspectos jurídicos, fáticos e constitucionais	31
2.4	Sentenças Estruturais na África do Sul: o Compromisso Significativo.....	43
2.5	Outros modelos de sentenças estruturais: uma análise das Cortes do Peru, da Argentina e da Índia	51
3	A DECISÃO ESTRUTURAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347: OS ENTRAVES PARA A UTILIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL	63
3.1	Dificuldades na identificação dos pressupostos para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: Entraves para a utilização da decisão enquanto precedente	65
3.2	A intervenção do Judiciário na política, desequilíbrio na Separação dos Poderes e a proposta do Ativismo Dialogal	79
3.3	A intervenção judicial sobre escolhas orçamentárias e o novo teto dos gastos públicos.....	89
3.4	O uso de precedentes estrangeiros: Como realizar a importação de ideias constitucionais?	100
4	O FORTALECIMENTO DO CONTROLE EXTERNO, SOCIAL E INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESFERA DEMOCRÁTICA COMO MEIOS PARA APRIMORAMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	110
4.1	O Controle Externo: Uma análise das possibilidades de atuação do Tribunal de Contas no combate às omissões inconstitucionais não normativas	111
4.2	A importância de reforço ao controle social, aos princípios da governança pública e ao controle interno para a superação dos entraves institucionais: Por uma efetivação espontânea de direitos sociais.....	121
4.3	Críticas ao modelo de democracia representativo: Pela necessidade de democratizar a democracia.	133
4.4	A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Efetivação de políticas públicas pelas ações coletivas	143
5	CONCLUSÃO	152
	REFERÊNCIAS	156

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos do século XX, observa-se uma alteração quantitativa e qualitativa do espaço que o Supremo Tribunal Federal (STF) ocupa no cenário sociopolítico brasileiro. Com o advento da Constituição de 1988, percebe-se o avanço institucional do Judiciário, principalmente do STF, em virtude da ampliação de suas competências. Desse modo, o Poder Judiciário como um todo e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, passa a ter maior protagonismo no arranjo institucional clássico da separação dos poderes, o que se convencionou chamar de ativismo judicial.

Na tentativa de superar o problema da “constitucionalização simbólica”,¹ o ativismo judicial tem assumido grandes proporções no cenário nacional. Dessa feita, em razão da pouca efetividade das medidas tradicionalmente adotadas para a superação das omissões inconstitucionais não normativas e da baixa pertinência do controle concentrado de constitucionalidade para tal fim, emerge na ordem jurídica nacional o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

O Estado de Coisas Inconstitucional é espécie de instituto que permite que o Judiciário confirme ou reforme políticas públicas, as quais deveriam ter seu núcleo de ação no Legislativo e no Executivo, sendo essa inovação constitucional inicialmente declarada na *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559 de 1997, prolatada na Colômbia.

Nesse sentido, ao instituir o ECI, o Judiciário deixa de se restringir à função de aplicar o direito em casos particulares, passando a assumir um papel bem mais ativo de formular políticas públicas ausentes ou, ainda, de garantir suas condições de exequibilidade, tornando-se verdadeiro legislador positivo.

Além da identificação do juiz como legislador positivo - uma vez que com a declaração do ECI poderá traçar as políticas públicas a serem executadas para a superação do quadro de expressiva violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais -, os acórdãos das ações de controle concentrado que utilizam tal instituto enquanto fundamento estabelecem uma nova visão do conceito de inconstitucionalidade, qual seja, avaliar se a realidade fática está de acordo com os ditames constitucionais. Em tais ações de controle

¹ Marcelo Neves elucida que a legislação simbólica pode ser definida como uma “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídicos”, ou seja, o sentido político da norma tem preponderância sobre seu sentido normativo-jurídico, por isso a “referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou política ideológica”. (NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 32).

concentrado, não se avalia a compatibilidade entre normas e Constituição, mas sim entre a realidade e as prescrições constitucionais.

Ocorre que na tradição constitucional brasileira, a omissão normativa inconstitucional é compreendida como a falta de “medida” que implica a ausência de efetividade da norma constitucional, conforme disposto no artigo 103, parágrafo 2º da Constituição. A regulamentação faltante poderá ser de competência do Legislativo ou dos órgãos da Administração Pública. Percebe-se, então, que a omissão inconstitucional no Brasil é compreendida como a necessidade de regulamentação de uma dada situação. A omissão sobre a qual o Estado de Coisas Inconstitucional se debruça, por sua vez, é aquela originada da falta de coordenação entre lei e ação administrativa, culminando na ineficácia de políticas públicas, ou seja, com a declaração do ECI não se busca sanar problemas de falta de normatização, mas, em verdade, almeja-se impulsionar a atuação dos poderes políticos competentes, para que os serviços públicos sejam adequadamente prestados.

Ademais, não obstante o rol dos legitimados ativos para as ações de controle de constitucionalidade ter sido ampliado com a Constituição de 1988, constata-se que essa ampliação ocorreu, basicamente, com a introdução de entidades que atuam na defesa de interesses corporativos. Além disso, deve-se ter em mente que a jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática, limitou sensivelmente a possibilidade de as entidades adotarem uma atuação que ultrapassasse a defesa de seus próprios interesses.

Assim, infere-se que as ações de controle concentrado não constituem a via processual mais adequada para declarar medidas estruturais, das quais o Estado de Coisas Inconstitucional é espécie.

Ao se adotar para o fenômeno das omissões inconstitucionais o conceito de falha na coordenação entre a atuação dos poderes políticos, percebe-se que nenhum dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, previstos em nosso ordenamento jurídico, é capaz de enfrentar esse problema, certamente pelo fato de não terem sido idealizados para solucionar esse tipo de questão. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção servem apenas ao combate das omissões normativas, sejam do Legislativo, sejam do Executivo.

Apesar das considerações traçadas acerca da inadequabilidade de declaração de medidas estruturantes no bojo de ações de controle concentrado, o Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado no Brasil, por meio da decisão liminar concedida em sede de

Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Os defensores da adoção do ECI como espécie de fundamentação constitucionalmente adequada de decisões judiciais que visam modificações estruturais, com a superação das omissões não normativas, afirmam que o instituto busca a efetivação de sentenças dialógicas, substituindo o ativismo judicial pelo ativismo dialógico e por isso não fere o princípio da separação dos poderes, devendo ser aplicado a todas as políticas públicas que estejam sendo prestadas de forma ineficiente, desde que esteja caracterizada uma violação massiva de direitos fundamentais, para que não haja uma banalização do instituto.

A doutrina contrária à incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional, por sua vez, questiona a legitimidade desse tipo de atuação jurisdicional, bem como os aspectos operacionais de sua declaração. No Brasil, o ECI foi utilizado apenas uma vez. Dessa forma, ao se propor sua aplicação para outros serviços públicos, inevitavelmente há de se analisar se a decisão liminar prolatada no âmbito da ADPF nº 347 caracteriza-se como um precedente judicial e se poderá vir a ser utilizada para embasar outras decisões no mesmo sentido.

Mediante análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, constata-se que a decisão liminar apresenta uma série de problemas, dificultando sua utilização como precedente. Inicialmente, aponta-se a necessidade de ter enfrentado explicitamente a presença dos requisitos autorizadores para a concessão de liminar em ADPF, ou seja, a plausibilidade do Direito, o perigo de dano e o caráter de reversibilidade das consequências da decisão, o que não foi realizado pelos Ministros, tendo-se deferido a liminar sem analisar essas questões. Ademais, a estipulação de um conceito com a fixação objetiva dos pontos a serem observados para a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional também foi negligenciada pelo Supremo, ou seja, declarou-se a existência de ECI sem se discutir as exatas dimensões e características desse instituto e sua compatibilidade com a ordem constitucional brasileira.

Outro problema verificado na ADPF nº 347 foi a ausência de discussão acerca do princípio da separação dos poderes. Afinal, se o ECI autoriza que o Poder Judiciário determine aos demais poderes públicos como eles devem agir de modo a sanar as lesões aos preceitos fundamentais da Constituição, então deveria ser justificado se essa determinação do Judiciário influenciando a política pública se trata ou não de uma ponderação entre o princípio da separação de poderes e os outros que necessitam ser resguardados, com todo o

ônus argumentativo que advém em se flexibilizar tão caro princípio democrático. Ou, caso se entendesse que não há violação da separação de poderes, isso deveria ser tornado explícito, com os argumentos pertinentes, de modo a delinear o conceito dos limites da separação de poderes adotado pelo tribunal nesse julgamento.

Em continuidade à problematização, outro aspecto a ser analisado refere-se aos limites da atuação judicial, ou seja, considerando que a declaração do ECI não fere o princípio da separação dos poderes, torna-se premente definir como o Judiciário deve atuar. Afinal, como tornar uma decisão judicial eficiente, se ela foi prolatada em total dissonância com a realidade orçamentária e infra-normativa? Dessa feita, estabelecer os limites da intervenção judicial na seara política é outro grande desafio a ser superado diante da utilização do ECI.

Para além das dificuldades já expostas, o presente trabalho analisou, ainda, outras questões, como as contribuições que o ECI presta à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais de grupos politicamente negligenciados. Diante de uma situação de inércia dos poderes geneticamente competentes, seria a atuação do Judiciário, na busca pela concretização das políticas públicas, o meio mais adequado para superar essa problemática?

Nesse sentido, o problema de pesquisa que norteou a elaboração da dissertação consistiu em estabelecer até que ponto o Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto fundamento de decisão judicial de ações de controle concentrado, constitui meio efetivo e constitucionalmente adequado à realidade brasileira para a efetivação de serviços públicos, tendo por base a decisão proferida na ADPF n°347?

O objetivo geral do trabalho centra-se em refletir se o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional é fundamentação constitucionalmente adequada para decisões judiciais emitidas em sede de controle concentrado que se propõem a superar omissões inconstitucionais na busca de garantia de efetividade de serviços públicos, tomando por base a decisão brasileira paradigma, qual seja, a decisão liminar proferida na ADPF n°347.

A relevância da pesquisa desenvolvida justifica-se pela importância acadêmica e de problemática social que o assunto revela, sobretudo no que tange à efetivação das políticas públicas, dos direitos fundamentais sociais e à fundamentação das decisões judiciais. O estudo pretendeu, portanto, investigar a tensão existente entre democracia, Constituição, separação de poderes, superação de omissões inconstitucionais não normativas, orçamento público, efetivação de serviços públicos e reforço à atuação de outros protagonistas sociais, avaliando se as medidas estruturantes são capazes de adequar à realidade a ordem jurídica nacional.

Tal temática torna-se ainda de extrema relevância, considerando-se que o ECI já foi utilizado como fundamentação de decisão judicial em diversos países, tais como: Índia, África do Sul, Argentina, Peru, Colômbia, ganhando, portanto, relevância mundial.

Visando estruturar o trabalho no sentido de alcançar o objetivo delineado, com resposta ao problema de pesquisa proposto, realiza-se, em um primeiro momento, análise bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras acerca de conceitos que envolvem o tema, focando em suas repercussões jurídicas, por meio da leitura de livros, revistas, artigos e publicações periódicas atinentes ao Estado de Coisas Inconstitucional, efetivação de direitos fundamentais, omissões inconstitucionais, controle de constitucionalidade e poder constituinte. Efetiva-se, também, análise documental por meio do exame da jurisprudência nacional e estrangeira, selecionando-se apenas aquelas que tenham se utilizado dos conceitos de “Sentenças Estruturais”. Nessa oportunidade, pretende-se compreender o conceito de Sentenças Estruturais, necessário a uma apreensão ampla do ECI, já que esse é apenas uma espécie dessa modalidade de sentença.

A referida análise documental recai sobre os precedentes dos Estados Unidos, por se tratar de país que difundiu o conceito de sentenças estruturais, bem como das decisões estruturais proferidas na Colômbia, África do Sul, Peru, Argentina e Índia. A escolha dos países se deu em razão de usarem o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional em seus julgados (Colômbia e Peru), ou por terem desenvolvido sentenças estruturais com características próprias e que acabaram por influenciar o surgimento de outros modelos ao redor do mundo. O conhecimento acerca dessas características é indispensável ao desenvolvimento desse trabalho, até mesmo para se compreender se o Supremo Tribunal Federal tivesse adotado outra espécie de medida estruturante, que não o Estado de Coisas Inconstitucional, a qualidade da decisão cautelar da ADPF nº 347 teria sido melhor e a modificação da realidade social mais efetiva.

A segunda seção, por sua vez, apresenta como objetivo delinear as principais características e os entraves do Estado de Coisas Inconstitucional, descrevendo o teor da decisão liminar da ADPF nº 347 e explorando as condutas adotadas por cada um dos poderes constitucionais após a declaração do ECI pelo STF. Tal capítulo resta marcado pelo estudo indutivo, na medida em que se parte da ADPF nº 347, para analisar a problemática existente na aplicação do ECI a outros serviços públicos, sobretudo se forem mantidas as características identificadas na ADPF nº 347. Dentre as dificuldades constatadas, citam-se: a falta de estrutura no STF para a adoção de um ativismo dialógico, a inadequada importação dos precedentes estrangeiros para o sistema constitucional nacional,

evidenciando que as etapas da tradução do ECI da realidade constitucional colombiana para a brasileira não foi realizada de forma devida, a falta de delimitação das características do ECI, a possibilidade de intervenção do Judiciário no orçamento, dentre outras questões.

O terceiro capítulo, por sua vez, estrutura-se no sentido de demonstrar que o Estado de Coisas Inconstitucional não é o meio mais adequado para a superação das omissões não normativas e dos entraves institucionais. Logo, não contribuirá de forma significativa para a melhoria na qualidade dos serviços públicos, principalmente pelo fato de as raízes do problema estarem centradas na esfera política, devendo, também, as soluções partirem desse espaço. Por isso, busca-se apontar possíveis soluções ao problema das omissões inconstitucionais não normativas, as quais passam necessariamente pela esfera da política e da aprimoração do controle externo e interno da atuação administrativa. Ao fim do presente capítulo, conclui-se que, caso todas as medidas sugeridas nos tópicos anteriores sejam tomadas e, ainda assim, a problemática persista, a judiciliação se torna inafastável. Sugere-se, entretanto, que se forem declaradas medidas estruturais, que se faça no bojo de ações coletivas, e não em ações de controle concentrado, que não foram idealizadas para tal finalidade.

Observa-se que o desenvolvimento dos capítulos do presente trabalho busca concatenar ideias almejando responder ao problema de pesquisa proposto, chegando à conclusão de que o Estado de Coisas Inconstitucional, com as características identificadas na ADPF nº 347, não é meio adequado para melhoria na qualidade do serviço público prestado, por não ser instrumento competente para empreender a efetiva superação das omissões inconstitucionais não normativas. Tal conclusão vai de encontro à ideia que se tinha do instituto no início das investigações. Com o aprimoramento das pesquisas, entretanto, verificou-se que as medidas estruturais apenas devem ser adotadas de forma excepcional, cabendo priorizar soluções que perpassem pela própria vida política da comunidade, já que as omissões não normativas e os entraves institucionais têm origem nessa esfera. Assim, aponta-se que as soluções passam pelo reforço da atuação de novos protagonistas na democracia nacional: Administração e Sociedade Civil.

2 DAS OMISSÕES NÃO NORMATIVAS ÀS SENTENÇAS ESTRUTURAIS

Nesse primeiro capítulo, tratar-se-á da definição de omissões inconstitucionais não normativas, evidenciando a possibilidade de o controle de constitucionalidade recair sobre situações em que a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo em empreender a efetivação de políticas públicas acarreta violação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

As tradicionais ações de controle concentrado de constitucionalidade (Ação de Inconstitucionalidade por Omissão ou Mandado de Injunção) têm se mostrado insuficientes para a resolução dessa questão, uma vez que, em regra, voltam-se aos casos em que os direitos constitucionais não são efetivados por falta de regulamentação, o que não é a situação das omissões não normativas. Nas omissões analisadas, o entrave não está na falta de regulamentação do serviço público, mas na inércia política em efetivá-los. Assim, uma prática que tem sido reiteradamente utilizada no cenário internacional é o proferimento das sentenças estruturais. Essas sentenças apresentam características próprias e variáveis conforme a realidade do país em que são aplicadas, mas enquanto elemento comum, caracterizam-se por serem provimentos que possibilitam a intervenção do Judiciário, mediante judicialização da política, buscando superar os entraves institucionais que impossibilitam a execução de serviços públicos.

Nesse sentido, o problema de pesquisa que esse primeiro capítulo avaliou foi se as sentenças estruturais constituem ou não mecanismos efetivos de superação das omissões inconstitucionais não normativas (considerando que o objeto de análise dessa dissertação consiste em verificar a possibilidade de aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional a outros serviços públicos). Para tanto, analisaram-se três casos paradigmáticos de sentenças estruturais (*Brown v. Board of Education*, nos Estados Unidos; Estado de Coisas Inconstitucional, na Colômbia; e *Olivia Road v. Cidade de Johannesburgo*, na África do Sul). Ademais, objetivou-se demonstrar as características, os limites, os remédios, a execução e, por fim, a eficácia dessas decisões e a (in)capacidade que tiveram de modificar a realidade social. Tais paradigmas foram escolhidos na medida em que influenciaram a teoria das sentenças estruturais.

Não obstante seu caráter eminentemente histórico, esse capítulo é de fundamental importância para o desenvolvimento da presente dissertação, na medida em que possibilitará a compreensão dos elementos mais importantes para que uma decisão estrutural goze de efetividade e nesse sentido seja capaz de superar as inconstitucionalidades não normativas,

garantindo a eficácia dos serviços públicos, o que resvalará na conclusão do presente trabalho, na qual se buscará evidenciar que deverá ser priorizado o controle direto, interno e externo da atuação da Administração Pública, de forma que a intervenção judicial deverá ocorrer apenas nos casos em que tais controles não forem suficientes para sanar desproporcionalidades no gasto público.

O presente capítulo está organizado em cinco tópicos. No primeiro, trabalhou-se o conceito de omissões inconstitucionais não normativas; no segundo, analisou-se o caso *Brown*, nos Estados Unidos, primeira ocorrência de sentenças estruturais no mundo; no terceiro tópico, investigaram-se as características e a evolução do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia; no quarto ponto, a reflexão recaiu sobre a Suprema Corte sul-africana, em que se analisaram os principais aspectos do compromisso significativo. Por fim, no quinto tópico, outros modelos de sentenças estruturais foram apresentados, como as litigâncias de interesse público na Índia, o que nos conduz ao fechamento dessa seção, evidenciando que as sentenças estruturais podem produzir importantes impactos na modificação social e que o Judiciário pode em muito contribuir na superação dos entraves institucionais, desde que atuando em situações excepcionais e pontuais.

2.1 O que são as omissões inconstitucionais não normativas?

Para compreender o Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI), principal objetivo desse trabalho, faz-se necessário entender o que são as omissões inconstitucionais, as quais o ECI procura combater. O que se percebe na realidade constitucional brasileira é que se adota um modelo eminentemente legiscêntrico ou normativista de controle de constitucionalidade, em que a inconstitucionalidade tende a ser percebida como um problema de relação internormativa e intrassistemática, não se confundindo, portanto, com um problema de injustiça ou de ilegitimidade social.

Marcelo Neves, em seu livro *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, coaduna-se com a referida visão normativista, caracterizada por uma percepção mais tradicional acerca do controle de constitucionalidade. O referido autor afirma que uma lei inconstitucional poderá ser justa, e que o problema da inconstitucionalidade reside em uma relação de incompatibilidade vertical com as normas constitucionais.² Já para Siqueira Castro,³ a inconstitucionalidade intrassistêmica ou por ação é apenas um dos lados do problema. Em

²NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-74.

³SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 729.

paralelo à inconstitucionalidade por ação, constata-se a inconstitucionalidade “omissiva” ou por “omissão”, a qual se caracteriza pela inércia estatal em dar concretude às prestações de cunho positivo, cuja implementação tenha sido determinada pelo legislador constituinte.

No Brasil, a omissão normativa inconstitucional é compreendida como a falta de “medida” que implica a ausência de efetividade da norma constitucional, conforme disposto no artigo 103, parágrafo 2º da Constituição de 1988. A medida faltante poderá ser de competência do Legislativo ou dos órgãos da Administração Pública. Percebe-se, então, que a omissão inconstitucional no Brasil é compreendida como a “necessidade de decreto ou regulamentação no mesmo nível da necessidade da lei”.⁴ Nesse sentido, constata-se que o ordenamento jurídico nacional adota uma postura claramente normativista e reducionista do controle de constitucionalidade, uma vez que é excluído do campo de verificação de existência de omissão normativa o não atendimento adequado das normas constitucionais autoaplicáveis.

Fernandez Segado⁵ desenvolve quatro pressupostos a fim de facilitar a verificação de existência de omissão normativa nos termos dessa posição reducionista, quais sejam: o descumprimento do dever constitucional de legislar, o transcurso de um período de tempo razoável, o efeito objetivo de violação da Constituição e a irrelevância da intenção do legislador em se omitir. Nessa perspectiva, a omissão é referente à inércia do Legislativo em regulamentar norma constitucional, ou seja, por esse meio de análise apenas as normas constitucionais de eficácia limitada - àquelas que necessariamente necessitam ser complementadas - são passíveis de serem objeto de uma ação de inconstitucionalidade por omissão.

O posicionamento de José Julio Fernández Rodríguez⁶ também se coaduna com o que vem sendo exposto até então, não obstante tenha se dedicado à análise da realidade constitucional europeia. Esse autor bem sintetiza o fenômeno da omissão inconstitucional, cabendo, por isso, a aplicação das suas considerações para o Brasil, dada a proximidade de compreensão desse fenômeno na Europa e no Brasil. Segundo entende, a omissão inconstitucional é “a falta de desenvolvimento por parte do Poder Legislativo, durante um

⁴TAVARES, André Ramos. O cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: MENDES, Gilmar Ferreira et all (Org). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 383-406, p. 391-392.

⁵FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. **Estudios Constitucionales**, Año 7, n. 2, p. 35-38, 2009. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002009000200002&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 dez. 2017.

⁶FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Júlío. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. 2 ed. Madrid: Tecnos. 2007, p. 85.

tempo excessivamente largo, daquelas normas constitucionais de obrigatório e concreto desenvolvimento e de forma tal que se impeça sua eficaz aplicação”.

Assim, para a doutrina brasileira tradicional, só haverá omissão inconstitucional quando o legislador deixar de “fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado”.⁷

Ocorre que essa forma de percepção das omissões inconstitucionais é parcial, uma vez que há outras espécies de omissões que culminam na violação do texto constitucional, mas que não se limitam ao dever do Legislativo em regulamentar o exercício de certo direito para que possa ser exercido. A omissão inconstitucional sobre a qual as sentenças estruturais se debruçam são aquelas originadas da falta de coordenação entre lei e ação administrativa, culminando na ineficácia de políticas públicas. Assim, ao se compreender as omissões inconstitucionais enquanto falhas estruturais, resultantes da falta de coordenação entre Legislativo e Executivo, amplia-se o conceito de omissões inconstitucionais sobre o qual os poderes públicos ainda não estão aptos a lidar.

Frisa-se que a omissão inconstitucional não atinge apenas as normas de eficácia limitada – conceito desenvolvido por José Afonso da Silva⁸ referente às previsões constitucionais que necessitam de regulamentação legislativa *a posteriori* para terem plena efetividade – mas é fenômeno que poderá ocorrer em normas de eficácia plena, contida ou limitada. George Marmelstein⁹ afirma que o fenômeno da omissão inconstitucional se concretiza sempre que uma pretensão normativa não consegue se efetivar faticamente em razão da inação estatal, podendo atingir, portanto, mesmo as normas que não possuam qualquer necessidade de regulamentação posterior pelo Legislativo. Assim, o termo omissão inconstitucional não deve ser tratado como mera omissão legislativa, pois o conceito adotado vai além, referindo-se às omissões de qualquer dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) que venham a impedir a plena efetivação do texto constitucional, seja por falta de edição normativa, seja por se abster de tomar as medidas político-administrativas adequadas.

Percebe-se, portanto, que as violações ao texto constitucional podem ocorrer por ação ou omissão dos poderes públicos. Dessa forma, o controle judicial sobre as omissões inconstitucionais não normativas visam superar aqueles casos em que a omissão não seria por conta da falta de lei, e sim da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais.

⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional & Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 331.

⁸SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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, 2015, p. 25.

São as situações em que o Legislativo e o Executivo não dispõem de capacidade institucional e disposição política para reverter, acarretando um “problema de efetividade normativa e não de eficácia jurídico-formal”,¹⁰ tornando-se devida a intervenção judicial na tentativa de superar tal situação, o que pode ocorrer por meio do pronunciamento de sentenças estruturais.¹¹

A configuração da omissão inconstitucional não normativa, enquanto atuação insuficiente dos poderes políticos, advém do dever estatal de tutela e da vedação de proteção insuficiente aos direitos fundamentais. Esse dever, também compreendido como função protetiva do Estado,¹² prescreve que a necessidade de proteção dos cidadãos de práticas lesivas aos direitos fundamentais. Inicialmente, o dever de proteção referia-se ao compromisso estatal de impedir que os direitos fundamentais de um indivíduo fossem violados pela atuação de outros. Posteriormente, com o desenvolvimento da dimensão objetiva,¹³ foi que o dever de proteção passou a abranger a necessidade de uma atuação preventiva do Estado, a fim de que “essa função protetiva não se restrinja ao controle de direitos fundamentais sobre relações privadas, mas resulte, também, em imposições de condutas e serviços para o Poder Público”.¹⁴

Observa-se, portanto, que o dever de proteção do Estado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais gera uma ressubjetivação da dimensão objetiva, na medida em que “o que está estabelecido jurídico-objetivamente acaba sempre por ser aplicado jurídico-

¹⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64-65.

¹¹Sentenças estruturais seriam aquelas em que a intervenção jurisdicional passaria a ser continuada, o eventual provimento judicial necessitaria de constante fiscalização e ajuste, a execução da sentença exigiria uma composição institucional, em que haveria uma continuada fiscalização e ajuste, a depender das circunstâncias do caso concreto. Essas características surgem pelo fato de que em processos estruturais há amplos e diversos valores sociais envolvidos, já que sua necessidade advém de situações em que os direitos fundamentais não têm sido concretizados, sobretudo em razão de omissões inconstitucionais não normativas (OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202, p. 184).

¹²GRIMM, 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. 149-165, p. 154.

¹³A dimensão objetiva parte da ideia de que os direitos fundamentais não funcionam apenas como mais um mecanismo de proteção e promoção individual em face do Estado, cabendo ao próprio ente estatal uma postura mais proativa na tutela desses interesses, prescindindo da atuação subjetiva em busca de uma tutela jurídica. “Com efeito, essa nova perspectiva está ligada à utilização dos direitos fundamentais não apenas para a defesa de um ou outro indivíduo, mas para a promoção e proteção desses direitos para toda a sociedade”. (NASCIMENTO, Felipe Augusto dos Santos. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016, p. 68).

¹⁴NASCIMENTO, Felipe Augusto dos Santos. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016, p. 158.

subjetivamente. Assim, de deveres de proteção surgem direitos à proteção”,¹⁵ atuando de forma conjugada com a vedação à proteção insuficiente.

A vedação à proteção insuficiente complementa a noção do dever de proteção, na medida em que o Estado deve garantir a prestação de serviços públicos em um nível mínimo capaz de garantir a efetivação concreta dos direitos fundamentais, sendo vedadas atuações insuficientes, caracterizadas como aquelas abaixo do mínimo existencial. Logo, o fundamento para o reconhecimento das omissões inconstitucionais não normativas é distinto das justificativas aplicadas para o reconhecimento das omissões normativas, o que revela a necessidade de a teoria constitucional avançar, a fim de estabelecer parâmetros de identificação de ocorrência das omissões não normativas, impedindo que fique à completa discricionariedade do Judiciário estabelecer os limites de proteção insuficiente.

Entende-se, entretanto, que ainda que ocorra um avanço na teoria constitucional para prescrever critérios e pressupostos para a identificação das omissões inconstitucionais não normativas, a problemática apresentada não será solucionada, uma vez que tais questões ultrapassam o âmbito estritamente normativo do universo jurídico para desbordar no âmbito político e histórico de insuficiente participação popular nas decisões da administração pública e do Legislativo.

Perceba-se que não é pelo simples fato de uma norma de eficácia limitada ter sido posteriormente regulamentada pelo Legislativo que gozará de uma maior observância pelos Poderes Políticos. A amplitude na concretização e observância de uma norma perpassa antes de tudo pela política e por elementos históricos da sociedade em análise. Da mesma forma deverá ocorrer com as omissões não normativas já que não é o estabelecimento de critérios para identificar a existência desse fenômeno que nos conduzirá à superação dos entraves institucionais, assim como não é a declaração de que uma realidade encontra-se inconstitucional que modificará essa realidade. Com tais observações não se está querendo dizer que o Judiciário não deve agir em caso de inobservância do dever constitucional pelos poderes competentes. O que se pretende expor, em consonância com o posicionamento de Juliano Ralo Monteiro,¹⁶ é que tal atuação deverá ser subsidiária, e não protagonista.

Acredita-se, também, que quando a atuação judicial se fizer necessária, os processos coletivos constituem o mecanismo processual mais adequado para declarar-se a

¹⁵PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais: Direito Estadual II**. Lisboa: Universidades Lusíadas Editora, 2008, p. 26-27.

¹⁶MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para a concretização de direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 157-176, p. 171.

existência de omissões não normativas, haja vista a amplitude de legitimados ativos e a pluralidade de matérias que podem ser nelas tratadas, garantindo uma maior participação popular na constituição e formulação da lide. Esses aspectos serão mais bem delineados no terceiro capítulo dessa dissertação.

Robert E. Easton, em seu artigo *The dual role of the structural injunction*,¹⁷ aduz que as decisões estruturais apresentam dimensão dicotômica, caracterizada pela legitimidade da atuação judicial sobre a esfera política, de um lado, e a necessidade de implementação dos direitos fundamentais, de outro, ou seja, o desafio das sentenças estruturais está em compatibilizar essas duas dimensões (legitimidade e efetividade). Para o autor, a depender da vulnerabilidade a ser superada, a atuação judicial penderá mais para determinada dimensão. Por exemplo, quando se tratar de políticas direcionadas a grupos minoritários e socialmente estigmatizados, antes de garantir efetividade aos direitos fundamentais violados, cumpre ao Judiciário conscientizar os poderes políticos de que os objetivos da política ineficiente são legítimos e se destinam às parcelas sociais. Após a conscientização de que os poderes políticos estão atuando de forma ineficiente sobre tal grupo social, a atividade de implementação da política pública restará bem mais simples.

Por isso, dentre os vários conceitos de ativismo existentes,¹⁸ a presente pesquisa fixará sua análise na atuação do Judiciário sobre a efetivação de políticas públicas. Nesse contexto, os juízes poderão assumir, sobretudo, duas posturas distintas: 1) criar políticas públicas, mesmo que não tenham sido delineadas pelos poderes políticos competentes; ou 2) promover mudanças ou anular políticas públicas estabelecidas por outros órgãos, haja vista a sua ineficácia.

Como bem sintetiza Lawrence Baum,¹⁹ o ativismo judicial compreendido enquanto judicialização da política pública caracteriza-se quando uma corte faz significativas mudanças em uma política pública, na tentativa de adequar os atos dos poderes políticos ao texto constitucional.

Pelo exposto, considerando que a Constituição Brasileira de 1988 apresenta concepção restritiva e eminentemente normativista do controle de constitucionalidade, não contando, portanto, com mecanismos de controle de constitucionalidade que possam incidir sobre a realidade, e que há vários países que já exercem controle de constitucionalidade sobre

¹⁷EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. **The Yale Law Journal**. Yale, p. 1983-2002. jun. 1990, p. 1997.

¹⁸STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e ativismo político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Colômbia, v. 43, n. 119, p. 567-624, 2013.

¹⁹BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 10ª Ed. Washington DC: CQ Press, 2010, p. 62-63.

essas omissões não normativas,²⁰ o que resulta na elaboração de sentenças estruturais, as quais apresentam diferentes características entre si, a depender da forma com que o Judiciário realiza tal intervenção, acredita-se que uma forma de compatibilizar as prescrições do ordenamento jurídico brasileiro com a fixação de medidas estruturantes seria a previsão de que tais comandos apenas fossem exarados em processos coletivos.

Em síntese, acredita-se que ações de controle de constitucionalidade não constituem o melhor meio para empreender a fixação de medidas estruturantes no combate às omissões não normativas, tendo em vista a noção legiscêntrica de controle de constitucionalidade adotada por nossa Constituição.

Nesse sentido, passar-se-á à análise de alguns emblemáticos casos em que sentenças estruturais foram aplicadas (*Brown vs. Board of Education*, nos Estados Unidos; Estado de Coisas Inconstitucional, na Colômbia; e *Olivia Road vs. Cidade de Johannesburgo*, na África do Sul), evidenciando suas características e ressaltando o papel assumido pelo Poder Judiciário em cada um deles para que as omissões inconstitucionais não normativas fossem superadas. Metodologicamente, justifica-se a escolha de tais casos paradigmas em razão da sua repercussão mundial, bem como das divergências existentes, haja vista a presença de diversos papéis assumidos pelo Judiciário na busca pela superação das omissões inconstitucionais não normativas, o que varia conforme as características da Constituição e da Corte Constitucional de cada um desses países. Objetivou-se, portanto, evidenciar que não há um padrão único de resolução de tais inconstitucionalidades e que a intervenção judicial sobre o decisionismo político poderá ser maior ou menor a depender da postura adotada pela Suprema Corte ao proferir as chamadas sentenças estruturais. Por isso, a importância de conhecer os diferentes modelos existentes, a fim de verificar os melhores mecanismos para a resolução da problemática das omissões não normativas quando tais questões chegarem ao Judiciário.

Passar-se-á em seguida à análise do caso *Brown v Board of Education*, primeira expressão de sentença na modalidade estrutural, a fim de definir as principais características dessa espécie de provimento judicial.

2.2 Análise do caso *Brown vs. Board of education* nos Estados Unidos da América e o conceito de sentenças estruturais

Em 17 de maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que a segregação racial nas escolas públicas (primárias e secundárias) dos Estados Unidos era

²⁰ Estados Unidos, Colômbia, Índia, África do Sul, Argentina, Peru, dentre outros.

inconstitucional, por violar o princípio da igualdade estabelecido na XIV Emenda da Constituição, o que ficou conhecido como o caso *Brown v. Board of Education*. A referida ação judicial foi proposta por Linda Brown, garota que contava com 8 (oito) anos de idade à época, sendo judicialmente representada por seu pai. Tal demanda visava questionar a proibição de a garota assistir aulas em escola próxima a sua residência pelo fato de ser exclusiva para caucasianos, tendo que cruzar a cidade de Topeka, no Kansas, para ter acesso à educação.²¹

Assim, ao julgar a referida demanda em grau de recurso, a Corte Warren, assim chamada pelo fato de ser presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren (1953-1969), decidiu que a doutrina dos “*separate but equal*” feria o princípio da igualdade, e por isso precisava ser superada. Tal postura da Suprema Corte foi caracterizada por um ativismo sem precedentes, haja vista que o Judiciário interferiu diretamente na política pública segregacionista, a qual tinha por base o conjunto de leis *Jim Crow*.²² O julgado teria modificado, inclusive, o entendimento sobre as leis separatistas, as quais foram consideradas constitucionais anos antes, com o indeferimento da ação *Plessy v. Ferguson*. Nesse caso, Homer Adolph Plessy, afrodescendente, tentou embarcar em um vagão de trem exclusivo para brancos. Conforme o próprio relatório da Suprema Corte, *Plessy* tinha 90% (noventa por cento) de descendência branca e apenas 10% (dez por cento) de descendência negra, entretanto isso não era suficiente para permitir que ele viajasse em um vagão destinado a caucasianos.²³

No caso *Plessy*, a Suprema Corte entendeu pela legalidade das leis segregacionistas do Estado da Louisiana, afirmando que a exigência de separação em locais públicos entre brancos e negros não implica inferiorização de uma etnia em detrimento das

²¹U.S. SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 07 out. 2018.

²² Esse conjunto de leis possibilitava a demarcação legal de espaços separados para o exercício de direitos para negros e brancos. Assim, os serviços públicos se dividiam em áreas conforme a raça dos usuários, sendo, inclusive, demarcadas zonas residenciais dispostas de forma separada. As leis segregacionistas pregavam uma igualdade meramente formal entre negros e brancos, afirmando que as mesmas políticas públicas eram disponibilizadas a ambas as raças. De fato, as políticas públicas prestadas pelos entes estatais eram as mesmas, o que as diferenciava era, sobretudo, o nível de investimento voltado a elas e a qualidade, na perspectiva eficiência, do serviço. Em 1915, os investimentos per capita com estudantes brancos na Carolina do Norte era em média três vezes maior 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 e na Carolina do Sul era cerca de doze vezes maior. A distinção de investimento era “leve” se considerarmos outras expressões da desigualdade entre as políticas oferecidas, tais como os próprios prédios em que as escolas de brancos e negros eram sediadas, os equipamentos que as instrumentalizavam, além da quantidade e qualidade de transporte público disponível para conduzir as crianças às aulas (KLARMAN, 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).

²³SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: Principais decisões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 68.

outras, já que elas seriam formalmente iguais entre si. Assim, os serviços públicos prestados aos brancos seriam os mesmos prestados aos negros, sem qualquer diferenciação.²⁴ Tem-se, portanto, que a Corte estabeleceu uma nova norma para regulamentar as relações inter-raciais, um papel que legalmente cumpriria ao Legislativo desempenhar, agindo de forma ativista mediante intervenção direta na política racial.²⁵

A priori, a sentença da Suprema Corte invalidou todas as leis estatais e locais que permitiam e impunham a existência de escolas públicas separadas para alunos brancos e negros.²⁶ Uma das primeiras questões analisadas pela Suprema Corte para dar provimento à demanda de Linda Brown estava na reflexão de como as leis segregacionistas afetavam a autoestima das crianças negras. Jerome Brune²⁷ afirma que a Suprema Corte teria realizado três perguntas para analisar essa questão: Como a segregação influenciava a imagem que as crianças detinham sobre si mesmas? Sobre sua autoestima? E sobre sua disposição a aprender?

Percebe-se, portanto, que o caso *Brown* amplia a atuação dos juízes sobre práticas ou situações sociais que se entendiam por legítimas, uma vez que o próprio Legislativo havia estabelecido o conjunto de regras segregacionistas. Percebe-se, portanto, que nesse caso a inconstitucionalidade a ser combatida não estava na falta de regulamentação - vide as normas Jim Crow-, mas na forma como essa regulamentação ocorreu.

Nesse caso, vislumbra-se uma situação de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Por ação, pelo fato de as normas segregacionistas não serem mais compatíveis com a interpretação conferida pela Suprema Corte à Constituição, sobretudo ao conteúdo da XIV Emenda. A inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, caracteriza-se pela situação de violação a direitos fundamentais das comunidades negras, já que respaldados pela política separatista, os poderes políticos viam-se legalmente amparados para se omitir, o que contribuiu para o surgimento de um quadro de violação massiva estrutural dos direitos fundamentais dos negros, prática que ia de encontro à prescrição das normas segregacionistas, as quais determinavam que as políticas públicas para brancos e negros deveriam ser formalmente iguais, o que as distinguiria seria apenas o local de prestação do serviço. Assim, deixar de prestar a política pública ou prestá-la de forma absolutamente ineficiente foi uma

²⁴SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 70.

²⁵VOLKOMER, Walter E. **Introduction to Law** – a Casebook. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1994, p. 110.

²⁶PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown V. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 85-140, p. 87.

²⁷BRUNE, Jerome. **La fabrica de Historias. Derecho, Literatura, vida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2002, p. 03.

opção política que não estava de acordo com as determinações legais, e foi nesse ponto que a intervenção judicial ocorreu, buscando garantir que as crianças negras pudessem ter acesso a um serviço educacional de qualidade, tanto quanto as crianças brancas.

Esse caso apenas demonstra que a visão normativista do controle de constitucionalidade, anteriormente exposta, é insuficiente para configurar a real dimensão do problema, uma vez que as práticas inconstitucionais podem surgir mesmo quando a política pública estiver regulamentada pelos poderes majoritários, mas a repercussão social de tal regulamentação mostra-se desastrosa ao exercício do dever de proteção dos direitos fundamentais. Nesse tipo de situação – em que bloqueios institucionais são identificados para a resolução do problema –, o Judiciário deve ser percebido enquanto participante do Governo e a solução inexoravelmente perpassa pela política e pela própria história da organização social em análise.

Owen Fiss²⁸ propôs dois modelos principais de *adjudication*, quais sejam: *dispute resolution* e a *structural litigation*. A *structural litigation* se configura quando há negação de que o *status quo* seja justo, e por isso faz-se necessária a intervenção judicial para modificá-lo. Nesse sentido, a ação judicial não buscará o retorno ao *status quo*, como em regra ocorre, mas objetivará alterá-lo. Assim, o caso *Brown V. Board of Education* revela exatamente o conceito de litígio estrutural desenvolvido por Fiss, pois o Judiciário passa a ser percebido enquanto agente político, já que as medidas judiciais traçadas deveriam ser implementadas para que a decisão não fosse apenas cumprida, como também perpetuada, mediante o enfrentamento de organizações burocráticas que impediam a efetiva superação das práticas segregacionistas.²⁹

Assim, o caso em análise inaugura uma nova expressão do ativismo judicial, em que o Poder Judiciário passa a intervir sobre esferas organizacionais que anteriormente não lhe diziam respeito, utilizando-se do modelo de sentenças estruturais para exercer essa atividade. Esse tipo de atuação faz-se necessária quando o Legislativo não consegue aprovar legislações destinadas a grupos minoritários e quando o Executivo fica inerte em seu dever de administrar e oferecer políticas públicas adequadas, ou seja, a intervenção judicial pelas sentenças estruturais está inexoravelmente relacionada com as omissões inconstitucionais não

²⁸ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria Geral do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm. 2007, p. 761-768, p. 762-764.

²⁹ JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: Origem em *Brown v. Board of Education*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 563-582, p. 580.

normativas.³⁰ Constata-se, portanto, que o caso *Brown* é um claro exemplo de sentença estrutural, posto que a Suprema Corte Norte Americana interviu diretamente na política racial, ampliando os limites da judicialização. Assim, a intervenção da Corte passa a recair sobre as inconstitucionalidades de fato, e não apenas sobre as inconstitucionalidades de direito.³¹

As sentenças estruturais modificam o padrão tradicional de decisão, uma vez que se volta para o ajuste de comportamentos futuros, ao invés de recompor desequilíbrios passados. As partes não são claramente configuradas, já que atingem a uma coletividade, exigem um processo contínuo de cumprimento, não se esgotando em um único ato, e o Judiciário passa a supervisionar a execução da política pública, buscando transformar toda a realidade social.³² Esse tipo de sentença apresenta uma intrínseca dificuldade de ser executada, posto que se faz necessária a definição dos limites do direito a ser executado, para só então instituir as medidas necessárias para dar-lhe cumprimento. Por isso, as medidas judiciais previstas devem ser flexíveis e capazes de serem modificadas ao longo do processo de transformação do *status quo*, devendo apresentar enquanto fundamento a equidade, aliada à aferição das consequências pela utilização de determinada medida e se essas são capazes de empreender a efetivação do direito material reconhecido como devido.³³

Tais pressupostos restaram consignados no caso *Brown v. Board of Education*, pois “uma vez verificada a existência de um direito e a sua violação, o âmbito dos poderes por equidade da corte distrital para corrigir erros passados é amplo, pois a amplitude e flexibilidade são inerentes às medidas tomadas por equidade”.³⁴ Verifica-se, portanto, que por mais flexíveis que sejam as ordens exaradas pelo Judiciário, as decisões estruturais apenas terão efetividade se contarem com o comprometimento dos demais ramos componentes do poder político para que haja a observância integral dos direitos,³⁵ ou seja, sentenças estruturais em que o Judiciário fixe ordens rígidas ao Executivo e ao Legislativo tendem a ter baixa efetividade, já que necessitam de interesse político para serem efetivadas.

³⁰JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 104.

³¹PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown V. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 85-140, p. 136.

³²BAUERMANN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer** – Estudo Comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2012.

³³SCHOENBROAD, David. The measure of an injunction: a principle replace balacing the equities and tailoring the remedy. **Minnesota Law Review**, n. 627, abr. 1988.

³⁴RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion fórum: Brown II’s “all deliberate speed” at fifty: a Golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? **San Diego Law Review**, San Diego, v. 41, n. 1575, Autumn. 2004.

³⁵FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing Federal remedies. **Southern California Law Review**, New York, v. 65, n. 1, Janeiro, 1992.

No caso em análise, ficou consignada “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 Judiciário”,³⁶ o que demonstra que a Suprema Corte idealizou de forma solipsista as mudanças que os poderes políticos deveriam implementar para garantir uma redução na segregação racial nas escolas americanas. Michael J. Klarman³⁷ aduz que a decisão no caso *Brown vs. Board of education* produziu inúmeros efeitos indiretos, dentre eles a tomada de posicionamento pela sociedade civil acerca das leis segregacionistas. O autor afirma que antes desse julgamento paradigma não havia grandes discussões sobre segregação racial nas escolas, nem democratas e nem republicanos expressavam suas opiniões sobre tal assunto, mas em 1956 o quadro mudou, a questão da segregação tomou relevo e passou a ocupar amplo espaço nas discussões públicas. O referido autor aduz, entretanto, que o fato de a política segregacionista ter entrado na pauta de discussão do cenário político não significa que havia interesse em implementar as medidas dispostas na sentença.

Klarman³⁸ cita os dados de uma pesquisa realizada em 1957, a qual evidenciou que 72% (setenta e dois por cento) dos americanos se opunham à medida prevista pela Suprema Corte de cortar os recursos de fundos federais para os Estados que permanecessem a praticar a segregação em suas escolas. Ademais, 70% (setenta por cento) dos brancos não residentes no sul dos Estados Unidos pensavam que a Suprema Corte havia decidido de forma correta ao proibir a realização de práticas segregacionistas, mas menos de 6% (seis por cento) entendiam que os direitos civis constituíam o assunto mais importante da Federação americana, ou seja, mesmo no Norte, a população não conferia a devida importância às discussões de acesso a direitos civis. No Sul, por sua vez, onde 40% (quarenta por cento) da população acreditava que o acesso a direitos civis constituía o principal problema político, apenas 16% (dezesseis por cento) dos brancos concordavam com a conclusão a que o caso *Brown* chegou.

Em 1959, uma pesquisa realizada pelo Gallup³⁹ demonstrou que apenas 8% (oito por cento) da população branca do Sul dos Estados Unidos apoiaram *Brown*, fazendo-nos perceber que à aceitação a referida decisão judicial diminuía ao longo do tempo. Para

³⁶BAUERMANN, Desirê. **Structural injunctions no direito norte-americano**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 279-302, p. 290-291.

³⁷KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 140.

³⁸KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 141.

³⁹KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 142.

evidenciar a ausência de aprovação da decisão da Suprema Corte pela população sulista, consigna-se a opinião de dois jornalistas da época, exaradas nos jornais do Sul dos Estados Unidos:

*In May of 1954, that inept fraternity of politicians and professor known as the United States Supreme Court chose to throw away the established law. These nine men repudiated the Constitution, sp[a]t upon the tenth amendment, and rewrote the fundamental law of this land to suit their own gauzy concepts of sociology.*⁴⁰

*The Supreme Court . . . has tortured the Constitution. The South will torture the Supreme Court decision.*⁴¹

Percebe-se, portanto, que a decisão da Suprema Corte enfrentou dificuldades para ser implementada. Muitos juízes estaduais que defenderam o fim das práticas segregacionistas tiveram suas casas queimadas ou sofreram atentados, o que fez com que a união caminhasse a passos mais lentos, sobretudo nos estados do Sul, em que a ideologia racista estava mais arraigada.⁴² Essas evidências demonstram que a Suprema Corte não contou com o apoio dos poderes políticos para a efetivação da decisão no Sul do país, o que dificultou a sua concretização. Infere-se, ainda, que decisões estruturais necessitam do apoio político para se perfectibilizarem, sob pena de causar um maior enfraquecimento às instituições e uma possível ineficácia da decisão judicial em razão de um efeito *Backlash*⁴³ por parte dos poderes políticos.

No caso *Brown*, o efeito *Backlash* ocorreu. O movimento Ku Klux Klan, o qual estava enfraquecido, enfrentou um período de revigoração. O *National Association for the Advancement of Colored People* foi reiteradamente atacado após o caso *Brown*. A população

⁴⁰Newspaper editor James J. Kilpatrick.

⁴¹Southern School News (SSN), June 1955, p. 9 (“politicians and professors”); Helen L. Jacobstein, *The Segregation Factor in the Florida Democratic Gubernatorial Election of 1956* (Gainesville, Fla., 1972), 8 (“tortured the Constitution”).

⁴²KLARMAN, Michael J. **Brown v Board of Education and the civil rights movement**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 130.

⁴³O efeito backlash ocorre como reação dos poderes políticos quando se está diante de (1) 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. (LIMA, George Marmelstein. **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: 03 dez. 2017.)

branca do extremo Sul passou a organizar manifestações pleiteando o fim do voto para negros, dentre outros retrocessos, 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 raça negra.⁴⁴ Assim, a reação “pós-*Brown*” se manifestou, sobretudo, de duas formas distintas: a priori, claros casos de retrocessão racial, com a reversão de políticas raciais mais progressistas realizadas antes da decisão, e, por outro lado, um movimento político de maior apoio às ideias conservadoras.⁴⁵

Dessa forma, as medidas estruturantes devem vir acompanhadas de acolhimento social, sob pena de serem ineficientes, possibilitando o surgimento de bloqueios institucionais ainda mais severos, como consequência do descrédito judicial. Nesse sentido, Marco Félix Jobim⁴⁶ assevera que:

Quando um Tribunal Superior julga de acordo com parâmetros culturais da sociedade à época da decisão, esta, por si só, tende a se efetivar, sendo que, caso a sociedade não esteja preparada para a nova orientação, ou deverá existir a possibilidade de o próprio Tribunal criar condições de efetividade da sua decisão por meio de medidas estruturantes, ou ele, possivelmente, não encontrará a almejada efetividade.

O efeito *backlash* no caso *Brown* explica-se pelo fato de a Suprema Corte ter colocado maior peso sobre a suposta efetividade das medidas em detrimento da sua legitimidade, produzindo comandos que não estavam de acordo com a ideologia de expressiva parcela da população. Conforme elucida Christopher W. Schmidt,⁴⁷ o caso *Brown* colocava as leis racistas como o grande problema para a concretização dos direitos fundamentais. Ocorre que a grande questão a ser enfrentada e que funcionava como o principal entrave ao adequado oferecimento de políticas públicas aos povos negros era a própria ideologia racista, o que reforça nosso argumento de que o problema das omissões não normativas não está em regulamentar seus limites, mas passa por questões políticas e históricas, que em certa medida estão além das dimensões do Direito. As contribuições do Direito para a resolução desse problema estão em possibilitar a construção de mecanismos que permitam uma maior participação popular na gestão pública e no próprio Legislativo. A desilusão do caso *Brown* foi acreditar que a segregação teria fim com a simples declaração pela Corte de que as normas

⁴⁴HOGAN, 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.

⁴⁵KLARMAN, Michael J. *Brown v Board of Education and the civil rights movement*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 169.

⁴⁶JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes – Da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013, p. 214.

⁴⁷SCHIMIDT, Christopher W. *The delusions behind the Brown decision*. 2004. Disponível em: <<http://historynewsnetwork.org/article/5325>> Acesso em: 16 jan. 2018.

segregacionistas eram ilegais, sem se questionar acerca da necessidade de mudança na mentalidade da população.

Conclui-se, então, que decisões estruturais devem enfrentar alguns obstáculos para que possam ser devidamente efetivadas. Dentre tais entraves, citam-se: 1) a manutenção do equilíbrio entre os poderes, pois o Judiciário não pode intervir usurpando competências típicas dos poderes políticos; 2) a inexperiência do juiz no desenvolvimento de políticas públicas; 3) atenção às normas infraconstitucionais que regulamentam a política pública, para que o comando judicial não seja contrário a elas; 4) o custo das medidas pensadas, atente-se que no caso *Brown* novos impostos foram instituídos para fazer face às despesas com construções de escolas e reparlamento das existentes, o que fez ampliar o sentimento de descontentamento da população, 5) identificação da raiz do problema a ser enfrentado. No caso em análise, o cerne do problema – predomínio da mentalidade racista da população – não foi devidamente enfrentado, e os esforços se concentraram na declaração de inconstitucionalidade das leis segregacionistas, como se a questão fosse apenas jurídica, desprezando a dimensão política e histórica da questão analisada.

Rosenberg⁴⁸ expõe em seu livro *“The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?”* que a sentença estrutural do caso *Brown* teve pouco efeito, e que a fé nos tribunais como motores da mudança social era uma "esperança vazia". Afinal, as autoridades públicas dos estados do sul dos Estados Unidos resistiram ao cumprimento da decisão de tal forma, que a união entre brancos e negros apenas começou a se efetivar por meio do enrijecimento da mobilização política na década de 1960 e o conseqüente advento da legislação antidiscriminação, não tendo sido, portanto, a sentença estrutural o motor responsável por essa transformação, oriunda de uma maior integração da população negra ao ambiente político, o que foi contribuindo para que paulatinamente a integração fosse ampliada.

Enquanto Rosenberg apontava um sentimento de completa desilusão com as decisões judiciais como instrumentos capazes de empreender modificações sociais, Michael McCann⁴⁹ apresentava outra face do fenômeno, elucidando que a importância das ditas sentenças estaria nos efeitos indiretos, “embora, muitas vezes, as vitórias judiciais não se traduzam automaticamente na mudança social desejada, podem ajudar a redefinir os termos das disputas entre grupos sociais, tanto a curto como em longo prazo”.

⁴⁸ROSENBERG, Gerald. **The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?** Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

⁴⁹MCCANN, Michael. **Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization.** Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 283.

Por isso, impõe-se analisar outros modelos de sentenças estruturais, a fim de desvendar as semelhanças e diferenças que apresentam com relação à atuação do Judiciário no caso *Brown*, evidenciando quais dos paradigmas existentes melhor se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro para a resolução das omissões inconstitucionais não normativas, quando tais questões vierem a ser judicializadas (o que, frisa-se, deve ocorrer apenas excepcionalmente) e a consequente transformação da realidade social nacional.

2.3 Estado de Coisas Inconstitucional e as Sentenças Estruturais no direito Colombiano: Aspectos jurídicos, fáticos e constitucionais

Clara Hernández⁵⁰ elucida que uma das principais inovações introduzidas pela Constituição colombiana de 1991 foi a ação de tutela, mecanismo cautelar, subsidiário, breve e sumário, por meio do qual toda e qualquer pessoa poderá ingressar em juízo para reclamar perante aos juízes proteção aos seus direitos constitucionais fundamentais, quando forem desrespeitados ou ameaçados pela ação ou omissão de qualquer autoridade pública. Assim, de acordo com o Artigo 86 da Constituição, a ordem judicial consistirá no comando de imediato cumprimento. Como a Constituição de 1991 foi a responsável pela inserção do modelo de Estado Social de Direito na Colômbia, as relações entre a sociedade e os agentes públicos foram profundamente modificadas, e a ação de tutela passou a ser reiteradamente utilizada, impondo-se um novo papel ao juiz constitucional, qual seja: tutelar e garantir observância à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Sabe-se que a ação de tutela foi desenvolvida para garantir respeito à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais,⁵¹ em que cada indivíduo, *de per se*, ingressa com ação judicial e exige determinada prestação jurídica. Entretanto, os juízes colombianos passaram a conferir uma nova interpretação a essa ação, ampliando seus efeitos quando ações de tutela voltadas à impugnação de uma mesma política pública passam a ser reiteradamente judicializadas, abrindo-se a possibilidade para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, desde que os outros critérios caracterizadores também estejam presentes.⁵²

⁵⁰VARGAS 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, p. 203-228, 2003, p. 205-206.

⁵¹A dimensão subjetiva é caracterizada por considerar o indivíduo como titular de direito, os quais se erguem enquanto garantias de sua liberdade individual frente às ações do Estado e de seu entorno social, tornando possível exigi-los judicialmente, quando o poder político não possibilitar sua concretização de forma satisfatória.

⁵²VARGAS 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. 206.

Percebe-se, portanto, que o Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto sentença estrutural, não representa espécie de instituto presente na constituição política, mas em verdade reflete uma construção do Judiciário para enfrentar os entraves institucionais na efetivação de direitos fundamentais, já que a Constituição Colombiana previa apenas a ação de tutela para garantir a concretização de direitos fundamentais, ação que detinha apenas efeito *inter partes*.

A doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional visa à implantação de remédios estruturais quando algumas condições são evidenciadas na realidade fática, quais sejam: 1) reiterada violação aos direitos fundamentais de certa coletividade, normalmente caracterizada por grupos minoritários; 2) a origem da violação não advém apenas da ação ou omissão de uma autoridade em particular, mas em verdade revela a presença de um problema estrutural e uma omissão reiterada dos poderes políticos em buscar soluções para a questão, acompanhada de uma delegação ilimitada do Executivo ao Legislativo e do Legislativo ao Executivo; e 3) a substituição dos mecanismos de reforma constitucional e do próprio Poder Constituinte pela Justiça constitucional.⁵³

Outro ponto a ser analisado para verificar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional é examinar a seguinte hipótese: se todos os afetados com a inércia do poder público em conferir efetividade à dimensão objetiva dos direitos fundamentais ingressassem com ação judicial reivindicando subjetivamente o acesso a esses direitos, haveria um congestionamento do Judiciário, evidenciando, portanto, a necessidade de atingimento de uma coletividade para que esse instituto possa ser declarado.⁵⁴

O primeiro caso de declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu na Sentencia de Unificación (SU) nº 559 de 1997.⁵⁵ O caso envolveu 45 (quarenta e cinco) professores da rede municipal, os quais ingressaram na Corte Constitucional de forma individual, cada um empreendendo uma ação de tutela. Na referida situação, os docentes contribuíram por anos com desconto de 5% (cinco por cento) em seus subsídios para um fundo previdenciário, mas não foram filiados ao referido fundo pelos agentes municipais. Assim, não obstante tenham realizado a contribuição, não receberam a contraprestação de gozo dos direitos sociais de saúde e seguridade social. Reconhecendo a complexidade da situação, tendo em vista que se estendia por diversos Estados do país, a Corte Constitucional

⁵³ CORREDOR, Román J. Duque. **Estado de derecho y de justicia**: desviaciones y manipulaciones. El estado de cosas inconstitucional. Provincia, núm. Esp, 2006, p. 341-360, p. 344.

⁵⁴ ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law: Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 383.

⁵⁵ COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº 559 de 1997**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 01 maio 2016.

colombiana assegurou a filiação específica dos demandantes ao fundo previdenciário, determinando também que os municípios que estivessem em situação similar corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável.

Ademais, é claro que a Corte Constitucional poderia ter se limitado a declarar a violação aos direitos de tais professores na perspectiva de desrespeito à sua dimensão subjetiva. O Judiciário, entretanto, resolveu ir além, mediante a identificação das raízes do problema, afirmando que as situações apresentadas pelas inúmeras ações de tutela sobre o mesmo assunto revelavam a existência de uma execução desordenada e irracional da política educativa.⁵⁶ A seguir, a Corte passou a enfrentar um problema de ordem processual. Afinal, como atribuir efeitos gerais a uma decisão proferida dentro de um instrumento jurídico (as ações de tutela) que foi desenhado para amparar situações individuais e concretas e que, portanto, se limitavam às partes processuais?

Para conferir efeitos gerais à decisão, a Corte se baseou no Artigo 113 da Constituição, o qual consagra o dever de colaboração harmônica entre os diversos ramos do Poder Público, tornando-se, portanto, dever do Judiciário notificar as demais autoridades públicas acerca da existência de práticas que estavam acarretando a violação dos comandos constitucionais. O segundo argumento utilizado pela Corte foi de cunho econômico, afinal, seria bem menos custoso conferir um provimento judicial que abarcasse múltiplas situações a julgar de forma individual cada uma das ações de tutela individualmente ajuizadas.⁵⁷

Outro argumento encontra-se na teoria dos mandatos de otimização.⁵⁸ Ora, se os direitos fundamentais apresentam natureza jurídica de princípios, entende-se que esses devem ser concretizados na maior medida possível, desde que se considerem as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Assim, os deveres de proteção não advêm apenas do dever de regulamentação do legislador, mas se revelam enquanto dever de todos os poderes constitucionais, de forma que todas as autoridades públicas detêm responsabilidade em assegurar a efetiva obtenção dos direitos e liberdades fundamentais.⁵⁹

⁵⁶VARGAS 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. 213.

⁵⁷VARGAS 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, p. 203-228, 2003, p. 214.

⁵⁸ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**, trad. del alemán de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 440.

⁵⁹TOLE MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, julio-diciembre, 2006, p. 253-316, p. 287.

Acredita-se que o Estado de Coisas Inconstitucional teve origem na Colômbia em razão da organização constitucional do país, o qual contava apenas com ações de tutela dos direitos individuais, cujos efeitos eram apenas *inter partes*, o que fez surgir a necessidade de criação de um instituto que pudesse alcançar a uma coletividade e não apenas àqueles que ingressassem judicialmente, a fim de conferir concretude aos dispositivos da recente constituição social e democrática do país. Nesse ponto já é possível destacar algumas semelhanças entre a sentença estrutural proferida no caso *Brown* e as sentenças estruturais advindas da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional. Nas duas situações, a Corte conferiu efeitos *erga omnes* a demandas ajuizadas por particulares.

A questão, portanto, como afirma Bobbio,⁶⁰ não está em definir quantos e quais são os direitos fundamentais, mas sim estabelecer qual é o mais seguro para garantir seu cumprimento, a fim de que não se tornem meras declarações solenes, a serem reiteradamente violadas. A tradição colombiana elegeu como meio de conferir efetividade a tais direitos a instituição do Estado de Coisas Inconstitucional, mediante o surgimento de um Judiciário enquanto instância superior que exerce controle sobre a atuação do Legislativo, do Executivo e da própria jurisdição ordinária.⁶¹

Assim, ao mesmo tempo em que realiza a interpretação constitucional, os juízes da Corte colombiana tornam-se responsáveis por, também, elaborar subnormas direcionadas ao Poder Legislativo e à própria Administração. Conforme afirma Giancarlo Rolla,⁶² o Tribunal Constitucional não é apenas um juiz, mas, também, um criador de normas jurídicas, na medida em que as decisões com declaração de Estado de Coisas Inconstitucional ganham efeito *erga omnes*, e a declaração de omissões inconstitucionais não normativas possibilita o surgimento de comandos extraídos da mesma disposição.

Cesar Rodriguez Garavito e Diana Franco⁶³ aduzem que as sentenças estruturais, produzidas em razão da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, apresentam efeitos diretos e indiretos, os quais poderão ser ainda instrumentais ou simbólicos. Os efeitos diretos são aqueles que atingem os indivíduos diretamente envolvidos no caso, ao passo que os

⁶⁰BOBBIO, Norberto, **Les fondements des droit de L'homme**. Actes des entretiens de L'Aquila, 14-19 de septiembre de 1964, Firenze, La Nuova Italia, Institut International de Philosophie, 1966, p. 5.

⁶¹JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 306.

⁶²ROLLA, Giancarlo. **El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo**. Ponencia para el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002, p. 04.

⁶³GARAVITO, 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.

indiretos expandem seus efeitos a terceiros que não estejam envolvidos na situação. Os efeitos instrumentais, por sua vez, são os que acarretam modificações materiais nas condutas dos indivíduos e são caracterizados pelas ordens judiciais proferidas nas referidas sentenças, já as modificações simbólicas são aquelas relacionadas a alterações na ideologia, nas ideias e nas percepções do imaginário social.

Após a primeira manifestação do Estado de Coisas Inconstitucional, em 1997, esse instituto foi declarado em várias outras decisões da Corte Constitucional, as quais apresentaram características distintas entre si, ora com maiores efeitos instrumentais, ora com mais efeitos simbólicos, o que varia conforme o posicionamento adotado pela Corte em cada uma delas, emitindo-se ordens mais detalhadas e rígidas aos poderes políticos ou portando-se de forma mais dialógica. Frisa-se que, por ser uma criação judicial, na sua primeira manifestação, em 1997, os critérios definidores do ECI não restaram bem esclarecidos. Essas definições foram sendo aprimoradas à medida que a Corte declarava a existência do ECI sobre outras situações fáticas.

Nesse sentido, passar-se-á à análise de outros dois casos em que houve a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, a fim de evidenciar a transformação das características do ECI, o que contribuiu, inclusive, para a criação do chamado “novo ativismo judicial”.⁶⁴

Carlos Alexandre de Azevedo Campos fala da existência de dois ciclos desse instituto, portanto as duas próximas decisões da Corte Colombiana a serem analisadas referem-se a cada ciclo. Para representar a primeira fase, a qual, segundo o autor, teve duração dos anos de 1997 até 2003, escolheu-se a T-153 de 1998,⁶⁵ em que a Corte Constitucional Colombiana (CCC) declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional sobre o

⁶⁴O novo ativismo judicial se caracteriza em razão da existência de situações em que se verificam recorrentes bloqueios institucionais, os quais impedem a concretização dos direitos. Assim, “o Judiciário ainda que não seja a instância ideal ou apresente todas as ferramentas para realizar a tarefa, aparece como o único órgão estatal com independência e poder de agitação consideráveis. Em suma, se o ativismo judicial opera nas circunstâncias e através dos mecanismos apropriados, seus efeitos, em vez de serem antidemocráticos, são promotores da democracia”. (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. 39). Nesse mesmo sentido é a percepção de Sabel e Simon, os quais sistematizaram os requisitos a serem verificados quando se está diante de casos em que se faz necessário o proferimento de decisões estruturais, quais sejam: 1) situação de falha generalizada na prestação de políticas públicas e violações reiteradas e maciças a direitos, e 2) bloqueio do processo político ou institucional, o qual parece imune aos mecanismos de ajuste convencional e correção de políticas públicas (SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. *Destabilization rights: How public law litigation succeeds*. **Harvard Law Review Association**, Cambridge, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004., p. 1062).

⁶⁵COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº T-153 de 1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 07 out. 2018.

sistema penitenciário nacional, decisão que foi ineficaz, em razão da postura assumida pela Corte de estabelecer com rigidez as medidas a serem tomadas pelos poderes políticos.⁶⁶

Enquanto exemplo da segunda fase do ECI na Colômbia, iniciada em 2004, elegeu-se a decisão T-025 de 2004,⁶⁷ a qual deu início ao período de maior eficácia do instituto, uma vez que a Corte definiu mecanismos expressos de fiscalização das decisões, garantindo seu cumprimento, estabelecendo ordens flexíveis, além de ter compilado critérios para verificar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, evitando sua banalização. No que concerne à T-153 de 1998, houve a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional sobre as situações desumanas e de violação massiva aos direitos fundamentais dos presidiários. Inicialmente, as ações de tutela foram propostas com fulcro na situação nas penitenciárias de Bogotá e de Bellavista de Medellín, mas a Corte, por meio de estudos empíricos, verificou que essa era uma realidade que se espalhava por todo o território nacional, e por isso cabia a declaração do ECI, uma vez que a situação revelava a existência de bloqueios institucionais.

Assim, com a sentença T-153 de 1998, e buscando superar as omissões inconstitucionais não normativas, a Corte exarou uma série de determinações às mais diversas instituições de país, determinando inclusive a reformulação das políticas penitenciárias, bem como determinando a reorganização das disposições orçamentárias.⁶⁸

A doutrina^{69 70} elucida que a decisão em análise não conseguiu produzir os resultados esperados, consistindo em uma das grandes decepções do sistema constitucional colombiano. Atribui-se a baixa eficiência em razão de a Corte ter exarado decisões detalhadas e rígidas, sem qualquer participação dos poderes políticos, além da ausência de fixação de mecanismos viáveis e eficazes de fiscalização dos dispositivos da sentença. Outro problema verificado está na fixação de remédios estruturais que não alcançavam o cerne do problema.

Libardo José Ariza⁷¹ dispõe que em momento algum a intervenção judicial empreendeu discussões acerca de por qual razão os níveis de encarceramento são tão elevados

⁶⁶CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 167.

⁶⁷COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº T-025 de 2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 07 out. 2018.

⁶⁸CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 133.

⁶⁹FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. **Judicial Policymaking and the Modern State: How Courts Reformed America's Prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

⁷⁰GARAVITO, 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.

⁷¹ARIZA, 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**

na Colômbia, ou por que o melhor mecanismo para a redução da criminalidade estaria em direcionar os condenados a estabelecimentos com situações humanas degradantes ou ainda por que reformar os presídios seria a medida estrutural mais eficiente, considerando que os níveis de encarceramento não param de crescer. A ausência de discussão desses aspectos revela a tendência que a decisão tinha ao fracasso, considerando que as raízes do problema não haviam sido enfrentadas, assim como ocorreu no caso *Brown*.

Nesse sentido, o autor⁷² continua afirmando que se os problemas com os altos níveis de encarceramento revelam desafios históricos, então a solução indubitavelmente passaria por tais elementos. Ora, se a pretensão estava em superar bloqueios institucionais para garantir os direitos fundamentais dos presidiários, esperava-se que as soluções razoáveis estariam em propor a modernização da burocracia prisional, ampliação na aplicação de penas restritivas de direitos em detrimento das penas restritivas de liberdade, por exemplo.

Acreditar, portanto, que toda a questão seria solucionada, e os direitos dos presidiários seriam respeitados mediante a realização de reformas nos estabelecimentos penitenciários, com melhorias na estrutura administrativa e o consequente aumento no número de vagas é uma falácia, já que as questões básicas e cruciais não estão sendo enfrentadas, posto que de origens históricas e políticas. A decisão em análise provocou, em verdade, um enrijecimento da política carcerária, com o desenvolvimento do documento “*General Program to Comply with Constitutional Court Ruling T-153 of April 28, 1998*” pelo INPEC (Instituto Nacional de Penitenciárias e Prisões),⁷³ o qual dispôs sobre a criação de módulos prisionais pré-fabricados para cerca de 2.000 (dois mil) presos, bem como a construção de três complexos carcerários, os quais seriam responsáveis por criar mais 5.600 (cinco mil e seiscentos) novos espaços.

É claro que a ampliação no número de vagas contribui para a redução da superlotação e proporciona uma melhoria na qualidade de vida dos encarcerados, entretanto, a construção de presídios modernos e eficientes com uma burocracia interna e rígida apenas contribui na alteração de quais direitos fundamentais serão violados. Se na falta de espaço

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

⁷²ARIZA, 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. 152.

⁷³ARIZA, 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.

transgrediam-se os direitos à intimidade e à saúde, por exemplo, com a construção de estabelecimentos mais rígidos, passa-se a restringir os direitos a visitas íntimas, penas por mau comportamento passam a ser mais severas, dentre outros aspectos. A ineficiência da referida decisão resta ainda consignada no fato de que um Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado em outras duas oportunidades, quais sejam: a T-338 de 2013, e a T- 762, de 2015, ressaltando que falhas estruturais no sistema penitenciário continuam a existir.

Os pontos analisados evidenciam mais semelhanças com o caso *Brown*. Afinal, o não enfrentamento das questões de fundo produzem medidas que não serão capazes de solucioná-lo, gerando ineficiência do provimento judicial, e conseqüentemente, um sentimento de descrédito na instituição. A sentença T-25 de 2004, por sua vez, exibiu características bem distintas do provimento anteriormente apresentado. Nela ficaram sistematizados dez critérios os quais a Corte deveria observar antes de declarar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais, 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.⁷⁴

Tem-se, portanto, que pela primeira vez ocorreu uma sistematização acerca dos critérios para que uma intervenção judicial mais minuciosa, com a propositura de remédios estruturais, fosse possível. Até então, a Corte declarava o Estado de Coisas Inconstitucional ao seu alvedrio, sem a fixação de critérios prévios, o que acarretou na banalização do instituto em sua fase inicial (de 1997 a 2003), com sua aplicação em casos de somenos importância.

Apesar de a T-25 de 2004 ter fixado tais critérios, a sentença não trouxe maiores elucubrações para definir se seriam cumulativos, de modo que todos os dez pontos tivessem que ser identificados para ser possível a declaração do ECI ou se bastava a presença de alguns deles para que declaração fosse possível. Nesse ponto, concorda-se com o posicionamento de César Rodríguez Garavito,⁷⁵ segundo o qual o instrumento do Estado de Coisas

⁷⁴ CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y justicia**: desviaciones y manipulaciones. El Estado de cosas inconstitucional, Provincia Especial, 2006, p. 343-344.

⁷⁵GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas

Inconstitucional deve ser compreendido enquanto uma medida excepcional de proteção aos direitos, e por isso todos os requisitos fixados na sentença T-25 de 2004 devem ser observados conjuntamente, de forma que se um deles não estiver presente no caso em concreto, então o ECI não procede.

O Estado de Coisas Inconstitucional enquanto fundamento de sentença estrutural, viabilizando a intervenção do Judiciário nas escolhas políticas para garantir efetividade aos direitos fundamentais violados, demonstra que por vezes a intervenção judicial sobre a esfera política se faz necessária, a fim de garantir uma redução nas próprias falhas do sistema democrático. A norma e a política pública individualmente consideradas muitas vezes não são suficientes para garantir a realização dos direitos, o que enseja o aparecimento das omissões inconstitucionais e a consequente necessidade de implantação de remédios estruturais para superar os bloqueios institucionais. Essa intervenção judicial, entretanto, deve ser aplicada apenas em situações extremas, para que não haja um agigantamento desmedido do Judiciário, com graves repercussões no equilíbrio dos poderes ou, ainda, ocorra um enfraquecimento institucional com a elaboração de decisões ineficientes, ilegítimas e antidemocráticas.⁷⁶

A sentença T-25 de 2004, mediante a fixação de critérios, os quais, conforme se observa, não detêm elevado grau de objetividade, mas expressam pressupostos básicos do instituto, conferindo certo nível de segurança para apreciar se determinada situação poderá ou não estar sujeita aos efeitos do Estado de Coisas Inconstitucional, acaba por demonstrar uma fase de amadurecimento da Corte em face dos limites das sentenças estruturais. Nesse julgado apreciou-se o caso dos deslocados internos. Em razão dos prolongados conflitos civis na Colômbia, o país passou a contar com um grande número de deslocados internos. Tais indivíduos são caracterizados como aquelas pessoas que em razão das guerrilhas e dos conflitos armados viram-se forçadas a sair de suas residências, mas não ultrapassaram as fronteiras do país, permanecendo em território colombiano. Em 2015, a Colômbia era o país com o maior número de deslocados, com 6,9 milhões de pessoas, o que correspondia a cerca de 14% da população nacional.⁷⁷

A questão dos deslocados internos produz uma série de problemas, sobretudo se considerarmos que em regra esses indivíduos se deslocam para os bairros mais pobres das

inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento**: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-492, p. 446.

⁷⁶CELIS, Andrés. Política pública y derecho. Reflexiones sobre los alcances de los fallos de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de la población desplazada. In: BELLO, Martha Nubia; MARTÍNEZ, Marta Inés Villa. **El desplazamiento en Colombia**: Regiones, ciudades y políticas públicas. Bogotá: Pregón Ltda., 2005. p. 389-420, p. 393-394.

⁷⁷ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law**: Leading Cases. New York: Oxford University Press, 2017, p. 178.

grandes cidades, residências são abandonadas, e os níveis de marginalização são ampliados, o que gera um aumento no número de indivíduos que necessitam receber assistência estatal, tornando-se necessária a criação de uma política pública exclusiva para tais indivíduos, o que foi, inclusive, regulamentado pela Lei nº 387 de 1997. Ocorre que as ações de tutela que vinham sendo direcionadas à Corte revelavam uma situação de descaso por parte das autoridades públicas, as quais forneciam as mais variadas respostas aos demandantes de impossibilidade a efetivação do dever de proteção estabelecida na política pública supracitada. Tais respostas iam desde a alegação de que a entidade não era competente porque ela só teria funções de coordenação, ou ainda que não havia disponibilidade orçamentária, que a ajuda humanitária teria duração limitada de apenas três meses e excepcionalmente poderia ser prorrogada por outros três, ou que houve um erro no pedido de auxílio assistencial ou que o programa de assistência à habitação foi suspenso por falta de disponibilidade de orçamento.⁷⁸

Em meados de 2004, entretanto, a Corte passou a receber um elevado número de pedidos de tutelas de deslocados internos, os quais reclamavam por uma ampliação das políticas a eles destinadas, acompanhado do desenvolvimento de políticas mais eficientes, bem como o reconhecimento de seu *status* para que pudessem receber os serviços assistenciais. Estima-se que nesse período tenham-se ajuizado cerca de 108 (cento e oito) pedidos de tutela, os quais se direcionavam às mais variadas autoridades. Assim, diante da violação massiva e reiterada aos direitos de tais indivíduos, a Corte viu-se compelida a declarar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional⁷⁹ sobre a situação dos deslocados internos.

A proteção reivindicada não era apenas para as vítimas dos deslocamentos, mas também para todos aqueles que tiveram seus imóveis invadidos pelos deslocados ou que se viram forçados a vendê-los a valores bem abaixo daqueles praticados no mercado, para garantir que as vítimas tivessem o mínimo de dignidade. Por isso, a intervenção judicial fazia-se necessária, já que se buscava garantir que as distorções do sistema democrático, com a eminente fixação das prioridades políticas pela minoria mais influente, fossem readequadas em consonância com as necessidades sociais.⁸⁰

⁷⁸GARAVITO, 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 del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 14-37, p. 26.

⁷⁹ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. **Colombian Constitutional Law: Leading Cases**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 179.

⁸⁰CELIS, Andrés. Política pública y derecho. Reflexiones sobre los alcances de los fallos de la Corte

Frise-se que antes da Sentença T-25 de 2004, a Corte Constitucional havia proferido cerca de 17 (dezessete) sentenças sobre a situação dos deslocados internos. Nos primeiros provimentos judiciais, dirigiram-se ordens a autoridades específicas, e os comandos evidenciavam transgressão a direitos individuais. Com o passar do tempo foi que as intervenções judiciais tiveram seu espaço ampliado, passando a elaborar sentenças cujos comandos eram direcionados a toda a população deslocada, iniciando o movimento de estabelecer conceitos essenciais à identificação de indivíduos em situações de deslocamento, bem como pontuações de como constatar que a situação de vulnerabilidade em razão do deslocamento forçado havia se encerrado. Dentre os principais conceitos trabalhados, tem-se: superação da condição de deslocado, reparação, vulnerabilidade e princípio da não regressividade.⁸¹

Impende consignar que diferentemente dos casos anteriormente analisados, em que as omissões inconstitucionais não normativas advinham da inércia do Estado, na situação em questão, a violação aos direitos fundamentais foi acarretada pela ação de grupos armados internos e ilegais. Entretanto, em razão da norma prescrita no Artigo 2º da Constituição Colombiana,⁸² o Estado apresenta o dever de proteger adequadamente esses indivíduos, e por isso a intervenção judicial seria devida. Para o estabelecimento dos remédios estruturais, a Corte identificou a existência de dois problemas principais que estariam a impedir uma efetiva prestação dos serviços voltados aos deslocados internos: 1) capacidade institucional limitada para implementar as políticas já previstas e 2) orçamento insuficiente.

Assim, para realizar a superação dos entraves diagnosticados, a Corte propôs modificações em todas as fases do ciclo da política pública, sem fixar medidas, mas impondo que os poderes competentes exercessem as medidas que lhes eram cabíveis, impondo apenas que um novo marco regulatório para as políticas voltadas aos deslocados internos fosse elaborado, bem como que houvesse uma priorização no orçamento ao financiamento dessas políticas.

Constitucional en materia de protección de los derechos de la población desplazada. In: BELLO, Martha Nubia; MARTÍNEZ, Marta Inés Villa. **El desplazamiento en Colombia**: Regiones, ciudades y políticas públicas. Bogotá: Pregón Ltda., 2005. p. 389-420, p. 396.

⁸¹GARAVITO, 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 del desplazamiento**: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 14-37, p. 25.

⁸² Os objetivos essenciais do Estado são (...) garantir a eficácia dos princípios, direitos e deveres estipulados pela Constituição (...) e garantir a coexistência pacífica. As autoridades da República estão estabelecidas para proteger todos os indivíduos que residem na Colômbia, sua vida, honra, propriedade, crenças e outros direitos e liberdades, e para garantir a cumprimento dos deveres sociais do Estado (Tradução nossa).

Acredita-se que o diferencial dessa decisão não está em ter traçado parâmetros para identificar quando se está ou não diante de um Estado de Coisas Inconstitucional, aliado à forma como a Corte cuidou de sua implantação, monitorando de forma contínua a execução das ordens traçadas. No período de dez anos foram realizadas mais de vinte audiências públicas, com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil. Outro mecanismo de fiscalização do cumprimento da decisão foram os chamados autos, os quais consistiam em espécie de comunicação entre o Judiciário e os demais poderes para esclarecer as medidas que vinham sendo tomadas, solicitar informações ou ações concretas do Legislativo e do Executivo, fixar datas de audiências públicas, dentre outras comunicações.⁸³

Apesar de a Corte Constitucional colombiana ter avançado significativamente no sentido de indicar os critérios necessários à identificação de um ECI, não existiram discussões acerca dos parâmetros para assinalar quando o estado de violação massiva e estrutural aos direitos fundamentais de certo grupo foi superado, ou seja, sabe-se como detectar uma situação de Estado de Coisas Inconstitucional, mas não se sabe definir quando chegou ao fim. Garavito⁸⁴ propõe que os mesmos critérios utilizados para reconhecer a existência de um ECI sejam empregados para avaliar a sua superação, mediante a elaboração de relatórios minuciosos e detalhados sobre o caso. Na primeira fase do ECI, a Corte não se preocupou em fixar parâmetros para avaliar se e a partir de que momento o Estado de Coisas Inconstitucional havia sido superado, o que também contribuiu para a elaboração de decisões com baixa efetividade, já que os remédios estruturais eram propostos, mas não existiam estudos a fim de avaliar se estariam produzindo os resultados esperados.

Nesse ponto evidenciam-se as distinções entre as sentenças estruturais mediante a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e àquela proferida no caso *Brown*. Neste não existiram discussões acerca de quais critérios deveriam se fazer presentes para ser possível a intervenção do Judiciário mediante a propositura de remédios estruturais; naquele, por sua vez, com o passar do tempo e a conseqüente evolução do instituto, passou-se a ter definição de critérios para ser possível a intervenção judicial mais ampla, e a doutrina iniciou as discussões de como evidenciar a superação das falhas sistêmicas e estruturais na efetivação dos direitos fundamentais, avaliando a eficácia da decisão.

⁸³ 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.

⁸⁴GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-492, p. 449.

Outra distinção entre os dois modelos de sentenças estruturais, até então discutidos, está na adoção de mecanismos de fiscalização no cumprimento da decisão. Atribui-se o elevado grau de efetividade da sentença T-25 de 2004 pelo fato de ter tido sua execução periodicamente acompanhada pela Corte, cujas ordens, destaca-se, não foram elaboradas de forma isolada pelo Judiciário, mas contaram com a participação dos poderes políticos competentes e da própria sociedade civil para serem designadas. Cerca de quarenta anos separam os dois modelos de sentenças estruturais analisadas (o caso *Brown* e a primeira manifestação do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, em 1997), evidenciando que não obstante o curto lapso temporal, os mecanismos de intervenção judicial sobre políticas avançaram significativamente, com a adoção de instrumentos que possibilitavam conferir-lhes maior efetividade.

Nessa mesma toada, cumpre ainda analisar outra expressão de sentenças estruturais: o chamado compromisso significativo. Desenvolvido pela Corte Constitucional sul-africana, o compromisso significativo tem o fim de bem compreender os contextos sociais e políticos que inspiram o surgimento de sentenças estruturais nesse país. Embora não constituam o mecanismo mais comum para o enfrentamento das omissões inconstitucionais não normativas, por se tratar de medidas que são “custosas, requerem tempo, demandam uma quantidade de aptidões jurídicas e políticas por parte dos juízes e só parecem funcionar bem em certos contextos políticos”,⁸⁵ as sentenças estruturais não deixam de ser uma forte tendência que vem ganhando força em razão das contínuas decisões com tais características nos mais diversos países.

2.4 Sentenças Estruturais na África do Sul: o Compromisso Significativo

A Corte Constitucional na África do Sul, nos moldes em que se conhece atualmente, foi instituída em 1994, por meio da Constituição de transição, a qual possibilitou a superação de uma ordem constitucional voltada à minoria racial branca para uma democracia desvinculada de critério racial, pós-*apartheid*, em que os direitos assegurados seriam voltados a todos. O próprio preâmbulo do novo texto constitucional elucida que os objetivos da nova democracia consistem em abolir as divisões do passado, estabelecer uma sociedade baseada em valores democráticos, na justiça social e nos direitos humanos

⁸⁵ LANDAU, David. **Derechos sociales e limites a la reforma constitucional**: la influencia de la Corte Constitucional en el derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 407.

fundamentais e que seja capaz de melhorar a qualidade de vida de cada indivíduo, libertando seus potenciais, além de buscar construir uma nação unida e democrática.⁸⁶

Atribui-se a construção da legitimidade da Suprema Corte sul-africana ao fato de esta gozar de elevados níveis de estabilidade. Em 2003, oito dos onze juízes que a compunham originalmente eram os mesmos. Os três magistrados que se afastaram o fizeram devido a problemas de saúde, o que contribuiu para o surgimento de uma relação de estreita confiança entre o Judiciário e os poderes políticos, já que a Corte construiu uma identidade própria, de forma que seus pronunciamentos revelavam de fato o posicionamento do tribunal de forma homogênea, e não de cada juiz, individualmente considerado.⁸⁷

Outra curiosidade acerca da Suprema Corte sul-africana que deve ser considerada é que comparativamente a outros sistemas semelhantes, ela decide um pequeno número de casos por ano, cerca de 20 a 30. Por isso viu-se compelida a desenvolver mecanismos de decisão que resultassem em provimentos efetivos, não se fazendo necessário que tivesse que novamente decidir uma questão já judicializada.

Assim, não intervir diretamente em decisões políticas foi uma das principais posturas adotadas.⁸⁸ Constata-se, portanto, que, diferentemente do modelo indiano, em que cada carta ou matéria de jornal narrando situações de violação a direitos fundamentais era mecanismo suficiente para dar entrada em uma ação judicial, a Suprema Corte sul-africana apresentava critérios restritos de acesso, de forma que para uma demanda ser de competência originária da Suprema Corte, ela deveria estar inserida em três critérios e de forma concomitante: tratar de circunstâncias excepcionais, deter urgência e ser de relevância social. Recentemente, a Corte inseriu mais duas restrições de acesso: demonstração de exaurimento de todos os remédios e procedimentos disponíveis e substancial chance de provimento da demanda, com base no mérito da questão.⁸⁹

⁸⁶ No original: *We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to - Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law; Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations.*

⁸⁷ROUX, 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.

⁸⁸ROUX, 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.

⁸⁹DUGARD, 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.

Pelo exposto, Jackie Dugard⁹⁰ afirma que a Corte Constitucional sul-africana não foi capaz de conferir maior expressividade às camadas mais pobres, tendo em vista as dificuldades de acesso e os próprios obstáculos jurisprudenciais de ajuizamento de ações. Nesse sentido, o autor dispõe que a Corte ainda tem um grande caminho a percorrer se pretende assumir o papel de veículo de transformação social.

Assim, para melhor compreender a atuação da Corte nos casos em que se fazia necessária a melhoria na prestação de determinado serviço público e, conseqüentemente, deveria intervir na política pública, analisar-se-á o caso *Olivia Road v. Cidade de Johannesburg*.⁹¹ Em 19 de fevereiro de 2008, a Corte Constitucional sul-africana proferiu uma importante decisão sobre o direito de moradia. Nessa situação, a Cidade de Johannesburg estava desenvolvendo um projeto de regeneração urbana, o qual envolvia a intervenção da municipalidade sobre edifícios em más condições estruturais, o que, inexoravelmente, acarretaria o despejo de inúmeros residentes de comunidades informais na cidade que se alojavam em tais estruturas. Assim, esses indivíduos ajuizaram preventivamente a referida ação, com o fito de garantir que o direito à moradia adequada e digna lhes seria assegurado, ainda que o despejo se efetivasse. Ao invés de impor a realização de política pública habitacional pelo Executivo, a Corte determinou a efetivação de um compromisso entre os poderes políticos e os habitantes da comunidade a ser despejada. O referido compromisso deveria ser oriundo de um engajamento do Executivo, ao qual caberia consultar as populações afetadas e assim reformular a política pública habitacional com base nas necessidades mais urgentes dessa comunidade. Essa decisão inaugura um importante mecanismo para a efetivação dos direitos socioeconômicos, além de limitar a intervenção judicial na seara política.⁹²

A referida decisão da Suprema Corte teve por base o direito à moradia, disposto na seção 26⁹³ do texto constitucional sul-africano, e os argumentos utilizados no caso

Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the Poor?. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 107-126, p. 111.

⁹⁰ DUGARD, Jackie. Courts and Structural Poverty in South Africa: To What Extent Has the Constitutional Court Expanded Access and Remedies to the Poor?. 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. 293-328, p. 298.

⁹¹ CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg**. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

⁹² 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).

⁹³ 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

“*Governo da África do Sul v Grootboom*”⁹⁴ Nesse caso, cerca de 900 (novecentos) indivíduos haviam estruturado um conjunto habitacional em propriedade privada na Cidade de Cape Town. O proprietário do terreno ocupado ajuizou uma ação de despejo, ficando consignado que os ocupadores deveriam liberar o terreno em 15 de maio de 1999. Nesse sentido, um dos despejados, o Sr. Grootboom, em nome da comunidade, interpôs uma demanda judicial junto à Suprema Corte, alegando que o direito à moradia digna de adultos e crianças havia sido violado. Então, no inverno de junho, cerca de quinze dias após a tentativa de cumprimento da ordem de despejo, um dos juízes da Suprema Corte visitou o local ocupado pela comunidade e determinou que o Executivo permitisse que pelo menos um dos responsáveis de cada criança permanecesse no assentamento junto com elas, até que novas moradias fossem disponibilizadas. No tocante à política pública habitacional, a Corte consignou que os mais diversos programas, nas várias esferas governamentais, estavam sendo implementados, entretanto, como o direito à moradia só se constitucionalizou em fevereiro de 1997, ainda não teria tido tempo suficiente para que toda a crise habitacional houvesse sido solucionada.⁹⁵

Passados cinco meses da visita do juiz à comunidade de Grootboom, nada havia mudado. A Corte Constitucional determinou, portanto, que não obstante as alegações do poder público de que o atendimento às necessidades específicas dessa comunidade ensejaria uma redução no já apertado orçamento da política habitacional de médio e longo prazo, os programas habitacionais não poderiam se basear apenas em planos com longas metas, mas que também deveriam voltar-se para situações de crise, em que providências imediatas seriam tomadas, para garantir observância ao mínimo existencial de tais direitos. Em tal julgamento, a Corte não prescreveu remédios estruturais minuciosos, mas apenas consignou o dever do poder público em enfrentar imediatamente a situação de crise.⁹⁶

Liebenberg⁹⁷ afirma que o marco histórico do caso Grootboom foi evidenciar que o Estado encontra-se constitucionalmente obrigado a assistir indivíduos que estão em situações de crise ou sobre condições de vida intoleráveis. Assim, a política habitacional

the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.

⁹⁴ CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. **Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others**. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

⁹⁵HUCHZERMEYER, Marie. **Housing rights in South Africa: Invasions, evictions, the media, and the courts in the cases of Grootboom, Alexandra, and Bredell**. Urban Forum, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 80-107, jan. 2003. Springer Nature.

⁹⁶HUCHZERMEYER, Marie. **Housing rights in South Africa: Invasions, evictions, the media, and the courts in the cases of Grootboom, Alexandra, and Bredell**. Urban Forum, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 80-107, jan. 2003. Springer Nature.

⁹⁷ 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, p. 257.

deveria obrigatoriamente voltar-se ao desenvolvimento de medidas emergenciais, ainda que temporárias, para aqueles que estivessem vivendo sob as piores condições sociais. Nesse sentido, a Corte declarou a inconstitucionalidade da política habitacional que vinha sendo desenvolvida até então, mas em momento algum interferiu na discricionariedade da administração pública. Percebe-se, portanto, a clara influência do caso Grootboom sobre a demanda dos ocupantes da Rodovia Olívia. Em ambas as situações, a Suprema Corte declarou a ineficiência da política prestada e fixou a necessidade de que houvesse intensificação na atuação da administração para situações emergenciais, entretanto não estabeleceu qualquer ordem específica ou como a política pública deveria funcionar, o que revela que a intervenção judicial na África do Sul tem ocorrido de forma restritiva.

No desenvolvimento da teoria do compromisso significativo, a Corte assume um papel diferenciado na efetivação dos direitos sociais, impondo obrigações indiretas sobre o Executivo, o qual se torna condicionado a remodelar a política pública para atender os requisitos dispostos no compromisso assumido com os setores da sociedade civil. Assim, ao invés de iniciar discussões entre o Judiciário e o Executivo, em que cada um dos poderes fixa uma determinada interpretação dos conteúdos e limites do direito à moradia, a prática do compromisso significativo dispõe que a administração deve ser mais atenta à efetivação do direito à habitação, com o desenvolvimento de planos e projetos voltados a situações de crise. Então, a municipalidade passa a ter percepção de que quando for estabelecer novas políticas habitacionais, os grupos por elas atingidos deverão ser consultados,⁹⁸ ampliando a participação cidadã no processo de tomada de decisões. Para além de um diálogo institucional entre a Corte e a Administração Pública, o compromisso significativo possibilita a interação entre organismos da sociedade civil, como as ONGS, cidadãos e governo.

É preciso esclarecer que o compromisso significativo ocorre mediante a efetiva oitiva e consideração das reivindicações da comunidade afetada, ou seja, não se trata de uma imposição unilateral da Administração Pública. O compromisso ocorre quando governo e comunidades escutam-se mutuamente, construindo, portanto, um espaço neutro em que as discussões podem ocorrer livremente, a fim de que um ponto comum seja alcançado. Nesse sentido, para bem funcionar, o compromisso significativo deve considerar as comunidades envolvidas como partes integrantes do processo de construção da decisão a ser tomada. Por

⁹⁸RAY, 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, p. 711.

isso, não se entende como compromisso significativo quando o governo encontra as comunidades apenas para persuadi-las em aceitar a decisão já tomada pelo poder público.⁹⁹

Ressalta-se, ainda, que o compromisso significativo não pode ser compreendido como mera consulta às populações atingidas pela atuação estatal. Afinal, na consulta, as comunidades são ouvidas, mas não há qualquer garantia de que seus pontos de vista serão incorporados à decisão final (semelhante ao que ocorre nas audiências públicas no Brasil). No compromisso, por sua vez, há o dever de as partes empreenderem a decisão conjuntamente.¹⁰⁰

Impende esclarecer que o termo “compromisso significativo” não aparece no texto constitucional, mas é uma prática compatível com o ordenamento sul-africano, na medida em que há vários dispositivos que determinam a participação popular na elaboração de políticas públicas, como a seção 152,¹⁰¹ que descreve o dever das organizações sociais e dos próprios cidadãos de serem envolvidos na resolução de problemas locais, ou ainda a seção 26, a qual dispõe que a atuação estatal sobre as políticas habitacionais devem ser razoáveis e que as ordens de despejo apenas podem se perfectibilizar após a autorização da Corte, em que todos os elementos relevantes sobre o direito à moradia digna sejam considerados. Ademais, as seções 3 e 4 do *Promotion of Administrative Justice de 2000* (PAJA)¹⁰² regulamentam o procedimento do compromisso significativo.

Apesar do aparente avanço do modelo do compromisso significativo, como uma possível alternativa aos entraves do ativismo judicial, há de considerar que essa forma de atuação da Suprema Corte não foi capaz de impulsionar de forma mais contundente a transformação social. Pesquisas demonstram que do período de 1994, quando a Constituição democrática emergiu, a 2012, a desigualdade social foi significativamente ampliada, sobretudo no aspecto racial, em que negros permanecem ganhando bem menos que brancos, e os índices de desemprego na comunidade negra são bem mais elevados.¹⁰³ Nesse sentido, deve-se avaliar que os litígios envolvendo a efetivação de direitos sociais dependem de algumas circunstâncias para serem eficazes, tais como: a capacidade dos grupos cujos direitos fundamentais foram violados de articular suas vozes dentro do sistema jurídico, a

⁹⁹CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing.** Western Cape: Trident Press, 2010, p. 9-10.

¹⁰⁰CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: A focus on the right to housing.** Western Cape: Trident Press, 2010, p. 10-11.

¹⁰¹The objects of local government are: encourage the involvement of communities and community organisations in the matters of local government.

¹⁰² Disponível em: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2000-003.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

¹⁰³LEIBBRANDT, Murray; WOOLARD, Ingrid. **Trends on Inequality and Poverty: What Kind of Society Is, or Societies Are, Emerging?**, presentation at the Conference on Overcoming Inequality and Structural Poverty in South Africa: Towards Inclusive Growth and Development, Birchwood Conference Centre, Ekurhuleni, 2012. Set. 20–22.

responsabilidade da Corte e a capacidade dos juízes em conferirem concretude ao conteúdo constitucional e a força vinculante dos julgamentos, quando estiverem conclusos, de serem aceitos, regulamentados e implementados pelo Legislativo e pelo Executivo,¹⁰⁴ elementos que reforçam a percepção a ser desenvolvida nessa dissertação: a efetiva superação das omissões inconstitucionais perpassa, primordialmente, pelo campo da política, com a ampliação da participação popular nos processos de gestão. Não se trata, portanto, de solução que compete única e exclusivamente ao Judiciário.

No que concerne à abertura para que grupos sociais sejam ouvidos, enfatiza-se que o espaço da Corte Constitucional, frente às demandas referentes à violação de direitos fundamentais, era bastante restrita. Até outubro de 2011, apenas doze casos envolvendo efetivação de direitos socioeconômicos substanciais chegaram a ser apreciados. Alguns direitos sociais jamais chegaram a ser judicializados ao nível da Corte Constitucional, como o direito de acesso à alimentação.¹⁰⁵ Ressalta-se que a intervenção judicial na execução das políticas públicas ocorria com extrema parcimônia, sem influenciar a discricionariedade administrativa. Tal postura justifica-se pela ampla influência do *common law* na formação jurídica da África do Sul.¹⁰⁶

Por isso, esse modo de atuação da Suprema Corte sul-africana revela a utilização de uma forma fraca de intervenção judicial sobre as políticas públicas, mesmo quando se fala sobre a efetivação de direitos substanciais, como o acesso à moradia digna. Nesse tipo de atuação, a Corte limita-se a declarar que alguns dos programas adotados pelo poder público não são razoáveis, uma vez que não detêm previsões específicas para solucionar os casos emergenciais, como o caso habitacional, em que as políticas públicas detinham objetivos de apenas médio e longo prazo. Entretanto, declarar a irrazoabilidade de certas políticas estatais não significa que algum indivíduo, em particular, passará a gozar de tais direitos simplesmente por ter ingressado com uma ação judicial. A principal característica da intervenção fraca do Judiciário sobre a esfera política é que esse respeita as decisões realizadas pela administração e não altera suas prioridades ou dotações orçamentárias, como costuma ser realizado nas intervenções mediante sentenças estruturais. Ao adotar esse tipo de prática, a Corte acredita que casos de violação a direitos sociais e econômicos não serão

¹⁰⁴GLOPPEN, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives**. Bergen: Cmi Working Papers, 2005, p. 03.

¹⁰⁵ DUGARD, Jackie. Courts and Structural Poverty in South Africa: To What Extent Has the Constitutional Court Expanded Access and Remedies to the Poor?. 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. 293-328, p. 317.

¹⁰⁶GLOPPEN, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives**. Bergen: Cmi Working Papers, 2005, p. 11.

solucionados de forma pessoal e presente, mas devem-se pautar em medidas genéricas, voltadas ao futuro.¹⁰⁷

Apesar da baixa eficácia das decisões da Corte Constitucional sobre a efetivação de direitos fundamentais e, conseqüentemente, da estratégia do compromisso significativo, entende-se que um aspecto positivo do modelo de sentenças estruturais sul-africano é que evidenciou que direitos sociais não serão implementados pela simples judicialização, mas que o principal papel das demandas judiciais é mostrar aos setores políticos a existência de reclames sociais, os quais contribuem para evidenciar falhas em sua atuação, para que possam aprimorá-la.¹⁰⁸ O problema do Compromisso Significativo é que o Judiciário não exercia qualquer intervenção sobre ele, até mesmo o procedimento de fiscalização é delegado às organizações não governamentais.

Sobre o assunto, Jackie Dugard¹⁰⁹ elucida que, de fato, não caberia à Suprema Corte, por si só, alterar a estrutura que existia na sociedade, mas que esse Poder necessita ter maior consciência das mudanças que pode implementar, possibilitando o acesso à justiça pelos mais necessitados e, conseqüentemente, garantindo uma intervenção mais ativa na proteção dos direitos desses, viabilizando não apenas uma mudança socioeconômica, mas possibilitando a consolidação da democracia na África do Sul, posto que a desigualdade social é um entrave à própria pacificação social.

Diferentemente dos modelos anteriormente analisados, em que o Judiciário emitiu ordens minuciosas e específicas para superar as omissões não normativas, a estratégia adotada pelo Judiciário sul africano aproxima-se da segunda fase do Estado de Coisas Inconstitucional, em que os comandos eram traçados após a oitiva dos poderes políticos competentes. Ocorre que no compromisso significativo a atuação da Corte Constitucional era ainda mais reduzida, na medida em que se tornava dever da própria Administração dialogar com a sociedade civil. Ao Judiciário apenas competia declarar que os direitos estavam sendo prestados de forma insuficiente, mas nenhuma medida para superar esse quadro era proposta, ficando a reestruturação a cargo da atuação dos próprios Poderes Políticos, revelando uma forma inovadora e diferenciada de perceber o ativismo judicial, mas pouco eficaz, conforme elucidado anteriormente.

¹⁰⁷TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law.** United Kingdom: Princeton University Press, 2008, p. 244-247.

¹⁰⁸GLOPPEN, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives.** Bergen: Cmi Working Papers, 2005, p. 17.

¹⁰⁹DUGARD, Jackie. Courts and Structural Poverty in South Africa: To What Extent Has the Constitutional Court Expanded Access and Remedies to the Poor?. 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. 293-328, p. 304.

Além da baixa eficácia, outra severa dificuldade nessa forma de agir da Suprema Corte é que as demandas individuais normalmente não são deferidas, uma vez que sua análise recai sobre a presença ou ausência de razoabilidade da política pública, e a avaliação de tal critério é realizada de forma coletiva, e não mediante a investigação de um caso isolado. Ademais, o deferimento de medidas para casos individuais requer a prescrição de remédios pela Corte. Ocorre que o Judiciário considerava-se incompetente para prescrever essas medidas, por isso em regra adotava mecanismos declaratórios em detrimento de provimentos impositivos.¹¹⁰

Conclui-se, portanto, que para garantir a possibilidade de transformação da sociedade mediante a efetivação dos direitos sociais, utilizando-se o método de sentenças estruturais, cumpre ao Judiciário ampliar o acesso à justiça pelas camadas mais humildes, bem como emitir remédios estruturais que sejam fruto de um diálogo entre demais poderes políticos e a própria sociedade civil, acompanhados de mecanismos de fiscalização pelo Judiciário, o qual poderá ser auxiliado por outros órgãos técnicos, ou seja, a fixação e o monitoramento de tais medidas não podem ser integralmente delegados aos poderes políticos e à própria sociedade civil, a qual já se encontra em um estado de vulnerabilidade, sob risco de inefetividade, fazendo-se necessário o surgimento de juízes com uma postura mais intervencionista nesses aspectos, a fim de garantir que as previsões constitucionais sejam realidade.

No tópico subsequente, analisar-se-ão outros três modelos de decisões estruturais, evidenciando suas semelhanças e diferenças com os paradigmas apresentados nas seções anteriores.

2.5 Outros modelos de sentenças estruturais: uma análise das Cortes do Peru, da Argentina e da Índia

Nesse ponto, far-se-á a análise do surgimento de sentenças estruturais no Peru, na Argentina e na Índia, evidenciando os contextos que inspiraram a utilização desse método judicial para combater as omissões inconstitucionais não normativas, em busca de implementar modificações na realidade social.

O Peru, à semelhança da Colômbia, também utilizou o conceito do Estado de Coisas Inconstitucional para possibilitar a intervenção do Judiciário sobre políticas públicas que estavam sendo prestadas de forma ineficiente, acarretando violação massiva e estrutural

¹¹⁰BRAND, Danie. The South African Constitutional court and livelihood rights. In: VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. (Org.). **Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Johannesburg: Pretoria University Law Press, 2013. p. 414-445, p. 422.

aos direitos fundamentais. Em 2004 ocorreu a primeira aplicação desse instituto no Peru, no caso Arellano Serquén.¹¹¹ Júlia Serquén buscava obter cópias do relatório produzido pela Comissão Permanente de Avaliação da Magistratura, o qual havia entendido por não ratificá-la no cargo que exercia. As instâncias ordinárias produziram decisões no sentido de negar o acesso da demandante a tais documentos. Quando o caso chegou ao Tribunal Constitucional, resolveu-se que se deveria produzir uma decisão que fosse aproveitável a todo e qualquer indivíduo que no futuro viesse a ter necessidade de acesso a documentos semelhantes aos da requerente, já que, com fulcro no direito à informação, de uma dupla dimensão (individual e coletiva), toda pessoa tem direito a solicitar informações de qualquer entidade pública, cujo retorno deve ser dado em prazo razoável e legalmente estabelecido.¹¹²

Após esse caso, o Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado pelo Tribunal peruano em várias outras oportunidades: em 2005, a declaração ocorreu em razão da suposta violação aos direitos fundamentais de um grupo de professores; em 2007, a intervenção ocorreu sobre a situação de incidência do Imposto Geral de Vendas – IGV, o qual, segundo a Corte, violaria o princípio da legalidade e da reserva legal. Outra declaração do ECI foi em 2010, quando a Corte concluiu que os advogados contratados pela Oficina de Normalizacion Profesional estavam interpondo recursos com o mero escopo de prolongar o curso processual, sem que houvesse qualquer chance de êxito, o que violava o direito dos recorridos, já que teriam que aguardar o trânsito em julgado para ter acesso ao bem da vida, além de sobrecarregar o Judiciário, com demandas sem possibilidade de êxito. Também em 2010, o Tribunal peruano declarou a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional sobre a situação de reabilitação da saúde mental das pessoas sob a custódia penal do Estado, impondo a atuação coordenada de várias autoridades públicas, emitindo ordens estruturais voltadas à formulação e à implantação de novas políticas públicas, e o monitoramento de tal decisão ficaria a cargo da *Defensoria del Pueblo*.¹¹³

Percebe-se que, no Peru, o instituto do ECI foi banalizado, sendo aplicado a uma série de situações em que não se verificava a existência de bloqueios institucionais ou sequer de omissões inconstitucionais não normativas. Por vezes, o instituto foi aplicado apenas para garantir que uma pluralidade de indivíduos fosse atingida com a decisão, como reflexo da

¹¹¹TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **EXP N° 2579-2003-HD/TC – Lambayeque – Julia Eleyza Arellano Serquén**. Disponível em: < <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

¹¹²CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 169.

¹¹³CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 170-175.

falta de ações com efeitos *erga omnes*. Assim, a aplicação do ECI a situações que não guardam o dever de resolução de uma situação dramática conduz ao seu “abuso” e ao consequente enfraquecimento do Judiciário, já que as ordens emitidas passam a ser ineficazes, gerando inclusive os questionamentos: Por que apenas o Judiciário é capaz de definir as políticas públicas a serem executadas, e os poderes políticos, instituídos para o exercício dessa função, não detêm tal capacidade? Será que toda demanda cujos efeitos necessitem atingir a uma pluralidade de indivíduos é enquadrada no conceito de Estado de Coisas Inconstitucional?

Assim, embora o Peru tenha adotado o conceito de ECI nas decisões de seu tribunal apenas em 2004, quando a Colômbia estava inaugurando a segunda fase do instituto, em que já se demonstravam aspectos de maior amadurecimento, aquele país acabou, em verdade, por utilizar uma versão enfraquecida da doutrina do ECI e, conseqüentemente, capaz de acarretar mais problemas que soluções institucionais.

Nesse sentido, Miguel Ly e Sergio Tello¹¹⁴ elucidam as principais distinções entre o Estado de Coisas Inconstitucional Colombiano e o Peruano. Enquanto a Corte Constitucional Colombiana fixou que o ECI apenas poderia ser declarado em situações de falhas estruturais, as quais envolvem uma multiplicidade de órgãos, no Peru o ECI é declarado ainda quando as omissões inconstitucionais advêm de apenas um órgão público. Por isso, tornou-se possível a aplicação desse instituto a partir de um único ato administrativo, bastando que uma instituição proferisse decisões constitucionalmente inadmissíveis, circunstância que corrobora a tese de que o Peru de fato banalizou a sistemática das sentenças estruturais.

O modelo de decisões estruturais também tem sido adotado na Argentina. Os casos paradigmas foram Verbitsk e Mendoza. No caso Verbitsk, de 03 de maio de 2005,¹¹⁵ questionavam-se as condições de vida dos presidiários, alocados em penitenciárias superlotadas, bem como a detenção de menores, mulheres e doentes nesses locais. No tocante ao caso Mendoza, de junho de 2006,¹¹⁶ a Corte tomou uma série de medidas ordenatórias e

¹¹⁴ LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapatta. **Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Analisis jurisprudencial y Derecho Comparado**. I Jornada Procesal Constitucional – Región Norte, 10 años del Código Procesal Constitucional (Balance y Perspectivas). 2014.

¹¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus**. Disponível em: <http://ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Verbitsky%2003-05-05%20fallo.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

¹¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Fallo: MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)**. Disponível em: <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

estruturais que envolviam requerimento de informações, planos integrados de saneamento, perícias e audiências públicas sobre a situação de contaminação do Rio Matanza- Riachuelo. Observe-se que esses casos não foram ajuizados por cidadãos de forma individual, mas se tratavam de petições coletivas.

No caso *Verbitsk*, o *habeas corpus* coletivo foi apresentado pelo Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), uma Organização Não Governamental (ONG), em que demandava por tutela de direitos civis de primeira geração, pleiteando direitos a tratamento digno, a ver-se livre de torturas originadas na situação de encarceramento ou, ainda, direito à alimentação e a adequadas prestações de saúde.¹¹⁷

Nessa situação, a Corte ordenou que os Poderes Executivo e Legislativo reanalisassem os estatutos legais, bem como as condições de detenção, procedendo com a adaptação dos presídios às normas constitucionais e internacionais. A propositura dessa ação de forma coletiva só foi possível porque com a reforma constitucional de 1994, as Organizações Não Governamentais tornaram-se instituições competentes para propor remédios constitucionais cujo objetivo central fosse defender a dimensão coletiva dos direitos fundamentais.

Até a fixação das ordens judiciais, inúmeras audiências públicas foram realizadas, e pela primeira vez a participação do *amicus curiae* foi admitida. Frisa-se que a Corte não estabeleceu as medidas que os outros poderes deveriam implementar, mas apenas buscou garantir a determinação de parâmetros, a fim de verificar que a situação judicializada havia passado por melhorias, mediante a realização de monitoramento contínuo da situação, impondo, inclusive, que a cada sessenta dias um novo relatório fosse enviado pelos órgãos administrativos competentes para a execução da política pública.

À época, a decisão conquistou excelentes resultados, com uma redução significativa nas taxas de encarceramento, o que perpassou desde modificações na própria legislação criminal à modificação nas práticas do Poder Judiciário.¹¹⁸

O caso *Mendoza*, por sua vez, judicializava o direito à saúde e a um meio ambiente saudável. A ação foi proposta por um grupo de residentes da área, os quais colocaram no polo passivo da ação judicial a União, os Estados, os Municípios, bem como quarenta e quatro indústrias. Assim como na situação anteriormente analisada, a Corte não

¹¹⁷PUGA, Mariela. **La realización de derechos en casos estructurales. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza**. Trabajo realizado en el marco de la Beca- estímulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. 2007, p. 3.

¹¹⁸RUIBAL, Alba. Innovative judicial procedures and redefinition of the institutional role of the Argentine supreme court. **Latin American Research Review**, Argentina, v. 47, n. 3, p. 22-39, 2012, p. 31-32.

determinou quais políticas deveriam ser implementadas pelos Poderes competentes, mas apenas estabeleceu que as três esferas governamentais acionadas, bem como o setor produtivo trabalhassem de forma conjunta, para que um plano de ação fosse traçado, e a situação atingisse níveis consideráveis de melhoria. Inclusive, no mesmo ano em que a ação fora proposta, o Secretário Nacional do Meio Ambiente apresentou um plano de ação, o qual foi submetido pela Corte à avaliação da Universidade de Buenos Aires.¹¹⁹

Conforme elucidada Mariela Puga,¹²⁰ nos dois casos verifica-se a existência de causas complexas e arraigadas, ou seja, antes do proferimento de decisões estruturais, essas situações de desrespeito a direitos fundamentais perpetuaram-se por várias gerações de vítimas, não sendo possível precisar inclusive quantas e quais pessoas foram especificamente atingidas.

Tais demandas inauguram, portanto, um período de modificação na função institucional da Suprema Corte Argentina. Alba Ruibal¹²¹ afirma que entre os anos 2001 e 2002, em razão da grave crise política e social que assolava o país, a Suprema Corte passou por uma fase de reestruturação, na busca por ampliar sua legitimidade, haja vista que nesse período passou a receber severas críticas sociais de que seria um dos principais responsáveis pela falência do país. Logo após essa fase de renovação, esse poder passou a intervir diretamente nas esferas de políticas públicas e questões de efetividade de direitos, alterando por completo a sua relação com a sociedade civil, passando, inclusive, a desenvolver procedimentos que garantissem a participação da sociedade civil na construção das decisões, mediante a ampliação dos níveis de transparência na elaboração. Assim, a Corte avançou na construção de uma agenda marcada pela participação popular que os demais poderes ainda não haviam alcançado.

Conforme elucidada Paola Bergallo,¹²² os juízes argentinos aparentemente optaram pelo modelo da litigância experimental, a qual se aproximava bastante da segunda fase do Estado de Coisas Inconstitucional Colombiano, em que ao Judiciário caberia apenas promover a negociação entre as partes, mediante a participação de agentes extrajudiciais, como mediadores ou especialistas nas temáticas judicializadas, o que contribuía para a elaboração

¹¹⁹RUIBAL, Alba. Innovative judicial procedures and redefinition of the institutional role of the Argentine supreme court. *Latin American Research Review*, Argentina, v. 47, n. 3, p. 22-39, 2012, p. 34.

¹²⁰PUGA, Mariela. *La realización de derechos en casos estructurales. Las causas 'Verbitsky' y 'Mendoza'*. Trabajo realizado en el marco de la Beca- estímulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. 2007, p. 9.

¹²¹RUIBAL, Alba. Innovative judicial procedures and redefinition of the institutional role of the Argentine supreme court. *Latin American Research Review*, Argentina, v. 47, n. 3, p. 22-39, 2012, p. 22-23.

¹²²BERGALLO, Paola. *Justice and experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*. SELA, 2005, p. 19-20.

de ordens flexíveis, técnicas e que poderiam ser alteradas conforme as necessidades. Esse modelo é identificado, também, pela transparência, em que os termos negociados pelas partes são publicados, a fim de que possam ter sua implementação controlada pela sociedade civil.

Apesar de a Argentina ostentar uma visão bastante avançada dos processos estruturais, cumpre destacar que a legislação nacional não apresentava regulamentações suficientes de como as sentenças estruturais deveriam ser executadas, de forma que coube ao Judiciário implementar táticas que pudessem facilitar a concretização de tais comandos. Dentre as medidas delineadas pelo Judiciário, citam-se: delegação da execução da decisão a juízes de primeiro grau, os quais poderiam acompanhar mais de perto a implantação dos planos de ação formulados pelos órgãos competentes, o estabelecimento de comitês de controle e supervisão, com a participação do terceiro setor, a intervenção de certos organismos públicos técnicos, buscando controlar os pressupostos da execução, bem como a instituição de mesas de trabalho para avançar na definição de soluções consensuais.¹²³ Tais modelos de execução possibilitaram uma maior eficácia das decisões estruturais, e os dois casos citados empreenderam de fato uma melhoria nas situações judicializadas.

Por fim, analisar-se-á o modelo de decisões estruturais adotado na Índia. Nesse país, as referidas decisões são chamadas de litigâncias de interesse público (*Public Interest Law Litigation*), outra nomenclatura para designar o fenômeno das sentenças estruturais. Diferentemente do que ocorrera no Peru e na Argentina, em que o método das sentenças estruturais passou a ser adotado apenas no início dos anos 2000, as chamadas litigâncias de interesse público na Índia começaram a ser implementadas nos anos setenta, menos de vinte anos após a decisão do caso *Brown*.

Arvind Verma¹²⁴ afirma que o ativismo judicial, mediante as litigâncias de interesse público, emergiu na Índia como um importante mecanismo de proteção aos direitos civis, uma vez que ampliaram o acesso à justiça às populações economicamente menos favorecidas. À época do desenvolvimento das litigâncias de interesse público, a Índia apresentava cerca de 25% (vinte e cinco por cento) da população composta por analfabetos e cerca de 40% (quarenta por cento) não detinha condições de prover seu próprio sustento. Considerando a intrincada organização social da população indiana e a natureza elitista da sociedade, aliada à indiferença do poder político sobre esses grupos vulneráveis, os juízes

¹²³VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma structural en la república Argentina: Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84, p. 74.

¹²⁴VERMA, Arvind. Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. **The Howard Journal**, Bloomington, v. 40, n. 2, p. 148-165, maio 2001, p. 150-151.

Bhagwati e Krishina Iyer da Suprema Corte desenvolveram a sistemática das litigâncias de interesse público. Ambos constataram que a Administração Pública indiana não era apenas negligente, mas também opressora sobre as camadas mais humildes, vide a situação das penitenciárias, em que havia um considerável número de presos aguardando julgamento (não era incomum identificar casos em que o indivíduo estava há mais de dez anos aguardando julgamento),¹²⁵ além das situações de superlotação das penitenciárias e dos episódios de brutalidade e corrupção da polícia indiana.¹²⁶

O Artigo 32 da Constituição Indiana estabelecia que qualquer cidadão poderia submeter à Corte casos de violação a direitos fundamentais, para que se procedesse com a devida intervenção. Nesses casos, a Corte empreendeu uma simplificação do procedimento, bastando a elaboração de uma “carta” narrando os casos de violação, ou seja, todas as formalidades inerentes à petição inicial foram deixadas de lado.¹²⁷ Há situações em que as ações judiciais tiveram início mediante a apresentação de cartões postais ou até mesmo matérias de jornais.

Sobre essa simplificação de procedimento, afirma-se que o Judiciário tem o dever de desempenhar uma função essencial não apenas na prevenção e remediando os casos de abuso de poder, mas também cumpre agir no sentido de eliminar as situações de exploração e injustiça, então, para alcançar a esse propósito, surge a necessidade de inovações procedimentais.¹²⁸

Nesse sentido, Jamie Cassels¹²⁹ elucida que as principais características das litigâncias de interesse público seriam: flexibilização das regras de competência, liberalização das formalidades do procedimento para peticionamento, interpretação ativista e criativa das leis e dos direitos fundamentais, bem como flexibilidade dos remédios propostos e dos mecanismos de supervisão no cumprimento dos comandos judiciais.

A primeira manifestação das litigâncias de interesse público ocorreu por volta de 1978, quando a Suprema Corte recebeu uma carta detalhando a existência de uma situação de maus tratos e tortura com um custodiado do sistema prisional realizada pelos próprios agentes públicos. Diante de tal narrativa, a Corte resolveu assumir jurisdição sobre o caso, elucidando que prisioneiros detêm os mesmos direitos conferidos ao restante da sociedade, e por isso a

¹²⁵ MENDELSON. O. **The pathology of Indian Legal System**. Modern Asian studies. 1981, p. 823-863.

¹²⁶ GHOSH, S. **Torture and rape in police custody**: An analysis. New Delhi: Ashish Publishing House. 1993.

¹²⁷ VERMA, Arvind. Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. **The Howard Journal**, Bloomington, v. 40, n. 2, p. 148-165, maio 2001, p. 152.

¹²⁸ TIRUCHELVAN, Neelan; COOMARASWAMY, Radhika. **The Role of the Judiciary in Plural Societies**. London: Frances Printer. 1987, p. 20.

¹²⁹ CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?. **The American Journal Of Comparative Law**, Victoria, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989. p. 498.

situação narrada deveria ser imediatamente cessada.¹³⁰ Para justificar a possibilidade de intervenção sobre o caso, o Judiciário utilizou enquanto embasamento o conteúdo do Artigo 21 da Constituição Indiana, o qual determinava que nenhuma pessoa poderia ser privada de seus direitos ou de sua liberdade individual, exceto quando a limitação for oriunda da própria prescrição legal. Essa mudança de postura de Suprema Corte situa-se em um momento histórico de término do período de exceção, em que as eleições e os demais direitos civis foram suspensos e a Suprema Corte encontrava-se profundamente desacreditada pela sociedade civil de ser capaz de contribuir na efetivação dos direitos.¹³¹ Com a nova interpretação conferida ao Artigo 21 ficou consignado que o papel da Corte estaria em converter as garantias constitucionais formais em direitos humanos positivos. De forma que por meio de uma ação coletiva, as Cortes estariam forçando o Governo a criar condições favoráveis para a realização efetiva de novos direitos individuais, coletivos e difusos.¹³²

O método das litigâncias de interesse público teve inúmeros defensores, afinal, para muitos a Corte teria a função de atuar enquanto guardião dos direitos econômicos, políticos e sociais e seria o único poder capaz de fazer algo acerca da situação dos marginalizados, haja vista a inércia do Executivo e do Legislativo. Entretanto, o novo método de atuação judicial não se desenvolveu sem a oposição de críticas. Dentre os principais questionamentos, citam-se: Quem investigaria o denunciante? Já que qualquer cidadão poderia apresentar manifestações à Suprema Corte narrando casos de violação de direitos fundamentais, como saber se todos os fatos narrados eram verídicos e não se tratavam de mera aventura judicial, já que com a marcha processual nada teriam a perder? Outro ponto seria a extensão da atuação judicial para outras áreas típicas da intervenção política, além do direcionamento das cartas de denúncia sobre violação de direitos fundamentais especificamente aos juízes que se mostravam simpáticos à causa, o que gerava a sensação de que certas intervenções teriam sido proporcionadas pelo juiz individualmente considerado e não pela Corte enquanto espécie de órgão colegiado.¹³³

Quanto aos remédios estruturais propostos pela Suprema Corte da Índia, tem-se que essa afirmava não ser capaz de impor que o Estado promulgasse uma legislação mais moderna para facilitar a execução de direitos, mas poderia implantar estratégias corretivas,

¹³⁰HOLLADAY, Zachary. **Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations**. Indiana Journal Of Global Legal Studies, Indiana, v. 19, n. 2, p. 555-573, 2012, p. 559.

¹³¹HOLLADAY, Zachary. **Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations**. Indiana Journal Of Global Legal Studies, Indiana, v. 19, n. 2, p. 555-573, 2012, p. 560.

¹³²SINGH, Parmand, **Judicial Socialism and Promises of Liberation: Myth and Truth**. 28 J. Indian L. Instit. 1986, p. 336.

¹³³VERMA, Arvind. Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. **The Howard Journal**, Bloomington, v. 40, n. 2, p. 148-165, maio 2001, p. 153.

cuja execução deveria ser continuamente monitorada. Tais estratégias seriam definidas por comissões instituídas pelo próprio Tribunal, as quais seriam responsáveis por coletar os fatos, propor as medidas de intervenção adequadas e, sobretudo, monitorar a conformidade entre as ordens traçadas e os problemas a serem solucionados. Por isso, as intervenções das demandas embasadas nas litigâncias de interesse público são detalhadas, específicas e intrusivas.¹³⁴

Nesse ponto, faz-se necessário enfatizar as dificuldades na execução das decisões estruturais, proferidas com as características típicas das litigâncias de interesse público. A primeira das dificuldades a serem consideradas está na ausência de oposição dessas demandas, afinal, se até notícias de jornal eram utilizadas para dar início às ações de interesse público, resta evidente que as razões do Estado pelas quais o serviço público não estava sendo prestado de forma eficiente eram completamente desconsideradas. Ademais, a natureza não adversária das demandas gerava a possibilidade de surgimento de alegações não condizentes com a total realidade, e o próprio Estado não detinha noção das reais dimensões das acusações proferidas contra ele. Há de se considerar ainda que a Corte tornava-se completamente dependente das comissões instituídas para definição dos remédios estruturais, as quais poderiam passar ao Tribunal uma visão parcial e possivelmente tendenciosa dos fatos.¹³⁵

Outro problema das litigâncias de interesse público encontra-se na quantidade expressiva de cartas que chegavam ao Tribunal, o que contribuiu para que outras demandas judiciais, não referentes à violação de direitos fundamentais, ficassem sem a solução devida. Em 1987, a Corte afirmava que se nenhuma nova carta fosse recebida, os juízes necessitariam de cerca de 15 anos para solucionar todos os casos pendentes.¹³⁶

Distinto inconveniente oriundo da intervenção do Judiciário sobre aspectos governamentais está na criação de uma sociedade dependente dos mandamentos judiciais. Como resultado, a Corte passa a deter apoio popular, na medida em que garante a participação dos grupos minoritários no ajuizamento de demandas, mas, também, torna os poderes políticos submissos aos seus provimentos, já que esses passam a determinar como as políticas públicas deverão ser prestadas, a fim de garantir que as minorias sociais terão acesso aos direitos fundamentais. Nesse aspecto, o Judiciário torna-se difícil de ser questionado e se torna a mais importante estrutura de governo, assegurando governabilidade ao Executivo e ao

¹³⁴CASSELLS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?. **The American Journal Of Comparative Law**, Victoria, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989, p. 506.

¹³⁵CASSELLS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?. **The American Journal Of Comparative Law**, Victoria, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989, p. 506, p. 508.

¹³⁶**P.N. Kumar v. Municipal Corp.of Delhi**, 4 S.C.C. 1987, p. 609-610.

Legislativo, tomando proporção em muito superior aos demais poderes, o que se torna um risco à continuidade da democracia.¹³⁷

Considerando tais falhas na estrutura das litigâncias de interesse público, tem-se que elas conseguiram assegurar uma melhor qualidade de vida a alguns cidadãos individualmente considerados, mas não foram capazes de pôr fim a todas as situações de violação de direitos fundamentais judicializadas. Demandas estruturais não são capazes de empreender, por si sós, redistribuição de poder ou, ainda, penetrar nas condições econômicas e culturais que são de fato as responsáveis por definir a realidade da vida indiana.¹³⁸ Assim, o Judiciário não é capaz de instituir modificações na realidade social, se essa continua a ter uma organização pautada em privilégios para as classes economicamente mais favorecidas. Não é um conjunto de ações judiciais, ainda que bem intencionadas, que serão capazes de modificar a organização da sociedade.¹³⁹ A contribuição das litigâncias de interesse público está em chamar a atenção da coletividade e dos próprios grupos dominantes de poder acerca das situações de violação aos direitos fundamentais, criando certa pressão sobre tais grupos para que mudanças efetivas sejam implementadas.

Comparando as decisões estruturais indianas com as argentinas, percebe-se que apresentam elementos muito próximos entre si, a começar pelas circunstâncias políticas e sociais em que o país estava inserido quando as Supremas Cortes resolveram assumir uma postura mais ativista na efetivação dos direitos fundamentais.

Na Argentina, a preocupação da Corte estava em assegurar a participação social por meio da realização de audiências públicas e da instituição da figura do *amicus curie*, ampliando os níveis de publicidade e controle social das decisões judiciais, além de auxiliar o Judiciário na fixação dos remédios estruturais. Na Índia, por sua vez, a ampliação da participação popular deu-se mediante a flexibilização nas regras de competência e da desconsideração das regras de procedimento formal de peticionamento, uma vez que até mesmo matérias de jornal eram mecanismos válidos para que a Corte se pronunciasse acerca de situações de violação de direitos fundamentais. Apesar das semelhanças de objetivos e de atuação das Cortes para superar as omissões não normativas, uma importante distinção a ser destacada está nos modelos de execução da sentença.

¹³⁷MATE, Manoj. Public Interest Litigation and the Transformation of the Supreme Court of India. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. **Consequential Courts Judicial Roles in Global Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 262-288, p. 285-286.

¹³⁸CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible? **The American Journal Of Comparative Law**, Victoria, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989, p. 506, p. 515.

¹³⁹AGRAWALA, Sri Krishna. **Public Interest Litigation in India 20**. Indian Law Institute: 1986.

Enquanto na Argentina o monitoramento de execução da sentença foi delegado às organizações não governamentais ou em certas circunstâncias aos Poder Judiciário de primeiro grau, os quais se encontravam mais próximos das regiões em que a decisão deveria ser implementada, na Índia a fiscalização da execução ficava a cargo das mesmas organizações que analisavam a realidade social e que propunham os remédios estruturais, contribuindo, em certa medida, para uma análise parcial da realidade.

Por todo o exposto, considerando os diversos modelos de decisões estruturais apresentados ao longo do capítulo, resta evidente que as ações estruturais não conseguem alterar por completo a realidade social, mas são capazes de implementar diversas mudanças, a depender da postura assumida pelo Judiciário, do tipo de ação em que foram proferidas e do contexto social em que emergiram. As decisões mais efetivas são aquelas em que há uma objetiva definição de quais são seus pressupostos, bem como quando as medidas judiciais são fixadas após a realização de diálogo entre os poderes políticos competentes, aliado à oitiva dos órgãos técnicos e da própria sociedade civil e os remédios estruturais não fixam ordens específicas e minuciosas.

Ademais, percebe-se que o uso de sentenças estruturais na tentativa de combater as omissões não normativas e os bloqueios institucionais é tendência que tem sido ampliada ao redor do globo, já tendo sido adotada por diversos países do eixo sul, sobretudo nos períodos em que os poderes políticos estão com baixa credibilidade social e o país encontra-se imerso em situação de crise econômica e social, com quadros patentes de violação massiva de direitos fundamentais, revelando-se como um fenômeno do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, evidenciando que, na área de direitos humanos, a experiência de uma nação ou região pode inspirar outras ordens jurídicas.¹⁴⁰

Tal estudo comparativo revela, ainda, que existem diferentes visões judiciais do papel dos tribunais, com base em diferentes histórias, diversos métodos de adjudicação e variadas culturas legais em cada país. De maneira homogênea, entretanto, revela-se que o papel dos tribunais nas mais diversas democracias está em dar significado e concretude ao texto constitucional, independentemente de preferências políticas. Assim, os Tribunais desempenham a importante função de auxiliar na resolução dos principais problemas econômicos, sociais e políticos do país, os quais, em regra, são oriundos da falta de participação de todos os segmentos sociais nas decisões democráticas.¹⁴¹

¹⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 169.

¹⁴¹ STOTZKY, Irwin P. *Lessons Learned and the Way Forward*. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New**

Observa-se, ainda, que decisões estruturais produzidas de forma unilateral pelo Judiciário tendem a ser menos eficazes. Nesse aspecto, Mark Tushnet¹⁴² aduz que esse tipo de decisão tende a não receber apoio dos demais poderes, como ocorreu no caso *Brown*, os quais passam a “ignorar as Cortes”, acarretando enfraquecimento das decisões judiciais e uma consequente crise constitucional, já que a população observará os poderes Legislativo e Executivo assumindo posturas que desafiam as decisões da Suprema Corte. Tushnet¹⁴³ desenvolve também que a instauração de uma crise constitucional não apresenta apenas efeitos maléficos, mas, pode trazer consequências positivas, na medida em que é capaz de produzir uma paulatina transformação da visão da população sobre a supremacia judicial, demonstrando que muitas vezes o Judiciário, quando age de forma isolada, não é capaz de apreender os vitais interesses públicos e, conseqüentemente, não é o Poder constitucionalmente designado para realizar modificações políticas, fazendo surgir, inclusive, a percepção de que a intervenção direta do Judiciário sobre certa política pública poderá acarretar mais prejuízos que melhorias, por desconhecer com maior profundidade os seus limites e objetivos. Nesse sentido, acredita-se que as sentenças estruturais podem ser um importante mecanismo de superação das omissões inconstitucionais, desde que o Judiciário seja capaz de reformular sua posição ao intervir sobre serviços públicos.

Por isso, a discussão sobre conceitos, limites, causas e efeitos de sentenças estruturais tem grande relevância no atual contexto nacional, sobretudo se considerarmos que o Supremo Tribunal Federal tem emitido ordens estruturais sem uma discussão mais atenta aos efeitos dessa prática, o que pode contribuir na intensificação da crise constitucional brasileira, principalmente se os poderes políticos continuarem a ignorar as decisões judiciais.

Nesse contexto, passar-se-á no capítulo subsequente à análise das características da decisão cautelar proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em que foi declarada a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional sobre a realidade penitenciária brasileira, a fim de compreender os principais entraves na utilização desse mecanismo de decisão na realidade constitucional brasileira.

Democracies. London: Frank Cass Publishers, 2005, p. 144-146, p. 144.

¹⁴²TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 17.

¹⁴³TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 25.

3 A DECISÃO ESTRUTURAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 347: OS ENTRAVES PARA A UTILIZAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Realizadas as considerações acerca das principais características das medidas estruturantes, das quais o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) é espécie, passa-se a analisar mais detidamente o ECI, incorporado pelo Brasil por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Objetiva-se na presente seção tecer considerações acerca dos entraves identificados na utilização desse modelo, os quais ensejaram a produção de uma sentença com pouca eficácia social.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, interposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, requereu-se o reconhecimento do ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais, mediante a atuação conjunta dos poderes estatais para a superação desse quadro de violação massiva dos direitos fundamentais dos detentos em razão de superlotação dos presídios. Frisa-se que o mérito da ADPF nº 347 ainda não foi julgado, tendo o ECI sido declarado em decisão acerca dos pedidos cautelares.

Foram formulados oito pedidos cautelares, quais sejam: 1) Determinação a juízes e tribunais de motivarem expressamente nos casos de decretação ou manutenção de prisão provisória o porquê de não aplicarem medidas cautelares alternativas; 2) Aplicação dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; 3) Determinação aos juízes e Tribunais para que passem a considerar o quadro do sistema penitenciário no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação de pena e durante o processo de execução penal; 4) A observância, quando possível, de penas alternativas à prisão; 5) Seja determinado ao juiz da execução penal o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos quando evidenciado que o cumprimento da pena se deu em condições mais severas que as previstas na ordem jurídica; 6) Abatimento do tempo de execução da pena, se restar verificado que as condições de cumprimento da pena foram mais severas que as previstas na ordem jurídica, como forma de compensação; 7) Determinação ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para coordenar a realização de um mutirão carcerário, a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no país; 8) O imediato descontingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e a que a União se abstenha de realizar novas reservas de contenção.¹⁴⁴

¹⁴⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 286-287.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, deferiu-a parcialmente, determinando que os juízes e tribunais observassem o artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do recolhimento, bem como fixando que a União providenciasse a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a finalidade para a qual fora criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Proferida em setembro de 2015, as determinações contidas na referida decisão cautelar ainda não foram integralmente cumpridas.

Assim, com o propósito de melhor compreender os entraves que ensejaram a baixa eficácia da medida estruturante em território nacional, realizou-se análise indutiva, acompanhada de um exame documental e bibliográfico, descrevendo o teor da decisão liminar da ADPF nº 347. Analisaram-se os votos exarados pelos Ministros do Supremo, detectando-se as dificuldades na conceituação desse instituto e na identificação da sua *ratio decidendi*, bem como o desequilíbrio na separação de poderes ensejado pela adoção de tal mecanismo decisório e a intervenção no orçamento. Além disso, refletiu-se acerca da importação dos precedentes estrangeiros para o sistema constitucional nacional, evidenciando as etapas da tradução de institutos de um país para outro, além da análise acerca da (in)existência da estrutura do STF para a adoção de um ativismo dialógico. Nesse sentido, essa segunda seção busca traçar as primeiras linhas acerca dos entraves na adoção do ECI na ordem jurídica brasileira e as impropriedades do instituto para a efetivação de serviços públicos.

Realizou-se, ainda, estudo comparado, o qual será mediado pela análise documental e bibliográfica, contribuindo para traçar as principais diferenças e semelhanças entre o ECI colombiano e a realidade brasileira, buscando evidenciar as dificuldades na importação desse instituto e da adoção do ativismo dialogal a que se propõe, considerando as características próprias da constituição e do Judiciário nacional.

Essa segunda seção encontra-se estruturada da seguinte forma: Inicialmente, analisar-se-ão as dificuldades na delimitação dos pressupostos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e conseqüentemente da utilização dessa decisão enquanto precedente a ser aplicado a outros serviços públicos insuficientemente prestados; no segundo ponto, as reflexões incidirão sobre a intervenção do Judiciário na política e como tal prática ensejará, inclusive, a necessidade de se repensar a clássica divisão de poderes, já que com a adoção do mecanismo das sentenças estruturais, o Judiciário passa a desempenhar outras funções que

vão além de proferir o direito no caso concreto, tornando-se legislador positivo e, em certa medida, usurpando competências que são próprias do gestor público.

No terceiro tópico, analisar-se-á a intervenção judicial sobre escolhas orçamentárias, uma vez que com a adoção do ECI e a consequente reestruturação da política pública (objetivo *prima facie* das medidas estruturantes), inexoravelmente o Judiciário passará a intervir sobre as escolhas financeiras do gestor. O que à primeira vista pode parecer a construção de uma solução, em verdade resvala na produção de um problema de dimensões ainda mais significativas, sobretudo se considerarmos a recente aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016; no quarto tópico, a reflexão recairá sobre o passo a passo para realizar a importação de ideias constitucionais, objetivando identificar se o Supremo Tribunal Federal realizou a tradução observando aspectos da lógica formal e do próprio sistema de precedentes.

Diante dos inúmeros entraves identificados por ocasião da aplicação da medida cautelar deferida no bojo da ADPF nº 347, acredita-se que o Estado de Coisas Inconstitucional não constitua o mecanismo mais adequado para garantir a superação das omissões inconstitucionais não normativas e consequentemente a efetivação de serviços públicos.

3.1 Dificuldades na identificação dos pressupostos para declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: Entraves para a utilização da decisão enquanto precedente

O primeiro entrave identificado na decisão cautelar da ADPF nº 347 que se propõe analisar está nas dificuldades inerentes à identificação dos pressupostos para a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, tomando por base a decisão de incorporação do instituto na ordem jurídica nacional. Afinal, como saber que se está diante de uma situação que permitirá intervenção do Supremo Tribunal Federal por meio da declaração do ECI? Qual o conceito desse instituto no constitucionalismo nacional?

Considerando a excepcionalidade que as medidas estruturantes devem apresentar, esse tipo de atuação judicial apenas poderá ocorrer em circunstâncias extremas, uma vez que o processo estrutural se dá quando nos confrontamos com questões que apenas poderão ser solucionadas mediante a reestruturação da burocracia estatal, eliminando-se todas as ameaças às efetivações do texto constitucional. Esse tipo de atuação judicial se dá quando não for possível solucionar os problemas mediante a concessão de ordens preventivas ou reparatórias, fazendo-se necessária a implantação de reformas estruturais.

Assim, segundo Owen Fiss,¹⁴⁵ a adequabilidade da sentença estrutural pressupõe que é o próprio arranjo burocrático que se encontra com problemas, de modo que a reorganização a ser implantada pelo Judiciário visa levar essa estrutura fragilizada para dentro dos limites constitucionais.

A excepcionalidade desse instituto, para César Rodríguez Garavito, justifica-se por três razões principais: 1. Intervenção considerável da Corte nos processos de políticas públicas que envolvam o Governo e o Congresso; 2. Limitações da Corte Constitucional para dar seguimento às decisões que envolvem a declaração do ECI, uma vez que não basta a declaração do instituto, esse deve ter sua superação acompanhada; 3. Considerando que o ECI culmina no reconhecimento de um absoluto fracasso da política pública e que os mecanismos de fiscalização das medidas fixadas pelo Judiciário podem se estender por anos a fio, tal processo comprometerá parcela significativa do orçamento do Judiciário.¹⁴⁶

Conforme exposto no primeiro capítulo, o Estado de Coisas Inconstitucional na tradição colombiana resulta de uma criação jurisprudencial. Assim, o que se percebe é que a jurisprudência da Corte Colombiana passou por uma evolução no que tange à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, mas os seus contornos estão longe de serem bem definidos.¹⁴⁷

César Rodríguez Garavito¹⁴⁸ aduz que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional deve ocorrer quando forem identificados três eixos principais: 1. Afetar um número amplo de pessoas que alegam violação de seus direitos, 2. Evolver várias entidades estatais como responsáveis por falhas sistêmicas na prestação do serviço público e 3. Demandar ordens de execução complexa, mediante as quais o juiz da causa instrui as várias instituições para que empreendam as ações necessárias para proteger toda a população afetada, haja vista a ausência de medidas administrativas e legislativas sobre o assunto.

Observa-se, assim, que o direito colombiano não apresenta uma definição concreta das condições fáticas para a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional,

¹⁴⁵ FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University. Indiana University Press, 1978, p. 11.

¹⁴⁶ GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-492, p. 438.

¹⁴⁷ CORREDOR, Róman J. Duque. **Estado de Derecho y justicia: desviaciones y manipulaciones**. El Estado de cosas inconstitucional. Provincia Especial, 2006, p. 11.

¹⁴⁸ GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia**. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-492, p. 435.

estabelecendo, em verdade, três eixos principais e consignando que se trata de medida excepcional que visa tutelar os direitos das populações vulneráveis na Colômbia. Entende-se por “população vulnerável”, no contexto colombiano, o conjunto de pessoas ou grupo, que em razão de suas condições sociais, culturais, econômicas ou por outras características, como: idade, sexo, estado civil, nível de escolaridade, tornam-se suscetíveis de sofrer maus tratos contra seus direitos fundamentais, o que requer um esforço adicional por parte das instituições públicas para que tenham acesso a melhores condições de bem-estar.¹⁴⁹

Nesse ponto torna-se premente consignar as observações de Leonardo García Jaramillo,¹⁵⁰ o qual dispõe que diante da falta de uma conceituação precisa de instituto tão excepcional, que na Colômbia nunca foi legislado, permanecendo como desenvolvimento jurisprudencial desde a sua idealização nos anos noventa, têm-se ocasiões em que foi declarada a existência de um ECI, sem, entretanto, visualizar-se a presença de uma falha estrutural que justifique a sua declaração.

Por outro lado, o autor afirma que há outras ocasiões em que resta patente a ocorrência de violação massiva e reiterada de direitos que atingem um número plural de pessoas, sem, entretanto, que a Corte determine a incidência de tal instituto. Como exemplo de suas afirmativas, consigna-se o caso de declaração do ECI para a realização do concurso de notário, o que não reflete espécie de falha estrutural, ao mesmo tempo em que cita o caso da saúde na Colômbia, em que foram proferidas ordens genéricas na sentença T- 760 de 2008, sem, entretanto, declare-se a existência do ECI, o que seria plenamente cabível no caso em questão.¹⁵¹

Assim, diante da falta da delimitação de pressupostos pela própria doutrina idealizadora do instituto, observa-se que as medidas estruturantes, das quais o ECI é espécie,

¹⁴⁹ LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'filippo**, Cartagena, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011, p. 73.

¹⁵⁰JARAMILLO, Leonardo García. La dotricna jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respota Judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y realidad social. In: JARAMILLO, Leonardo García. **Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario**. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2015. p. 171-215, p. 191.

¹⁵¹ JARAMILLO, Leonardo García. La dotricna jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respota Judicial a la necesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de la normatividad y realidad social. In: JARAMILLO, Leonardo García. **Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario**. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2015. p. 171-215, p. 191.

permitem uma ampla discricionariedade, tanto no momento da sua declaração quanto nos remédios fixados para a sua superação.¹⁵²

Considerando que os pressupostos para a declaração do ECI no direito colombiano são resultantes de uma evolução jurisprudencial, restaram consignados na sentença T-25 de 2004 sete elementos a serem verificados antes de a Corte Constitucional realizar sua intervenção, quais sejam: 1. a violação maciça e generalizada de uma pluralidade de direitos constitucionais que afetem a um número significativo de pessoas; 2. a omissão das autoridades, de forma prolongada, no cumprimento das suas obrigações na garantia dos direitos das populações vulneráveis; 3. a adoção de práticas inconstitucionais pelos poderes políticos; 4. a ausência de emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentais pelos poderes políticos competentes, necessárias para evitar a violação dos direitos; 5. a existência de um problema social cuja solução perpassa pela intervenção de várias instituições; 6. a coordenação de ações, com exigência de recursos que impliquem a previsão de um orçamento adicional; 7. a possibilidade de demanda em que, se todas as pessoas individualmente afetadas procurassem ao Judiciário, haveria um congestionamento no funcionamento do tribunal.¹⁵³

Sônia Zambrano¹⁵⁴ aduz que há uma intrínseca correspondência entre a ausência do Estado e os critérios definidores do Estado de Coisas Inconstitucional fixados pela Sentença T-25 de 2004. Para a autora, a ausência do Estado ocorre quando se verificam ineficiência na prestação de serviços públicos, insuficiência de políticas públicas institucionais e constatação de pobreza, de corrupção e de dificuldade de acesso a determinadas comunidades, as quais se encontram geograficamente isoladas. Assim, em havendo comprovada ausência do Estado, já seriam identificáveis, portanto, os pressupostos necessários à incidência do ECI.

¹⁵² FLETCHER, William A.. *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy*. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982, p. 635.

¹⁵³ COLÔMBIA. **Sentencia T-025 de 2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁵⁴ ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder Discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 1-33, 1 jul. 2012. Universidad Santo Tomas, p. 24.

Observa-se que tais critérios são dotados de um elevado nível de subjetivismo,¹⁵⁵ evidenciando que, na realidade, a Corte Constitucional possui ampla discricionariedade em declarar ou não um Estado de Coisas Inconstitucional sobre dada situação, discricionariedade essa que se estende também aos remédios fixados. Nesse sentido, o Judiciário exerce atividades distintas de sua competência típica e passa a avaliar as circunstâncias, os problemas dos cidadãos, elaborando soluções e fixando atividades a serem seguidas pelas instituições.¹⁵⁶

Diante de tais subjetivismos, seja no momento da declaração do ECI, seja na fixação dos remédios ou até mesmo na verificação de superação dos pressupostos que culminaram na sua declaração, Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo¹⁵⁷ levantam uma série de questionamentos acerca da adoção da técnica das decisões estruturantes pelo ordenamento nacional, dentre elas o tipo de sanção que tal instituto prevê quando as ordens exaradas da Corte Constitucional não forem cumpridas, ou, ainda, a razão pela qual os juízes seriam os mais capacitados a intervir diretamente na política pública deficitária em detrimento dos demais poderes constitucionalmente competentes. Ora, “qual a competência de uma Corte Suprema para ‘compensar a incompetência’ do sistema político? Ela pode compensar a inércia dos outros Poderes com sua competência altiva?”

No mesmo sentido é o posicionamento de Lênio Luiz Streck,¹⁵⁸ o qual se refere ao Estado de Coisas Inconstitucional como um ativismo judicial camuflado, concluindo que

¹⁵⁵ Carlos Alexandre de Azevedo Campos, principal expoente de defesa da utilização da sistemática do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, aduz que as críticas acerca dos subjetivismos existentes em sua declaração e nos remédios fixados não subsistem, tendo em vista que a Corte deverá realizar um exame rigoroso acerca da presença ou não dos requisitos necessários a identificar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional. Assim, para o autor, se verificada a violação massiva de direitos fundamentais, bem como houver a identificação das falhas estruturais responsáveis por essas violações, então a intervenção judicial por meio do ECI é plenamente possível. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 299). A visão apresentada nessa dissertação discorda do posicionamento do autor, uma vez que mediante a análise realizada no voto dos Ministros não se verifica uma coerência acerca dos pressupostos brasileiros a viabilizar a declaração do ECI nem um exame rigoroso acerca da existência dos pressupostos traçados ao longo da tradição jurídica colombiana. Observam-se, em verdade, contradições internas e falta de homogeneidade nas decisões, o que amplia o grau de subjetivismo e decisinismo quando se fala em pressupostos do ECI no Brasil. Na Colômbia, os critérios de definição do instituto são mais bem delineados em razão da evolução jurisprudencial pela qual passou o instituto, mas em sua fase inicial os graus de subjetivismos também eram elevados.

¹⁵⁶ ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder Discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional. **Via Inveniendi Et Iudicandi**, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 1-33, 1 jul. 2012. Universidad Santo Tomas, p. 30.

¹⁵⁷ GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2015. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 22 out. 2017.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 22 out. 2017.

se a Constituição Federal não é uma carta de intenções e se é, efetivamente, norma, então o Brasil está eivado de inconstitucionalidades.

Voltando-se à análise mais detida do acórdão que culminou na importação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Brasil, percebe-se que manifesta desenvolvimento de uma linha jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal de defesa dos direitos fundamentais dos presidiários. No Recurso Extraordinário nº 592581,¹⁵⁹ com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS), restou fixado que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral, independentemente das rubricas orçamentárias destinadas à política penitenciária.

Posteriormente, o Supremo reconheceu o direito de presos serem indenizados em dinheiro quando submetidos a condições degradantes, por meio do julgamento do RE nº 580.252.¹⁶⁰ Por 7 votos a 3, o Plenário definiu a responsabilidade civil do Estado pelas pessoas que mantêm presas. E se elas estão sem “condições mínimas de humanidade”, devem ser indenizadas, inclusive por danos morais. A proposta de Luís Roberto Barroso de que a indenização deveria ocorrer mediante a remição de dias na pena foi vencida, restando consolidado que tal reparação se daria em pecúnia.

¹⁵⁹[...] 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 [...] (STF, RE nº 592581, Publicação: 13/08/2015).

¹⁶⁰ [...] A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). 6. Aplicação analógica do art. 126 da Lei de Execuções Penais. Remição da pena como indenização. Impossibilidade. A reparação dos danos deve ocorrer em pecúnia, não em redução da pena. Maioria. 7. Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (STF, RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).

Para além dos dois casos citados, há uma série de outras decisões do Supremo em que se verifica uma preocupação com a superlotação dos presídios e com a condição de vida dos encarcerados, como a decisão consignada no RE nº 841.526, apreciado em maio de 2016, em que ficou consignada a existência de responsabilidade civil do Estado por morte de detento, mesmo nos casos de suicídio. O RE nº 641.320, por sua vez, aduziu que o condenado deve cumprir pena em regime menos gravoso diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas em regime originalmente estabelecido na condenação penal. Assim, se o acusado foi condenado a cumprir pena em regime semiaberto e não há estabelecimento disponível, não poderá cumprir sua pena em regime fechado.

Observa-se, assim, que a declaração do ECI retrata a continuidade da atuação do Judiciário nacional na tentativa de conferir proteção aos direitos fundamentais mais básicos dos presidiários. Argumentou-se na exordial da ADPF nº 347 que com a declaração do ECI, o Supremo poderia compelir os Poderes Políticos – Executivo e Legislativo – a tomarem medidas emergenciais para a superação do cenário caótico existente nas penitenciárias brasileiras. Dessa forma, a intervenção direta do Judiciário no controle da política pública não ofenderia a separação de poderes, uma vez que tal intervenção só poderia ocorrer em casos excepcionais, voltando-se à defesa de uma minoria impopular, que não apresenta representação política suficiente para que a Administração, por si só, faça investimentos em políticas que objetivem a melhoria de sua qualidade de vida.¹⁶¹

Os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski reconheceram textualmente em seus votos a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. Entretanto, não se observa nos votos qualquer limitação aos contornos jurídicos e fáticos para a sua declaração.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, diverge da importação da doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional, elucidando que há outras técnicas já consagradas pelo constitucionalismo nacional que poderiam ser adotadas para a resolução do problema em questão, como é o caso da declaração de uma omissão administrativa sistemática.

Sobre as situações de incidência do ECI, o ministro Marco Aurélio afirma que a utilização desse instituto deve ocorrer apenas em contextos excepcionais, de modo que os direitos à saúde, à educação e ao transporte, por exemplo, não podem ter sua prestação melhorada mediante a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, uma vez que

¹⁶¹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 286.

para tais direitos há disposição política e social, devendo tais medidas excepcionais incidirem apenas sobre direitos que envolvam populações politicamente subrepresentadas, em que se verifique ausência de interesse político. Nesse sentido, colaciona-se trecho do voto do Ministro em que tal ideia se faz presente:

Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas tem-se vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não pautar a campanha eleitoral, entre outros temas, na melhoria do sistema. Todos querem ser autores de propostas que elevem a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional.¹⁶²

Ocorre que em momento anterior de seu voto, o Ministro Marco Aurélio afirma peremptoriamente que há dificuldades em definir quais serviços públicos poderão ter sua prestação melhorada por meio da declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional, e nesse ponto cita saneamento básico, saúde pública, violência urbana, elucidando que todos esses poderiam se enquadrar nesse estado de inconstitucionalidade e que a questão seria definir a partir de que nível de violação desses direitos fundamentais seria possível a execução de medida estruturante.¹⁶³

Percebe-se, assim, uma contradição interna na própria compreensão do relator acerca de quais circunstâncias são capazes de ensejar a declaração de um ECI, pois, de início, reconheceu a possibilidade de declará-lo sobre direitos em que há interesse político, mas que não estão sendo adequadamente prestados na realidade fática.

Já mais à frente no voto, aduz que não há que se falar na declaração de ECI sobre direitos em que há interesse político para a sua concretização. Afinal, sobre quais situações é cabível a incidência do ECI? Sobre todo e qualquer direito que esteja sendo prestado em dissonância com as prescrições constitucionais, ou apenas sobre aqueles direitos cujo enfoque sejam grupos minoritários em que não exista interesse político? Essa é uma questão que ainda resta pendente de resposta por nossa corte constitucional.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF Nº 347. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. p. 33.

¹⁶³ Ante os pressupostos formulados pela Corte Constitucional da Colômbia para apontar a configuração do “estado de coisas inconstitucional”, não seria possível indicar, com segurança, entre os muitos problemas de direitos enfrentados no Brasil, como saneamento básico, saúde pública, violência urbana, todos que se encaixariam nesse conceito. Todavia, as dificuldades em se definir o alcance maior do termo não impedem, tendo em conta o quadro relatado, seja consignada uma zona de certeza positiva: o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de “estado de coisas inconstitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF Nº 347. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. p. 30).

Em continuidade à análise do acórdão, Marco Aurélio¹⁶⁴ afirma que:

O requerente diz estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, de “estado de coisas inconstitucional”. Segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Observa-se, portanto, que o relator não discutiu as dimensões do instituto acolhido, limitando-se a transcrever passagem da exordial, sem indicar se o Judiciário brasileiro está acolhendo os pressupostos utilizados na Colômbia para a configuração do ECI nem muito menos discutindo o conceito de tais pressupostos, como: por quanto tempo a conduta omissiva dos poderes políticos deve ser verificada para que haja configuração do ECI? Ou, ainda, a política de saúde, por exemplo, não obstante tenha maior interesse político e social na sua efetivação, contempla esferas de baixo interesse político, como quebra de patentes, assim, esses outros aspectos de baixo interesse político poderiam ter sua efetivação aprimorada mediante a declaração do ECI, ainda que constituam elementos de uma política profundamente regulamentada?

Percebe-se, também, a falta de discussão acerca do papel que o Judiciário assumirá após a declaração do ECI - se emitirá comandos de intervenção direta na política pública deficiente ou se apenas homologará eventuais planos de ação propostos pelo Executivo e pelo Legislativo - além de não se ter debatido como ocorrerá a fiscalização do cumprimento da ADPF n° 347 nem quais elementos deverão estar presentes para declarar-se a superação desse estado de inconstitucionalidade.

Frisa-se que em diversas passagens o Supremo Tribunal Federal cita a doutrina colombiana, mas em momento algum é fixado se o Brasil está absorvendo os seus mesmos pressupostos, sem sequer conceituar o que se compreende por população vulnerável (sabe-se, conforme demonstrado anteriormente, que houve forte construção jurisprudencial na Colômbia até chegar-se a uma conceituação acerca de quais grupos compõem esse conceito) e, conseqüentemente, sobre quais serviços públicos poderá haver a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Conclui-se que no Brasil a discussão acerca do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional não perpassou pela análise dos Ministros, havendo, inclusive, contradições no interior dos próprios votos, ou seja, aplica-se um instituto sem sequer definir suas

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF N° 347. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. p. 30.

dimensões, o que evidencia um forte entrave para a aplicação da ADPF n° 347 enquanto precedente.

Cumprido esclarecer que, aparentemente, importou-se a versão inicial do ECI desenvolvido na Colômbia, já apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, em que os critérios determinantes para a sua declaração de existência eram ambíguos e difusos, e careciam de univocidade, acarretando, por isso, falta de concretude e de segurança jurídica. Afinal, se os critérios não são bem delineados, então a utilização do instituto fica ao alvedrio da Corte Constitucional, com todos os subjetivismos que lhe são inerentes.¹⁶⁵

Percebe-se, portanto, que o Supremo não realizou de forma séria a discussão acerca do tema, importando a versão mais arcaica do instituto e sem discutir a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Para além da falta de discussão acerca do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional, a decisão cautelar proferida na ADPF n° 347 ainda apresenta outros problemas, como o indeferimento dos pedidos cautelares referentes ao dever de motivação das decisões judiciais quando for feita a opção pelas prisões cautelares.

Para indeferir tais pedidos de motivação, o Supremo alegou que já havia na lei o dever de fundamentação das decisões judiciais nesse sentido. Não obstante a existência de prescrições normativas peremptórias acerca do dever de fundamentação das decisões judiciais, reiteradas em sucessivos diplomas, como no Novo Código de Processo Civil, em que tal dever aparece minuciosamente destacado, sobretudo no Artigo 489, percebe-se a existência de incontáveis decisões lacônicas, sem qualquer fundamentação.

Tem-se, portanto, que o suposto caráter pleonástico do dever de motivação oculta, em verdade, uma falta de confiança em relação à atividade judicante brasileira, cuja consequência jurídica é a fundamentação de um controle persistente e severo sobre decisões judiciais que, na maior parte dos casos, presumem-se nada ou mal fundamentadas.¹⁶⁶ Percebe-se, assim, que o Supremo procurou impor os problemas da política penitenciária exclusivamente às decisões do Executivo, buscando retirar o enfoque do Poder Judiciário. Tal poder, entretanto, possui grande responsabilidade no delineamento da condição penitenciária, sobretudo se considerarmos que a população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, com 622.202 mil encarcerados, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia, além de nos últimos 14 anos a população do sistema prisional brasileiro ter aumentando em

¹⁶⁵ CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídico-fáticos del Estado de Cosas Inconstitucional**. Colombia: U. Externado de Colombia, 2011. p. 20.

¹⁶⁶ SHAPIRO, S. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 370.

167,32%, muito acima, portanto, do crescimento demográfico, aumento que evidencia a existência de uma política criminal encarceradora.¹⁶⁷

Dessa maneira, a solução do problema penitenciário não está no simples aumento do número de vagas nem no aumento do financiamento, com o descontingenciamento das verbas do FUNPEN, mas, “no envolvimento dos três Poderes da República, em todos os níveis da Federação, além de se relacionar diretamente com o que a sociedade espera do Estado como ator de pacificação social”.¹⁶⁸ Como afirma Carolina Haber¹⁶⁹, a superação desse quadro de violação massiva e estrutural dos direitos dos presidiários depende que os três Poderes atuem de forma conjunta. Afinal, ações isoladas acabam por criar um problema conjunto.

Observa-se, portanto, que a decisão cautelar proferida na ADPF nº 347 apresenta uma série de incongruências argumentativas, que dificultam a sua utilização enquanto precedente. Conforme expõe Juraci Mourão Lopes Filho¹⁷⁰, “não é qualquer decisão judicial que poderá ser um precedente a ser utilizado no futuro para compreensão do Direito”.

Conforme exposto no primeiro capítulo dessa dissertação, quando se apresentaram as características das sentenças estruturais na Colômbia, demonstrou-se que o controle abstrato de constitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 241, parágrafos 1º e 4º,¹⁷¹ e art. 242, parágrafo 1º,¹⁷² ambos da Constituição. Assim, o texto constitucional prevê a

¹⁶⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPEN – **Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias** – INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, junho de 2014, p. 06 e 14.

¹⁶⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPEN – **Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias** – INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, junho de 2014, p. 16.

¹⁶⁹HABER, Carolina. Protagonismo do Supremo na política carcerária: necessário, mas insuficiente. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Coor.). **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Fgv, 2017, p. 209-212, p. 209.

¹⁷⁰LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275.

¹⁷¹ *Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.* (COLOMBIA. Gov. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017).

¹⁷²Artículo 242. Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. (COLOMBIA. Gov. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2017).

possibilidade de controle abstrato, entretanto não faz menção aos seus. Dessa forma, o Estado de Coisas Inconstitucional é desenvolvido pela Corte Constitucional como tentativa de garantir efeito transcendente e vinculante à decisão judicial. Tal problema de ordem processual não é verificado no Brasil, uma vez que se dispõe de mecanismos de controle concentrado, como a própria ADPF, que já apresentam essas características.¹⁷³

Assim, o ECI na Colômbia surge em uma perspectiva completamente distinta daquela que resultou na sua importação para o Brasil. Na Colômbia, o controle abstrato não possui os efeitos de generalidade dos quais já se dispõe em território nacional e, por isso, o desenvolvimento da teoria do ECI nesse país ocorre em razão da absorção da noção de litigância estrutural, originalmente desenvolvida nos Estados Unidos com o caso *Brown vs. Board of Education*.

No Brasil, por sua vez, a importação do Estado de Coisas Inconstitucional ocorreu diante da ausência de mecanismos de controle de constitucionalidade sobre omissões inconstitucionais não normativas. Dessa forma, o sentido de incorporar tal instituto à nossa realidade constitucional está na tentativa de injetar valores constitucionais na sociedade e no próprio Estado, buscando reverter práticas, costumes ou estados já sedimentados e que são incompatíveis com a Constituição.¹⁷⁴

Percebe-se, entretanto, que o Supremo não realizou distinção entre as razões que levaram ao surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia e as razões que culminaram na importação desse instituto ao Brasil, argumentação que deveria estar contida nos votos, uma vez que as situações de surgimento da medida estruturante nos referidos países são completamente distintas.

A decisão cautelar da ADPF n° 347 deveria ter respondido, portanto, aos seguintes questionamentos: É possível a utilização racional do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil? O Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para reconhecer o ECI e para tomar medidas estruturais? Há realmente necessidade de utilização dessa ideia em nosso sistema jurídico, considerando a existência de ações de controle concentrado de constitucionalidade? (pontuação apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, conforme abordado em momento anterior desse trabalho) Como exercer controle de

¹⁷³PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 130-159, jan. 2015. Anual, p. 148.

¹⁷⁴FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice, **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, 1979, p. 4.

constitucionalidade sobre a realidade empírica, considerando que esse instituto foi desenvolvido para ser realizado sobre normas?¹⁷⁵

Além da falta de motivação acerca dessas questões, há ainda outros pontos que não foram devidamente observados pela decisão analisada, como: em momento algum se desenvolveu argumentação acerca da compatibilidade do Estado de Coisas Inconstitucional com o princípio da separação dos poderes, analisando se essa determinação do Poder Judiciário influenciando diretamente na execução da política pública trata-se ou não de uma ponderação entre tal princípio e os outros que necessitam ser resguardados, com todo o ônus argumentativo que advém de flexibilizar tão caro princípio democrático. Ou, caso entendesse que não há violação à separação de poderes, isso deveria ser tornado explícito, com os argumentos pertinentes, de modo a delinear o conceito dos limites da separação de poderes adotado pelo tribunal superior nesse julgamento e as funções que cada um deles deveria desempenhar após a declaração do ECI.

Outra questão que deveria ter sido alvo de argumentação nos votos é se as medidas cautelares deferidas pelo Supremo são adequadas, necessárias e proporcionais para a concretização do bem que se espera, qual seja, a reversão do quadro de ECI do sistema penitenciário brasileiro. Quais provas foram analisadas para justificar a adoção daqueles meios como eficientes para a obtenção do fim desejado? Como o descontingenciamento de verbas do FUNPEN e a realização das audiências de custódia são medidas suficientes e necessárias para a superação do quadro de violação massiva e estrutural dos direitos fundamentais dos presidiários? Tais medidas perpassam pelo filtro semântico, próprio da Condição Hermenêutica de Sentido?¹⁷⁶

Assim, no que concerne aos aspectos formais para definição da força hermenêutica do precedente - nível hierárquico da Corte emissora da decisão e tipo de processo em que se emitiu o precedente - ¹⁷⁷ é claro que a medida cautelar proferida apresenta grau máximo de força, sobretudo se levarmos em conta o teor do inciso I, Artigo 927 do Código de Processo Civil, em que resta consignado que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade devem ser observadas.

¹⁷⁵STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 22 out. 2017.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

¹⁷⁷LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 420.

Quando, entretanto, realiza-se a análise dos aspectos materiais para a fixação da força hermenêutica do precedente, tem-se que a decisão cautelar da ADPF n° 347 apresenta baixo poder de influência sobre casos futuros, uma vez que não se identificou fundamentação adequada e detida acerca do caso, por todos os vácuos argumentativos sobre as questões arguidas nesse tópico.¹⁷⁸

O aspecto argumentativo da decisão em análise restou tão aquém do esperado, que há inclusive dificuldade na identificação da sua *ratio decidendi*. A *ratio* corresponde aos fundamentos ou teses jurídicas que permitem ao magistrado, ao analisar o caso concreto, à luz do direito, tomar certa decisão, a qual poderá influenciar decisões judiciais futuras.

Conforme alude Goodhart,¹⁷⁹ a fixação da *ratio decidendi* está em distinguir os fatos materiais e os fatos imateriais que compõem o caso. Os materiais são aqueles indispensáveis à fixação da conclusão alcançada na decisão judicial e compõem a *ratio decidendi* do julgado. Os fatos imateriais, por sua vez, são aqueles que podem ser desconsiderados pelo magistrado na conclusão do julgado e que compõem o *obiter dictum*, dotado apenas de força retórica.

No caso em análise, pode-se dizer que a *ratio decidendi* está em reconhecer a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, e que para superar essa questão, o imediato descontingenciamento de verbas do FUNPEN e a realização de audiências de custódia seriam mecanismos eficientes.

Ocorre que não há consenso dos Ministros sobre nenhuma dessas duas premissas. No tocante à importação do Estado de Coisas Inconstitucional, o Ministro Gilmar Mendes apresenta divergências, já no que concerne às dissonâncias quanto ao prazo para a instituição das audiências de custódia, observa-se que a Ministra Rosa Weber e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski reconheceram a exiguidade do limite de 90 dias, sugerindo que ficasse a cargo do CNJ fixar tal prazo. Os referidos ministros foram vencidos nesse aspecto, e a decisão do pedido cautelar acabou fixando o prazo de noventa dias.

No tocante à determinação de que a União liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, foram vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, os quais fixavam o prazo de até 60 dias, a contar da publicação da decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que fora determinado. O Plenário, entretanto,

¹⁷⁸LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 427.

¹⁷⁹GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930, p. 178.

determinou que o descontingenciamento fosse realizado de forma imediata, sem a concessão de qualquer prazo para adequações.

Conclui-se que tais aspectos divergentes na decisão contribuem para o seu enfraquecimento hermenêutico, uma vez que as decisões tomadas não demonstram a opinião da Corte, mas sim a opinião de cada Ministro de forma isolada, o que inviabiliza a sua utilização enquanto precedente. Virgílio Afonso da Silva¹⁸⁰ bem diagnostica esse problema, elucidando que “eles [o STF e os demais tribunais superiores] não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição”.

Por todo o exposto, tem-se que a decisão cautelar da ADPF n° 347 em pouco contribui para um ganho hermenêutico, haja vista as inúmeras lacunas argumentativas existentes na decisão, de forma que a *ratio* está apenas na declaração de existência de um Estado de Coisas Inconstitucional sobre o sistema penitenciário brasileiro, o que é até óbvio diante do estado caótico desta política pública no país, entretanto, não se sabe o que de fato vem a ser o Estado de Coisas Inconstitucional nem muito menos sobre quais serviços públicos, no entendimento do Supremo, ela pode ser declarada.

Assim, são vários os entraves para a utilização do Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento de decisão judicial, começando por uma falta de conceituação desse instituto, dificultando a utilização da decisão cautelar, sob o ponto de vista substancial, como precedente em casos futuros em que haja a constatação de violação massiva e estrutural de direitos fundamentais em razão de omissões não normativas. Para além dos entraves diagnosticados nesse tópico, há, ainda, outros, os quais passarão a ser analisados nos itens subsequentes.

3.2 A intervenção do Judiciário na política, desequilíbrio na Separação dos Poderes e a proposta do Ativismo Dialogal

Conforme analisado ao longo de todo o trabalho, a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional resvala inexoravelmente na intervenção do Judiciário na política, o que conduz a uma forma de repensar o princípio da separação dos poderes e a interação entre eles.

¹⁸⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?”: o papel do ministro relator na deliberação no supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 197. Disponível em: <<https://goo.gl/bdafZD>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁸¹ aduz que a crítica formulada à adoção do Estado de Coisas Inconstitucional, em razão do desequilíbrio no princípio separação dos Poderes que esse instituto pretensamente acarreta, não subsiste, tendo em vista que não se está diante de uma concepção estática de separação, mas sim de cooperativismo constitucional. Assim, segundo o autor, a declaração do ECI deve ser acompanhada de um diálogo entre os poderes constitucionais, não podendo o Judiciário se omitir quando verificada violação massiva de direitos fundamentais, resultantes de falhas e bloqueios institucionais. Conclui-se que o autor defende o ativismo dialogal, em que as medidas apregoadas não serão criação exclusiva do Judiciário, mas fruto da deliberação conjunta dos poderes constitucionais.

Tem-se, portanto, que a corrente defensora da utilização do Estado de Coisas Inconstitucional aduz que a adoção do instituto não implicará desequilíbrio na separação dos poderes, com reforço ao Poder Judiciário, uma vez que se apregoa que a atuação de tal poder deverá ser subsidiada pelo ativismo dialogal, mediado pelo cooperativismo constitucional.

A fim de elucidar o conceito de cooperação constitucional, cita-se a construção formulada por Vanice Valle e Cecília Silva:¹⁸²

Importa o constitucionalismo cooperativo, portanto, na afirmação de que, ainda que se tenha em conta a supremacia da constituição, e que a proteção desse valor se tenha confiada ao Judiciário; disso não decorre a exclusão da possibilidade/utilidade do compartilhamento com as demais estruturas do poder, das distintas tarefas envolvidas no resultado final “efetividade de direitos”. Ao contrário, essa se revelaria a estratégia mais legítima do cumprimento desse mister, afastando como possibilidade a adoção de uma *judicial review* encerrada no isolacionismo da supremacia clássica, hermética e não cooperativa.

Logo, estabelecer técnicas de diálogo entre poderes e com a própria sociedade é uma forma de garantir minoração da revisão judicial hermética, distanciada da realidade social e da disponibilidade orçamentária. Assim, os diálogos institucionais visam solucionar problemas coletivos, evitando que todo o poder da última palavra centre-se no Judiciário.¹⁸³

Nesse momento, cumpre trazer alguma das reflexões de Conrado Hubner.¹⁸⁴ O referido autor adverte que a defesa na utilização dos diálogos institucionais rompe com a lógica tradicional de que os poderes apenas controlam uns aos outros, estabelecendo que esses podem - aliás, devem -deliberar conjuntamente na busca de decisões que sejam mais efetivas

¹⁸¹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 306-311.

¹⁸²VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário? **Jurispoiesis**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 321-348, 2009.

¹⁸³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014, p. 85.

¹⁸⁴MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 190.

ao conferir voz institucional as mais diferentes perspectivas.¹⁸⁵ O expoente dessa ideia de deliberação conjunta foi Jeffrey Tulis,¹⁸⁶ o qual explica que “nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia”, por isso a relevância da implementação de diálogos institucionais quando se pretende estabelecer decisões que irão atingir coletividades e que versem sobre as mais diversas funções dos poderes constituídos.

Como dificuldade inicial na adoção da teoria dos diálogos institucionais, há de se considerar que existem diversas teorias nesse sentido, como as desenvolvidas por Christine Bateup,¹⁸⁷ Sebastián Linares¹⁸⁸ e Conrado Hübner Mendes.¹⁸⁹ Assim, um desafio inicial a ser superado é definir qual dos vários modelos existentes melhor se coaduna com as necessidades e as com as próprias estruturas do constitucionalismo nacional.

Tendo-se realizado a escolha de quais teorias do diálogo institucional se irá utilizar, passa-se a refletir sobre a cultura jurídica do país, em que se constata que o Supremo Tribunal Federal “flerta perigosamente com uma estratégia de solução que centra em si mesmo não só a compreensão das fronteiras daquele direito fundamental invocado; como também o desenho dos mecanismos institucionais adequados à sua garantia”.¹⁹⁰

Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁹¹ também compartilha dessa compreensão, na medida em que afirma peremptoriamente que “é raro uma maioria do Tribunal deixar de decidir determinado caso, ou decidi-lo sem base nas próprias razões com o propósito de respeitar ou adotar as razões de outro poder”. Observa-se, assim, que há no Brasil limitações culturais à realização dos diálogos institucionais, predominando uma concepção de separação de poderes que se aproxima do isolamento institucional.¹⁹² Logo, a

¹⁸⁵MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 190.

¹⁸⁶TULIS, Jeffrey. *Deliberations between institutions*, em Peter Laslett e James Fishkin (Ed.). **Debating Deliberative Democracy**, Blackwell, 2003, p. 123.

¹⁸⁷BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1.109–1.180, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 12 jun. 2018.

¹⁸⁸ LINARES, Sebastián. *El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas*. **Revista Mexicana de Sociología**, México, v. 70, n. 3, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032008000300002&lng=es&nrm=iso> Acesso em: 13 agos. 2018.

¹⁸⁹ MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

¹⁹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional*. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 1-15, 2006, p. 7.

¹⁹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314.

¹⁹² RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 117.

efetivação da interação entre os poderes constitucionalmente constituídos nos termos propostos pelos defensores do ECI deverá perpassar por uma busca da unidade institucional do próprio Supremo Tribunal Federal, lugar de deliberação, uma vez que a ausência de univocidade conduz à falta de clareza das decisões¹⁹³ e, mesmo que se entenda que as decisões devam ser construídas coletivamente, com atualizações periódicas, o lugar final de decisão é o Poder Judiciário, por isso, o fortalecimento da unidade decisional é medida que se impõe mesmo que se esteja diante de uma decisão dialogada.

Aliada à questão cultural, há de se considerar o próprio desenho que a Constituição de 1988 atribuiu ao STF. Como adverte Glauco Salomão Leite,¹⁹⁴ o desenho constitucional ampliou os meios de acesso da população ao Judiciário, fazendo com que muitas vezes opte-se pela judicialização da demanda ao invés da sua resolução na via administrativa. Além da ampliação de acesso, o autor reconhece outras dificuldades na concretização dos diálogos institucionais no Brasil, como a posição contramajoritária a ser desempenhada pelo Judiciário.

Conforme explicitado no capítulo anterior, o ECI é instituto que visa garantir a concretização dos direitos fundamentais das populações vulneráveis. O Ministro Marco Aurélio chega inclusive a elucidar que tal instituto apenas teria incidência sobre direitos sociais sobre os quais não se verifica vontade política de concretização. Assim, as decisões judiciais que apresentam o ECI enquanto fundamento são de fato contramajoritárias, uma vez que vão de encontro ao interesse dos poderes políticos.

Nesse sentido, ao contrariar decisões dos poderes políticos, os quais gozam de ampla legitimidade, uma vez que tiveram seus representantes escolhidos pela maioria da sociedade, o Judiciário esbarra na dificuldade de justificar suas decisões, posto que contrariam os anseios da maioria.¹⁹⁵ Logo, nesses casos, o diálogo institucional é medida que se impõe não apenas em razão do anseio de produzir decisões mais bem fundamentadas e com maior chance de serem executadas, mas se torna conduta necessária a fim de conferir maior legitimidade às decisões judiciais, conferindo embasamento argumentativo de por qual razão adotar-se-á uma medida “x” e não uma medida “y” para superar as omissões inconstitucionais que geram a violação massiva aos direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

¹⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009, p. 219-221.

¹⁹⁴ LEITE, Glauco Salomão. Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição. **R. do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 13, n. 17, p. 37-51, 2015, p. 46.

¹⁹⁵ RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil**: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 125.

A jurisdição constitucional não apresenta legitimidade de origem para intervir nas decisões discricionárias e típicas dos poderes políticos. Logo, a legitimidade que tratamos nesse ponto diz respeito à legitimidade de exercício, a qual tende a ser ampliada por meio do diálogo institucional, na medida em que se possibilita compreender por qual razão os poderes políticos decidiram de determinada forma, viabilizando que o processo de deliberação da Corte esteja mais alinhado com a realidade fática e conseqüentemente seja melhor concretizado.¹⁹⁶

No que concerne especificamente à decisão cautelar proferida na ADPF nº 347, observa-se que o Supremo Tribunal Federal adotou a tendência cultural e jurídica nacional e fixou de maneira solipsista¹⁹⁷ as medidas a serem tomadas pelos poderes políticos na superação do Estado de Coisas Inconstitucional. O que nos leva à conclusão de que, não obstante tenha-se reconhecido no voto dos Ministros de que o Judiciário não pode usurpar funções dos poderes políticos, o que se observou é que o STF interviu diretamente na esfera política e no decisionismo do gestor público, sem apresentar em qualquer ponto da decisão de por qual razão a realização das audiências de custódia e o imediato descontingenciamento de verbas do FUNPEN constituíram medidas adequadas para superar o estado caótico em que se encontram as penitenciárias brasileiras, resultando em um processo decisório que não foi efetivamente deliberativo, nos termos defendidos por Conrado Hubner.¹⁹⁸

Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Victor Augusto Passos Villani Côrtes¹⁹⁹ não obstante sejam defensores da adoção do mecanismo das sentenças estruturais para a garantia de efetivação dos direitos sociais, apontam que esse instrumento apenas gozará da eficácia pretendida se no momento de sua elaboração os magistrados justificarem de forma ampla as suas decisões. “Nesse sentido, necessário que o juiz conheça a lide de forma exemplar e que haja participação social em suas decisões com audiências públicas e participação do *amicus curiae*. Quanto mais plural for o processo, maior a chance de êxito na decisão”.

¹⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁹⁷ Do latim *solus* (sozinho) e *Ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica (Coleção de Dicionários Jurídicos)** (Locais do Kindle 4839-4841). Editora Letramento. Edição do Kindle).

¹⁹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

¹⁹⁹ PINHO, Humberto dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – Redp**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014, p. 250.

Além de ser uma resultante de diálogo entre as instituições, contando, inclusive, com a participação da sociedade civil, as medidas estruturantes deverão apresentar uma Condição Hermenêutica de Sentido ou de verificabilidade. No caso em análise, depreende-se que as medidas propostas pelo STF não passaram pelo chamado filtro semântico, posto que a decisão não conta com argumentos cientificamente demonstráveis de que as medidas adotadas na decisão cautelar seriam de fato as mais adequadas para superar o problema da superlotação carcerária. Assim, é dever da fundamentação judicial indicar por qual razão decidiu-se dessa maneira e não de outra, obrigação contida, inclusive, no Art. 489 do Código de Processo Civil.²⁰⁰

Vê-se, assim, que o Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro foi realizado de forma isolada e individualista, uma vez que a intervenção sobre a política penitenciária não contou com a participação dos poderes políticos, sendo as medidas impostas de forma unilateral pelo Judiciário, produzindo uma decisão ineficaz. Atente-se que o Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado no Brasil em setembro de 2015, e até o presente momento as medidas estabelecidas não foram integralmente cumpridas, não obstante comecem a surgir no cenário nacional preocupações, sobretudo do Poder Legislativo, em garantir a observância às ordens traçadas pelo Supremo Tribunal Federal.

No que concerne especificamente ao processo de liberação de verbas do FUNPEN, tem-se que tal política prevê um plano de desembolso que inclui primeiramente a oitiva das unidades da Federação e de entidades da sociedade civil que atuam no tema das políticas penais. Em seguida, o Ministério da Justiça solicitará ao CNJ a avaliação técnica do plano de desembolso antes da publicação de editais e de chamadas públicas. Assim, a liberação de recursos apenas ocorrerá se os Estados enviarem propostas para modernização e ampliação dos presídios.

Logo, a determinação do STF de imediata liberação das verbas do FUNPEN, como se o desbloqueio dos recursos fosse suficiente para trazer melhorias à realidade penitenciária, evidencia quanto o conteúdo da decisão cautelar da ADPF n° 347 foi incongruente com as demais regras que normatizam a política pública penitenciária, esclarecendo que a adoção de uma postura mandatória e monológica, que em grande medida se aproxima das características do primeiro ciclo de manifestações do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia, os quais não produziram bons resultados na realidade fática,

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica (Coleção de Dicionários Jurídicos)** (Locais do Kindle 4719-4720). Editora Letramento. Edição do Kindle.

sobretudo em razão da baixa eficácia das ordens traçadas pelo Judiciário e da falta de fiscalização dos comandos prescritos.

Além da atuação distanciada e individualista do Supremo Tribunal Federal, em que claramente resta contrariada a expectativa dos defensores da aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, há de se considerar a problemática advinda do recente julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e nº 44, em que fica evidente que as decisões judiciais são proferidas, muitas vezes, sem a devida consciência de como impactam as políticas públicas existentes.²⁰¹ Em tais ADCs, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, mesmo relator da ADPF nº 347, o STF indeferiu os pedidos liminares pleiteados e firmou o posicionamento segundo o qual o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede a execução da pena logo após a condenação por tribunal de segunda instância, o que colocou em destaque uma clara afronta ao princípio da presunção de inocência, com o qual o Brasil se obriga por compromissos internacionais.²⁰²

Pouco após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário pelo STF, essa mesma instituição, de forma assistemática, reconheceu a possibilidade de cumprimento da pena logo após o julgamento em segunda instância, fato que, indubitavelmente, contribuirá para o aumento da população carcerária e o agravamento do problema do sistema penitenciário.

Verifica-se, portanto, que ainda que o STF não trace por si só a política pública e atue apenas como fiscalizador dos compromissos assumidos pelos poderes políticos (como é proposto pelos defensores da aplicação do ECI), corre-se o risco de a decisão declaratória do Estado de Coisas Inconstitucional ter reduzida efetividade em função das outras decisões proferidas pela mesma Corte e que repercutem diretamente na política pública sobre a qual o ECI foi declarado. Assim foi o caso das ADC's 43 e 44, as quais contribuíram para o aumento da população carcerária, não obstante tenha se declarado cerca de um ano antes a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário, em que todas as medidas deveriam se voltar à redução dessa população, e não ampliá-la.

Logo, deve-se refletir, além da questão cultural acima tratada, se o nosso Judiciário está preparado, do ponto de vista estrutural e ideológico, para passar do ativismo

²⁰¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 269.

²⁰² A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), assinada pelo Brasil em 25 de novembro de 1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado internamente por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, são exemplos de instrumentos internacionais que preconizam o dever de observância ao princípio da presunção de inocência.

judicial ao ativismo dialogal. Acredita-se que não, uma vez que não obstante existam elementos que propiciem o diálogo institucional, o que se observa na prática é a inexistência de uma solução compartilhada entre os poderes,²⁰³ o que pode se justificar por uma questão cultural ou até mesmo pela dificuldade que o Supremo Tribunal Federal apresenta de elaborar decisões unívocas e uniformes, o que é indispensável à realização do diálogo, uma vez que o Judiciário permanece sendo o ponto final de deliberação, em que a decisão se perfectibiliza.

Diante das dificuldades na efetivação do diálogo institucional, as soluções delineadas nessa dissertação para a resolução da problemática das omissões inconstitucionais não normativas perpassam pelo fortalecimento da governança administrativa, com o aprimoramento do controle administrativo direto, interno e externo, em que os direitos fundamentais sociais sejam espontaneamente efetivados pela Administração Pública.²⁰⁴

Assim, acredita-se que a teoria do ativismo dialogal ainda é algo distante de ser alcançado no Brasil, não obstante concorde-se que se trate do mecanismo que possibilita a produção de decisões mais fundamentadas, coerentes e que de fato permitem o exercício da democracia deliberativa. Portanto, enquanto não se alcança tal patamar de diálogo entre as instituições, defende-se que a atuação judicial deverá seguir as diretrizes elucidadas por Habermas,²⁰⁵ o qual apregoa que a atuação do Judiciário deve estar vinculada às prescrições normativas, em observância à sua estrutura interna. Em outros termos, sua atuação nem pode ser de um mero reproduzidor da lei, mas, também, não pode desconsiderar os limites jurídicos constitucionalmente impostos. Nesse sentido:

Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins, na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico, Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivado depende. Depois que o direito moderno se emancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um médium sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo.²⁰⁶

²⁰³LEITE, Glauco Salomão. Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição. **R. do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 13, n. 17, p. 37-51, 2015, p. 49.

²⁰⁴HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 614 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

²⁰⁵HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 259.

²⁰⁶HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 259.

Nessa mesma linha de reflexão são as considerações trazidas por Lênio Streck²⁰⁷ em seu Dicionário de Hermenêutica. O autor elucida que decisões judiciais tendentes a superar omissões do Executivo e do Legislativo necessitam de accountability, bem como precisam passar por um constrangimento epistemológico, a fim de verificar se as ordens prescritas são de fato coerentes com a superação dos problemas a que se propõem. Assim, não é pelo simples fato de terem sido emitidas pelo Supremo Tribunal Federal que se deve acatá-las sem restrições.

Em sentido dissonante das recomendações doutrinárias, observa-se que a adoção do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Brasil revelou, em verdade, uma tendência de empoderamento judicial, fenômeno que consiste em uma consequência da decadência do Estado do Bem-Estar Social, ou seja, na medida em que há aumento no descrédito das instituições políticas, a tendência natural é que as expectativas sociais se voltem para a atuação judicial,²⁰⁸ culminando na produção de uma decisão eivada de problemas argumentativos e que resultou na ampliação da atuação solipsista do Judiciário, com o proferimento de comandos ineficazes.

Conforme elucida Oscar Vilhena Vieira, “a liberdade com que o Supremo vem resolvendo matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo”.²⁰⁹ Assim, o ECI consiste em uma clara expressão da “juristocracia” de que fala Carlos Libardo Bernal Pulido.²¹⁰ A juristocracia inverte a ordem dos fenômenos no Estado democrático, uma vez que “o meio habitual de proteger os direitos deveria ser a expedição de leis e sua implementação por meio de regulações administrativas concretas. A exceção deveria ser a proteção judicial. Agora, em muitos âmbitos, a regra geral parece ser a inversa”.

Outro ponto acerca do reforço à juristocracia empreendido pela adoção do ECI pode ser localizado nas considerações realizadas por Tocqueville,²¹¹ segundo o qual os avanços da igualdade, mediante intervenção do direito, poderiam acarretar o esvaziamento dos ideais e das práticas de liberdade. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres²¹² aduz que a

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica (Coleção de Dicionários Jurídicos)** (Locais do Kindle 560-562). Editora Letramento. Edição do Kindle, 2017.

²⁰⁸ GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 44.

²⁰⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008. Semestral, p. 457.

²¹⁰ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, p. 15-34, 2015, p. 33.

²¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Ed. da USP, 1977.

²¹² TORRES, Ricardo Lobo. **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**. Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 291.

ampliação na judicialização da política e das relações sociais conduz ao desestímulo “da face libertária e reivindicatória da cidadania social”. Assim, a possível igualdade alcançada por meio do Estado de Coisas Inconstitucional poderá ensejar um recrudescimento da face social reivindicatória e de mobilização, na medida em que a mera judicialização conduzirá a efetivação dos direitos sociais, mitigando o papel dos coletivos e da organização populacional. A essa mesma conclusão chega Carlos Pulido,²¹³ o qual reforça que somente a participação cidadã nas instâncias de decisão econômica e política é que poderá resguardar a efetivação dos direitos quando a Constituição desfalece.

Na análise do segundo entrave acerca do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, observa-se que as premissas elaboradas pelos defensores desse instituto, de que a sua declaração deveria vir acompanhada de um ativismo dialogal, não ocorreu. O que se constata é a elaboração de uma decisão individualista, com a prescrição de medidas pouco efetivas e que não conta com a devida fundamentação, haja vista a ausência de justificativas ao longo dos votos de por qual razão a realização das audiências de custódia e o descontingenciamento de verbas do FUNPEN constituem os meios mais adequados para a superação do estado de lotação carcerária. Assim, o que se constata é uma vitória da semântica sobre o normativo, extrapolando-se os limites legais da atuação do Judiciário.

Conclui-se, ao contrário do que é consignado pela doutrina defensora do ECI, que esse instituto poderá acarretar mais problemas que soluções no constitucionalismo nacional (deve-se aguardar o julgamento de mérito da ADPF nº 347 para a realização de um juízo de valor mais concreto), uma vez que a expansão da atuação judicial sobre a efetivação de direitos sociais tende a acarretar fragilidades democráticas, haja vista que o Judiciário passa a traçar regulamentações de políticas públicas na tentativa de sanar as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, com o exercício exploratório de conteúdos possíveis de decisão judicial, adentrando em um terreno perigoso, com o afastamento dos tribunais do direito positivo,²¹⁴ ²¹⁵ recaindo em um voluntarismo exacerbado, acarretando a produção de decisões judiciais que vão além da racionalidade do direito.

Considerando, portanto, que a intervenção do Judiciário na política penitenciária ocorreu de forma antidialógica (aproximando o ECI brasileiro das manifestações do primeiro

²¹³ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, p. 15-34, 2015, p. 33.

²¹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, 2013, p. 396.

²¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 140.

ciclo colombiano) e que passados mais de dois anos do proferimento de tal decisão, a situação do sistema penitenciário brasileiro permanece crítica, tem-se que os diálogos institucionais não se efetivaram, e que na realidade a decisão cautelar que empreendeu a incorporação da doutrina do ECI ao sistema brasileiro revela uma tendência ao empoderamento judicial, com o seu agigantamento, descortinando uma possibilidade de desequilíbrio entre os poderes, caso tal tendência seja mantida em eventuais utilizações posteriores do Estado de Coisas Inconstitucional.

Outra reflexão que se deve apresentar consiste nas novas atribuições que se espera que o Poder Judiciário assuma. Conforme exposto no primeiro capítulo dessa dissertação, o Estado de Coisas Inconstitucional apenas passa a produzir os efeitos sociais esperados quando sua declaração segue acompanhada de uma intensa fiscalização pelo Judiciário, o que sem dúvidas recai em aumento de gastos desse poder com o exercício de mais essa função, bem como resulta no aumento de suas atividades (que já não são poucas). Assim, além da ausência de diálogos institucionais e dos desafios que ainda deverão ser superados para a efetivação desse modelo decisório, deve-se considerar que a importação do ECI resultará em um aumento nos gastos do Judiciário com atividades de fiscalização, além de uma ampliação nas suas atividades, o que poderá vir a prejudicar o exercício da atividade tipicamente jurisdicional (dizer o direito no caso concreto).

Apresentados os pontos que se pretendia expor no presente tópico, passa-se a tratar no tópico subsequente de mais um entrave à aplicabilidade do ECI a outros serviços públicos: a intervenção judicial sobre escolhas orçamentárias, haja vista o ECI ser fruto do ineficiente gasto público.

3.3 A intervenção judicial sobre escolhas orçamentárias e o novo teto dos gastos públicos

Considerando que todos os direitos demandam custos para a sua efetivação, quer sejam direitos sociais, quer sejam direitos individuais, tem-se que a efetivação do texto constitucional perpassa pela realidade orçamentária. Assim, os custos dos direitos não devem ser encarados como meros óbices à efetivação, mas são, em verdade, meios e pressupostos que tornam possíveis a sua realização.

Os custos não devem ser compreendidos, portanto, como algo externo ao direito, mas sim como um elemento intrínseco à sua efetivação, de forma que não é a exaustão de um

determinado orçamento que frustra a efetivação de certo direito fundamental, mas sim a opção política existente por trás da elaboração do orçamento, qual seja: o gasto público.²¹⁶

Diante da constatação de que os direitos fundamentais elencados no Artigo 6º da Constituição Federal necessitam de políticas públicas para serem concretizados, tem-se que a lei orçamentária, mais especificamente o gasto público, passa a ter especial importância para a efetivação do Estado de Direito Social.

Nesse sentido, o orçamento passa a ter como uma das suas finalidades a regulação do gasto.²¹⁷ A questão principal passa a ser, portanto, o controle das escolhas realizadas pelos gestores de onde e como gastar as receitas públicas, uma vez que os recursos são finitos e todos os direitos necessitam de recursos para serem efetivados.

Assim, chega-se ao paradoxo democrático, em que os representantes de grupos minoritários, pelos mais variados motivos, desviam-se da defesa dos interesses dos seus representados e passam a tomar decisões em atenção a interesses pessoais, de terceiros ou exclusivamente político-partidários.²¹⁸ Assim, ocorre que a definição de prioridades no gasto público acaba sendo realizada pelos grupos econômicos e politicamente fortes que controlam o Legislativo e o Executivo, comprometendo a qualidade do gasto público.

Nesse sentido, Buchanan e Musgrave²¹⁹ advertem que:

O Estado democrático sofre de um paradoxo fundamental; as pessoas tendem, na medida em que há um aumento na transferência, a buscar seus interesses imediatos e particulares de classe, grupo, região, profissão, ocupação ou atividade. Desse modo, existe uma contradição fundamental no Estado Democrático, visto que haverá sempre uma crescente demanda por distribuição localizada de recursos e uma capacidade limitada de arrecadação fiscal e financiamento do Estado. O paradoxo das demandas crescentes e resistências à tributação sofre nas disputas entre exigências por distribuição orientada e exigências por justiça e equidade (*equity or justice*). Muitas das crises fiscais do Estado Democrático se referem à ausência de solução por estas demandas.

Ao se encarar o orçamento enquanto lei meramente autorizativa, vê-se que a definição do gasto público passa a ser um critério meramente político, em que o Executivo decide se, como e onde gastar. O critério eminentemente político conduz, por sua vez, a uma

²¹⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 234/235.

²¹⁷ CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: Um olhar para o orçamento com foco no gasto. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**, Brasília, v. 1, n. 9, p. 1-18, jan. 2014. Semestral. p. 06.

²¹⁸ COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Trad. Alexander R. de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010. p. 189.

²¹⁹ BUCHANAN, James; MUSGRAVE, Richard A. **Public finance and public choice**: two contrasting visions of state. Cambridge/London: The MIT Press, 1999, p. 122.

série de incongruências, sobretudo se pensarmos nas políticas públicas voltadas aos grupos de pouca ou nenhuma expressividade social, como é o caso dos presidiários.

Por isso, o caráter autorizativo da lei orçamentária “abre margem ao mau gestor para a realização de práticas no campo da discricionariedade administrativa que vão de encontro aos reais objetivos orçamentários”,²²⁰ contribuindo para o aparecimento de situações de violação massiva de direitos fundamentais, uma vez que esses não são efetivados diante da falta de investimento em políticas públicas que visam sua concretização.

Esse cenário é a exata descrição do que ocorre com a política pública penitenciária. A falta de interesse político em tutelar os direitos fundamentais mais básicos dos encarcerados faz com que o gasto direcionado à política penitenciária seja ínfimo e até mesmo desvirtuado, como ocorreu com a Medida Provisória nº 755/2017, convertida na Lei nº 13.500/2017, o que enseja o aparecimento de situações de violação massiva e estrutural dos direitos desses indivíduos.²²¹

A referida legislação passou a autorizar a utilização de capital do FUPEN para o financiamento de programas e atividades preventivas, como inteligência policial, além de ampliar as atribuições da Força Nacional; revogando, ainda, o inciso VII do artigo 2º da Lei Complementar n.º 79/94, cortando os 50% (cinquenta por cento) do montante das custas judiciais recolhidas em favor da União, receita que perfazia quantia significativa para o fundo penitenciário.

Ademais, permitiu-se 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.

Conclui-se, assim, que a Lei nº 13.500/2017 permitiu o emprego de verbas do FUNPEN para outras áreas que não estão albergadas pelas finalidades do fundo, além de ter empreendido um corte significativo em suas receitas, com diminuição no valor das custas judiciais da União.

Cumpre esclarecer que o FUNPEN compõe a principal receita de financiamento da política pública penitenciária. O referido fundo apresenta natureza jurídica de Fundo Especial, cuja previsão está nos artigos 71 a 74 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964,

²²⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, v. 38, n. 76, p. 183-212, 2017, p. 209.

²²¹ MAIA, Isabelly Cysne Augusto; FERREIRA, Pedro Henrique Lopes. Do contingenciamento ao Estado de Coisas Inconstitucionais: A intervenção do Judiciário na execução da política penitenciária. **Revistas Teorias do Direito e Realismo Jurídico**. 2018 (no prelo).

compondo, em verdade, “instrumento de gestão financeira em que o Estado cria para a realização de determinados objetivos”.²²² De forma mais específica, o FUNPEN é um Fundo Especial de natureza financeira, o qual apresenta destinatários e beneficiários pré-definidos. Nesse sentido, os Artigos 1º e 2º do Decreto nº 1.093/94 determinam minuciosamente em que atividades os recursos do FUNPEN poderiam ser aplicados. Ocorre que com a MP 781/2017 e posteriormente com a Lei nº 13.500/2017, as verbas do FUNPEN passaram a ser destinadas a outros setores não integrantes da política penitenciária, como a inteligência policial, caracterizada como setor de repressão e capaz de ensejar ampliação da população penitenciária.

Consigna-se que historicamente as verbas do FUNPEN são amplamente contingenciadas, impedindo que os objetivos para os quais o fundo foi instituído sejam alcançados. Em 2011, o orçamento autorizado do fundo fora de R\$ 269,9 milhões, ao passo que o orçamento utilizado atingiu apenas R\$ 98,3 milhões, numerário muito inferior à metade da dotação inicial.²²³

Em mais de uma pesquisa efetuada pela Organização Não Governamental Contas Abertas, constatou-se que em 2016 havia por volta de R\$ 3,3 bilhões disponíveis no FUNPEN. Mesmo assim, a dotação orçamentária para 2016 fora de 682,7 milhões, e em outubro tão somente 270,6 milhões tinham sido devidamente executados. Anotou-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 fiscais.²²⁴ Em 2017, a referida ONG estima que há um montante de R\$ 2,5 bilhões “parados” no Fundo, destinados para o alcance do superávit primário.²²⁵

Observa-se, portanto, que a reserva de contingência realizada no caso do FUNPEN tem produzido uma completa inexecução da política pública penitenciária, deturpando a finalidade prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal²²⁶ para a realização de

²²² PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 214.

²²³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Fundo Penitenciário Nacional em Números**. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 20.

²²⁴ 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-parados-para-reforma-e-ampliacao-de-presidios>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²²⁵ 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: 18 nov. 2017.

²²⁶ Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar: III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao: b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais

contingenciamentos, os quais deveriam ser efetivados para empreender o ajuste no orçamento, em que a limitação de empenho fica autorizada apenas na hipótese específica de o montante de receitas, inicialmente previsto, ser frustrado.²²⁷

Assim, as verbas apenas podem ser contingenciadas se as receitas previstas não forem auferidas, de modo que a realização de contingência em outras hipóteses que não essa configura desinteresse político, não tendo o Judiciário condições epistemológicas ou estruturais de reverter tal desinteresse, vide o claro exemplo da situação carcerária nacional, em que ordem da mais alta corte do país vem sendo reiteradamente desobedecida, com a continuidade na inaplicabilidade das verbas do FUNPEN.

Faz-se necessário destacar que a Lei nº 13.500/2017 apresenta expresse dispositivo legal de que fica vedado o contingenciamento de verbas do FUNPEN (Art. 6º). Ademais, registra-se que se encontra em trâmite nas Casas do Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 25/2014, o qual visa realizar três acréscimos à Lei instituidora do FUNPEN, quais sejam: a) estabelecer que os créditos orçamentários programados no FUNPEN não serão alvos de limitação de empenho prevista; b) vetar a imposição de quaisquer limites à execução da programação financeira relativa às fontes vinculadas no FUNPEN, exceto quando houver frustração na arrecadação das receitas correspondentes; e c) vetar a programação orçamentária dos créditos de fontes vinculadas do FUNPEN em reservas de contingência de natureza primária ou financeira. Percebe-se, assim, que começa a surgir uma preocupação dos poderes políticos, sobretudo do Legislativo, em garantir que a política pública penitenciária passe a ser adequadamente financiada.

O objetivo do presente tópico consiste, portanto, em evidenciar que caso se entenda que a incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional pela ordem jurídica nacional reflete o meio mais adequado para a superação das omissões inconstitucionais e dos bloqueios institucionais, podendo vir a ser aplicado aos outros serviços públicos que estejam sendo prestados de forma insuficiente, fatalmente estará se defendendo a ideia de uma intervenção judicial sobre escolhas orçamentárias, uma vez que pela análise realizada no presente tópico, resta amplamente demonstrado que a violação massiva e generalizada de determinado direito fundamental possivelmente é reflexo da má realização do gasto público.

imprevistos.

²²⁷LOCHAGIN, Gabriel Loretto. **A flexibilidade da execução orçamentária**. 2012. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-29082013-111525/pt-br.php>>. Acesso em: 18 nov. 2017, p. 09.

Não se está com essas considerações querendo se afirmar que o Judiciário não poderá realizar o controle do gasto público quando esse se mostrar absolutamente desproporcional ou realizado de forma indevida, como é o caso da política penitenciária, em que os níveis de contingenciamento são elevadíssimos. Apenas faz-se a ressalva de que a adoção do ECI abre margem para que o próprio magistrado defina onde, quanto e como realizar o gasto público, fazendo as vezes do gestor público, haja vista as características observadas na primeira fase desse instituto no direito colombiano, do qual o ECI brasileiro aproxima-se em muitos aspectos.

Assim, o entrave à adoção do ECI que ora se apresenta diz respeito à tendência do nosso Supremo Tribunal Federal de se imiscuir nas escolhas que pertencem à esfera política, como a alocação orçamentária. Ou seja, a preocupação científica que se apresenta é uma continuidade das reflexões trazidas no tópico anterior: não seria o ECI uma nova expressão de ativismo judicial, um meio de conferir ainda mais poder político ao Judiciário, em detrimento do fortalecimento democrático?

Buscando-se ilustrar a tendência intervencionista de nosso Judiciário sobre políticas públicas e de como tal poder tende a não levar em consideração aspectos distributivos, de escassez de recursos, custos do direito e reserva do possível em suas decisões, aponta-se o caso do RE nº 580.252/MS, em que se admitiu a possibilidade de os presos serem indenizados por danos morais, caso estejam cumprindo pena em condições humanas degradantes, e do RE nº 592.581/RS, em que se reconheceu a possibilidade de o Judiciário condenar a União e os Estados a realizarem reformas ou construir novos presídios, independentemente da dotação orçamentária.

Tais decisões visam garantir que a população penitenciária tenha acesso a uma melhor qualidade de vida, sem consignar, entretanto, em tais acórdãos, de onde virá o orçamento para subvencionar o pagamento das inúmeras ações indenizatórias que certamente serão ajuizadas e para custear a construção e reforma de presídios. Em outras palavras, o argumento da reserva do possível não tem sido levado a sério, uma vez que o Judiciário tende a partir do pressuposto de que o poder público dispõe de orçamento e os investimentos não são realizados a contento por má gestão política.

Tal afirmação encontra base no trabalho desenvolvido por Daniel Wei Liang Wang,²²⁸ em que o pesquisador coletou decisões do STF nas quais se pleiteava acesso à educação e saúde. Verificou-se que em tais pedidos os argumentos de escassez de recursos,

²²⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito Gv*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

custos dos direitos e reserva do possível não são trazidos para o debate, sendo logo descartados nas decisões em que se visa efetivação de direitos fundamentais, tratando-os como absolutos, como se o Supremo Tribunal tivesse eleito direitos que não se sujeitam à reserva do possível, e como se os argumentos orçamentários apresentados pelo Poder Público fossem meramente retóricos.²²⁹ Outra observação apresentada pelo autor é de que as preocupações do STF com escassez de recursos e custos dos direitos volta a aparecer em acórdãos cujas decisões apresentam efeito *erga omnes*, assim, quando os efeitos são *inter partes* ou direcionados a pequenos grupos, não se vislumbra essa preocupação. Quando, entretanto, passam a deter efeitos coletivos, essa análise volta à tona.²³⁰

A essa mesma conclusão chegaram-se os estudos elaborados por Florian Hoffmann e Fernando Bentes. Ao analisarem decisões judiciais que intervinham na política de saúde e de educação, os autores elucidam que a quantidade de ações coletivas ainda é bem inferior que as demandas individualmente ajuizadas e que o Judiciário, de uma forma geral, tende a assumir posturas mais intervencionistas na política pública quando se está diante de uma demanda individual, cujos efeitos serão restritos às partes envolvidas, ou seja, na análise dos autores, quando se está diante de efeitos *erga omnes*, os magistrados tendem a ser mais contidos, posto que têm consciência de que lhes falta conhecimento acerca da lógica de investimento e estruturação empreendida pelo gestor público na administração da política pública.²³¹

Pelos elementos apresentados, resta plenamente caracterizada a preocupação que se pretende aludir nesse trabalho: em se considerando possível a incidência do ECI sobre outros serviços públicos, o controle judicial sobre políticas públicas e gasto orçamentário será condição *sine qua non*.

Logo, considerando a tendência que nosso Judiciário apresenta em não analisar com seriedade os argumentos de reserva do possível, como reflexo da banalização desse argumento pelo Poder Público (o qual costuma alegar indisponibilidade orçamentária, sem, contudo, apresentar qualquer prova cabal a esse respeito).²³² Além do efeito multiplicador que

²²⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008, p. 563.

²³⁰ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008, p. 565.

²³¹ HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M.. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting Social Justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 100-145, p. 141-142.

²³² LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, 2009, p. 64.

as decisões judiciais apresentam (haja vista uma tendência ao ajuizamento de demandas individuais), aliado à falta de uma definição precisa sobre o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, em que não se sabe sobre quais serviços públicos poderá incidir nem se será competência exclusiva do Supremo nem se será dotada de efeito *erga omnes* ou se terá efeitos *inter partes*, como no caso de demandas envolvendo pequenos grupos.

Chega-se ao seguinte impasse, bem descrito por Ricardo Marcondes Martins:²³³ como definir quando se está diante do exercício de poder discricionário pelo gestor público, o qual priorizou investimento em outras áreas, na tentativa de conferir concretização ao interesse público ou quando se está diante do mau exercício do gasto público, ao ponto de caracterizar a omissão do estado capaz de ensejar a declaração do ECI, incorrendo na realização de decisões não admitidas pelo Direito? Tem-se que sobre esse aspecto haverá incessante controvérsia jurídica.

Assim, o primeiro problema que a intervenção do Judiciário sobre o gasto público deverá ultrapassar é justamente definir os limites de quando se está diante de uma discricionariedade legítima ou não (fala-se aqui da própria dificuldade em se diagnosticar quando se está diante de uma omissão inconstitucional não normativa, questão pontuada no primeiro capítulo deste trabalho), para, em seguida, determinar os impactos orçamentários da decisão e se os poderes competentes apresentam condições fáticas/orçamentárias de concretizá-la nos termos em que fora proferida. No caso específico da política penitenciária, não há dúvidas de que se está diante de uma atuação ilegítima do gasto público e nem que o orçamento existente é suficiente para financiá-la, faltando, em verdade, interesse político em aplicar os recursos angariados. Esses problemas, entretanto, não se aplicam a outras espécies de gastos públicos, como determinados serviços de saúde, em que tanto se investe, mas a capacidade de atendimento permanece aquém das necessidades sociais.

Buscando solucionar a questão da disponibilidade orçamentária, filia-se ao entendimento de que a “jusfundamentalidade dos direitos fundamentais se reduz ao mínimo existencial (...) os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária”,²³⁴ ou seja, diante dos desvios políticos, cabe ao Judiciário intervir ao menos para garantir o acesso ao mínimo existencial dos direitos fundamentais.

²³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018, p. 153.

²³⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80-81.

Dessa forma, defende-se que o Judiciário poderá intervir sobre o gasto apenas quando se verificar que a discricionariedade do gestor resvala em uma não prestação do serviço público, configurando uma total omissão inconstitucional, e a interferência no orçamento deverá ocorrer apenas até o limite de ser possível garantir que ao menos o núcleo mínimo dos direitos será prestado. Tal proposta não desconsidera os entraves em se estabelecer o núcleo mínimo dos direitos fundamentais. O que se procura garantir é que um mínimo de investimento seja direcionado a políticas públicas absolutamente negligenciadas, uma vez que, conforme afirma Cass Sustein e Stephen Holmes:²³⁵ “um direito legal existe, na realidade, apenas quando e se tiver custos orçamentários”, ou seja, a Constituição, com todos os direitos fundamentais que prescreve, é refém da Administração Pública, na medida em que só terá efetividade se existir dotação orçamentária voltada para a execução de tal direito.²³⁶

Assim, ao intervir no orçamento, a atuação do Judiciário deve impedir que as decisões políticas sejam tomadas apenas em benefício de certos grupos economicamente organizados, visando reduzir o abismo existente entre tributação e gasto e garantindo a observância ao interesse público.

Dworkin, em seu livro *Uma questão de princípio*, afirma que as minorias tenderiam a serem melhores representadas em um sistema em que o Judiciário se limitasse a realizar a revisão das decisões legislativas, com o fito de controlar a efetividade das medidas traçadas por esse Poder. Assim, a democracia pressupõe igualdade de poder político, de forma que retirar a competência de executar e normatizar políticas públicas do Executivo e do Legislativo, remetendo-as indiscriminadamente aos Tribunais, como se caracteriza o ECI em sua versão inicial, a qual aparentemente foi a adotada pelo STF, acarreta um enfraquecimento do princípio democrático²³⁷ e do próprio Judiciário enquanto instituição.

Nesse sentido, a coerção estatal advinda de decisões judiciais apresenta limitações, de forma que para a coerção estatal conviver com a democracia, faz-se necessário que “as consequências de cada decisão vinculativa sobre a vida de seu destinatário devem ser consideradas tão importantes quanto às consequências dessa mesma decisão para a vida de todos os demais membros da coletividade”,²³⁸ ou seja, os consequentialismos das decisões devem ser amplamente considerados.

²³⁵HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000, p. 19.

²³⁶OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português**, vol. I, Identidade Constitucional: Almedina. 2009. p. 104/15.

²³⁷DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30.

²³⁸MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática: Como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lênio Luiz;

Nesse sentido, os entraves à intervenção judicial sobre o orçamento podem ser sintetizados na busca pelo equilíbrio entre dois extremos, caracterizados pelo governo dos juízes de um lado e o desgoverno (esse marcado pela completa omissão do Legislativo e do Executivo), de outro, ou seja, o controle sobre o gasto público não pode ocorrer de forma a usurpar as competências típicas do Legislativo e do Executivo, ao mesmo tempo em que não podem permitir uma atuação negligente e ilícita de tais poderes.²³⁹

Além das questões apresentadas (dificuldade em se diagnosticar as omissões não normativas capazes de configurar um desgoverno político e definir até que ponto a intervenção judicial sobre o orçamento é constitucionalmente legítima), há um terceiro problema advindo do controle judicial sobre o orçamento que também deve ser alvo de análise no presente trabalho: a recente aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, também conhecida como o teto dos gastos públicos.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, a partir do exercício financeiro do ano de 2018, as despesas primárias da União voltadas para saúde, educação, obras, segurança, previdência, dentre outros, somente poderão sofrer reajustes com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do ano anterior, regime de investimento que perdurará pelos próximos 20 (vinte) anos.²⁴⁰ Nesse sentido, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público e da Defensoria, deverão fixar seus limites de gastos, de modo que os investimentos de um ano para o outro não podem ultrapassar a inflação, ainda que a economia esteja em crescimento. Logo, só serão autorizados aumentos de investimento em uma área com corte de gastos em outra.²⁴¹

O objetivo da presente reflexão acerca da Emenda nº 95/2016 não está em tecer considerações acerca da sua (in)constitucionalidade, o que se pretende frisar é que com a sua adoção haverá uma clara limitação aos gastos que o poder público poderá efetuar para a concretização de direitos sociais. Assim, a emenda nº 95/2016 revela um claro regime de austeridade fiscal, o que inexoravelmente conduzirá a uma redução no tamanho do Estado por

ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Geroge Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: Coerência e Integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85-111, p. 109.

²³⁹ LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, 2009, p. 69.

²⁴⁰ NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovani. A emenda constitucional nº 95/2016 e a violação da ideologia constitucionalmente adotada. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1216-1244, 2017, p. 1227.

²⁴¹ MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017, p. 261.

meio da política fiscal.²⁴² Há, inclusive, alguns estudos que projetam quanto de redução em investimento ocorrerá sob a vigência da Emenda nº 95/2016, sobretudo quando se fala nas áreas de assistência social e saúde.²⁴³ Em nota técnica elaborada por Andrea Barreto de Paiva, Ana Cleusa Serra Mesquita, Luciana Jaccoud e Luana Passos,²⁴⁴ estima-se que até 2036 haja uma redução de 54% (cinquenta e quatro por cento) nos investimentos direcionados à assistência social. As autoras acreditam que em vinte anos haveria uma redução de oitocentos e sessenta e oito bilhões de reais, e a participação dos gastos com as políticas assistenciais alcançaria patamares inferiores ao observado em 2006 (0,89%), passando de 1,26%, em 2015, para 0,70%, em 2036.

Vê-se, assim, que diante do novo regime fiscal haverá uma considerável redução nos investimentos direcionados à implantação de direitos sociais, de forma que a concretização de decisões judiciais que resvalarem em ampliação de gastos pelo Executivo terá sua exequibilidade prejudicada, tendo em vista que os poderes políticos estarão vinculados a limites financeiros bastante restritos.

Assim, a defesa pela incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil também deverá passar pelo enfretamento dessa questão. Ora, se é condição do instituto que haja uma intervenção sobre a realização do gasto público, e aqui se frisa que há várias maneiras de realizá-la (os defensores da aplicabilidade da teoria defendem que essa deve ocorrer mediante a realização de diálogos institucionais), como impor a realização de maiores investimentos em dado serviço se o país está sob um regime de austeridade fiscal? Como ampliar investimentos, se há um teto a ser observado, sob pena de uma série de sanções? Logo, o que se pretende defender é que além das dificuldades costumeiras e já amplamente tratadas pela doutrina acerca da intervenção judicial sobre escolhas orçamentárias (o que, sem dúvidas, manifesta um desdobramento das questões apresentadas no tópico anterior), ainda há de se considerar os limites advindos com a vigência do novo regime fiscal, instituindo mais um óbice à aplicação do ECI para outros serviços sociais.

Expostos os principais entraves internos à incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional: falta de delimitação dos pressupostos do instituto em território nacional, dificuldades inerentes às novas atribuições que se espera que o poder Judiciário assumam, desde

²⁴² VIEIRA, Fabíola Sulpino et al. **Políticas sociais e austeridade fiscal**: como as políticas sociais são afetadas pelo austericídio da agenda neoliberal no Brasil e no mundo. Rio de Janeiro: Cebes, 2018, p. 37.

²⁴³ VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. **Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Ipea, 2016a. (Nota Técnica nº 28).

²⁴⁴ PAIVA, Andrea Barreto de; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana; PASSOS, Luana. **O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil**. Brasília: Ipea, 2016. (Nota Técnica nº 27).

a realização de deliberações como fulcro de diálogos institucionais (como sistematizá-los?), perpassando por um aumento de funções e de gastos desse poder com a fiscalização de cumprimento de decisões em que ocorre a declaração do ECI.

Além da intervenção do Judiciário sobre escolhas orçamentárias e o advento do novo teto dos gastos públicos, passa-se à análise das dificuldades de ordem internacional: como justificar a incorporação do Estado de Coisas Inconstitucional quando existem tantos outros modelos de sentenças estruturais, conforme disposto no primeiro capítulo desse trabalho? A importação da ideia constitucional colombiana foi realizada de forma adequada pelo Supremo Tribunal Federal? Lidou-se adequadamente com o direito estrangeiro? Essas questões serão tratadas no tópico subsequente.

3.4 O uso de precedentes estrangeiros: Como realizar a importação de ideias constitucionais?

Objetiva-se analisar neste tópico, ainda que brevemente, como deve ocorrer a utilização de precedentes estrangeiros pelo Judiciário nacional, elucidando que a importação de ideias constitucionais deve observar aspectos substanciais, como integridade, coerência e justificação, avaliando se os sistemas que estão em diálogo (no caso em análise o sistema brasileiro e o colombiano) são de fato compatíveis entre si, justificando-se por qual razão incorporou-se a ideia constitucional “x” e não a ideia “y”, e se o instituto incorporado é consentâneo com o ordenamento jurídico nacional.

O fenômeno do diálogo entre cortes constitucionais, sobretudo no que concerne ao campo dos direitos humanos, é expressão que tem crescido substancialmente. O diálogo entre cortes de que se fala consiste no uso de decisões de jurisdições internacionais na construção de decisões internas. Além dessa interação, fala-se, ainda, da ampliação de uma relação mais direta, em que ocorre a introdução de dinâmicas de interação direta, como conferências, congressos e encontros temáticos entre os membros de Cortes Supremas.²⁴⁵

Assim, a reflexão que se pretende estabelecer diz respeito às decisões judiciais em que os argumentos e institutos elaborados pela Corte Internacional não são meros acessórios ou reforços argumentativos, mas constituem a verdadeira *ratio decidendi*, como ocorreu com a importação do Estado de Coisas Inconstitucional na decisão cautelar proferida na ADPF nº 347.

²⁴⁵ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. S.l: Gazeta Jurídica, 2016. p. 347-383, p. 348.

As decisões judiciais das Cortes Supremas dos mais variados países estão em conexão e sobre esse aspecto não há qualquer problemática, afinal, se os países estão enfrentando obstáculos semelhantes, por que não buscar novos referenciais de solução, ainda que para além das fronteiras? E sobre esse aspecto, Virgílio Afonso da Silva²⁴⁶ apresenta considerações interessantes, na medida em que afirma que os diálogos entre jurisdições deve ser uma prática fomentada, haja vista que “o constitucionalismo - e a interpretação constitucional - não são apenas questões estritamente nacionais porque os problemas são internacionalmente comuns”.

Considera-se que grande parte da doutrina defende a importância do diálogo entre Cortes. Alguns pesquisadores, entretanto, apresentam receio no reforço a essa prática, como é o caso de John Yoo.²⁴⁷ Esse autor adverte que a deferência aos tribunais estrangeiros pode significar uma expressão de que eles estão exercendo influência para além das fronteiras do país, o que impacta a soberania das nações, além do fato de que a adoção de soluções estrangeiras produz a quebra da relação “povo x Constituição”, posto que se estará buscando solução em um documento produzido em outro contexto político e social. Como terceira preocupação, o autor aduz que deve existir semelhança histórica e ideológica entre os países em diálogo, a fim de que haja compatibilidade na solução buscada.²⁴⁸ Com base nessas preocupações de John Yoo, acredita-se que apenas a última delas tem pertinência, uma vez que embora tenha se optado pela nomenclatura de “precedente estrangeiro”, em momento algum se defende que haja uma obrigatoriedade por parte da corte incorporadora de segui-lo, mas que se trata de uma opção buscar a solução no exterior, caso a opção seja por realizar essa busca, que os critérios substanciais de coerência, justificação e integração sejam observados.

O problema que o presente trabalho visualiza na realização deste diálogo não está na busca de soluções para impasses internos no direito estrangeiro, mas em analisar se as Cortes Constitucionais, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu um método quando da importação do Estado de Coisas Inconstitucional capaz de justificar por qual razão esse modelo de sentença estrutural foi importado, enfrentando-se, também, uma

²⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530, p. 528.

²⁴⁷ YOO, John. Peeking Abroad?: The Supreme Court's Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases. **Public Law And Legal Theory Research Paper Series**, University Of California At Berkeley School Of Law, p. 1-18, 2004.

²⁴⁸ YOO, John. Peeking Abroad?: The Supreme Court's Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases. **Public Law And Legal Theory Research Paper Series**, University Of California At Berkeley School Of Law, p. 1-18, 2004, p. 18.

análise se o instituto importado se adequa às leis e à constituição do país importador o ponto de vista da coerência.²⁴⁹

A fim de dar início à reflexão de quais critérios substanciais devem ser levados em consideração para a importação de ideias constitucionais estrangeiras, traça-se os principais argumentos apresentados por Lena Foljanty, em seu trabalho intitulado *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor*. Nesse estudo, a autora afirma que a nomenclatura mais adequada a ser aplicada ao fenômeno em estudo consiste em “tradução cultural”, uma vez que o método de incorporação de uma norma/instituto/decisão judicial assumirá contornos próprios ao adentrar na ordem interna, a fim de adequar-se à realidade do novo contexto em que passará a ser aplicado.²⁵⁰

Nesse mesmo sentido é o entendimento apresentado por Gustavo Vitorino Cardoso.²⁵¹ O autor afirma que o processo de utilização de doutrina, legislação ou até mesmo de sentenças estrangeiras em busca da concretização constitucional já existe há bastante tempo, mas tal fenômeno vem perdendo a condição de um mero processo de colonização, nos quais os elementos exógenos, oriundos dos países colonizadores, deveriam nortear a atuação dos países colonizados, para serem substituídos pelo processo de diálogo, em que a citação aos outros juízes não tem o mero escopo de preencher lacunas, mas visa, em verdade, perceber como outras cortes decidiram problemas semelhantes, concedendo reforço argumentativo às decisões tomadas em âmbito interno.²⁵² Tal compreensão também é partilhada por Anne-Marie Slaughter,²⁵³ na medida em que a autora trata tal interação entre cortes como uma espécie de “fertilização cruzada”, de forma que tanto o país incorporador da ideia constitucional quanto o idealizador influenciam-se mutuamente.

Antes mesmo da perfectibilização do processo de tradução, cumpre refletir se a própria escolha do instituto ou do precedente estrangeiro a ser traduzido para o direito interno foi realizado de forma adequada. Nesse ponto, faz-se necessário destacar as críticas ao uso do

²⁴⁹ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. S.l: Gazeta Jurídica, 2016. p. 347-383, p. 351.

²⁵⁰ FOLJANTY, Lena. *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor* (October 26, 2015). *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* / *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2 / 2015, S. 89 - 107 (Der Beitragsthierauf Deutsch erschienen: Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung. Zur Tragweite einer Metapher Beitrag ist hier auf Deutsch erschienen: Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung. Zur Tragweite einer Metapher); **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper** Series No. 2015-09. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2682465>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

²⁵¹ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010.

²⁵² CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010, p. 471.

²⁵³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts, **44 Harv. Int'l L.J.** p. 191-219. 2003, p. 194.

termo “precedentes estrangeiros”, elucidadas por Michele Taruffo.²⁵⁴ O autor critica a utilização de tal expressão, aludindo que nesses casos não há que se falar no uso de precedentes, uma vez que as decisões estrangeiras não detêm o elemento de vinculação formal, característica típica dos precedentes. Assim, para tal autor, a menção de decisões externas em julgados seria apenas a aplicação de um “exemplo”, ou seja, Taruffo não confere a decisões estrangeiras o *status* de precedente, não obstante reconheça, com certo entusiasmo, o crescente movimento de uso de decisões de outras Cortes Constitucionais para fundamentar decisões judiciais.

Contrariamente ao ponto de vista defendido por Taruffo, prescreve-se que tais decisões gozam do *status* de precedente, e, nesse ponto, nossa visão aproxima-se da compreensão de Mauricio Ramires,²⁵⁵ para quem a autoridade dos precedentes está vinculada aos argumentos de princípio que os justificam e informam, e não ao dispositivo da decisão.

Ademais, impende consignar que há distinção entre os conceitos de precedentes estrangeiros (aqueles oriundos de tribunais internos de países alienígenas) e precedentes internacionais (aqueles produzidos por cortes internacionais criadas por tratados de que é signatário o país que invoca o precedente).²⁵⁶ Foca-se, neste estudo, nos precedentes estrangeiros, que, de fato, não desfrutam de qualquer força formal para se fazer útil em julgamento posterior de outro país, mas que podem ser utilizados como fundamento capaz de justificar a adoção de determinada postura pela Corte incorporadora.

Embora não exista uma regulamentação explícita que oriente o processo de incorporação de decisões estrangeiras, não se observa impedimento à realização de tal procedimento, constatando-se que o STF tem, em verdade, reiteradamente se utilizado do processo de articulação com o direito estrangeiro.²⁵⁷ A ausência de regulamentação, entretanto, não significa a inexistência de critérios básicos e substanciais a serem observados, a fim de nortear o processo de tradução.

Em estudo realizado por Guilherme Amorim Campos da Silva, no ano de 2010, verificou-se que a utilização de precedentes estrangeiros pelo STF é mais comum em ações de

²⁵⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014, p. 12-14. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: 15 agos. 2018.

²⁵⁵ RAMIRES, Mauricio. O uso de precedentes estrangeiros pela justiça constitucional: o problema da “autoridade” da experiência estrangeira perante a ordem jurídica local. **R. bras. Est. const. – RBEC**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p. 123-141, jan./abr. 2016, p. 129.

²⁵⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. Influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Diálogos entre juízes**. Brasília: Uniceub, 2014. p. 39-56

²⁵⁷ CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010, p. 476.

controle difuso que em ações de controle concentrado. Dentre as hipóteses levantadas pelo autor para a explicação desse fenômeno, cita-se o fato de que no controle de constitucionalidade concreto, em que os efeitos das decisões limitam-se às partes, há uma menor diluição dos efeitos constitucionais, enquanto no controle concentrado, cujos efeitos são *erga omnes*, deverá haver uma maior acuidade e detalhamento no uso do precedente estrangeiro.²⁵⁸ Observa-se que há uma tendência de o STF assumir posturas mais contidas em decisões que apresentarão efeitos *erga omnes*, haja vista o maior dever de fundamentação que apresentam. Dessa forma, considerando especificamente a decisão cautelar da ADPF nº 347, tem-se que por se tratar de manifestação em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a preocupação com a qualidade da argumentação no sentido de empreender a incorporação desse instituto ao constitucionalismo nacional deveria ter sido ainda maior, haja vista o tipo processual que está se desenvolvendo no Supremo Tribunal.

Além do tipo processual em que o pedido de declaração do ECI foi realizado, registra-se que o enfrentamento do argumento de adoção de tal instituto em território nacional era obrigatório, uma vez que a sua aplicação consistia em um dos pedidos da própria Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Assim, haveria uma decisão omissa se nada fosse exposto a respeito do caso colombiano, ou, se o fizesse de modo retórico e ornamental, afinal, as considerações sobre a interação sistêmica entre o país importador e a Colômbia manifestam condições indispensáveis à verificação da compatibilidade do instituto com a ordem interna. Vê-se, assim, que a análise do ECI deveria compor a própria *ratio decidendi*, desafiando a tendência natural do Supremo Tribunal Federal de utilizar precedentes estrangeiros apenas como fontes persuasivas, retóricas e complementares, a integrar apenas o *obiter dictum*.²⁵⁹

Frisa-se que a experiência colombiana foi expressamente apontada pelo partido autor da ação, o que fez com que Ministros refletissem apenas sobre esse modelo de sentença estrutural em seus votos. Não se trata, pois, de uma citação aleatória, fruto de escolha arbitrária entre vários tribunais do mundo. Ao contrário, o Supremo Tribunal viu-se vinculado a um tipo específico de precedente estrangeiro, haja vista a indicação bem delimitada presente na exordial.

²⁵⁸ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela Justiça Constitucional: Uma teoria de unificação do Direito Constitucional Material**. 2010. 380 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito do Estado, Puc Sp, São Paulo, 2010, p. 146.

²⁵⁹CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010, p. 486.

Nesse aspecto, traça-se a distinção entre o posicionamento abordado nesse trabalho e a compreensão do mesmo fenômeno pelas autoras Ana Maria D'Ávila Lopes e Cylviane Pinheiro Freire.²⁶⁰ Para elas, a importação do ECI revela uma expressão do transconstitucionalismo, fenômeno que tende a trazer consequências benéficas, uma vez que, ao empreender o diálogo entre as ordens jurídicas, necessariamente surgirão soluções inovadoras e eficazes. Ocorre que tal visão revela apenas uma face da questão, pois o diálogo entre ordens jurídicas completamente diversas ou sem a observância dos critérios substanciais de importação de precedentes estrangeiros poderão acarretar a formulação de decisões judiciais ineficientes e que possibilitam o agravamento dos problemas institucionais, sobretudo quando o instituto a ser internamente traduzido expressar a própria *ratio decidendi*.

Por isso, compreende-se que o fenômeno do transconstitucionalismo deve ser acompanhado de observância aos critérios de integridade, coerência e justificação, avaliando se os sistemas que estão em diálogo são de fato compatíveis. Essa compreensão encontra-se alinhada com a posição exarada por Marcelo Neves, o qual aduz que no exercício do transconstitucionalismo, cada sistema em interação deverá compreender os próprios limites, além dos limites do outro, avaliando as possibilidades que o instrumento a ser importado detém de solucionar o problema em exame. Outra importante perspectiva apresentada pelo autor acerca do fenômeno do transconstitucionalismo é que ele não se resume ao diálogo pacífico entre cortes, uma vez que em várias circunstâncias as garantias advindas do uso desse instituto surgem de uma interação conflituosa entre as cortes de ordens diversas. Em um segundo momento, o autor adverte que a expressão do transconstitucionalismo pode desenvolver-se fora do plano judicial, empreendendo-se o diálogo entre a própria Administração Pública dos países.²⁶¹

Logo, um dos primeiros aspectos a ser analisado acerca da possibilidade de utilização de precedente estrangeiro está na verificação de integridade transnacional, ou seja, se os países em diálogo mantêm princípios e percepções comuns sobre os problemas em análise. Alonso Freire, em seu artigo intitulado “Importação de Ideias Constitucionais”, aduz que toda importação de ideias por meio da utilização de precedentes de Cortes estrangeiras deve ser previamente justificada. A referida justificação deve ocorrer tanto de forma abstrata

²⁶⁰LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: Análise da decisão judicial da MC-ADPF nº 347 a partir da teoria do transconstitucionalismo. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte. Fórum, v. 10, n. 35, p. 306-307, 2016.

²⁶¹ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014, p. 194.

quanto de forma concreta. A justificação em abstrato deve conter os elementos de racionalidade e legitimidade. O problema da racionalidade consiste em determinar se é possível ou não fazer um uso racional e controlado da ideia constitucional que se quer importar. A legitimidade, por sua vez, envolve a discussão se os tribunais que pretendem fazer uso dessas ideias estão autorizados a aplicá-las, considerando se há relação entre os princípios basilares da ordem constitucional do país importador e os princípios do país idealizador da teoria. A justificação em concreto, por outro lado, diz respeito à necessidade da utilização da ideia constitucional no sistema jurídico de destino, ou seja, faz-se necessário discutir se o sistema interno já não conta com mecanismos específicos à resolução da problemática.²⁶²

Entende-se, no entanto, que cada uma dessas propostas isoladas peca por dar ênfase em apenas um dos aspectos possíveis, pelo que se propõe a substituição por uma perspectiva hermenêutica que busque compreender todos esses pontos, de modo que um precedente estrangeiro deve ser aplicado à ordem interna caso se verifique que possibilitará um efetivo ganho hermenêutico, o que poderá ser constatado mediante a análise de três critérios principais: integridade entre os sistemas, coerência e justificação.

A integridade deve ser compreendida como a verificação se há princípios comuns entre o país importador e o país idealizador da teoria; a coerência, por sua vez, examina a convergência do precedente com outras fontes jurídicas do país de aplicação, assim como as repercussões do precedente no país de origem e sua incorporação ou não por lá (se esse passou por reforços ou desafios no país idealizador); enquanto a fundamentação, consistente na exposição e justificação da solução adotada, analisa se o país de origem debruçou-se sobre os mesmos problemas identificados na ordem interna e, conseqüentemente, se o instituto que se pretende incorporar é dotado de pertinência para solucionar as questões nacionais. Tais elementos não deixam de ser a adaptação de elementos já propostos para uso de precedentes nacionais.²⁶³

Nesse mesmo sentido é a posição adotada por Walter Claudius Rothenburg,²⁶⁴ o qual afirma que antes de empreender a utilização de fontes do direito estrangeiro, torna-se necessário conhecer o funcionamento das instituições jurídicas, sobretudo da jurisprudência mais importante. “Essas informações devem constar das peças jurídicas: como embasamento

²⁶²FREIRE, Alonso. **Importação de ideias constitucionais**. 2015. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

²⁶³LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁶⁴ROTHENBURG, Walter Claudius. Influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (Org.). **Diálogos entre juízes**. Brasília: Uniceub, 2014. p. 39-56, p. 45.

de petições e pareceres e como fundamento das sentenças e acórdãos (não como vaidosa mostra de erudição)”.²⁶⁵

Há de se considerar, ainda, que o diálogo entre cortes deverá culminar em uma prática deliberativa, com a produção de uma decisão judicial logicamente coerente. Dessa maneira, a deliberação judicial deverá estar pautada em elementos de racionalidade, como não contradição, coerência e universalização.²⁶⁵ Se um desses elementos é ignorado, a decisão perde coerência interna e passa a ser irracional do ponto de vista lógico. Vê-se, assim, que os critérios a serem verificados quando da importação de um precedente estrangeiro buscam garantir observância a esses elementos lógicos. Afinal, a coerência interna não pode ser sacrificada em razão do movimento de diálogo entre Cortes, sob pena de o deliberado não ser passível de aplicação.

Retomando-se, assim, à análise específica da ADPF nº 347, vê-se que com relação à preocupação de observância do critério de integridade entre os sistemas, esse é plenamente atendido, haja vista as similaridades fáticas, sociológicas, culturais, e, também, principiológicas, o que é corroborado pela existência de tratados internacionais comuns existentes entre Brasil e Colômbia. Ocorre que para além do critério da integridade, outros aspectos substanciais devem ser observados para que haja efetiva importação de um precedente estrangeiro, tais como a coerência e a fundamentação.

No que tange ao elemento coerência, vê-se que a decisão cautelar da ADPF nº 347 não o observou, uma vez que o Estado de Coisas Inconstitucional atravessou desafios hermenêuticos na história constitucional colombiana, tendo o Brasil resolvido adotar justamente a versão do instituto mais criticada. Observa-se, assim, que se o critério de coerência tivesse sido devidamente observado pelo Supremo Tribunal Federal, certamente a Corte teria justificado as razões pelas quais resolveu intervir diretamente na política pública penitenciária, não obstante os precedentes do país de origem do instituto tenham demonstrado que uma postura mais ativista e sem diálogo tende ao fracasso e produz um efeito de descrédito sobre o Judiciário.

Com relação ao critério justificação, vê-se que o STF não perquiriu todos os aspectos hermenêuticos pertinentes, nem analisou todo o arco jurisprudencial em busca de uma coerência ampla entre a origem e o destino capaz de possibilitar uma adequada tradução cultural. Isso se deve à ausência de definição das dimensões do instituto, o que configura um

²⁶⁵BERTEA, Stefano; SARRA, Claudio. *Foreign Precedents in Judicial Argument: A Theoretical Account*. University Of Leicester School Of Law Research, Leicester, p. 1-29, 2014, p. 27.

forte entrave para um maior efeito da decisão cautelar, justamente porque não espelhadas no Brasil as particularidades da jurisprudência estrangeira.

Assim, questiona-se: como saber que a ideia constitucional importada é adequada à solução dos problemas nacionais se nem as discussões mais basilares (conceituais) foram realizadas? Não discutir os limites e as definições das ideias incorporadas é saber apenas que algo foi incorporado, só não se sabe o quê exatamente (há divergências no interior dos votos de um mesmo Ministro, vide o exemplo do voto do Relator Marco Aurélio). Nesse sentido, o precedente estrangeiro passa a funcionar apenas como um elemento retórico, conforme se abordou no primeiro tópico desse capítulo.

Tem-se que com relação à importação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Brasil, o instituto colombiano apareceu sob a perspectiva interna mais como uma ideia fora do lugar, uma vez que a ausência de observância aos elementos de coerência e justificação, com a desconsideração das particularidades do constitucionalismo nacional e de todas as adaptações que a incorporação do instituto poderia requerer, fez da decisão uma jurisprudência meramente simbólica, com um significado normativo extremamente limitado.²⁶⁶

Conclui-se que dos três elementos cuja verificação julga-se²⁶⁷ indispensável na avaliação da adequada utilização de precedentes estrangeiros (integridade, coerência e justificação), vê-se que no caso do Estado de Coisas Inconstitucional atendeu-se apenas à integridade sistêmica entre os países envolvidos no diálogo jurisdicional, mesmo sobre esse pressuposto, apresentam-se dúvidas se foi de fato observado.

Embora à primeira vista possa parecer que o ECI seja uma criação hispano-americana, sua origem teórica e seus fundamentos institucionais centram-se na teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como na compreensão acerca dos remédios estruturais do direito anglo-saxão, ou seja, o ECI baseia-se no substrato teórico das medidas estruturantes, cuja origem está no caso *Brown vs Board of Education*.²⁶⁸ Infere-se, assim, que

²⁶⁶NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014, p. 200.

²⁶⁷Parte das reflexões elaboradas no presente tópico é fruto das discussões travadas com o Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho, ao longo de sua disciplina Teoria dos Precedentes, ofertada no Programa de Mestrado Acadêmico em Processo e Direito ao Desenvolvimento do Centro Universitário Christus (Unichristus). As referidas discussões ensejaram a elaboração do artigo intitulado “O uso de precedentes estrangeiros e a declaração de Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”, o qual se encontra submetido ao periódico, aguardando a manifestação dos pareceristas.

²⁶⁸WEAVER, Russell, **The Rise and Decline of Structural Remedies**, in San Diego Law Review, v. 41, San Diego, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sanlr41&div=64&id=&page=>>. Acesso em: 1

o ECI não é originário de uma epistemologia do Sul,²⁶⁹ mas se trata de uma absorção da teoria constitucional norte-americana pelos países da América Latina.

Nesse sentido, se o elemento integridade for analisado com fulcro na compatibilidade entre a jurisdição incorporadora e a idealizadora do mecanismo das decisões estruturais, do qual o ECI é apenas uma expressão, as compatibilidades já não são tão vastas, e até mesmo a observância desse critério fica comprometida.

Vê-se que até mesmo em relação a um enfoque externo de análise, o Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, ainda que em uma manifestação inicial, não demonstrou apresentar coerência e justificação entre as Cortes Constitucionais em diálogo, comprometendo a tradução cultural do instituto para o Brasil.

Diante de tantos entraves, acredita-se que as soluções mais adequadas para a resolução do problema das omissões inconstitucionais e, conseqüentemente, para a sua superação sejam o reforço aos mecanismos de controle direto, interno e externo da Administração Pública, com uma substituição do paradigma gerencial pelo dialógico, além do fortalecimento aos princípios da gestão pública. Em síntese, defende-se que a efetivação de direitos sociais deve ocorrer de forma espontânea pela própria administração, perpassando por um fortalecimento do controle da gestão, a fim de combater os eventuais desvios dessa.

A fim de melhor analisar as medidas de controle, as quais se apresentam como o mecanismo de solução mais adequado para o problema que se expõe na dissertação, sobretudo se considerarmos as falhas existentes na adoção do mecanismo das sentenças estruturais no interior de ações de controle de concentrado de constitucionalidade, passa-se ao desenvolvimento do último capítulo deste trabalho.

4 O FORTALECIMENTO DO CONTROLE EXTERNO, SOCIAL E INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESFERA DEMOCRÁTICA COMO MEIOS PARA APRIMORAMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

O objetivo do presente capítulo está em identificar que o modo tradicional de gestão pública tem produzido como consequência um déficit de desempenho na prestação dos serviços ao cidadão, dos quais as omissões não normativas são causas. Assim, demonstrar-se-á que a resolução de tais problemas necessariamente passará pelo reforço ao perfil dialógico de gestão, em que a ampliação da inclusão social na vida política e econômica é medida que se impõe pela adequabilidade em sanar a problemática desenvolvida ao longo de todo o trabalho.

Acredita-se, assim, que uma das formas de empreender a ampliação do controle social sobre as escolhas públicas ocorrerá mediante internalização/fortalecimento dos conceitos de cidadania, equidade, transparência e da alteração de algumas práticas tradicionalmente adotadas pela gestão pública. Defende-se, assim, que o reforço aos controles direto, interno e externo constituem medidas necessárias e adequadas, na medida em que possibilitam uma maior interação entre Estado e Sociedade, acarretando uma inevitável reforma na estrutura administrativa, tornando-a mais democrática.

Além da ampliação e do fortalecimento dos instrumentos de controle, os quais devem ser acompanhados pela adoção de práticas mais democráticas da gestão, defende-se que a melhoria na prestação de serviços públicos perpassa por uma readequação do paradigma de representação política, a fim de garantir a existência de uma democracia efetivamente participativa, com a segurança de que a sociedade contará com um efetivo espaço de participação na tomada de decisões, bem como exercerá um controle comunitário, viabilizando a redefinição do poder participativo.

Vê-se, assim, que a questão das omissões não normativas, as quais ensejam a prestação de serviços públicos ineficientes e inadequados às necessidades sociais, revelam o esgotamento do modelo tradicional de representação política, destacando uma perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos, na Administração Estatal e no Legislativo, fazendo com que a população recorra ao Judiciário, como última tentativa de terem suas demandas atendidas, reforçando que a origem da problemática analisada está no próprio âmbito da política e da representação democrática, de forma que a intervenção judicial pouco contribuirá para o enfrentamento do cerne do problema, posto que localizado em outras funções democráticas.

Essa seção buscará demonstrar, portanto, que quando os mecanismos de controle são reforçados e a atuação da população na esfera democrática é ampliada, as distorções na alocação de recursos e no próprio gasto público tendem a ser minimizadas, possibilitando que haja uma melhor prestação dos serviços.

A fim de possibilitar as discussões apresentadas na breve introdução dessa seção, o capítulo encontra-se estruturado da seguinte forma: Inicialmente, realizar-se-á uma análise do controle externo à atuação da administração, evidenciando como contribuir para a superação das omissões não normativas, na medida em que tal entidade apresenta mecanismos, tanto técnicos quanto institucionais, para perceber desvios no gasto público; no segundo ponto, tratar-se-á do próprio controle interno e dos princípios da governança pública, visando demonstrar que mesmo a própria Administração possui capacidade de perceber desajustes no investimento, podendo saná-los por conta própria, garantindo uma efetivação espontânea dos direitos sociais, sem se fazer necessária a judicialização (inclusive o gestor público possui melhor capacidade técnica para realizar tal controle e exercer a retificação dos desvios que o próprio Poder Judiciário).

No terceiro ponto, a reflexão recairá sobre a participação popular na gestão pública e a necessidade de avançarmos para o paradigma de democracia participativa, a fim de possibilitar um incremento dos níveis de sinergia entre Estado e Sociedade. Nesse ponto, também se pretende demonstrar as distorções pelas quais o sistema clássico de representação política tem passado, indicando que a ampliação da participação social na esfera democrática é medida que se impõe para saná-las. Por fim, o estudo centrará esforços na atuação excepcional que o Judiciário deverá manifestar na resolução de tais problemas, elucidando que quando essa intervenção se fizer necessária, caberá priorizar as ações coletivas, e não as de controle concentrado.

4.1 O Controle Externo: Uma análise das possibilidades de atuação do Tribunal de Contas no combate às omissões inconstitucionais não normativas

O objetivo geral da presente dissertação centrou-se em analisar se o Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto espécie de medida estruturante, corresponde ao meio mais adequado para contribuir com a superação das omissões inconstitucionais não normativas, viabilizando, de um modo geral, a melhoria na qualidade dos serviços públicos.

Tomando por base as reflexões desenvolvidas nos capítulos um e dois dessa dissertação, depreende-se que as omissões não normativas são problemas de ordem política, tendo as medidas estruturantes se mostrado como mecanismos insuficientes para solucionar

tal problemática, alcançando-se resultados positivos apenas quando acompanhadas de uma intervenção no próprio âmbito político, vide o caso da sentença T -025 de 2004 da Colômbia, em que a situação dos deslocados internos apenas foi melhorada após uma readequação da lei que estruturava a política pública direcionada a esses grupos.

Assim, evidencia-se que a intervenção judicial sobre a esfera política tem vários limites, dentre eles a própria dimensão do texto legal, fruto da atividade política. Nesse sentido, Marcelo Neves²⁷⁰ expõe que os tribunais devem atentar para a distinção existente entre a instância de produção das normas jurídicas e a instância responsável pela sua construção hermenêutica, de modo que a ausência de uma regra completa e definitiva não significa que o Judiciário não esteja subordinado a nenhum regramento, podendo decidir da forma que melhor lhe aprouver, importando em uma “invisibilização do legislador constituinte” e dos próprios anseios populares. Por isso, acredita-se que a sistemática das sentenças estruturais não constitui o mecanismo mais adequado para conferir resolução do problema das omissões não normativas, uma vez que coloca definitivamente a última palavra no Judiciário, minimizando os níveis de “responsividade popular”, um dos principais elementos de legitimidade das decisões tomadas por qualquer das funções públicas.

Segundo Robert Lipkin,²⁷¹ a verificação dos níveis de responsividade do povo deve passar por três testes, quais sejam: 1. *Input- accountability*, com a possibilidade de a sociedade exercer controle sobre a escolha das autoridades públicas, 2. *Process – accountability*, possibilidade de os cidadãos conseguirem apresentar suas preferências durante o processo de tomada de decisões e o 3. *Output – accountability*, possibilidade de a população retirar a autoridade pública caso não concorde com as decisões que ela vem tomando. Pelos casos apresentados, vê-se que os níveis de responsividade social no interior de decisões judiciais são baixos. Logo, como viabilizar a superação de entraves institucionais e de omissões não normativas por meio de mecanismos democráticos e legítimos, com uma ampliação dos níveis de responsividade popular? Acredita-se que uma possível solução seria o reforço ao controle externo por meio do Tribunal de Contas, com enfoque na execução do gasto público, dada a ampliação dos níveis de transparência e de controle social ensejado pela sua atuação.

²⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 136-137.

²⁷¹ LIPKIN, Robert Justin. Which Constituton? Who decides? The Problem of Judicial supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**, Widener, v. 28, n. 3, p. 1.055, 2006, p. 1.126. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958370>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Conforme afirma Adircélio de Moraes Ferreira Júnior,²⁷² para além de fiscalizarem as contas públicas, os Tribunais de Contas devem preocupar-se, ainda, em promover a boa governança na Administração Pública, o que apenas é possível mediante o bom controle público. Assim, o bom controle caracteriza-se por empreender uma associação recíproca com o controlado, para capacitá-lo a tomar as melhores decisões, com a efetivação dos princípios constitucionais,²⁷³ o que apenas é possível mediante a concretização de um orçamento democraticamente construído.

A importância do controle externo está em verificar se não houve desvios no gasto público, haja vista o forte antagonismo existente entre os principais polos responsáveis pela idealização de uma política pública: governo, empresários e usuários. Como bem exemplifica Marcelo Bemerguy,²⁷⁴ os conflitos entre esses núcleos também ocorre de forma interna, acarretando dissonâncias intrapolares.

Como exemplo, cita-se o desenvolvimento de uma política ambiental voltada ao transporte rodoviário, a qual poderá ser bem recepcionada pela secretária/ministério do meio ambiente, entretanto poderá vir a ser fortemente criticada pela secretária/ministério de infraestrutura em razão do aumento dos gastos a serem empreendidos. Poderá haver, também, conflitos entre representantes empresariais. Alguns mais voltados ao setor de transporte aquaviário poderão manifestar-se de forma mais favorável à política idealizada, enquanto os representantes de transportes rodoviários poderão apresentar objeções. O mesmo ocorre com relação aos usuários, em que o conflito poderá se materializar entre grandes consumidores e consumidores residenciais.

A importância do controle externo está, portanto, em garantir que em um cenário de tantas dissonâncias acerca de como, quanto e onde se investir, não ocorram omissões não normativas na prestação de determinados serviços viabilizadores de concretização de determinados direitos fundamentais, por falta de investimento público em razão da má execução orçamentária, ou seja, propõe-se que as Cortes de Contas empreendam uma efetiva fiscalização acerca da efetivação do gasto público nos termos em que foi previsto na legislação orçamentária, conferindo maior transparência acerca das escolhas realizadas pelos

²⁷²FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança**. 2015. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 133.

²⁷³BULIGON, Diego. **O Controle interno na administração pública como instrumento de governança e governabilidade na gestão dos Municípios paranaenses**. 2012. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Governança Pública) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

²⁷⁴BEMERGUY, Marcelo. O papel do Controle Externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil. In: UNIÃO, Tribunal de Contas da. **Regulação de serviço públicos e controle externo**. Brasília: Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. p. 79-106, p. 91.

legisladores, o que poderá, inclusive, viabilizar uma maior tomada de consciência pelos cidadãos no momento da escolha de seus representantes.

Assim, o reforço ao controle externo que se defende nesse tópico está em avaliar se a execução orçamentária dos gastos públicos se dá em consonância com o que foi democraticamente planejado e veiculado na lei orçamentária, reflexo da tentativa de compatibilização entre os mais diversos interesses públicos, sejam primários, sejam secundários. Por ora, o que se pretende avaliar é a capacidade, técnica e institucional, que os Tribunais de Conta deveriam exercer no controle do gasto, a fim de evitar a desassistência de determinadas áreas em razão dos elevados níveis de contingenciamento e de não observância às legislações orçamentárias.

Partindo-se do pressuposto de que as legislações orçamentárias refletem os principais anseios de uma determinada sociedade, devendo ser elaborada com fulcro nos anseios comunitários, tem-se que a dimensão de reforço ao controle externo que se busca enfatizar nesse tópico é o de conferir exequibilidade ao orçamento nos termos em que fora aprovado, em uma verdadeira análise qualitativa e alocativa do gasto público.

Como exemplo da espécie de controle do gasto público que se propõe, cita-se o caso de liberação de verbas do FUNPEN. Ora, se há um fundo especial de natureza financeira, exclusivamente voltado ao financiamento da política penitenciária, o qual arrecada vultosos valores e cujas verbas não podem ser aplicadas a outras políticas públicas, como justificar os elevados níveis de contingenciamento desses recursos? Ou seja, se há verba para ser investida, por qual razão o investimento não ocorre nos termos em que fora disposto na lei orçamentária? Esse fato inviabiliza a concretização da política penitenciária e, conseqüentemente, enseja a violação de uma série de direitos fundamentais dos presidiários, afinal, a efetivação de todo e qualquer direito demanda a realização de gastos.

Acredita-se, assim, que o reforço ao controle externo seria medida adequada para corrigir tais distorções, haja vista a atuação inconstitucional do gestor que contingencia gastos públicos, ao ponto de tornar a prestação de um dado serviço público inexecutável (prática que vai diretamente de encontro às prescrições constitucionais), ensejando a ocorrência das omissões não normativas.

Nesse sentido, a prática do bom controle público, a ser desenvolvida pelos Tribunais de Contas, prescreve que esse controle não deveria se limitar à legalidade, mas deve ir além, investigando a legitimidade da gestão por meio, inclusive, da sindicabilidade da

discricionariiedade administrativa.²⁷⁵ Frisa-se que a legitimidade não deve ser compreendida como um atributo a estar presente apenas na fase inicial da atuação administrativa (como inserção da participação popular no processo de elaboração orçamentária ou de investidura dos agentes públicos por meio das eleições), mas deve ir além, fazendo-se presente, também, no momento de avaliação da qualidade do serviço público prestado, permitindo constatar se as escolhas públicas atendem as legítimas necessidades e pretensões dos administrados, mediante uma avaliação externa. Nesse ponto, resta importante consignar as ideias de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:²⁷⁶

Como se pode observar, legitimidade e eficiência não são apenas requisitos internos da ação administrativa, mas devem ser também aferidas em função da satisfação dos anseios, expectativas e necessidades dos administrados, constitucionalmente assegurados, pois esta é a principal razão de ser das Constituições: o serviço das pessoas.

Em síntese, o que se defende é que se um maior controle quanto à legitimidade do gasto público for desenvolvido, imputando como inconstitucionais as condutas que se desviem de forma alarmante das prescrições orçamentárias, haverá uma correção preventiva do desvio, sem a necessidade de judicialização. Assim, acredita-se que o controle a ser desenvolvido pelo Tribunal de Contas não deverá ser apenas repressivo, mas também precisará efetivar a promoção do ordenamento jurídico por meio do estímulo de condutas socialmente desejáveis.

Sobre esse aspecto, acredita-se que ao lado das sanções negativas devem conviver as sanções positivas, permitindo que haja um estímulo, uma propulsão aos atos considerados úteis, auxiliando o próprio gestor público a identificar as práticas que deverá reforçar, desempenhando as sanções premiaias uma importância ímpar para tal desiderato,²⁷⁷ na medida em que viabilizam uma retroalimentação entre os órgãos de controle e os gestores.

Assim, com o advento do Estado de Direito Constitucional, em que se passa a prever no bojo da Constituição uma série de direitos fundamentais, a atividade de controle desenvolvida pela Corte de Contas não poderá se desincumbir das atividades de promoção e, conseqüentemente, de racionalização das ações administrativas de execução das políticas

²⁷⁵FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes; OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. O controle das receitas públicas pelos tribunais de contas como corolário do princípio da justiça financeira e do direito fundamental à boa administração e governança. In: **Direito e administração pública II**. Organização CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7468b046115fc3c>>. Acesso em: 24 jun. 2018, p. 211.

²⁷⁶MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

²⁷⁷BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela BaccacciaVersiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 23-24.

públicas, permitindo que os direitos fundamentais constitucionalmente previstos sejam de fato concretizados, sob pena de acarretar uma omissão lesiva, como as omissões não normativas.²⁷⁸

A percepção do controle externo como um meio adequado, do ponto de vista institucional e técnico, para empreender a superação dos problemas identificados nesse trabalho (entraves institucionais e omissões não normativas) irá requerer uma mudança de atuação do controle exercido pelas Cortes de Contas, o qual tem se centrado majoritariamente em aspectos quantitativos, observando se os investimentos e gastos seguem a prescrição contida na Lei de Responsabilidade Fiscal, sem, entretanto, empreender uma análise acerca da qualidade desse gasto. Assim, diante do novo modelo de Estado Constitucional, emerge a necessidade da efetivação de um controle que não se pautar apenas na legalidade (verificar se os investimentos mínimos foram realizados, e as metas legalmente estabelecidas alcançadas). A análise deve ir além, realizando-se uma avaliação de eficácia e eficiência das decisões públicas,²⁷⁹ conferindo, inclusive, maior transparência a qualidade da gestão.

Para, entretanto, desenvolver esse controle de qualidade do gasto público, como desdobramento do próprio controle de constitucionalidade que os Tribunais de Conta podem efetivar, alguns entraves deverão ser superados, como a baixa legitimidade das Cortes. Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁸⁰ aduz que existem três tipos distintos de legitimidade, quais sejam: a legitimidade originária, verificada no momento da instituição do detentor do poder político; a legitimidade corrente, a qual é aferida a todo o momento, de forma que a comunidade avalia se as condutas realizadas pelos agentes políticos estão em consonância com as expectativas dessa; e a legitimidade finalística, em que se avalia a eficácia das condutas do agente. Nesse ponto, a preocupação não está centrada na eficiência, mas sim em avaliar se o proposto pelo agente público foi, de fato, executado.

Tomando por base a classificação acima apresentada, vê-se que o Tribunal de Contas padece de uma plena falta de legitimidade, uma vez que há uma série de problemas na nomeação dos conselheiros, o que, em regra, ocorre mediante critérios políticos, comprometendo a legitimidade originária. A legitimidade corrente fica prejudicada em razão da frustração social quanto ao desempenho da Corte de Contas, e a legitimação finalística

²⁷⁸FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32.

²⁷⁹BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**, 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 353.

²⁸⁰MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. **O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**, p. 77-130, 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 91-92.

também apresenta baixos índices, em razão do descrédito que os cidadãos apresentam quanto aos resultados que essa instituição poderá produzir.²⁸¹

Assim, o baixo nível de legitimidade produz como um de seus efeitos a atrofia do controle externo, que vem acompanhada por uma hipertrofia dos demais poderes e órgão, na tentativa de sanar as irregularidades que poderiam ter sido supridas mediante um controle qualitativo do gasto, exercício que seria mais bem desempenhado se os níveis de legitimidade e de responsividade social no interior das Cortes de Contas fossem elevados. Afinal, maiores índices de legitimidade indicam ampliação dos níveis de transparência da atuação da instituição, possibilitando o exercício de uma prática mais voltada às demandas coletivas.

Essa análise nos faz refletir sobre um segundo entrave: a atrofia do controle, ensejado por uma atuação dissociada do interesse público. Os baixos índices de legitimidade acarreta o desempenho de uma função que não corresponde às expectativas que a sociedade deposita em determinado órgão. Dessa forma, o controle recai sobre aspectos que não contribuem para a solução dos principais problemas verificados na coletividade. Tal afirmativa pode ser facilmente verificada no tipo de controle que vem sendo exercido pelos Tribunais de Contas, o qual tem recaído, principalmente, sobre aspectos contábeis e financeiros, ou seja, aspectos meramente quantitativos.

O controle meramente quantitativo conduz ao mau controle, posto que analisa apenas um dos vários aspectos que devem nortear o gasto público. Afinal, verificar que determinado Município tem observado os limites de investimento dispostos na Constituição e na própria Lei de Responsabilidade Fiscal não significa que o gasto foi realizado a contento, uma vez que essa reflexão não observa os níveis de contingenciamento ou de aplicação de recursos em políticas defasadas e que não manifestam as necessidades sociais, mas apenas verificam se o orçamento previu os quantitativos mínimos prescritos em lei, uma análise, convenhamos, extremamente parcial e insuficiente.

O exercício de um controle formalista e legalista não permite oferecer ao cidadão o que ele espera do Estado: a prestação de um serviço público de qualidade. Nesse aspecto, concorda-se com as ideias de Luiz Henrique Lima,²⁸² o qual dispõe que: “é hora de sepultar o controle que não funciona e assegurar aos brasileiros controles mais técnicos e inteligentes, pautados na efetividade e que contribuam para a melhoria da gestão pública”.

²⁸¹ FERREIRA JÚNIOR, Adicélio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança**. 2015. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, p. 119.

²⁸² LIMA, Luiz Henrique. **Formalismo ou efetividade?** ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil [internet]. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/artigos/formalismo-ou-efetividade/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Ao se propor o reforço ao exercício do controle externo, com enfoque em um controle qualitativo do gasto público, não se pretende consignar que haja uma ampliação excessiva desse.²⁸³ O que se propõe é que a atividade dos Tribunais de Contas volte-se a atender os anseios sociais, modernizando sua atuação, com a fixação de parâmetros que permitam avaliar tecnicamente se os empenhos realizados pelo poder público estão de fato em consonância com as disposições constitucionais, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais.

Além da ampliação no exercício do controle qualitativo, considera-se, em consonância com pesquisas desenvolvidas por Rogério Bastos Arantes, Fernando Luiz Abrúcio e Marco Antônio Carvalho Teixeira,²⁸⁴ que outras dificuldades devam ser superadas para que o Tribunal de Contas possa atuar mais efetivamente no combate às omissões não normativas, a começar pela ampliação do nível de conhecimento das atividades desempenhadas por essa instituição, tanto pela sociedade civil, quanto pelos próprios gestores. Na referida pesquisa diagnosticou-se que apenas 28,9% dos entrevistados da sociedade civil têm conhecimento das atividades desempenhadas pelo órgão, enquanto apenas 26,8% dos gestores e técnicos do Executivo conhecem as funções da Corte de Contas. Aliado à necessidade de maior popularização, há outro importante entrave a ser superado, qual seja: a ampliação dos níveis de compreensão das informações elaboradas pelo Tribunal de Contas pelos agentes políticos.

Nesse ponto, a pesquisa anteriormente citada revelou que os setores técnicos ligados ao Executivo estão na faixa dos que usam com menor frequência as informações dos Tribunais de Contas, não por atecnia das avaliações prestadas pela Corte de Contas, mas por uma dificuldade de compreensão das informações, aliada ao baixo índice de interação entre os Tribunais e os gestores, bem como a dificuldade de acesso às informações produzidas, prática que prejudica o próprio exercício do controle, afinal, como corrigir, se não se compreende o teor das correções sugeridas pelo Tribunal de Contas?

O principal problema na atuação do controle externo, entretanto, está na percepção que a sociedade civil e as instituições têm desse órgão, as quais compreendem que não obstante as decisões sejam bem formuladas, revelam a predominância de critérios

²⁸³ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 14.

²⁸⁴ ARANTES, Rogério Bastos; ABRÚCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. A imagem dos Tribunais de Contas Subnacionais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 1, p. 57-83, 2005, p. 62.

políticos, contribuindo, dessa forma, para os reduzidos níveis de legitimidade de tal entidade perante a sociedade civil.²⁸⁵

A pesquisa revela, ainda, outro aspecto substancial às considerações traçadas nesse tópico, qual seja: quando o controle qualitativo dos gastos é exercido, o que não condiz com uma prática corriqueira, ainda ocorre de forma repressiva. Nesse sentido, os gestores sugerem que além de uma ampliação do controle sobre a efetividade do gasto, que ele seja realizado de forma preventiva, buscando integrar os administradores públicos na percepção que o órgão apresenta acerca de boas práticas de gestão, indicando quais condutas devem ser reforçadas.²⁸⁶

Acredita-se que o desejo dos agentes políticos também é no sentido de que o Tribunal de Contas desempenhe um controle menos formalista e passe a atuar no conteúdo do gasto público, avaliando a adequabilidade na execução do orçamento, bem como viabilizando a produção de decisões com maior enfoque no controle de resultados, com uma linguagem mais próxima dos gestores, com um controle exercido de forma prévia, além de uma maior publicização dos desvios identificados, a fim de possibilitar a ampliação do controle social, tudo isso acompanhado de uma mudança na estruturação do órgão, permitindo o exercício de uma prática menos política.

Em síntese, acredita-se que com a ampliação da atuação do Tribunal de Contas no exercício do controle de qualidade dos gastos públicos, acompanhada de uma maior divulgação dessas informações, haverá uma intensificação do controle social, uma vez que existirá maior transparência da informação pública, sobretudo no que concerne aos investimentos e gastos, o que contribui para um aumento dos níveis de legitimidade corrente e finalística, dentro da noção apresentada por Diogo Figueiredo,²⁸⁷ pois, assim, a Corte de Contas estará viabilizando que serviços públicos de melhor qualidade sejam prestados, na medida em que passará a detectar e eventualmente corrigir preventivamente os desvios verificados, minimizando a necessidade de intervenção do Judiciário no combate às omissões não normativas.

Não obstante se reconheça a necessidade de modificações na atuação do Tribunal de Contas, sabe-se que essas, se implementadas, ocorrerão de forma paulatina, haja vista a

²⁸⁵ARANTES, Rogério Bastos; ABRÚCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. A imagem dos Tribunais de Contas Subnacionais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 1, p. 57-83, 2005, p. 64-65.

²⁸⁶ARANTES, Rogério Bastos; ABRÚCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. A imagem dos Tribunais de Contas Subnacionais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 1, p. 57-83, 2005, p. 72.

²⁸⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. **O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 77-130, p. 91-92.

antiguidade dessas instituições. Sabe-se que quanto mais antiga a instituição, maior a dificuldade em se efetivar mudanças, em razão dos elevados níveis de resistência e resiliência. Em instituições mais antigas, as mudanças requerem longo tempo de maturação.²⁸⁸

Apesar da dificuldade de implementação das medidas expostas nesse item, elas tendem a ser mais efetivas que reestruturações na separação dos poderes, ou até mesmo, de ampliação das atribuições do Poder Judiciário, uma vez que ao se reforçar a atuação das Cortes de Contas para o exercício do controle qualitativo do gasto público, distorções de investimento serão corrigidas preventivamente, contribuindo, inclusive, para o aprimoramento da atuação dos gestores públicos, com o reforço de boas práticas de gestão. Afinal, apenas “o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade”.²⁸⁹

Destaca-se que não se está defendendo que o Tribunal de Contas passe a fixar como, quando e onde o gestor deve investir, usurpando competências que são típicas do Executivo. Em verdade, o que se pretende com a construção dessas reflexões é reforçar o posicionamento de que o controle a ser exercido pela Corte de Contas deve recair sobre a qualidade do gasto público, auxiliando o gestor a identificar práticas a serem reforçadas ou não, com substrato em pareceres técnicos e de linguagem acessível. Com base na literatura referenciada, acredita-se que o reforço a esse tipo de controle possibilitará uma melhor prestação dos serviços públicos, com a correção nas distorções de investimentos.

Para a superação das omissões não normativas, outro importante mecanismo está no reforço ao controle interno, a ser exercido pelos órgãos administrativos. O bom desempenho do controle interno, embasado nos princípios da governança pública, confere, inclusive, condições para o adequado exercício do controle externo, na medida em que fornece informações indispensáveis à sua execução, possibilitando a produção de precedentes administrativos mais consentâneos com as necessidades sociais, viabilizando a correção dos desvios na gestão da coisa pública ainda no interior das próprias instituições executoras, permitindo, ainda, uma concretização espontânea dos direitos sociais pela própria administração, reforçando que os melhores mecanismos para a resolução dessa problemática estão no próprio âmbito da política.

²⁸⁸ LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. Democratização e reforma do Estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no Brasil recente. **Revista de Administração Pública - RAP**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, julho-agosto, 2009, p. 739-772, p. 756.

²⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 121, 1994, p. 265-271, p. 271.

A fim de empreender uma melhor análise da adequabilidade da utilização do controle interno e da aplicação dos princípios da governança pública na superação dos entraves institucionais, passa-se a construção do tópico subsequente.

4.2 A importância de reforço ao controle social, aos princípios da governança pública e ao controle interno para a superação dos entraves institucionais: Por uma efetivação espontânea de direitos sociais

Como exposto nos tópicos anteriores, a melhoria na qualidade dos serviços públicos, com a superação das omissões não normativas, deve perpassar pelo campo da política, sendo as medidas adotadas de forma isolada pelo Judiciário insuficientes para solucionar a questão.

O maior risco do esquecimento da política está em acreditar que “os políticos só sabem mentir nas campanhas eleitorais e enriquecer depois. O maior perigo para a democracia é a crença de que a política não nos diz respeito e que ela não pode nada para nós”.²⁹⁰ Nesse sentido, propõe-se que ao invés de os cidadãos se distanciarem da esfera política, apresentando suas demandas diretamente ao Judiciário, haja um reforço ao controle externo e ao controle interno, com um aumento da participação popular nas decisões públicas, posto que sentenças estruturais que não contam com o apoio das instituições nem com o apoio popular tendem ao fracasso, conforme exposto no primeiro capítulo desse trabalho.

Nossa proposição de que a melhoria da qualidade dos serviços deve passar pela própria administração, salientando os entraves e dificuldades para efetivação de uma sentença judicial estrutural, pretende demonstrar que a efetivação dos direitos sociais pela via judicial impossibilita uma implementação igualitária dos direitos, além de impor a uma instituição a resolução de problemas que não lhes compete, evidenciando que o melhor caminho para a superação dessa problemática está na própria gestão.

A resolução dessas questões na esfera administrativa também perpassará por dificuldades, incluindo a remodelação de algumas premissas sociológicas e históricas do nosso direito administrativo, mas a adoção das sentenças estruturais também requer a reorganização do Judiciário para funcionar adequadamente, e além dos esforços a serem empreendidos, a solução não será alcançada, já que o cerne do problema não é exclusivamente jurídico (há lei, há regulamentação, há norma), mas sim de desvios da gestão pública.

²⁹⁰ WOLFF, Francis. Esquecimento da Política ou desejo de outras políticas? In: NOVAES, Adauto. **O esquecimento da política**. São Paulo: Agir, 2007, p. 79.

Apesar de a origem dos problemas enfrentados nessa dissertação estarem na política, a correção deverá passar também pelo prisma do Direito, com o reforço dos controles e da verificação de compatibilidade entre o está sendo realizado e o que deveria estar sendo realizado, análise que deve ser acompanhada por alterações no modelo de representação democrática que se executa atualmente. Logo, se há pretensão de resolução da questão das omissões não normativas e dos entraves institucionais, com uma melhoria na qualidade do serviço público, que se reformem as atividades cujas atuações poderão apresentar melhores resultados.

Nesse sentido, em consonância com as considerações traçadas por Juraci Mourão Lopes Filho,²⁹¹ identifica-se que a Administração Pública brasileira ainda apresenta práticas que dissociam a participação do cidadão de seu trâmite decisório, produzindo decisões com um reduzido nível democrático. Diante de tal constatação, o autor propõe que para a concretização de uma gestão mais democrática deverá ocorrer a aproximação do Executivo com o Legislativo, o que deve ser acompanhado pela viabilização da participação popular, de forma que “tal democratização é marcada pela abertura e pelo fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa dos interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade”.²⁹²

Enfatiza-se que a ampliação do controle social e dos níveis democráticos da Administração contribui para a construção da atividade administrativa não como um fim em si mesmo, mas como um conjunto de procedimentos que visam à concretização de direitos, de modo que os planejamentos formulados com essa percepção refletem melhor as necessidades sociais, conferindo maior grau de legitimidade às decisões do gestor e a produção de políticas mais efetivas e eficientes.²⁹³

Dessa forma, a democratização da gestão pública e a formulação de planejamentos mais consentâneos com a realidade apenas se perfectibilizará mediante a garantia de que haverá uma ampliação da participação social na construção das decisões do gestor. Essa participação poderá ocorrer de variadas formas, como o reforço à construção de

²⁹¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 12, p. 190-209, 2010, p. 206.

²⁹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. São Paulo: Renovar, 2006, p. 77.

²⁹³ RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. **Controle de contas da Administração Pública segundo a jurisdição constitucional brasileira**: uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

processos dialéticos, utilização de plebiscitos e referendos, realização de audiências e consultas públicas, assessoria externa, conferências nacionais, dentre outros mecanismos.²⁹⁴

Em consonância com o entendimento esposado por Alexandre Ciconello,²⁹⁵ nos últimos vinte anos houve um grande incremento da participação popular na gestão pública. Estima-se que nesse período foram instaurados mais de 40.000 (quarenta mil) Conselhos de Políticas Públicas, ligadas às mais variadas estruturas governamentais, as quais contam com a participação de diversas organizações da sociedade civil. O autor complementa que somente no âmbito municipal e voltado para o controle de políticas públicas de assistência social, saúde, criança e adolescente, desenvolvimento rural, habitação e meio ambiente tem-se no Brasil um conjunto de aproximadamente 20.000 conselhos municipais.

Aliada à criação dos Conselhos, expandiu-se também a realização de Conferências. Entre os anos de 2003 e 2006 foram realizadas cerca de 40 conferências nacionais, que envolveram mais de 2 milhões de pessoas, entre representantes da sociedade civil.²⁹⁶

Não obstante o aumento quantitativo nos espaços de participação social na gestão pública, questiona-se se têm sido ambientes efetivos para empreender a incorporação das demandas populares às políticas de Estado. Em resposta a tal indagação, o que infelizmente se observa é que a ampliação quantitativa não foi acompanhada por um aumento qualitativo da participação social.

A ampliação qualitativa existe, mas há uma série de dificuldades que nos impedem de detectar o concreto exercício de participação e controle social no Brasil. Dentre essas dificuldades citam-se: barreiras impostas pelos setores políticos em efetivamente compartilharem o poder com as organizações da sociedade civil, a distância entre os resultados formais e reais de participação, a dificuldade em se estender a participação social às políticas econômicas, a falta de acesso à informação, os equívocos em se compreender as organizações sociais como a própria sociedade civil, quando essa é bem mais diversa. Reconhece-se que existiram avanços no exercício da participação e do controle social no Brasil, entretanto esses mecanismos necessitam ser aprimorados, avançando-se de um controle meramente formal para o exercício de uma co-gestão administrativa, fazendo-se

²⁹⁴MODESTO, Paulo. **Participação Popular na Administração Pública. Mecanismos de Operacionalização**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2568>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

²⁹⁵CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. In: GREEN, Duncan; FRIED, Mark **From Poverty to Power: How active citizens and effective states can change the world**. Oxfam International. jun. 2008, p. 5.

²⁹⁶CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. In: GREEN, Duncan; FRIED, Mark **From Poverty to Power: How active citizens and effective states can change the world**. Oxfam International. jun. 2008, p. 5.

necessário empoderar a sociedade civil,²⁹⁷ a fim de tirar o controle social da dimensão de idealização, viabilizando a construção de instrumentos para que esse efetivamente ocorra.²⁹⁸

A importância que o presente tópico confere ao exercício do controle social justifica-se pelo fato de que o governo, como qualquer outra instituição, volta-se a atender interesses apenas daqueles grupos sociais efetivamente representados. Por isso a participação popular, por meio do exercício do controle social, exprime meio adequado para assegurar a correção dos desvios da gestão. Entende-se, assim, que a participação da sociedade civil não deve se limitar aos procedimentos administrativos, mas deve contribuir para um efetivo compartilhamento de gestão, em que a sociedade disponha de efetivas condições de influenciar o processo de tomada de decisões.²⁹⁹

Além da abertura da Administração para garantir uma participação social qualitativa na elaboração das decisões, destaca-se outro ponto que deve ser reforçado para o alcance de uma gestão mais democrática: o desenvolvimento da dimensão da governança pública.³⁰⁰

Em razão da complexidade da estrutura governamental, a qual é composta pelos mais diversos órgãos, com as mais diferentes dimensões, entende-se que a governança pública, enquanto princípio viabilizador ao exercício da boa administração, não apresenta características uníssonas. Entretanto, há pilares fundantes cuja percepção é indispensável, quais sejam: clara identificação e articulação das definições de responsabilidade, compreensão do relacionamento entre os órgãos e como esse deve ser aprimorado a fim de viabilizar a entrega dos melhores resultados mediante a adequada gestão dos recursos, além da disponibilização de um suporte técnico para a administração, a qual por diversas vezes tem de tomar decisões sobre aspectos extremamente específicos, sobre os quais os gestores não

²⁹⁷SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. **Controle social das políticas públicas no Brasil: Caminho para uma efetiva democracia**. 2010. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010, p. 129-136.

²⁹⁸ PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Rae - Debate**, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005, p. 44.

²⁹⁹ GELLHORN, Ernest. Public Participation in Administrative Proceedings. **The Yale Law Journal**, Yale, v. 81, n. 3, p. 359-404, 1972, p. 403.

³⁰⁰ Entende-se que os fundamentos da governança são aqueles traçados por Juarez Freitas em seu livro **Direito Fundamental à Boa Administração**, senão vejamos: “Direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. [...] Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lúdimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. (FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 21).

possuem conhecimento, fazendo-se necessária a interação com especialistas sobre o assunto³⁰¹ (esse pilar da governança já identifica a necessidade de abertura da administração pública à interação com a sociedade, uma vez que a assessoria externa é uma das formas de promovê-la, conforme exposto anteriormente).

Vê-se, portanto, que o conceito de governança pública abrange diversos aspectos, como transparência, prestação de contas, ética, integridade, legalidade e controle social das decisões públicas. Compreende-se como governança a “capacidade do Estado de implementar as políticas necessárias para o alcance dos objetivos comuns e pressupõe o aperfeiçoamento dos meios de interlocução com a sociedade”.³⁰² Assim, para mensurar os níveis de governança de uma dada administração, deve-se aferir o grau de correspondência entre seus princípios e as práticas adotadas pelos entes federativos.

Antônio Gonçalves de Oliveira e Beatriz Jackiu Pisa³⁰³ afirmam existirem índices para aferir os níveis de governança apenas com relação à disponibilização de dados oficiais em meios eletrônicos, para, entretanto, avaliar o grau de comprometimento dos entes federativos com a concretização dos princípios da governança e conseqüentemente com a efetividade de políticas públicas. Os autores afirmam não existir qualquer controle oficial nesse sentido e, por isso, propõem a criação do índice IGovP.

Aplicando-se esse índice, chegaram à conclusão de que a região Sul apresenta um índice de Governança de 0,6976, enquanto a região Nordeste apresenta um índice de apenas 0,5859. Em uma análise focada apenas nos Estados, os pesquisadores identificaram que o Distrito Federal é o ente federativo com os maiores índices de governança. O Ceará está na 19ª (décima nona) posição de 27 (vinte e sete) estados, enquanto Roraima seria a entidade com os piores índices de governança.³⁰⁴ As diferenças na concretização dos princípios da governança entre as regiões apenas evidenciam a existência de distorções na concretização das políticas públicas entre essas áreas do país, o que é amplamente visualizado nos dados econômicos e sociais existentes.

³⁰¹ SLOMSKI, Valmor et al. **Governança Corporativa e Governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 126.

³⁰² OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de; PISA, Beatriz Jackiu. IGovP: índice de avaliação da governança pública - instrumento de planejamento do Estado e de controle social pelo cidadão. **Revista de Administração Pública**, [s.l.], v. 49, n. 5, p. 1263-1290, out. 2015. FapUNIFESP (SciELO).

³⁰³ OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de; PISA, Beatriz Jackiu. IGovP: índice de avaliação da governança pública - instrumento de planejamento do Estado e de controle social pelo cidadão. **Revista de Administração Pública**, [s.l.], v. 49, n. 5, p. 1263-1290, out. 2015. FapUNIFESP (SciELO).

³⁰⁴ OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de; PISA, Beatriz Jackiu. IGovP: índice de avaliação da governança pública - instrumento de planejamento do Estado e de controle social pelo cidadão. **Revista de Administração Pública**, [s.l.], v. 49, n. 5, p. 1263-1290, out. 2015. FapUNIFESP (SciELO), p. 1279-1284.

Aliado à governança e ao controle social, outro instrumento a ser desenvolvido é o acesso da população aos dados públicos. O acesso à informação é um dos pilares da governança pública e, os seus baixos níveis foram identificados como um dos principais entraves ao exercício do controle social. Afinal, como controlar o que não se conhece? Como afirmam Alexandre Coutinho Pagliarini e Leonardo Cesar de Agostini,³⁰⁵ informação e democracia são dois institutos que apresentam extrema conexão, como verdadeiros irmãos siameses.

Nesse sentido, o acesso à informação pública é elemento essencial para a efetiva implantação dos princípios da governança e para a viabilização do controle social, com reflexos na avaliação da qualidade do gasto público. Assim, quanto mais transparente, com a divulgação de informações em linguagem acessível, maiores os níveis de democracia e mais fácil de alcançar a efetivação do interesse público.³⁰⁶

Verifica-se que no Brasil os índices de transparência ainda não apresentam patamares elevados, o que contribui, inclusive, para o aumento dos níveis de corrupção, já que além da força das instituições e da estabilidade política, a liberdade de imprensa e o acesso à informação pública são fatores indispensáveis a serem considerados quando se pretende investigar o grau de corrupção existente em determinada sociedade, afinal, quanto mais transparente, maior o controle e a possibilidade de correção dos desvios. O baixo índice de transparência das informações públicas advém, principalmente, de alguns entraves sociológicos e institucionais, dentre os quais citam-se: fraca atuação da própria sociedade civil, a qual desconhece as garantias conferidas pela Lei de Acesso à Informação e em diversos momentos não compreende o conteúdo da informação veiculada (o que equivale a não possuir uma norma dessa espécie), inexistência de setores no interior dos órgãos exclusivamente voltados ao direito à informação (normalmente os órgãos acumulam uma série de funções, dentre elas a disponibilização de informações) e baixo nível de punição por descumprimento da Lei de Acesso à informação.³⁰⁷

Todos esses elementos combinados resultam em reduzidos níveis de transparência, contribuindo para que, de acordo com o Índice de Percepção da Corrupção

³⁰⁵PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Regime democrático e direito à informação: relações possíveis para as minorias. **Revista Uscs**, São Caetano do Sul, v. 16, p. 145-159, 2009, p. 145.

³⁰⁶LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos: literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. **Caderno de Finanças Públicas**, Brasília, v. 8, p. 5-40, 2007, p. 5.

³⁰⁷ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos à accountability democrática no Brasil**. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012, p. 96-97.

(IPC), o Brasil ocupe a nonagésima posição no ranking global, passando a apresentar 37 (trinta e sete) pontos, em uma escala que vai de 0 a 100, no ano de 2018.³⁰⁸ Nesse sentido, conclui-se que antes de empreender reforços ao controle social e aos princípios da governança pública, a preocupação da administração deve ser no sentido de ampliar os níveis de transparência e de qualidade da informação pública prestada.

Por isso, considera-se que deva existir, em paralelo ao controle externo, um reforço ao controle interno, com a realização periódica de auditorias, conferindo maior divulgação da forma como os investimentos públicos têm sido realizados e quais gastos, priorizados por uma determinada gestão, de fato refletem as prioridades públicas.

De início, cumpre esclarecer que o controle interno deve ser exercido por todo e qualquer agente administrativo no exercício de suas funções. Essa espécie de controle recai sobre três elementos: o sujeito, o fato e o parâmetro. Faltando um desses, o exercício da fiscalização resta impossibilitado.³⁰⁹ Frisa-se que o controle interno é uma das principais ferramentas a subsidiar a realização do controle externo, posto que nesse momento são detectadas as irregularidades na gestão dos recursos públicos, compondo o verdadeiro “centro nervoso” de identificação dos desvios. Assim, se no tópico anterior refletiu-se sobre o importante papel do exercício do controle externo no combate às omissões não normativas, por certo o passo seguinte seria realizar considerações sobre o controle interno, já que este fornece as informações que subsidiam o exercício daquele, além de permitir o controle social.

Além da defesa de que o controle interno possibilita uma ampliação do controle social, na medida em que, em razão de seu exercício, a população passa a reter maiores informações sobre a gestão, acredita-se, ainda, que esse controle deverá estar subsidiado no exercício de auditorias internas. A auditoria interna não se confunde com o controle interno, mas possibilita a verificação de todos os setores da organização pública. “A auditoria interna verifica e testa os controles internos, em todas as áreas da organização, especialmente as mais nevrálgicas (...) validando ou não a sua eficácia”.³¹⁰ Não obstante a importância da auditoria interna para o desempenho das atividades de controle e até mesmo para a concretização dos princípios da governança, percebe-se que a maioria dos entes públicos não se utiliza dessa técnica.

³⁰⁸ BRASIL, Agência. **Índice de Percepção da Corrupção no Brasil tem queda e país fica pior no ranking.** 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/indice-de-percepcao-da-corrupcao-no-brasil-tem-queda-e-pais-fica-pior-no>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Robson Ramos. Contabilidade, controle interno e controle externo: trinômio necessário para combater a corrupção. **Pensar Contábil**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 8, p. 1-9, 2006, p. 03.

³¹⁰ MARÇOLA, Célia. Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 62, n. 1, p. 75-87, 2011, p. 79.

Célia Marçola³¹¹ aponta duas principais motivações para a não utilização da auditoria pelos gestores. A primeira diz respeito à falta de conhecimento do gestor sobre auditoria: não se sabe o que é e nem como funciona. Uma segunda razão seria a errônea associação de auditoria com problema, como se a atuação dos auditores dificultasse a gestão, impedindo o administrador de tomar livremente as decisões necessárias para concretizar seu plano de governo, quando em verdade a auditoria auxilia na correção das distorções e minimiza a probabilidade de o gestor ser responsabilizado por incongruências nos investimentos.

Vê-se que a auditoria interna poderá funcionar como um importante mecanismo de prevenção, possibilitando, inclusive, uma maior harmonização na atuação dos mais diversos órgãos que compõem a administração, para que não haja procedimentos dissonantes entre si. A auditoria interna e preventiva acarretam uma melhoria contínua na execução dos processos, uniformizando-os, além de permitir uma redução nos custos, acompanhado por um aumento da confiabilidade.³¹²

Assim como destacado nas reflexões acerca das dificuldades em se empreender o controle de qualidade dos gastos públicos pelo controle externo, em razão da posição que os Tribunais de Contas têm ocupado na sociedade, existem também dificuldades a serem superadas para o exercício do controle social e do reforço ao controle interno, por meio das auditorias. Entende-se que a superação desses entraves é essencial para a construção de uma administração mais democrática e que viabilize a concretização espontânea dos direitos sociais, sem perpassar pela via judicial, afinal, o Judiciário não é a “tábua de salvação” da democracia.³¹³

Como já discutido na segunda seção do presente trabalho, a intervenção do Judiciário na concretização das políticas públicas por meio de medidas estruturantes acarreta uma série de dificuldades, por isso o presente capítulo apresenta outras possíveis soluções para a questão das omissões não normativas. Nesse sentido, além da mudança de enfoque do controle externo sugerida no tópico anterior, a qual deve ser seguida por outras modificações na atuação da Corte de Contas, da efetivação dos princípios da governança, da ampliação do controle social sobre a atuação governamental e do próprio controle interno, com enfoque no

³¹¹ MARÇOLA, Célia. Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 62, n. 1, p. 75-87, 2011, p. 80.

³¹² CORTEZ, Maria da Glória Costa. Auditoria Preventiva Pública: indicadores do controle interno governamental. **Revista Brasileira de Contabilidade**, S.I, n. 191, p. 49-59, 2011, p. 58.

³¹³ ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. "Crise" da democracia representativa e a função política do Judiciário: É o Judiciário a "tábua de salvação" da democracia? **Nomos** - Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Ufc, Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 165-179, 2015.

desenvolvimento das auditorias internas, a principal modificação a ser exercida está na compreensão de mudança do paradigma da atuação da Administração.

Para ser possível a consolidação das reformas aqui propostas, a Administração Pública deverá desenvolver a percepção de que sua função em um Estado Democrático de Direito está em garantir o impulso às ações positivas, certificando-se de que essa de fato está atuando no sentido de viabilizar a concretização do texto constitucional.³¹⁴ Está-se, assim, querendo dizer que para que ocorra uma efetivação espontânea dos direitos sociais pela própria administração, sem o recurso à judicialização, torna-se necessária a revisão de seus dogmas e institutos tradicionais, adequando-os à formatação jurídica empreendida pela Constituição, para que identifiquem os principais problemas em sua atuação que prejudicam a eficácia e a eficiência na sua atividade.³¹⁵

Assim, o presente capítulo pretende evidenciar algumas ferrugens que impossibilitam a administração de fazer com que sua engrenagem funcione adequadamente, enfatizando que se esses pontos forem suplantados a atuação judicial será subsidiária e excepcional.

Buscando traçar um diagnóstico de por qual razão a Administração Pública ainda não consegue atuar dentro de um paradigma que lhe possibilite efetivar espontaneamente os direitos sociais mediante o estabelecimento de um diálogo com a sociedade civil, não obstante as inúmeras regulamentações existentes nesse sentido, como a Lei de acesso à informação e os princípios da governança pública, expressamente incorporados à Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional por meio do recente Decreto nº 9.203 de 2017, além dos reiterados posicionamentos da doutrina sobre essa temática, tomam-se por base as conclusões traçadas por Daniel Wunder Hachem³¹⁶ em sua tese de doutoramento.

O autor identifica que a constitucionalização do direito administrativo deveria ter sido acompanhada da administrativização do direito constitucional. Assim, não basta que o direito administrativo busque adequar seus institutos aos ditames constitucionais, mas, também, se faz necessário que “constitucionalistas dialoguem com os administrativistas, identificando quais utensílios jusadministrativos podem ser úteis a uma promoção

³¹⁴VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 22-23.

³¹⁵HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 250 -251.

³¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

universalizada dos direitos fundamentais sociais”.³¹⁷ Logo, é preciso equipar o direito administrativo com as ferramentas mais adequadas para que consiga implementar de ofício e espontaneamente os direitos sociais. Somente quando o aparato administrativo deixar de funcionar é que se passará a discutir a possibilidade de intervenção judicial.

Daniel Hachem reforça a argumentação que vem sendo desenvolvida ao longo de toda a presente dissertação: priorizar a adoção de medidas estruturais para solucionar a questão das omissões não normativas e dos entraves institucionais não traduz a via mais adequada, uma vez que o Judiciário não apresenta visão global sobre as mazelas sociais, prescrevendo ordens que podem contribuir com a ampliação do problema, de modo que repassar a solução para o Judiciário é prescrever um remédio sem buscar conhecer as origens do problema. Há de se considerar, também, que as omissões administrativas evidenciam, em vários momentos, problemas de cunho político/administrativo, os quais não são estudados pelo Direito Constitucional e por ele não podem ser solucionados.³¹⁸

Nesse ponto, torna-se essencial frisar as modificações recentemente introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 sobre as regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Essa nova legislação, a qual ainda não entrou em vigor, visa conferir característica vinculante aos precedentes administrativos, além de estabelecer a previsão de consulta pública para edição de atos normativos, possibilitando maior participação popular na criação normativa e o incentivo para que as decisões administrativas sejam tomadas com fulcro na equidade e no consequentialismo. Acredita-se que essa nova regulamentação poderá funcionar como um mecanismo de administrativização do direito constitucional, fixando parâmetros a serem observados pelo gestor em suas deliberações, viabilizando uma ampliação de estabilidade e da previsibilidade das relações traçadas com o Estado.³¹⁹

Diante do novo normativo, o gestor deverá motivar suas escolhas com base na necessidade, adequação e consequências sociais, evidenciando por qual razão a opção “x” pareceu ser mais adequada que a opção “y”, por exemplo. Acredita-se que essa previsão constituirá um importante mecanismo de combate à problemática das omissões não normativas, pois o administrador passa a ter o dever explícito de indicar as consequências do

³¹⁷HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 58.

³¹⁸HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 58-59.

³¹⁹MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, EgonBockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 9-12, p. 11-12.

seu ato e por qual motivo não aplicar as verbas destinadas à efetivação de determinada política, contingenciando-as, pareceu mais adequada, do ponto de vista do interesse público, que aplicar os recursos conforme delineado originariamente pelo orçamento público. A discricionariedade passa a ser expressamente limitada pelas consequências do ato.

Vê-se que a Lei nº 13.655/2018 busca resgatar a ideia de responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento.³²⁰ Não se está querendo afirmar que diante das novas prescrições o planejamento administrativo tornar-se-á imutável. O que se afirma é que há limites para alterações no planejado, e agora esses limites começam a ficar mais claros, já que não mais serão autorizadas mudanças que causem danos à legítima expectativa e boa-fé dos jurisdicionados.

A previsão acerca do dever de análise das consequências da decisão não se restringe às decisões administrativas. As decisões judiciais também deverão se ater aos reflexos de suas deliberações, contribuindo para a construção de um processo decisório mais consciente, participativo e menos ativista.

Nesse sentido, coaduna-se com os posicionamentos traçados por José Vicente Santos de Mendonça,³²¹ para quem as previsões da nova legislação sobre o consequencialismo contribuirá para indicar novos caminhos decisórios às autoridades brasileiras. Sabe-se que não se muda aspectos culturais das instituições pela Lei, pode-se dar início a um processo de transformação. Outra possível alteração a ser inaugurada por tal legislação diz respeito à sua contribuição para a superação da noção de cidadão-cliente.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira³²² afirma que a perspectiva do cidadão-cliente permeia tanto o paradigma do Estado Liberal, quanto o paradigma do Estado Social. No Estado Democrático de Direito, entretanto, a concepção de cidadão-cliente deve ser abandonada, para que os direitos passem a ser efetivados mediante a dimensão do cidadão-participante dos processos públicos deliberativos, ou seja, a noção de cidadania é modificada com o advento do Estado Democrático de Direito, para que os usuários de serviço público não sejam compreendidos apenas como consumidores, mas como verdadeiros partícipes na definição das prioridades estatais. Na perspectiva do cidadão-cliente, o cidadão não participa dos processos decisórios da Administração Pública, na medida em que se implanta uma lógica

³²⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 89-107, 1996, p. 101.

³²¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 31-34

³²² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 68 e p. 251.

mercadológica, em que só os resultados bastam, com a fixação de um Executivo forte para imprimir eficiência.³²³ Logo, com a exigência de integração dos cidadãos nos processos decisórios, acredita-se que a compreensão do indivíduo enquanto consumidor dos serviços estatais será superada.

Ressalva-se que a percepção acerca dos reais reflexos na qualidade das decisões das autoridades públicas, seja por se preocuparem com as consequências das decisões, seja por viabilizarem a efetiva participação social na construção dessas ou, ainda, pela assimilação do dever de elaborar decisões de melhor qualidade, já que passarão a ser vinculantes, são questões que apenas poderão ser avaliadas adequadamente após a entrada em vigor da legislação.

Em síntese, os dois primeiros tópicos desse capítulo buscaram evidenciar alguns institutos já existentes, mas que estão sendo subaproveitados (como o controle externo pelos Tribunais de Contas, controle interno, auditorias internas, efetivação do controle social da atuação da gestão, noções de governança pública, disponibilização de informações estatais) e que se fossem mais bem concretizados, com a eliminação dos entraves identificados nesse trabalho, poderiam fazer com que a engrenagem administrativa funcionasse melhor e os problemas analisados na dissertação fossem definitivamente solucionados na seara administrativa.

Tecem-se, ainda, algumas considerações sobre as contribuições que a Lei nº 13.655/2018 poderá apresentar na eliminação desses entraves, como a busca por inserir a gestão pública sobre o paradigma dialógico, viabilizando a ampliação da interface Estado *versus* Sociedade, bem como a atribuição de aspecto vinculante às decisões administrativas, conferindo-se patamar de importância considerável no ordenamento jurídico, o que poderá fazer com que os gestores passem a desenvolver maiores preocupações com as consequências de suas decisões, podendo funcionar como um importante mecanismo para a superação das omissões não normativas, afinal, omitir-se passará a exigir do gestor um maior ônus argumentativo. Entretanto, questões de operacionalização desse normativo, de como medir consequências positivas/negativas, ou, ainda, de como aferi-las de forma objetiva, são dificuldades que serão mais bem discutidas quando a prescrição normativa entrar em vigor. O que se pode constatar, por ora, é que a legislação apresenta preocupações que até então

³²³MAIA, Taciana Mara Corrêa. **Por uma Administração Pública Democrática**: além da administração pública gerencial, a administração pública societal. 2009. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC MG, Belo Horizonte, 2009, p. 56.

vinham sendo negligenciadas: a qualidade da decisão, o dever de integração da população no processo de regulamentação e a força vinculante das decisões administrativas.

Não obstante se considere que a Lei nº 13.655/2018 poderá trazer importantes contribuições para o melhor funcionamento da Administração Pública, adequando-a às novas necessidades sociais, entende-se que o total enfrentamento aos entraves institucionais deverá perpassar por modificações no processo de representação política, afinal, as questões das omissões não normativas apresentam seu cerne nas falhas do sistema representativo contemporâneo, o que reflete nos baixos índices democráticos de algumas decisões políticas. Essas questões serão mais bem desenvolvidas no tópico subsequente.

4.3 Críticas ao modelo de democracia representativo: Pela necessidade de democratizar a democracia

Conforme exposto ao longo da dissertação, as medidas estruturantes são utilizadas, em grande medida, para viabilizar melhorias na prestação da qualidade de serviços públicos, visando superar as omissões não normativas. Verifica-se que, normalmente, os serviços mal prestados são aqueles destinados a minorias sociais ou a grupos sub-representados (identifica-se, conforme exposto no primeiro capítulo dessa dissertação, que o Estado de Coisas Inconstitucional foi declarado sobre situações que envolviam direitos de idosos, presidiários e deslocados internos, grupos claramente minoritários dentro da conjuntura social).

Atribui-se, assim, a ocorrência desse fenômeno (má prestação de serviços públicos a determinados grupos) como reflexo de uma das principais falhas do sistema democrático representativo: a vontade dos representantes não coincide com a vontade geral dos representados, de modo que para estes terem seus anseios adequadamente retratados deverão expressá-los diretamente.³²⁴ Tal pensamento funda-se nos ensinamentos de Rousseau, para quem a soberania não pode ser dividida, de modo que a vontade popular é insuscetível de representação, cabendo ao povo participar diretamente das atividades legislativas e de deliberação, sem o intermédio de quaisquer representantes.³²⁵

Seria equivocado afirmar que a má prestação de serviços atinge apenas grupos minoritários do ponto de vista quantitativo, quando, em verdade, o que se verifica na realidade

³²⁴MAIA, Isabelly Cysne Augusto; MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contribuições do Estado de Coisas Constitucionais para a superação das omissões não normativas: Dos entraves institucionais ao desenvolvimento humano. *Revista Culturais Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 182-205, 2018, p. 12.

³²⁵ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural (Coleção Os Pensadores). 1987, p. 74.

fática é que essa prática atinge grupamentos expressivos, acarretando o fenômeno da exclusão a que Friedrich Muller³²⁶ se refere em seu livro *Quem é o povo? a questão fundamental da democracia*. Ao caracterizar o fenômeno da exclusão, o autor aduz que esse cria uma superestrutura, formada pelo código binário direito/não direito, o qual se impõe ao código binário do sistema jurídico constitucional/inconstitucional (com isso o autor pretende elucidar que os excluídos não conseguem acessar o nível de proteção conferido pelas instituições, permanecendo no campo do “não direito”). Dessa forma, os excluídos, ao não terem acesso aos direitos mais básicos, são vítimas das mais profundas distorções jurídicas, afinal, são considerados cidadãos para obedecerem a deveres ditados pelas regras jurídicas. Não apresentam, entretanto, esse mesmo *status* quando se fala em acesso aos tribunais, participação política, comportamento que impede o adequado acoplamento entre direito, política e sociedade.³²⁷ Observa-se, assim, que a exclusão social gera inaplicabilidade do direito, refletindo, também, nos planos políticos concretizados.

Assim, como afirma Aldaiza Sposati,³²⁸ o Estado brasileiro apresenta uma visão arcaica e dissonante do mandamento constitucional de prestação de serviços públicos, compreendendo-os, quando destinados à população mais vulnerável, como espécie de concessões partilhadas com a filantropia da sociedade e que não são assumidas como verdadeira responsabilidade pública. Acredita-se que isso se deva ao esgotamento do modelo clássico de representação política.

Por isso, propõe-se o presente tópico, a fim de traçar reflexões acerca da importância em se abrir a democracia para a efetiva participação social, tentando mitigar os efeitos do fenômeno exclusão de que fala Muller, na busca pela retomada do bom relacionamento entre direito, política e sociedade, viabilizando que todos tenham acesso e gozem na prática da proteção conferida pelo código jurídico.

Defende-se, assim, que além de modificações no modo de funcionamento da administração pública, aproximando-a do paradigma dialógico e fortalecendo-a para ser capaz de implementar de ofício e espontaneamente os direitos sociais, faz-se necessário repensar o modelo político representativo, afinal, de pouco adiantará apresentar uma Administração instrumentalmente fortalecida se a sua atuação permanece desconectada dos anseios sociais.

³²⁶MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

³²⁷MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 94-95.

³²⁸SPOSATI, Aldaíza. **Exclusão social abaixo da linha do Equador**. Exposição originalmente apresentada no Seminário Exclusão Social, realizado na PUC/SP, em 23/04/98, com os professores Sergé Paugam, do Institut National de la Statistique et des Études Économiques– França e Lúcio Kowarick, da USP. Disponível em: <<http://www.seuvizinhoestrageiro.ufba.br/twiki/pub/GEC/RefID/exclusao.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2018.

Conclui-se que a resolução das omissões não normativas também passa pela teoria da democracia, demonstrando a insuficiência da democracia meramente eleitoral.³²⁹

Antônio Carlos Wolkmer³³⁰ fala de um esgotamento do modelo clássico de representação eleitoral, a qual passa por uma forte crise de legitimidade, sobretudo em razão dos reiterados episódios de corrupção, aliados à dissonância entre os programas políticos e as condutas efetivamente desempenhadas, resultando no declínio de determinados setores sociais, os quais não são contemplados com as práticas executadas pelos gestores. Entretanto, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, a judicialização é um remédio possível, mas não adequado, posto que os desvios da democracia representativa permanecerão, e os grupos minoritários continuarão afastados dos espaços de escolha, ou seja, a origem do problema não será combatida.

Esse distanciamento entre programa político e práticas adotadas pela gestão ocorre também com mais frequência nos países tomadores de empréstimos internacionais, pois “retira das autoridades eleitas o controle sobre decisões governamentais referentes à formulação de políticas públicas, o que fere de morte o âmago da democracia representativa, qual seja, o da legitimidade de representação pelo voto”.³³¹

Além da debilidade da participação cidadã no modelo de democracia representativa vivenciado na modernidade, deve-se considerar que esse paradigma também se mostra insuficiente para analisar questões que se desenvolvem fora do Estado-Nação, mas que o afetam diretamente (como conflitos bélicos, epidemias, narcotráficos, etc), haja vista a noção de cidadania de um Estado não ser, na maioria das vezes, compatível com o conceito de cidadania desenvolvido por outro.³³²

Ao se apontar a falha do modelo representativo não se está propondo que esse seja abandonado, mas que a democracia participativa se desenvolva conjuntamente com as instituições representativas. O que se percebe é uma necessidade de ampliação da participação popular, não no sentido de substituir as instâncias representativas, depositando todas as

³²⁹VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea. **Resumos das Teses e Dissertações Defendidas no Ppg-sol/UNB**, Brasília, v. 19, n. 1, p. 247-278, 2004.

³³⁰WOLKMER, Antonio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Sequência**, Santa Catarina, v. 22, n. 42, p. 83-97, 2000, p. 87.

³³¹VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea. **Resumos das Teses e Dissertações Defendidas no Ppg-sol/UNB**, Brasília, v. 19, n. 1, p. 247-278, 2004, p. 100.

³³²GORCZEVSKI, Clovis; MARTIN, NuriaBelloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania [recurso eletrônico]: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

expectativas na sociedade civil, mas como meio de criar maior interação entre representantes e representados.

Não obstante existam entendimentos doutrinários de que participação e representação são inconciliáveis,³³³ na prática essa possibilidade não foi rechaçada. Em síntese, o que se busca defender no presente tópico é que “a ampliação da participação popular, portanto, precisa ser trabalhada como uma forma de aprimoramento da democracia representativa, e não como o seu contraponto”.³³⁴

Acredita-se que a democratização da democracia, por meio do fortalecimento da democracia participativa, deverá passar pelo enfrentamento e pela concretização de alguns pontos principais, como a intensificação da participação popular e da deliberação pública, além da realização de experimentalismos democráticos, para que os formatos da participação popular sejam testados.³³⁵

Com a proposta de fortalecimento da democracia participativa, coaduna-se com o posicionamento exarado por Luís Felipe Miguel,³³⁶ de que as dimensões constitutivas do modelo representativo deverão ser ampliadas. Para o autor, a representação democrática é formada por 4 (quatro) dimensões: a primeira, dedicada ao aprofundamento do pluralismo político; em segundo lugar, o fortalecimento da autonomia, no sentido de que o processo de elaboração das normas jurídicas deve contar com a participação daqueles que estarão submetidos a tais normas. A terceira dimensão diz respeito ao fortalecimento das instituições democráticas, por meio do reconhecimento de sua importância e, por fim, o empoderamento dos grupos sociais marginalizados, conferindo possibilidade de os indivíduos socialmente segregados participarem efetivamente do processo democrático, a começar pelo acesso e gozo a serviços públicos de qualidade, afinal, indivíduos apenas passam a ter efetiva possibilidade de participar do processo democrático na medida em que usufruam de condições materiais mínimas.

³³³ALKMIN, Antonio Carlos. O paradoxo do conceito de representação política. **Teoria & Pesquisa Revista de Ciência Política**. São Carlos, v. 22, n. 1, p. 56-71, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/337/229>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

³³⁴FERREIRA, Desirée Cavalcante. **A soberania possível: a reconstrução da soberania do povo na modernidade periférica**. 2017. 105 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017, p. 66.

³³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o canône democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82, p. 77-78.

³³⁶ MIGUEL, Luis Felipe. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA EM 3-D Elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 123-193, 2003.

Nesse momento, deve-se consignar as ideias de desenvolvimento humano elaboradas por Amartya Sen.³³⁷ Para o autor, um país não precisa necessariamente crescer economicamente antes de preocupar-se com a qualidade de vida de seus cidadãos; ou seja, uma estratégia de desenvolvimento humano e social não tem de ser mediada necessariamente por um forte crescimento econômico. O que se defende, portanto, é que para ser possível a ampliação dos níveis de participação da sociedade no processo democrático, os índices de desenvolvimento humano (na perspectiva de Amartya Sen), com disponibilização e possibilidades de acesso a serviços de qualidade, deverão ser ampliados.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento exarado por Habermas,³³⁸ para quem a democracia deliberativa e a efetiva comunicação na esfera pública só poderá se concretizar em sociedades emancipadas, em que os cidadãos gozem de efetivas condições materiais para integrar a esfera pública, produzindo um cenário de consenso e de identidade, com a eliminação de coerções internas e externas.

O que se observa, portanto, é a existência de um ciclo que deve se retroalimentar. Na mesma medida em que cumpre à Administração Pública se fortalecer, com a superação dos entraves mencionados nos itens um e dois desse capítulo, adequando-se ao paradigma dialógico, o que, conforme argumentado, possibilitará a disponibilização de serviços de melhor qualidade, cabe elevar os níveis de desenvolvimento humano. Nesse sentido, ao gozar de melhores condições materiais, os indivíduos passam a dispor de maiores possibilidades de atuar diretamente na seara política, viabilizando um aumento ainda mais significativo na qualidade do serviço prestado, já que haverá uma ampliação dos índices de representatividade, contribuindo para a superação de um dos principais problemas da democracia representativa: a ausência de investimento em políticas destinadas a grupos sub-representados.

Conclui-se que o fortalecimento da democracia passa necessariamente por um fortalecimento da administração, com a prestação de serviços de melhor qualidade, permitindo que a coletividade tenha seus direitos fundamentais concretizados, assumindo a qualidade de verdadeiros cidadãos, para só assim terem condições materiais de intervir no processo político.

Justifica-se, por isso, a inserção do presente tópico após as considerações acerca da necessidade de superação dos entraves na administração, pois se entende que a efetiva democracia participativa apenas será possível se, *a priori*, a população tiver acesso a serviços

³³⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. São Paulo: Abril Cultural (Os pensadores), 1975, p. 300.

públicos de qualidade. Logo, entende-se que a democracia representativa apenas será uma realidade quando não faltar mais ao povo acesso aos direitos sociais mais básicos, ou seja, quando o fenômeno da exclusão for minorado, o que poderá ser gradativamente alcançado com a melhoria na qualidade dos serviços prestados.³³⁹

Nesse ponto, tem-se um importante questionamento sobre o qual refletir: como compatibilizar governabilidade com o modelo de democracia representativa que se propõe? Em princípio, cumpre esclarecer que elevados índices de governabilidade não apresentam uma correspondência simétrica com boa qualidade de governo. A oposição governabilidade *versus* democracia apenas revela o pragmatismo do discurso conservador, em que importantes decisões são tomadas ao alvedrio dos anseios populares, deslegitimando o recurso à soberania popular sob a alegação de que se trata de um instrumento idealista.

Historicamente em nosso país, entretanto, a balança pende para o lado da governabilidade. A própria prevalência do recurso ao Judiciário para superar as omissões não normativas (que são essencialmente problemas de ordem política e de desvio na atuação das instituições democráticas) corrobora essa afirmativa. Conforme afirma Martônio Mont'Alverne,³⁴⁰ a jurisdição constitucional, quando interfere na escolha política, visa à manutenção da segurança jurídica nas relações sociais, ao mesmo tempo em que contribui para a conservação da realidade constitucional, irremediavelmente ligada ao passado. Nesse sentido, a tendência pela governabilidade também reflete o direcionamento a um posicionamento mais conservador, em que possíveis soluções inovadoras trazidas pela democracia participativa são afastadas. Assim, além do problema da exclusão, que inviabiliza a participação política de grupos sociais, ainda há de se considerar aspectos históricos de opção pelo aspecto governabilidade em detrimento da participação social, como se tais instrumentos fossem incompatíveis, quando, em verdade, deveriam ser complementares.

Os serviços públicos prestados partem de uma escolha anteriormente realizada pela Administração Pública, em relação à forma que serão executados, ao orçamento destinado ao seu custeio e aos direitos fundamentais priorizados. Assim, as escolhas realizadas pelo gestor produzem consequências diretas sobre o futuro dos partícipes do

³³⁹ CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. Teoria da democracia participativa: análise à luz do princípio da soberania popular. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 87, n. 9, p. 25-34, 2007, p. 33.

³⁴⁰ LIMA, MartônioMont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, MartônioMont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Estado.³⁴¹ Tal afirmativa reforça que não cabe à Administração agir exclusivamente atrelada ao princípio da eficiência em sua dimensão econômica, atingindo metas funcionais. Para realizar as melhores escolhas, o gestor deve buscar efetivar os valores e objetivos constitucionais. Nesse sentido, as consequências das decisões administrativas devem perpassar não apenas um filtro econômico, mas, também, devem se ater a um filtro axiológico, na medida em que a função do Estado está em efetivar o texto constitucional.

Vê-se que a necessidade de compatibilização da governabilidade com a participação popular na construção das decisões deve estar calcada no dever do Estado de “agir prontamente para suprir às necessidades dos administrados, pautando sua atuação pelo bom exercício da função pública no interesse geral do administrado”,³⁴² possibilitando a filtragem axiológica das decisões do gestor público.

Assim, ao afirmar que se vive um Estado de Direito Democrático, não se pode imaginar a sociedade apartada do Estado. Por isso, a eficiência na prestação do serviço público, também, deve ser percebida dentro de uma perspectiva democrática, de modo a impor a institucionalização de canais de participação social, pois o distanciamento do cidadão da esfera de decisão da Administração, com a sua transformação em mero cliente, conduz a um estágio de avanço da privatização sobre o patrimônio público, uma vez que passa a pertencer a uma minoria, detentora do poder econômico, aquilo que a todos deveria competir: deliberar acerca dos rumos que o serviço público deve assumir.³⁴³

Adriana da Costa Ricardo Schier³⁴⁴ bem coloca que a simples institucionalização de mecanismo de participação, como se fossem os meios mais adequados para garantir uma gestão democrática, não passa de uma grande falácia, uma vez que a institucionalização de tais canais serve, em verdade, para a manutenção do sistema de desigualdade, contribuindo para legitimar decisões tomadas por uma minoria, formadas por aqueles que já alcançaram a condição de incluídos no sistema. Tal afirmativa se revela cientificamente verdadeira pelos dados apresentados nesse capítulo, em que se observa um aumento significativo dos

³⁴¹FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, Controle Judicial e Consequencialismo administrativo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 120.

³⁴²GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Eficiência Administrativa: Alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos - um paradigma possível?. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. **Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em Homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 273-306, p. 288.

³⁴³PIRES, Luis Manuel Fonseca. A discricionariedade administrativa e o interesse público líquido. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira; SAAD, Amauri Feres. **Direito Administrativo e Liberdade. Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 492.

³⁴⁴SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166.

Conselhos de participação popular, não acompanhado por uma qualitativa integração da sociedade civil nos processos decisórios.

Por isso, sugeriu-se, a princípio, um reforço às dimensões do controle, para que desvios em investimentos fossem previamente identificados, possibilitando uma melhoria na qualidade do serviço público prestado, com uma conseqüente redução dos níveis de exclusão e aumento dos identificadores de desenvolvimento humano, para que então a sociedade usufrua de serviços públicos de melhor qualidade, e assim apresente condições materiais de participar dos espaços de decisão. Não basta institucionalizar mecanismos de participação, se tal iniciativa não for acompanhada por um processo de expansão dos serviços públicos.

Logo, a efetiva participação dos cidadãos na Administração Pública, no exercício do controle democrático das escolhas públicas, é medida que se impõe para que esse – enquanto implementação do texto constitucional, por meio do alcance de direitos subjetivos e legítimos dos cidadãos – se efetive de forma eficiente e democrática.

Como coloca Luís Manuel Fonseca Pires,³⁴⁵ é missão do gestor público atuar enquanto intérprete, como uma espécie de mediador entre as diferenças culturais, de diversidades de costumes e tradições visando ao alcance do interesse público. Para que tal objetivo seja concretizado, faz-se necessário, entretanto, que as necessidades dos cidadãos sejam absorvidas pelo Poder Público, o que não ocorrerá se eles continuarem a ser tratados como espectadores, sem possibilidade de intervenção sobre as decisões administrativas.

Tal forma de compreender o interesse público e o papel do gestor em seu alcance é primordial para a atualização da atuação administrativa, compreendendo se a escolha pública realizada é de fato a mais adequada e necessária ao alcance dos anseios público, além de ser um importante instrumento de combate à corrupção, uma vez que, ao inserir a participação popular na tomada de decisões administrativas, a tendência é a ampliação do controle social e uma conseqüente maior transparência sobre as escolhas públicas.

O serviço público por si só deve ser compreendido como direito fundamental, afinal, é o principal instrumento de efetivação de direitos, pois possibilita que haja distribuição de riquezas e a ampliação do desenvolvimento nacional, viabilizando que os cidadãos tenham acesso às condições de vida mais básicas. Não se está apenas defendendo que os serviços públicos são indispensáveis para a concretização dos direitos fundamentais. Nossa pretensão vai além, uma vez que se sustenta que o acesso, em si, a um serviço adequado é espécie de

³⁴⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A discricionariedade administrativa e o interesse público líquido. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira; SAAD, Amauri Feres. **Direito Administrativo e Liberdade**. Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 496.

direito fundamental.³⁴⁶ Assim, o direito do cidadão é mais do que o simples acesso a um serviço, pois nosso ordenamento prescreve que tal prestação deve ser adequada.

Observa-se que o paradigma gerencial, no qual ainda se está inserido, não permite a atuação do cidadão-participante, uma vez que suas características conduzem à configuração de um cidadão-cliente e, conseqüentemente, inviabilizam a prestação de um serviço público adequado, violando-o enquanto direito fundamental, sobretudo por apresentar dentre suas principais características o afastamento do cidadão da esfera de gestão, comprometendo o alcance do interesse público.

Assim, para que haja um avanço na gestão democrática, faz-se necessária a superação do paradigma gerencial pelo modelo da gestão pública dialógica, em que seja assegurado aos administrados de fato integrar os órgãos deliberativos, e não apenas expressar suas intenções de forma indireta.

Demonstrando-se a compatibilidade de participação social com governabilidade, citam-se as pesquisas desenvolvidas por Chantal Mouffe,³⁴⁷ em que, ao propor o fortalecimento dos espaços de participação popular, a autora defende que o dissenso, caracterizado pela divergência de pensamentos, é ponto essencial para o bom exercício da democracia e a construção do interesse público. “A inovação da política democrática não é a superação da distinção nós/eles, mas a maneira diferente de estabelecer essa distinção”,³⁴⁸ criando-se um espaço de diálogo, em que as mais diversas opiniões possam ser expressas, possibilitando o surgimento de unidade em um espaço de conflito. Em síntese, a qualidade das decisões políticas tende a ser ampliada, resultando em um governo dotado de maior legitimidade, afinal, se múltiplas visões são consideradas no processo de tomada de decisão, por óbvio que a conclusão buscará agradar a todos os grupos na medida do possível.

Nesse mesmo sentido são as conclusões apresentadas por Jeremy Waldron,³⁴⁹ para quem o desacordo é pressuposto fundamental para uma teoria da democracia e da autoridade, pois, a formação de uma decisão coletiva só é possível mediante um desacordo de boa-fé, em que os participantes discordem de modo racional.

A priorização pela governabilidade baseada em decisões que excluem a participação popular, centrando-se apenas no pragmatismo decisório, conduz a um

³⁴⁶HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 55, n. 14, p. 123-158, 2014. Trimestral, p. 130.

³⁴⁷ MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política e Sociedade**, Santa Catarina, v. 03, p. 11-26, 2003, p. 15.

³⁴⁸MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política e Sociedade**, Santa Catarina, v. 03, p. 11-26, 2003, p. 15.

³⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

enfraquecimento do próprio sistema jurídico, na medida em que o fechamento cognitivo³⁵⁰ de tal sistema conduz ao seu afastamento em relação ao ambiente social, resultando na produção de decisões ineficazes, já que sem conhecimento do ambiente em que está imerso tende a consequência natural de produção de instrumentos de regulação que estão desconexas com a realidade, apresentando baixa eficácia e ampliando a insegurança jurídica. Nesse mesmo sentido, a abertura do sistema jurídico ao diálogo com o meio, mas sem apresentar um correspondente operacional interno também é prejudicial, uma vez que códigos de outros sistemas podem vir a colonizar o sistema jurídico, descaracterizando-o, como a dominação do jurídico pelo político.³⁵¹

Ao contrário do que possa parecer, o fechamento do sistema jurídico em si mesmo conduz à mais insegurança jurídica, já que tende a resultar na produção de regulamentos dissociados da realidade social. Nesse sentido, a abertura da democracia representativa à participação social, com a criação de espaços oficiais de manifestação ampla, inclusive, a qualidade democrática. Assim, a intervenção judicial, ainda que reduzida a patamares mínimos, não é locus para a resolução de distorções democráticas,³⁵² que devem ser solucionadas no interior da própria esfera política, com a minimização do fenômeno da exclusão social e com a abertura da democracia representativa ao diálogo com a sociedade, uma vez que é “fundamental, para o direito ser considerado legítimo, que os destinatários das normas jurídicas sejam, também, os seus autores”,³⁵³ seja no âmbito legislativo, seja no âmbito judicial.

Em se adotando todas as observações desenvolvidas ao longo dos três tópicos desse capítulo, fortalecimento do controle externo sobre a qualidade dos gastos, ampliação do controle social e direto, com a percepção de que a Administração Pública deverá por si só efetivar os direitos sociais, de forma espontânea, bem como se desenvolvendo a preocupação de garantir a efetiva participação social nos processos democráticos, com a integração da sociedade civil e, ainda assim, persistir a problemática das omissões não normativas, dos entraves institucionais e, conseqüentemente, da má qualidade dos serviços públicos, tem-se, por óbvio, que a judicialização inevitavelmente ocorrerá. Afinal, os problemas persistem, e

³⁵⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

³⁵¹ VIEIRA, Leonardo Jorge Sales. **Análise da (in)segurança jurídica no Brasil**: uma proposta de abertura cognitiva do direito ao ambiente social. 2015. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

³⁵² TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 94, n. 2, 1995, p. 245-301, p. 300.

³⁵³ DINIZ, Juliana. **O povo é inconstitucional**: poder constituinte e democracia deliberativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 148.

uma solução, ainda que oriunda do poder menos competente para tanto, deverá ser apresentada.

Diante de tal cenário, acredita-se que a judicialização de demandas voltadas à superação de omissões não normativas deverá ocorrer mediante ações coletivas, e não no bojo de ações de controle concentrado de constitucionalidade, em razão da pluralidade de legitimados ativos, da possibilidade de amplo diálogo com o mundo externo, permitindo a produção de uma decisão que seja fruto de uma relação harmoniosa entre os poderes, além da posição menos ativista e mais racional que o Judiciário tende a assumir em ações coletivas e do fato de o controle de constitucionalidade ser exercido no Brasil sobre lei em sentido amplo e não sobre a realidade fática. Buscando ampliar essa discussão acerca do meio processual adequado para enfrentar as omissões não normativas, passa-se ao deslinde do último tópico desse capítulo.

4.4 A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Efetivação de políticas públicas pelas ações coletivas

Diante das omissões inconstitucionais, percebe-se que o constituinte originário de 1988 demonstrou especial preocupação em proteger a força normativa da Constituição contra as omissões ilícitas dos Poderes Legislativo e Executivo, instituindo dois especiais processos de controle de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Nesse sentido, Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo³⁵⁴ desenvolveram um estudo acerca da repercussão das decisões emitidas pelo Supremo em sede controle concentrado de constitucionalidade. Acerca das conclusões alcançadas, as ações de controle concentrado, apesar de terem como função primordial oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos e de terem tido seu rol dos legitimados ampliado com a Constituição de 1988, constata-se que essa ampliação ocorreu, basicamente, com a introdução de entidades, as quais atuam na defesa de seus interesses corporativos, corroborando o entendimento de que tais ações servem muito mais à defesa de interesses institucionais que à efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

³⁵⁴COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. 2010. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política e Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 77.

Ademais, conforme expõe Rômulo Leitão,³⁵⁵ o controle abstrato de constitucionalidade nos coloca em uma situação paradoxal, uma vez que tais ações são ajuizadas, sobretudo por agentes políticos (governadores de Estado ou partidos políticos), situação que acarreta a judicialização da política, e conseqüentemente amplia a possibilidade de o Judiciário tomar decisões ativistas e antidemocráticas. Torna-se, portanto, premente a análise da constante tensão existente entre a busca pela efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais nela reconhecidos e os limites impostos à criação judicial do Direito pelos princípios democráticos e da separação de poderes.

Para além da problemática da limitação dos legitimados ativos, ainda há outros pontos a serem observados na opção pelas ações de controle concentrado de constitucionalidade para efetivação de direitos fundamentais, como a reduzida participação democrática no processo de tomada de decisões. Falou-se no segundo capítulo dessa dissertação que a produção de decisões judiciais que apresentam a intenção de intervir no âmbito político deveria ocorrer mediante diálogos institucionais. No âmbito das ações de controle concentrado, vê-se, entretanto, que esses espaços são reduzidos.

As próprias audiências públicas, instrumentos que deveriam possibilitar a efetiva interação do Judiciário com a sociedade civil, não constituem prática de fato democrática, mas apenas uma pretensão. Tal afirmativa tem fundamento, dentre outros aspectos, na quantidade de vezes em que são aplicadas. Até 2015, o STF havia julgado, no mérito, 1.329 (mil, trezentos e vinte e nove) ações de controle concentrado (incluindo ADI, ADC, ADI por omissão e ADPF). Destas, apenas 13 (treze) contaram com a realização de audiências públicas, o que corresponde a menos de 1% das ações de controle concentrado julgadas,³⁵⁶ ou seja, nosso Judiciário não tem a cultura de utilizar-se desse instituto. Quando realizadas, tem-se que a qualidade da participação popular, por meio das audiências públicas, também é deficiente.

Conforme afirmam Tainah Simões e Juliana Cristiane Diniz Campos,³⁵⁷ como resultado de pesquisa que se voltou à análise do voto dos ministros do Supremo Tribunal Federal em processos de controle concentrado que contaram com a realização de audiência públicas, constatou-se que as discussões perpetradas nessas audiências não foram levadas em

³⁵⁵LEITÃO, Rômulo Guilherme. “Judicialização da política” e governabilidade democrática no âmbito do poder local. 2008. 109 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008, p. 69.

³⁵⁶CONJUR. *Anuário da Justiça Brasil 2015*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015.

³⁵⁷SALES, Tainah Simões; CAMPOS, Juliana Cristiane Diniz. A carência de efetiva participação da sociedade civil nas audiências públicas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. *Conpedi Law Review*, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 216-234, 2017, p. 230.

consideração pelos julgadores, de modo que os argumentos apresentados pelos grupos sociais foram considerados apenas para corroborar posicionamentos já defendidos pelos ministros, em votos pré-fabricados, já que os votos permaneceram embasados em doutrina estrangeira, com a repetição de decisões anteriores da própria Corte.

Nesse sentido, Carolina Vestana³⁵⁸ corrobora o entendimento das autoras anteriormente citadas, afirmando que as audiências públicas contribuem para o exercício de uma “lógica de reprodução do formalismo intrínseco às instituições judiciais e promovem uma cena ilusória (...) de que grupos interessados poderiam intervir paritariamente na interpretação da Constituição”. Além das audiências públicas, Larissa Maciel do Amaral³⁵⁹ aduz que existem outros meios para democratizar as ações de controle concentrado, como a utilização da figura do *amicus curiae*, a realização de sustentação oral com perguntas abertas aos Ministros ou, ainda, a cobertura realizada pela mídia durante o julgamento dessas ações. Dentre essas, entretanto, a única via que efetivamente possibilita a participação popular na construção da decisão são as audiências públicas. As demais alternativas colocam o jurisdicionado em uma posição de passividade, impedido o indivíduo de participar ativamente da atividade jurisdicional. Depreende-se, assim, que o meio de democratização capaz de impulsionar uma maior participação não é de fato efetivo.

Somando-se aos pontos mencionados (quantidade reduzida de legitimados ativos e baixa participação popular por meio das audiências públicas), ainda deve-se considerar que as ações de controle concentrado de constitucionalidade não são meios adequados para exercer controle sobre a realidade fática, uma vez que o Brasil adotou o paradigma legiscêntrico de controle (como demonstrado no primeiro capítulo desse trabalho), bem como o fato de as omissões não normativas refletirem problemas políticos, em que uma pluralidade de instituições deverá ser envolvida na construção da decisão, o que, acredita-se, é mais bem possibilitado por meio das ações coletivas.

Contrariamente à posição defendida nesse trabalho, Fábio Konder Comparato³⁶⁰ afirma ser possível o controle de constitucionalidade sobre política pública, propondo, inclusive, um modelo diferenciado de ação para o exercício desse mister, em que haveria

³⁵⁸ VESTENA, Carolina. **O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7832/DMPPJ%20%20CAROLINA%20ALVES%20VESTENA.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 07 jun. 2018, p. 103.

³⁵⁹ AMARAL, Larissa Maciel do. **Conferindo legitimidade: a participação democrática no controle concentrado de constitucionalidade no STF**. 2014. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

³⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 175-192, p. 186.

uma expansão dos legitimados ativos do tradicional controle de constitucionalidade, apoiando que quando se tratar de política pública, as ações possam ser interpostas por partidos políticos não representados no Poder Legislativo, organizações não governamentais constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, entidade de classe, a Ordem dos Advogados Brasil, dentre outros, e o controle exercido pelo Judiciário deveria se dar apenas na modalidade de controle concentrado e não difuso. Questiona-se, entretanto, por que prever um novo modelo de ação, se já contamos com as ações coletivas, as quais podem muito bem desempenhar essa função de controle judicial das políticas públicas? Com tal indagação não se pretende, entretanto, afirmar que o atual modelo de ações coletivas está pronto e acabado e não precise de ajustes. Em verdade, o que se infere é que não é preciso idealizar uma nova espécie de ação processual, mas ajustar os instrumentos de que já se dispõe é, sem dúvidas, uma necessidade.

Nesse sentido, concorda-se com o posicionamento defendido por Ada Pellegrini e Grasielly de Oliveira Spinola,³⁶¹ as quais defendem a necessidade de adaptações no modelo processual brasileiro, a ser realizado pelo Legislativo, para adequar os modelos de ações que apresentamos atualmente com as necessidades de tutela do interesse público.

Ao contrário do que prescreve Fábio Konder Comparato, de que há necessidade de criação de uma nova espécie de ação judicial, essas autoras aduzem a necessidade de adaptações ao modelo já existente, para que o Legislativo torne obrigatória a necessidade de diálogo institucional no caso de decisões que passem a intervir sobre políticas públicas, a fim de produzir sentenças com maior nível de aplicabilidade, desenvolvendo a consciência no Judiciário de que a sua intervenção na política não ocorre mais para corrigir situações pretéritas, mas passará a regulamentar o futuro da política pública deficitária.

Carlos Alberto de Salles,³⁶² por sua vez, infere que as ações coletivas são o melhor mecanismo processual para a tutela do interesse público, uma vez que nesse tipo de demanda busca-se a tutela jurisdicional voltada à redistribuição de recursos comuns, almejando o efetivo cumprimento dos objetivos sociais contidos nos textos legais. Para esse autor, as ações coletivas servem como instrumentos que se prestam a suprir a deficiência do processo político, atribuindo ao Judiciário a competência para apreciar interesses que permaneciam sub-representados. Por isso, defende-se que apenas quando tais interesses não

³⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; SPINOLA, Grasielly de Oliveira. The brazilian judiciary as an organ of political control. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 237-250, p. 347-348.

³⁶² SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 193-227, p. 208-209.

conseguirem se impor pela via administrativa e de própria reestruturação da democracia representativa é que o Judiciário deverá intervir, em uma atuação subsidiária, por meio das ações coletivas.

Outro benefício das ações coletivas para a tutela do interesse público, na busca pela melhoria na qualidade do serviço prestado, é o amplo acesso conferido aos interessados. Quanto mais ampla for a legitimidade para a propositura de ações, mais eficiente será a qualidade das respostas, desestimulando os agentes públicos de praticarem atos contrários ao interesse público protegido.³⁶³ A amplitude de legitimados é mecanismo essencial para que haja a preferência pelas ações coletivas, em detrimento das ações de controle concentrado. Assim, a função das ações coletivas vai além de um mero instrumento de política judiciária, em que se objetiva a redução da quantidade de processos, mas inaugura uma nova ordem de proteção a direitos coletivos, simbolizando um modelo processual com legitimados e mecanismo de coisa julgada diferenciados.³⁶⁴

As ações coletivas apresentam, ainda, a função de propiciar que a totalidade, ou uma quantidade expressiva de indivíduos consiga alcançar seus direitos, impedindo que o cometedor do ato ilícito permaneça impune, em razão das dificuldades de acesso à justiça pela coletividade lesada.³⁶⁵

A participação social nas ações coletivas é bem mais ampla que nos processos de controle concentrado, e isso se deve, em grande medida, à amplitude de legitimados ativos para propor esse tipo de ações. Conforme afirma Edilson Vitorelli Diniz Lima,³⁶⁶ a participação social no processo é indispensável e contribui para a produção de dois resultados substanciais: o primeiro desses efeitos relaciona-se à qualidade das provas produzidas, permitindo que o julgador disponha de uma melhor percepção da realidade e assim consiga produzir uma decisão mais consistente; o segundo ponto, de cunho extraprocessual, contribui para o desenvolvimento da consciência de que a justiça foi feita, afinal, se as partes participam efetivamente do trâmite processual, expondo suas questões sobre o caso, elas se tornam mais suscetíveis de aceitar o resultado adverso, o que contribui para a pacificação social, legitimando o resultado do processo perante o grupo.

³⁶³SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e Processo: A questão da legitimidade nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 237-250, p 240.

³⁶⁴CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 78.

³⁶⁵MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

³⁶⁶LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 172.

Ao se estabelecer opção pelas ações coletivas para exercer o controle judicial sobre políticas públicas não se está afirmando que não apresentem problemas a serem superados, sobretudo no que concerne à necessidade de aperfeiçoamento do modelo representativo no processo, criando-se salvaguardas em relação aos ausentes e estimulando as partes afetadas pela decisão a efetivamente integrarem a ação judicial, para que se sintam representadas pelas decisões tomadas pelo Judiciário.³⁶⁷

Essa necessidade de adequação da representação no processo coletivo é bem explicitada por Susan Sturm, em seu artigo intitulado *A Normative Theory of Public Law Remedies*, em que a autora fala que a participação da sociedade civil deve se dar de forma direta e, quando não for possível, representantes com algum grau de responsabilidade e legitimidade perante o grupo deverão ser convocados para viabilizar essa representação (vê-se, assim, que até mesmo questões referentes à participação social no interior dos processos deve ser revista, não se tratando de problema presente apenas no âmbito legislativo).³⁶⁸

Por óbvio que a participação popular na construção da decisão deve vir acompanhada da observância às discussões trazidas por esses indivíduos, sob pena de incorrer na mesma inefetividade das audiências públicas nas ações de controle concentrado. A participação popular nas ações coletivas deve-se desenvolver em três níveis principais: 1) ampliação da informação, cujo objetivo é auxiliar o público a entender melhor o problema e suas possibilidades de solução; 2) após a disponibilização das informações, a sociedade civil deverá ser consultada, a fim de que o Poder Judiciário compreenda suas aspirações e a problemática envolvida; 3) o último nível de integração da população no processo deverá vir acompanhado de seu efetivo envolvimento na ação judicial, para que a coletividade consiga se perceber refletida no resultado do processo.³⁶⁹

Não obstante a participação popular seja garantida, ainda persiste uma forte crítica às ações coletivas: a dificuldade em se fixar um interesse coletivo único, haja vista a existência de múltiplos interesses individuais no interior de uma mesma demanda.³⁷⁰

Cumprido destacar, entretanto, que o viés de análise desse trabalho é acerca da possibilidade

³⁶⁷ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 417.

³⁶⁸ STURM, Susan. *A Normative Theory of Public Law Remedies*. **Georgetown Law Journal**, Pennsylvania, v. 79, n. 5, 1991, p. 1410.

³⁶⁹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 630.

³⁷⁰ VAN UYTSEL, Steven. *Collective actions in a competition law context – reconciling multilayer interests to enhance access to justice?* In: WRBKA, Stefan; VAN UYTSEL, Steven; SIEMS, Mathias. **Collective Actions** Enhancing access to justice and reconciling multilayer interests? Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 57-92, p. 91-92.

de aplicação das ações coletivas para empreender a superação das omissões dos poderes políticos. Logo, o interesse comum poderá ser facilmente percebido, já que não haverá divergências entre os integrantes da coletividade, os quais almejam a consecução do mesmo objetivo, qual seja: que a política pública seja prestada de forma eficiente, impedindo a continuidade de infração dos direitos fundamentais. Assim, para esse desiderato não se percebe o entrave do pluralismo de interesses entre os integrantes da coletividade.

Além do incremento da participação popular e do diálogo interinstitucional, outras alterações pelas quais as ações coletivas devem perpassar para se tornarem mais efetivas na melhoria da qualidade da política pública judicializada está relacionada à competência judicial, a qual deverá ser fixada em razão do juízo mais próximo à resolução da demanda (o que é um outro problema da opção pelas ações de controle concentrado, as quais apenas podem ser ajuizadas nas Cortes Constitucionais, o que dificulta, inclusive, a percepção da realidade judicializada pelo julgador) e do tipo de pedido a ser formulado nesse tipo de ação, já que por serem processos irradiantes, que devem produzir múltiplos efeitos na sociedade, tem-se que os pedidos não podem apresentar características tão rígidas, já que ao longo da demanda o pedido poderá ser reinterpretado em face dos desdobramentos do conflito que deram origem à demanda.

A necessidade de flexibilização do pedido ficou bastante clara na decisão da ADPF nº 347, em que o STF se ateve estritamente aos pedidos formulados pelo autor da ação, sem avaliar se tais pedidos seriam capazes de possibilitar efetiva melhoria na qualidade da política penitenciária, questionamento que é indispensável nas ações que resvalam em medidas estruturais, afinal, se após a integração social, com o exercício do contraditório pelo poder público, poderá perceber-se que os pedidos inicialmente formulados não representam as melhores soluções para a resolução da demanda.³⁷¹

Pelo exposto, propõem-se que as ações coletivas sejam readequadas, com a implementação das modificações suscitadas, para se aproximarem das necessidades dos conflitos em concreto.

Luís Roberto Barroso³⁷² aduz que as ações coletivas são representações de uma democracia participativa, sobre a qual se tratou no tópico anterior. Nesse mesmo sentido, Elton Venturi³⁷³ consigna que:

³⁷¹ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 217, n. 55, p. 243-255, 2018, p. 250.

³⁷² BARROSO Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 129-132.

³⁷³ VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 28.

O fenômeno das ações coletivas assume dimensões até então desconhecidas do direito constitucional brasileiro, assinalando o deslocamento, até certo ponto, da tônica, que estava colocada sobre as ações individuais, sobre os processos individuais, [...] podendo constituir um fator de correção ou, pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes, contribuindo para imprimir ao processo um sentido mais social.

Não obstante se reconheça que o modelo das ações coletivas manifeste a saída processual mais adequada para o exercício de controle judicial sobre políticas públicas, haja vista a pluralidade de legitimados ativos, a possibilidade de participação social nesse tipo de processo, a proximidade do juízo com a população atingida e a viabilidade de concretização dos diálogos institucionais, reforça-se que o controle judicial sobre políticas públicas não reflete a saída mais adequada, devendo ser empreendida apenas em situações excepcionais, quando os problemas não forem passíveis de solução no âmbito administrativo. Com tal afirmativa, pretende-se aferir que a tutela do ordenamento jurídico nacional precisa ser repensada, buscando-se combater o problema em seu nascedouro.³⁷⁴

Em suma, defende-se que as ações coletivas podem funcionar como um importante mecanismo para a superação das omissões não normativas, desde que a sociedade civil seja efetivamente integrada no processo, com uma aproximação do poder Judiciário aos demais poderes, por meio dos diálogos institucionais, bem como com uma readequação acerca da percepção dos pedidos, compreendendo que esses não poderão ser tão engessados no momento da propositura da ação, uma vez que as medidas propostas poderão não ser as mais adequadas para a resolução do problema em análise, o que se perceberá ao longo do trâmite processual.

Logo, não se está ignorando o potencial das medidas estruturantes (posto que essas apresentam possibilidade de pressionar as instituições governamentais a atuarem de forma mais eficiente, à semelhança do que o mercado faz com as instituições privadas), mas apenas firma-se o posicionamento de que o meio processual mais adequado para que sejam declaradas é o das ações coletivas, já que tais medidas, por possibilitarem maior diálogo institucional e representação social, criam oportunidades para a aprendizagem colaborativa e a responsabilidade democrática.³⁷⁵

Assim, posicionamo-nos no sentido de que as medidas estruturantes, por possibilitarem uma reestruturação da política pública pela intervenção judicial, são medidas que podem ser utilizadas para melhorar a qualidade do serviço público prestado, entretanto,

³⁷⁴ROQUE, André Vasconcelos. **ClassActions. Ações Coletivas nos Estados Unidos**: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013, p. 639.

³⁷⁵SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization rights: How public law litigation succeeds. **Harvard Law Review Association**, Cambridge, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004, p. 1100.

deve ser uma técnica aplicada de forma excepcional e de preferência declarada no bojo de ações coletivas, pelas razões já expostas nesse tópico.

A crítica que se formula às ações de controle concentrado para estabelecer medidas estruturais deve-se ao fato de que elas não foram idealizadas para a resolução desse tipo de problema, mas sim para realizar uma análise da incompatibilidade entre norma infralegal com norma constitucional, já que o Brasil adotou o modelo legiscêntrico de controle de constitucionalidade. Sem falar na limitação dos legitimados ativos, no fato de tais ações apenas poderem ser propostas na Corte Constitucional e dos escassos mecanismos de participação social nesse tipo de ação, colocando o Poder Judiciário em uma posição distanciada da sociedade civil.

Outra observação que se faz à declaração de medidas estruturantes no bojo de ações de controle concentrado reside no fato de que tais medidas apenas se mostraram eficientes e capazes de alterar a realidade social quando proferidas de forma flexível, bem como quando monitoradas.³⁷⁶ Dessa forma, são os provimentos jurisdicionais das ações coletivas que apresentam essas características, sobretudo quanto à possibilidade de monitoramento, já que são ajuizadas perante o juízo mais próximo da realidade a ser transformada, enquanto as demandas de controle concentrado apenas podem ser impetradas nas Cortes Constitucionais.

Assim, à guisa de conclusão do presente trabalho, passa-se, no item subsequente, a traçar as considerações finais acerca do problema de pesquisa que se buscou enfrentar: em que medida o Estado de Coisas Inconstitucional, enquanto espécie de medida estruturante e fundamento de decisão judicial, é meio efetivo e constitucionalmente adequado à realidade brasileira para a efetivação de serviços públicos, tendo por base a decisão proferida na ADPF nº 347?

³⁷⁶DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2017, p. 169-171.

5 CONCLUSÃO

Considerando-se a importação do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal à realidade jurídica brasileira, percebe-se uma nova tendência para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário: a adoção de medidas estruturantes, também chamadas de medidas irradiantes, por se desdobrar sobre as mais variadas esferas sociais, na medida em que são decisões que interferem diretamente em uma política pública deficitária, seja regulamentando-a de uma forma distinta, seja estabelecendo novas metas aos Poderes Executivo e Legislativo.

As sentenças estruturais apresentam as mais diversas características, a depender do contexto social que impulsionou seu surgimento, mas aquelas em que o Poder Judiciário se portou de forma menos ativista, reconhecendo seus limites técnicos e de legitimidade, foram as que conseguiram produzir maiores e mais profundas modificações sociais, como é o caso da Índia. Por isso, acredita-se que, em havendo opção pela estratégia das sentenças estruturantes, deve ser aplicado com parcimônia, e, por isso, o estabelecimento de limites e conceitos é tão relevante, a fim de que não haja um agigantamento do Judiciário em detrimento dos demais poderes. Defende-se, assim, que medidas estruturantes, quando utilizadas, sejam aplicadas apenas em situações excepcionais e, de preferência, no bojo de processos coletivos, e não em processos de controle concentrado de constitucionalidade.

Há ainda outros pontos capazes de evidenciar a inadequabilidade da via das sentenças estruturais para se empreender a melhoria na qualidade de determinados serviços públicos, como o não reconhecimento da sociedade com a decisão emitida, haja vista a insuficiente participação social na construção de tais sentenças, o que resultou, em algumas situações (como no caso *Brown*), em um efeito *backlash*, em que a sociedade, por não se sentir representada pela decisão judicial ativista, pressiona o Poder Legislativo a definir regulamentação que vá de encontro à ordem anteriormente emanada do Judiciário.

Assim, conclui-se com o primeiro capítulo dessa dissertação que as sentenças estruturais detêm pontos comuns que nos possibilitam firmar a posição de que não são capazes de solucionar, de forma definitiva e profunda, as questões judicializadas, permanecendo na sociedade a problemática da má prestação de determinados serviços públicos, em razão das omissões não normativas, sobretudo aqueles destinados a grupos politicamente sub-representados.

Nesse sentido, a importação da ideia constitucional do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional brasileira nos fez despertar interesse sobre o fenômeno das sentenças estruturais. Com o aprofundamento da pesquisa, constatou-se que

esse mecanismo de decisão vem sendo utilizado nos mais diversos países, como Colômbia, Argentina, Índia, Peru, dentre outros. Uma análise inicial desse fenômeno pode produzir a sensação de que se trata de uma “epistemologia do Sul”, desenvolvida por países com menor poder econômico. Uma compreensão mais aprofundada do assunto, entretanto, permite-nos concluir que as medidas estruturantes, das quais o ECI é apenas espécie, refletem influência do modelo decisório norte-americano sobre os demais países, principalmente naqueles que têm enfrentado aguçadas crises de legitimidade, mediante descontentamento com seus representantes, fazendo do Judiciário a tábua de salvação, como se tal Poder detivesse competência institucional para solucionar os mais diversos problemas sociais.

Diagnosticado esse cenário, firma-se um segundo pressuposto: as sentenças estruturais não conseguem solucionar, por si próprias, a questão das omissões não normativas e dos entraves institucionais, pelo fato de a origem desse problema encontrar-se na própria Administração Pública e na política, de uma forma geral.

Traçadas essas considerações, buscou-se, no segundo capítulo, expor as principais características do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro, o que foi possível mediante a análise aprofundada dos votos dos Ministros que resultaram no deferimento da medida cautelar na ADPF nº 347. Mediante tal estudo, identificou-se uma série de entraves na utilização do Estado de Coisas Inconstitucional na ordem jurídica nacional, dificultando, inclusive, a sua aplicabilidade a outros serviços públicos insuficientemente prestados no contexto nacional.

Nesse sentido, delimitou-se que, de fato, o ECI, com as características identificadas na ADPF nº 347, não solucionará o problema dos entraves institucionais e, nesse ponto, responde-se ao problema de pesquisa formulado no início do estudo. Diante desse diagnóstico, o qual foi de encontro à percepção que se tinha do fenômeno no momento inicial da investigação, outras inquietações nos vieram à mente: se as medidas estruturantes (logo, o Estado de Coisas Inconstitucional) não são capazes de contribuir para uma efetiva melhoria na qualidade do serviço público prestado, com a superação das omissões não normativas, como solucionar esse problema?

Tal indagação norteou a elaboração do terceiro capítulo do trabalho. Nele se busca evidenciar outras alternativas, sobretudo de cunho preventivo, que fogem à tendência de acreditar que a judicialização será sempre o lócus para a resolução de todo e qualquer problema social, independentemente da natureza que apresente. Como possíveis soluções, apresentaram-se a necessidade de reforço ao controle externo e interno, bem como a necessidade de avançar do paradigma gerencial ao paradigma dialógico, para que a sociedade

seja melhor integrada nos processos decisórios da Administração Pública, superando-se a noção de cidadão-cliente, para aplicar-se de forma efetiva a dimensão do cidadão-participante.

Nesse sentido, acredita-se que as noções da democracia participativa minimizam as forças dispersantes, na medida em que contribuem para uma ampliação dos níveis de sinergia, contribuindo para a consolidação de alianças, bem como intensificam a consciência de cidadania, viabilizando a construção de soluções criativas e inovadoras que garantam legitimidade e viabilidade às transformações reclamadas pela sociedade.

Evidenciou-se, assim, que a resolução dos problemas relativos à inércia política sejam solucionadas no próprio âmbito administrativo, mediante um aumento da participação popular na gestão pública, restando à intervenção judicial limitada aos casos em que o empreendimento de um controle extrajudicial não produza os efeitos esperados, devendo tal controle, quando necessário, ser exercido de forma dialógica (não obstante as dificuldades para a implementação dessa prática no constitucionalismo nacional) e por meio do ajuizamento de ações coletivas, as quais devem ser priorizadas em detrimento das ações de controle de constitucionalidade, haja vista a maior quantidade de legitimados ativos para propô-las e a amplitude do espectro de matérias que podem ser por elas tratadas.

Por fim, delineou-se, brevemente, que caso sejam aplicadas as recomendações descritas e ainda se verifique a manutenção do problema das omissões não normativas, a judicialização tornar-se-á inevitável. Por isso, sugeriu-se que, nesses casos, as medidas estruturantes sejam adotadas no bojo de ações coletivas.

As ações de controle concentrado apresentam uma quantidade limitada de legitimados ativos, bem como apenas podem ser interpostas nas Cortes Constitucionais, o que dificulta a monitoração no cumprimento das ordens traçadas pelo Judiciário. Assim, defendeu-se que quando a emissão de medidas estruturantes se fizer necessária (o que deve ocorrer de forma subsidiária e excepcional), ocorra no bojo de ações coletivas, pois nelas a quantidade de legitimados ativos é mais ampla; são interpostas em localidades mais próximas da política pública deficitária; além de ser mais viável a participação popular na construção da decisão. Acrescente-se que o Judiciário tem se mostrado menos ativista quando produz decisões no bojo das ações coletivas, por apresentar consciência das consequências que esse tipo de intervenção poderá produzir.

A escolha da via processual das ações coletivas não significa que não há aperfeiçoamentos a serem realizados. Mesmo adotando-se esse instrumento, acredita-se que a efetivação dos diálogos institucionais é medida que se impõe, sob pena de persistir a inefetividade das medidas estruturantes.

Ao se indicar que as irregularidades presentes na aplicação da legislação já existente devem ser preferencialmente analisadas em ações coletivas, posto que nessas o número de legitimados ativos é mais amplo, a participação dos indivíduos durante o trâmite processual é melhor possibilitada (se comparado com as ações de controle concentrado), além das medidas corretivas afetarem a toda coletividade que esteja com o exercício de seus direitos violados, sendo espécie de ações que pretendem corrigir os desvios identificados no *status quo ante*.

Em síntese, não se busca defender que as medidas estruturantes não podem ser adotadas no contexto nacional, mas pretende-se evidenciar que tais mecanismos apenas podem ser aplicados excepcionalmente e de preferência no bojo de ações coletivas e não em ações de controle concentrado de constitucionalidade. Ressalta-se, ainda, que a melhoria na qualidade dos serviços públicos tende a ser alcançada mediante alterações na gestão pública e no modelo democrático de representação, posto que tais medidas possibilitam a ampliação da participação popular nos processos decisórios, aumento dos níveis de controle e consequente, correção nos desvios de investimento.

As limitações do presente trabalho consistem em não se ter desenvolvido com profundidade como o controle de qualidade dos gastos públicos pelo Tribunal de Contas deverá ocorrer, bem como quais características os precedentes administrativos deverão assumir, após o reforço dos controles da forma sugerida. Entende-se que tais aprofundamentos não ocorreram por não revelarem o escopo do presente trabalho, mas serem apenas desdobramentos indiretos do problema de pesquisa investigado. Entende-se, entretanto, que tais pontos deverão ser mais bem observados em trabalhos futuros, sobretudo a questão dos precedentes administrativos, já que com a sugestão de que se reforce a esfera administrativa, inexoravelmente as decisões tomadas nessa seara assumirão maior peso dentro dessa nova conjuntura.

Em síntese, as três principais conclusões desse trabalho foram: 1. As sentenças estruturais não são competentes para solucionar a questão das omissões não normativas; 2. O Estado de Coisas Inconstitucional, com as características identificadas na ADPF nº 347, dificilmente poderá ser aplicado a outros serviços públicos, em razão dos vários entraves identificados; 3. A resolução da problemática do presente trabalho perpassa pela necessidade de reforço da administração, dos controles e da participação social no processo deliberativo, uma vez que, por se tratar de um problema de ordem política, soluções exclusivamente jurídicas não serão suficientes.

REFERÊNCIAS

- AGRAWALA, Sri Krishna. **Public Interest Litigation in India 20**. Indian Law Institute: 1986.
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**, Trad. del alemán de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALKMIN, Antônio Carlos. O paradoxo do conceito de representação política. **Teoria & Pesquisa Revista de Ciência Política**. v. 22, n. 1, p. 56-71, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.teoriaepesquisa.ufscar.br/index.php/tp/article/viewFile/337/229>>. Acesso em: 04 jul. 2017.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. "Crise" da democracia representativa e a função política do Judiciário: É o Judiciário a "tábua de salvação" da democracia? **Nomos - Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p. 165-179, 2015.
- AMARAL, Larissa Maciel do. **Conferindo legitimidade: a participação democrática no controle concentrado de constitucionalidade no STF**. 2014. 138 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.
- ANGÉLICO, Fabiano. **Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos à accountability democrática no Brasil**. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.
- ARANTES, Rogério Bastos; ABRÚCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. A imagem dos Tribunais de Contas Subnacionais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n 1, p. 57-83, 2005.
- 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.
- BARROSO Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, p. 1.109 – 1.180, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da eficiência administrativa**, 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer – Estudo Comparado: Brasil e Estados Unidos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2012.

- BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 10ª Ed. Washington DC: CQ Press, 2010.
- BEMERGUY, Marcelo. O papel do Controle Externo na regulação de serviços de infraestrutura no Brasil. In: UNIÃO, Tribunal de Contas da. **Regulação de serviços públicos e controle externo**. Brasília: Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 79-106.
- BERGALLO, Paola. **Justice and experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina**. SELA, 2005.
- BERTEA, Stefano; SARRA, Claudio. Foreign Precedents in Judicial Argument: A Theoretical Account. **University Of Leicester School Of Law Research**, Leicester, p. 1-29, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto, **Les fondements des droit de L'homme**. Actes des entretiens de L'Aquila, 14-19 de septiembre de 1964, Firenze, La Nuova Italia, Institut International de Philosophie, 1966.
- BRAND, Danie. The South African Constitutional court and livelihood rights. In: VILHENA, Oscar; BAXI, Upendra; VILJOEN, Frans. (Org.). **Transformative constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa**. Johannesburg: Pretoria University Law Press, 2013. p. 414-445.
- BRASIL, Agência. **Índice de Percepção da Corrupção no Brasil tem queda e país fica pior no ranking**. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2018-02/indice-de-percepcao-da-corrupcao-no-brasil-tem-queda-e-pais-fica-pior-no>>. Acesso em: 01 jul. 2018.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPEN– **Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN**. Brasília: Ministério da Justiça – DEPEN, junho de 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF Nº 347. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015.
- BRUNE, Jerome. **La fabrica de Historias. Derecho, Literatura, vida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2002.
- BUCHANAN, James; MUSGRAVE, Richard A. **Public finance and public choice: two contrasting visions of state**. Cambridge/London: The MIT Press, 1999.
- BULIGON, Diego. **O Controle interno na administração pública como instrumento de governança e governabilidade na gestão dos Municípios paranaenses**. 2012. Dissertação

(Mestrado em Planejamento e Governança Pública) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional & Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CÁRDENAS, Blanca Raquel. **Contornos jurídico-fáticos del Estado de Cosas Inconstitucional**. Colombia: U. Externado de Colombia, 2011.

CARDOSO, Gustavo Vitorino. O direito comparado na jurisdição constitucional. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 469-492, 2010.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O modelo brasileiro de processo coletivo**: As ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. Teoria da democracia participativa: análise à luz do princípio da soberania popular. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 87, n. 9, p. 25-34, 2007.

CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible?. **The American Journal Of Comparative Law**, Victoria, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CABRAL, Denise Maciel de Albuquerque. Os custos das políticas públicas: Um olhar para o orçamento com foco no gasto. **Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário**, Brasília, v. 1, n. 9, p. 1-18, jan. 2014. Semestral.

CELIS, Andrés. Política pública y derecho. Reflexiones sobre los alcances de los fallos de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos de la población desplazada. In: BELLO, Martha Nubia; MARTÍNEZ, Marta Inés Villa. **El desplazamiento en Colombia**: Regiones, ciudades y políticas públicas. Bogotá: Pregón Ltda, 2005, p. 389-420.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights**: A focus on the right to housing. Western Cape: Trident Press, 2010.

CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. In: GREEN, Duncan; FRIED, Mark **From Poverty to Power**: active citizens and effective states can change the world. Oxfam International. jun. 2008

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº 559 de 1997**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 01 maio 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº T-153 de 1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 07 out.

2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia nº T-025 de 2004**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 07 out. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriqueta. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 175-192.

CONJUR. **Anuário da Justiça Brasil 2015**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015.

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. **Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others**. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. **Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg**. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

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-parados-para-reforma-e-ampliacao-de-presidios>>. Acesso em: 18 nov. 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: 18 nov. 2017.

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Fallo: MENDOZA Beatriz Silvia y Otros C/ ESTADO NACIONAL y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza -Riachuelo)**. Disponível em: <<http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. **Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus**. Disponível em: <http://ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Verbitsky%2003-05-05%20fallo.pdf>. Acesso em: 07 out. 2018.

CORTEZ, Maria da Glória Costa. Auditoria Preventiva Pública: indicadores do controle interno governamental. **Revista Brasileira de Contabilidade**, S.1, n. 191, p. 49-59, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos

Direitos Fundamentais. 2010. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política e Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Trad. Alexander R. de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 217, n. 55, p. 243-255, 2018.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o Estado de Coisas Inconstitucional. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 2, p. 155-176, 2017, p. 169-171.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos**. S.l: Gazeta Jurídica, 2016. p. 347-383.

DINIZ, Juliana. **O povo é inconstitucional**: poder constituinte e democracia deliberativa de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EASTON, Robert E. The dual role of the structural injunction. **The Yale Law Journal**. Yale, p. 1983-2002. jun. 1990.

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

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

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Júlio. **La Justicia Constitucional Europea ante El Siglo XXI**. 2ª Ed. Madrid: Tecnos. 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. **Estudios Constitucionales**, Año 7, n. 2, p. 35-38, 2009. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002009000200002&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 10 dez. 2017.

FERREIRA JÚNIOR, Adicélio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança**. 2015. 257 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes; OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. O controle das receitas públicas pelos tribunais de contas como corolário do princípio da justiça financeira e do direito fundamental à boa administração e governança. In: **Direito e administração pública II**. Organização CONPEDI/UFPB. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a7468b046115fc3c>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

FERREIRA, Desirée Cavalcante. **A soberania possível: a reconstrução da soberania do povo na modernidade periférica**. 2017. 105 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do estado por dano decorrente do planejamento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 206, p. 89-107, 1996.

FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice, **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, 1979.

FISS, Owen. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Edg Ferreira. **Teoria Geral do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodiv... 2007, p. 761-768.

FLETCHER, William A.. The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy. **The Yale Law Journal**, Yale, v. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor (October 26, 2015). *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2 / 2015, S. 89 - 107 (Der Beitragsthierauf Deutscherschiene: Rechtstransferals kulturelle Übersetzung. Zur Tragweite einer Metapher); **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series** No. 2015-09. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2682465>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

FREIRE, Alonso. **Importação de ideias constitucionais**. 2015. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/importacao-de-ideias-constitucionais>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: Enforcing Federal remedies. **Southern California Law Review**, New York, v. 65, n. 1, Janeiro, 1992.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAVITO, César Rodríguez. ¿Cuándo cesa el estado de cosas Inconstitucional del desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia.** Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009, p. 434-492.

GARAVITO, César Rodríguez. Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez. **Más allá del desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Ediciones Uniandes, 2009. p. 434-492.

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.

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

GELLHORN, Ernest. Public Participation in Administrative Proceedings. **The Yale Journal**, Yale, v. 81, n. 3, p. 359 - 404, 1972.

GHOSH, S. **Torture and rape in police custody: An analysis.** New Delhi: Ashish Publishing House. 1993.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional.** 2015. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em: 22 out. 2017.

GLOPPEN, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation: South African Perspectives.** Bergen: Cmi Working Papers, 2005.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania [recurso eletrônico]: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios.** 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

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, p. 149-165.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SPINOLA, Grasielly de Oliveira. The brazilian judiciary as an organ of political control. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 237-250.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Eficiência Administrativa: Alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos - um paradigma possível?. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de et al. **Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em Homenagem a Lúcia Valle Figueiredo**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 273-306.

HABER, Carolina. Protagonismo do Supremo na política carcerária: necessário, mas insuficiente. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze Supremos: O Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Fgv, 2017, p. 209-212.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. São Paulo: Abril Cultural (Os pensadores), 1975.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 55, n. 14, p. 123-158 Trimestral.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. 625 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M.. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting Social Justice**: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 100-145.

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.

HOLLADAY, Zachary. **Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations**. Indiana Journal Of Global Legal Studies, Indiana, v. 19, n. 2, p. 555-573, 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

HUCHZERMEYER, Marie. **Housing rights in South Africa**: Invasions, evictions, the media, and the courts in the cases of Grootboom, Alexandra, and Bredell. Urban Forum, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 80-107, jan. 2003. Springer Nature.

JARAMILLO, Leonardo García. La dotrina jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. Respuesta Judicial a lanecesidad de reducir la disociación entre las consagraciones de lanormatividad y realidad social. In: JARAMILLO, Leonardo García. **Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y**

la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 171-215.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes – Da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: Origem em *Brown v. Board of Education*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 563-582.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares,** Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

KLARMAN, 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.

LANDAU, David. **Derechos sociales e límites a la reforma constitucional:** la influencia de la Corte Constitucional en el derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LEIBBRANDT, Murray; WOOLARD, Ingrid. **Trends on Inequality and Poverty: What Kind of Society Is, or Societies Are, Emerging?**, presentation at the Conference on Overcoming Inequality and Structural Poverty in South Africa: Towards Inclusive Growth and Development, Birchwood Conference Centre, Ekurhuleni, 2012.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **“Judicialização da política” e governabilidade democrática no âmbito do poder local.** 2008. 109 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

LEITE, Glauco Salomão. Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição. **R. do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 13, n. 17, p. 37-51, 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.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo:** representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

LIMA, 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, 2015.

LIMA, 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-racoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

LIMA, Luiz Henrique. **Formalismo ou efetividade?** ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil [internet]. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/artigos/formalismo-ou-efetividade/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: Um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista Mexicana de Sociología**, México, v. 70, n. 3, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S018825032008000300002&lng=es&nrm=iso> Acesso em: 13 agos. 2018.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 51-74, 2009.

LIPKIN, Robert Justin. Which Constituton? Who decides? The Problem of J supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**, Widener, v. 28, : 1.055, 2006, p. 1.126. Disponível <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958370>. Acesso em: 24 jun. 2018.

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. **A flexibilidade da execução orçamentária**. 2012. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-29082013-111525/pt-br.php>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na administração pública e no direito administrativo brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 12, p. 190-209, 2010.

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

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: Análise da decisão judicial da MC-ADPF n° 347 a partir da teoria do transconstitucionalismo. **Direitos Fundamentais e Justiça**. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

LOPES, Cristiano Aguiar. Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos: literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. **Caderno de Finanças Públicas**, Brasília, v. 8, p. 5-40, 2007.

LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. Democratização e reforma do Estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no Brasil recente. **Revista de Administração Pública - RAP**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, julho-agosto, 2009, p. 739-772.

LY, Miguel Enrique Falla; TELLO, Sergio Enrique Zapatta. **Estado de Cosas Inconstitucional en el Perú: Análisis jurisprudencial y Derecho Comparado**. I Jornada Procesal Constitucional – Región Norte, 10 años del Código Procesal Constitucional (Balance y Perspectivas). 2014.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia. **Revista Jurídica Mario Alario D'filippo**, Cartagena, v. 3, n. 1, p. 69-80, 2011.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto; MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo. Contribuições do Estado de Coisas Constitucionais para a superação das omissões não normativas: Dos entraves institucionais ao desenvolvimento humano. **Revista Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 182-205, 2018.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto; FERREIRA, Pedro Henrique Lopes. Do contingenciamento ao Estado de Coisas Inconstitucionais: A intervenção do Judiciário na execução da política penitenciária. **Revistas Teorias do Direito e Realismo Jurídico**. 2018 (no prelo).

MAIA, Taciana Mara Corrêa. **Por uma Administração Pública Democrática: a administração pública gerencial, a administração pública societal**. 2009. 116 f. Diss (Mestrado) - Curso de Direito, PUC MG, Belo Horizonte, 2009.

MARÇOLA, Célia. Auditoria interna como instrumento de controle social na administração pública. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 62, n. 1, p. 75-87, 2011.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o estado de direito contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: Desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **A&C –Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 145-165, jan./mar. 2018, p. 153.

MATE, Manoj. Public Interest Litigation and the Transformation of the Supreme Court of India. In: KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. **Consequential Courts Judicial Roles in Global Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 262-288.

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

MENDELSON. O. **The pathology of Indian Legal System**. Modern Asian studies. 1981.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

MIGUEL, Luis Felipe. Representação política em 3-D. Elementos para uma teoria ampliada da representação política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 123-193, 2003.

MODESTO, Paulo. **Participação Popular na Administração Pública. Mecanismos de Operacionalização**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2568>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para a concretização de direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 157-176.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et al. **O Novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**, p. 77-130, 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. O novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática: Como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade. In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, Geroge Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: Coerência e Integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85-111.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política e Sociedade**, Santa Catarina, v. 03, p. 11-26, 2003.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NASCIMENTO, Felipe Augusto dos Santos. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transtitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Marcelo. **Transtitucionalismo**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

NOCE, Umberto Abreu; CLARK, Giovani. A emenda constitucional nº 95/2016 e a violação da ideologia constitucionalmente adotada. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1216-1244, 2017.

OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de; PISA, Beatriz Jackiu. IGovP: índice de avaliação da governança pública - instrumento de planejamento do Estado e de controle social cidadão. **Revista de Administração Pública**, [s.l.], v. 49, n. 5, p. 1263-1290, ou FapUNIFESP (SciELO).

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, v. 76, maio 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

OLIVEIRA, Robson Ramos. Contabilidade, controle interno e controle externo: trinômio necessário para combater a corrupção. **Pensar Contábil**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 8, p. 1-9, 2006.

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

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português**, vol. I, Identidade Constitucional: Almedina. 2009.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; AGOSTINI, Leonardo Cesar de. Regime democrático e direito à informação: relações possíveis para as minorias. **Revista USCS**, São Caetano do Sul, v. 16, p. 145-159, 2009.

PAIVA, Andrea Barreto de. MESQUITA, Ana Cleusa Serra; JACCOUD, Luciana; PASSOS, Luana. **O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil**. Brasília: Ipea, 2016. (Nota Técnica nº 27).

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Rae - Debate**, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 36-49, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. **Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 18, p. 130-159, jan. 2015. Anual.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Financeiro**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHILINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais: Direito Estadual II**. Lisboa: Universidades Lusíadas Editora, 2008.

PINHO, Humberto dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A discricionariedade administrativa e o interesse público líquido. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira; S´ Amauri Feres. **Direito Administrativo e Liberdade**. Estudos em homenagem a Lúcia Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014.

PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown V. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 85-140.

PUGA, Mariela. **La realización de derechos en casos estructurales**. Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza. Trabajo realizado en el marco de la Beca- estímulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. 2007.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. Direitos fundamentais, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo na América Latina. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, p. 15-34, 2015.

RAMIRES, Maurício. O uso de precedentes estrangeiros pela justiça constitucional: o problema da “autoridade” da experiência estrangeira perante a ordem jurídica local. **R. bras. Est. const.** – **RBEC**, Belo Horizonte, v. 10, n. 34, p. 123-141, jan./abr. 2016.

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).

RENDLEMAN, Doug. Remedies discussion fórum: Brown II’s “all deliberate speed” at fifty: a Golden anniversary or a mid-life crisis for the constitutional injunction as a school desegregation remedy? **San Diego Law Review**, San Diego, v. 41, n. 1575, Autumn. 2004.

RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil**: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira. **Controle de contas da Administração Pública segundo a jurisdição constitucional brasileira**: uma abordagem da atuação dos Tribunais de Contas do Brasil a partir de uma leitura pós-positivista dos princípios da legalidade e da eficiência. 2012. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

ROLLA, Giancarlo. **El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporâneo**. Ponencia para el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos**: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013.

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

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural (Cole Pensadores). 1987.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Influência do direito estrangeiro e do direito interna na solução de casos de direitos fundamentais. In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Diálogos entre juízes**. Brasília: Uniceub, 2014, p. 39-56.

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.

RUIBAL, Alba. Innovative judicial procedures and redefinition of the institutional role of the Argentine supreme court. **Latin American Research Review**, Argentina, v. 47, n. 3, p. 22-39, 2012.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization rights: How public law litigation succeeds. **Harvard Law Review Association**, Cambridge, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.

SALES, Tainah Simões; CAMPOS, Juliana Cristiane Diniz. A carência de efetiva participação da sociedade civil nas audiências públicas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. **Conpedi Law Review**, Costa Rica, v. 3, n. 1, p. 216-234, 2017.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henrique da. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 193-227.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo; Editora Cortez. 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIMIDT, Christopher W. **The delusions behind the Brown decision**. 2004. Disponível em: <<http://historynewsnetwork.org/article/5325>> Acesso em: 16 jan. 2018.

SCHOENBROAD, David. **The measure of an injunction: a principle replace balacing the equities and tailoring the remedy**. Minnesota Law Review, nº 627, Abr. 1988.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SHAPIRO, S. J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **O uso de precedente estrangeiro pela 1ª Constituição: Uma teoria de unificação do Direito Constitucional Material**. 2010. Tese (Doutorado) - Curso de Direito do Estado, PucSp, São Paulo, 2010.

SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. **Controle social das políticas públicas no Brasil: Caminho para uma efetiva democracia**. 2010. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer?”: o papel do ministro relator na deliberação no supremo tribunal federal. **Revista Estudos Institucionais**. Disponível em: <<https://goo.gl/bdafZD>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-530.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SINGH, Parmand, **Judicial Socialism and Promises of Liberation: Myth and Truth**. 28 J. Indian L. Instit. 1986.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts, **Harv. Int'l L.J.**, n. 44, p. 191-219. 2003.

SLOMSKI, Valmoret al. **Governança Corporativa e Governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2008.

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

SPOSATI, Aldaíza. **Exclusão social abaixo da linha do Equador**. Exposição originalmente apresentada no Seminário Exclusão Social, realizado na PUC/SP, em 23/04/98, com os professores Sergé Paugam, do Institut National de la Statistique et des Études Économiques – França e Lúcio Kowarick, da USP. Disponível em: <<http://www.seuvizinhoestrangeiro.ufba.br/twiki/pub/GEC/RefID/exclusao.pdf>> Acesso em: 31 maio 2018.

STOTZKY, Irwin P. Lessons Learned and the Way Forward. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. London: Frank Cass Publishers. 2005.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria constitucional e a político: Problemas de teoria e de prática com direitos fundamentais sociais. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Colômbia, v. 43, n. 119, p. 567-624, 2013. Semestral.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica (Coleção de Dicionários Jurídicos)** (Locais do Kindle 4719-4720). Editora Letramento. Edição do Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>>. Acesso em: 22 out. 2017.

STURM, Susan. A Normative Theory of Public Law Remedies. **Georgetown Law Journal**, Pennsylvania, v. 79, n. 5, 1991, p. 1410.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-giurisprudenza/>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

TAVARES, André Ramos. O cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In: Mendes, Gilmar Ferreira et all (Org.). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 383-406.

TIRUCHELVAN, Neelan; COOMARASWAMY, Radhika. **The Role of the Judiciary in Plural Societies**. London: Frances Printer. 1987, p. 20.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Ed. da USP, 1977.

TOLE MARTÍNEZ, Julián. La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. **Cuestiones Constitucionales**, n. 15, julio-diciembre, 2006, p. 253-316.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**. Teoria dos Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 121, 1994, p. 265-271.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **EXP N° 2579-2003-HD/TC – Lambayeque – Julia Eleyza Arellano Serquén**. Disponível em: < <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2018.

TULIS, Jeffrey. Deliberations between institutions, em Peter Laslett e James Fishkin (Ed.). **Debating Deliberative Democracy**, Blackwell, 2003.

TUSHNET, Mark. Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty. **Michigan Law Review**, Michigan, v. 94, n. 2, 1976, p. 245-301, p. 300.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. United Kingdom: Princeton University Press, 2008.

U.S. SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 07 out. 2018.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea. **Resumos das Teses e Dissertações Defendidas no Ppg-sol/UNB**, Brasília, v. 19, n. 1, p. 247-278, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário? **Jurispoiesis**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 321-348, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, p. 1-15, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VAN UYTSEL, Steven. Collective actions in a competition law context – reconciling multilayer interests to enhance access to justice? In: WRBKA, Stefan; VAN UYTSEL, Steven; SIEMS, Mathias. **Collective Actions** Enhancing access to justice and reconciling multilayer interests? Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 57-92.

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.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república Argentina: Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84.

VERMA, Arvind. Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in In **Howard Journal**, Bloomington, v. 40, n. 2, p. 148-165, maio 2001.

VESTENA, Carolina. **O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7832/DMPPJ%20%20CAROLINA%20ALVES%20VESTENA.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. **Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Ipea, 2016a. (Nota Técnica nº 28).

VIEIRA, Leonardo Jorge Sales. **Análise da (in)segurança jurídica no Brasil**: uma proposta de abertura cognitiva do direito ao ambiente social. 2015. 116 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

VOLKOMER, Walter E. **Introduction to Law – a Casebook**. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1994.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEAVER, Russell. The Rise and Decline of Structural Remedies. **San Diego Law Review**, San Diego, v. 41, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sanlr41&div=64&id=&page=>. Acesso em: 1 maio 2018.

WOLFF, Francis. Esquecimento da Política ou desejo de outras políticas? In: NOVAES, Adauto. **O esquecimento da política**. São Paulo: Agir, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Do paradigma político da representação à democracia participativa. **Sequência**, Santa Catarina, v. 22, n. 42, p. 83-97, 2000.

YOO, John. Peeking Abroad?: The Supreme Court's Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases. **Public Law And Legal Theory Research Paper Series**, University Of California At Berkeley School Of Law, p. 1-18, 2004.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. Poder Discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional. **Via Inveniendi Et Iudicandi**, [s.l.], v. 7, n. 2, p. 1-33, 1 jul. 2012.