

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

HELOÍSA MARTINS ARMELIN

**A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS -
ANÁLISE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

São Paulo

2016

HELOÍSA MARTINS ARMELIN

A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS
POLÍTICAS PÚBLICAS - ANÁLISE DO ESTADO DE
COISAS INCONSTITUCIONAL

*Trabalho de Monografia Jurídica apresentado à
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica
como requisito parcial à obtenção de título de especialista
em Direito Constitucional.*

Orientador: Professor Luis Eduardo Patrone Regules

São Paulo

2016

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, bem como as críticas advindas da sua interferência na efetivação das políticas públicas decorrentes do princípio da separação de poderes, a luz da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347, na qual se discutiu a questão do Estado de Coisas Inconstitucional. Para tanto será feita uma análise crítica da solução adotada pela Corte Constitucional da Colômbia e sua adequação à realidade brasileira.

Palavras chave: Políticas Públicas, Judicialização da Política, Estado de Coisas Inconstitucional, Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the role of the judiciary in the enforcement of social rights, as well as the criticism that comes from its interference on the effectiveness of public policies, considering the principle of separation of powers in the light of “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” 347. Therefore, will be made critical analysis of the solution adopted by the Constitutional Court of Colombia and its adaptation to the Brazilian reality.

Keywords: Public Policy, Judicialization of Politics, State of Things Unconstitutional, Institutional Dialogues.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 A ATUAÇÃO ESTATAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	3
1.1 Origem histórica dos direitos sociais.....	3
1.2 A concretização dos direitos fundamentais sociais – Políticas Públicas	7
1.3 O desafio estatal na implementação das Políticas Públicas.....	9
2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	12
2.1 Funções estatais e a efetivação das políticas públicas	12
2.2 Críticas à atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas.....	15
3 EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO – ANÁLISE DA SOLUÇÃO ADOTADA PELA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	23
3.1 Origem	23
3.2 Caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional	28
4 NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO DA ATIVIDADE JUDICIAL – DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	31
4.1 Análise crítica da intervenção judicial.....	31
4.2 Solução dialógica.....	35
5 NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA SOLUÇÃO DIALÓGICA NA QUESTÃO POSTA NOS AUTOS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347.....	41
5.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347	41
5.2 Da solução a ser empregada pelo Supremo Tribunal Federal	44
6 CONCLUSÃO.....	46
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

Em setembro de 2015 o Brasil assistiu ao final do julgamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, do pedido liminar formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, por meio do qual o plenário da Corte enfrentou o tema do Estado de Coisas Inconstitucional.

Como será analisado ao longo deste trabalho, a solução proposta pelo Autor da ação constitucional tem origem na Corte Constitucional da Colômbia (CCC) e autoriza o Poder Judiciário, em nome da superação da situação de violação a direitos fundamentais, ordenar a adoção de medidas aos Poderes Executivo e Legislativo.

Assim, sempre que verificados os requisitos ensejadores do reconhecimento da situação contrária à Constituição, o Poder Judiciário estaria legitimado a interferir nas políticas públicas, esfera de atuação típica dos Poderes Executivo e Legislativo em observância ao princípio da separação de poderes, eleitos de forma democrática.

A propósito do tema, cumpre destacar que em razão da insuficiência estatal na promoção dos direitos sociais, cada vez mais o Poder Judiciário se depara com esse tipo de situação. A judicialização da política é inevitável no contexto brasileiro em razão do modelo constitucional adotado em que, por conta do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, este pode ser provocado por qualquer cidadão que entender ter tido seu direito violado e não poderá deixar de analisar o caso posto.

Com efeito, para uma análise crítica da solução posta, o presente trabalho abordará no primeiro capítulo, a atuação estatal na promoção das políticas públicas, iniciando pela origem histórica dos direitos sociais para chegar aos atuais desafios da ação governamental na promoção da justiça social, com ênfase para as limitações de ordem orçamentárias.

Na sequência será analisado o papel do poder judiciário na efetivação das políticas públicas por meio de uma breve apresentação das funções estatais no campo da promoção dos direitos sociais, oportunidade em que é demonstrado que as políticas públicas devem resultar do processo

eleitoral, isto é, dos Poderes Executivo e Legislativo. A partir disso são listadas as críticas à interferência do Judiciário no processo de escolha das prioridades estatais (isto é, nas políticas públicas).

O terceiro capítulo examina detalhadamente a solução aplicada pela CCC, qual seja, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) por meio da análise das principais decisões proferidas pela Corte sobre este tema, desde sua origem até as mais recentes. Essa profunda análise permite apontar os requisitos necessários ao reconhecimento do ECI e as medidas adotadas pela Corte para superação da situação levada a seu conhecimento.

A partir do confronto entre as ideias tratadas nesses capítulos, o Capítulo 4 aponta para a necessidade do Poder Judiciário buscar soluções dialógicas para os casos difíceis, isto é, decorrentes de uma conversa produtiva entre os poderes do Estado.

Os diálogos institucionais surgem como mecanismo de solução em razão da cisão entre direito e política, permitindo a observância do princípio majoritário determinante do campo político, e do primado da lei e observância dos direitos fundamentais, determinantes do direito.

Todas as ideias enfrentadas ao longo do trabalho servem de base à análise feita no Capítulo 5 acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 para indicar a solução a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise do mérito da ação constitucional.

1. ATUAÇÃO ESTATAL NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1. Origem histórica dos direitos sociais

A análise acerca da efetivação dos direitos fundamentais e suas restrições decorrentes de limitações materiais, bem como da intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas demanda prévia abordagem, ainda que restrita, do surgimento dos direitos prestacionais e do papel do Estado na sua realização.

A origem dos direitos sociais remonta ao Séc. XVIII e está intimamente relacionada às Revoluções Francesa e Norte-Americana, tendo naquele momento surgido a necessidade de se positivarem os direitos dos indivíduos, já que até então as regras existentes disciplinavam apenas suas obrigações.¹

Com efeito, o reconhecimento formal dos direitos conquistados pelas Revoluções Burguesas, isto é, a positivação dos direitos civis e políticos, resultou num avanço significativo da sua proteção.² O objetivo do Constitucionalismo liberal era conter o poder arbitrário do Estado, garantido que direitos alcançados não seriam atingidos pelos governantes. Nesse sentido, ensina JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO:

A economia capitalista necessitava de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. [...] o laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema de liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado.³

No entanto, a positivação dos direitos não se mostrou suficiente para assegurar a dignidade da pessoa humana numa época em que a

¹ Cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua eficácia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

² Vale destacar a Constituição Espanhola de 1812, Portuguesa de 1822, Belga de 1831 e Francesa de 1848.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 109.

industrialização permitiu a exploração do homem. Assim, não bastava o reconhecimento dos direitos, era necessário um comportamento ativo do Estado busca da sua concretização.⁴

A crise do liberalismo resultou no surgimento do Estado Social tendo por objetivo a promoção dos direitos positivados, isto é, o conceito inicial de liberdade e necessidade de garantias de que o Estado não criaria dificuldades ou adotaria medidas tendentes a obstaculizar os direitos individuais evoluiu para a necessidade atuação positiva no Estado na efetivação desses direitos.⁵

Essa transição, verificada a partir da Revolução Industrial implicou na vinculação dos poderes estatais à promoção de programas de implementação dos direitos. Como afirma OSVALDO CANELA JÚNIOR, *o Estado tornou-se social, no sentido de que a proteção dos direitos humanos exige interferência ativa para a supressão da miséria e o conseqüente resgate da dimensão humana. Mas, para tanto, faz-se necessária a garantia de determinadas espécies de direitos não concebidas pelo Estado liberal, os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos fundamentais sociais.*⁶

A positivação dos direitos sociais ganhou maior destaque na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, em que, ao lado dos direitos e garantias individuais, foram tratados dos direitos de

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56

⁵Nesse sentido “Neste cenário, surgem, dos mais variados flancos, críticas ao liberalismo econômico, sob cuja égide se criara e se nutria o capitalismo selvagem. O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, sob perspectivas diferentes, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Para o marxismo, os direitos humanos do liberalismo compunham a superestrutura ligada à dominação econômica exercida pela burguesia sobre o proletariado. Eram uma fachada, que visava conferir um verniz de legitimidade a uma relação de exploração, que só teria fim com a implantação do comunismo e o fim das classes sociais. [...] O socialismo utópico, de pensadores como Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc, também questionava o liberalismo, considerando-o incapaz de resolver a questão social, mas não propunha, como solução, que os proletários tomassem o poder pela força, parecendo acreditar na possibilidade de convencimento da burguesia da necessidade de promoção de reformas sociais. [...] Já a doutrina social da Igreja, embora discordando radicalmente da idéia marxista de luta de classes, abria-se para a questão operária, defendendo a instituição de direitos mínimos para o trabalhador, a partir da Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891. Nessa Encíclica, a Igreja criticava o individualismo exacerbado do liberalismo, e defendia a assunção pelo Estado de uma posição mais ativa na sociedade, em defesa dos mais pobres. Posteriormente, o Papa Pio XII dá continuidade a esta pregação na *Quadragesimo Anno*, de 1931, e o tema será revisitado em vários outros documentos pontifícios, como as Encíclicas *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* (1963), de João XXIII e *Populorum Progressio* (1967) e *Humanae Vitae* (1969), de Paulo VI”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17)

⁶ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53

alcance social, tais como direito à educação e trabalhistas (nos artigos 3º e 5º da Constituição Mexicana), inspirando os demais ordenamentos jurídicos a atribuir caráter absoluto aos direitos sociais e impor soluções para sua concretização.⁷

Referindo-se aos atualmente chamados direitos fundamentais de segunda geração, THEMISTOCLES CAVALCANTI avaliou que:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice, etc.⁸

A despeito das vantagens advindas da constitucionalização de tais direitos, não tardou a ocorrer o declínio do Estado Social, em razão do excessivo paternalismo, à impossibilidade de atendimento de todas as demandas sociais e, por fim, à crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos, conforme ensina LENIO STRECK:

A *crise financeira* – ou de financiamento – do Estado parece estar por trás de todas, ou da maioria, das críticas que se fazem a ele e das propostas de sua revisão tendentes a um retorno. [...] Os problemas de caixa do *Welfare State* já estão presentes na década de 1960, quando os primeiros sinais de que receitas e despesas estão em descompasso, estas superando aquelas, são percebidos. Os anos 70 irão aprofundá-la, na medida em que o aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicam um acréscimo ainda maior de gastos, o que implicará o crescimento do *déficit* público. [...] Os anos 80 irão trazer à tona uma nova crise. A dúvida que se estabelece, então, é quanto às formas de organização e gestão próprias ao Estado do Bem-Estar. Ocorre, então, uma *crise ideológica* patrocinada pelo embate antes mencionado entre democratização do acesso e burocratização do atendimento. [...] A *crise filosófica* atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do bem-estar. Esta crise aponta para a degradação da base do Estado do Bem-Estar, calcada na

⁷ COMPARATO aponta que “O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século.” (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 192/193)

⁸ CAVACANTI, Themistocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 202.

solidariedade, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais, característicos deste Estado.⁹

Com surgimento, então, do Estado Democrático de Direito, nos exatos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, o Estado mantém seus objetivos enquanto Estado Social, isto é, atuação voltada à efetivação dos direitos positivados, exigindo para tanto, a participação do indivíduo nas ações tendentes a concretização dos direitos. Consoante aponta JOSÉ AFONSO DA SILVA, *a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social*.¹⁰

A Constituição Federal de 1988 inseriu os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais no Capítulo II do Título II - Direitos e Garantias Fundamentais: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Com efeito, tais direitos sociais, conforme ensina ROBERT ALEXY, podem ser classificados em direitos prestacionais à proteção, direitos prestacionais à organização e procedimento e, por fim, em direitos prestacionais em sentido estrito¹¹. A concretização desses direitos prestacionais em sentido estrito, objeto do presente estudo, demanda atuação positiva do Poder Público, que se verifica por meio da implementação das políticas públicas, melhor analisadas no tópico a seguir.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58/59.

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 450/511.

1.2. A concretização dos direitos fundamentais sociais - Políticas Públicas

Traçados os objetivos do Estado, isto é, elencados na Constituição Federal os direitos individuais e sociais a serem perseguidos, nasce para o Estados Democráticos de Direito a obrigação de estabelecer metas e objetivos a serem alcançados a curto e a longo prazo, com objetivo maior de promoção dos direitos positivados e de atendimento do texto constitucional.

O estabelecimento dessas metas e a decisão sobre quais objetivos serão atendidos primeiramente, isto é, a deliberação política de escolha das prioridades é uma tarefa muito complexa que envolve o sopesamento dos objetivos com as limitações materiais e sempre implicará em abrir mão, ainda que no momento, da consecução deste ou daquele interesse social¹².

A definição estatal de escolha de prioridade é denominada *política pública*. Conforme RICARDO AUGUSTO DIAS DA SILVA:

firma-se no presente estudo o conceito de políticas públicas como sendo o conjunto de ações, medidas e procedimentos que representam as diretrizes estatais, regulando e orientando as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público, atuando e influenciando sobre a realidade econômica, social e ambiental, contemplando as ações do Estado e variando de acordo com a realidade socioeconômica e política do ente federativo onde serão implementadas, e dos seguimentos sociais destinatários.¹³

¹² Segundo colocações de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “Neste passo, vale considerar que, se a *política pública*, por definição, em princípio *busca* alcançar um fim consoante com o *interesse público*, nem por isso, todavia, esses dois termos se pressupõem *necessariamente*, quando o constituinte estabeleceu que constitui objetivo fundamental ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’, o móvel por certo é a consecução de um objetivo de justiça social; todavia, daí não se segue, por exemplo, que o programa governamental voltado a implementar a função social da propriedade rural (art. 186) e a política agrícola (art. 187) vá *efetivamente* ao encontro daquele desiderato, de modo a fixar o homem no campo, assim aliviando a superdensidade populacional nos centros urbanos.” (MANUSCO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 728.)

¹³ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde: O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 173.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI¹⁴, somando à ideia de escolha de prioridades a noção de programa de ação de governo adota a seguinte definição:

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

Conforme os parâmetros constitucionais, o Poder Constituinte Originário estabeleceu no artigo 3º, os objetivos a serem perseguidos pelo Estado Brasileiro, a saber, a construção de uma sociedade justa e igualitária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, as políticas públicas sempre visarão à efetivação das normas constitucionais, ou infraconstitucionais, quando compatíveis com a Lei Maior, o que em última análise implica na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, revelando-se a proteção irrestrita dos direitos fundamentais como objetivo do Estado Brasileiro.¹⁵

A existência de uma política pública pressupõe a deliberação política, atividade normativa e atos de execução com conhecimento técnico¹⁶.

Especificamente em relação ao processo de implementação *latu sensu* das políticas públicas, LUÍS ALBERTO DE FISCHER AWAZU afirma a

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva. 2006. p .39.

¹⁵ Para RONALD DWORKING “a ação do Estado por políticas se faz vinculadas a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aqueles beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão deste benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política.” (DWORKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.)

¹⁶ Cf MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. 1ª Ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 58

existência de três fases: a formação, a implementação e avaliação, sendo que a primeira delas envolve a apresentação de detalhes técnicos e materiais, para então serem tomadas, na segunda fase, as medidas administrativas, legais e financeiras necessárias a consecução dos objetivos¹⁷. Ao final são analisados os resultados sociais e jurídicos alcançados com as medidas adotadas¹⁸.

A formação da política pública, consoante discorrido, se trata da fase da construção da política pelo Estado, a qual se verifica em três momentos, a saber, (i) a de decisão estatal, *feita por agentes públicos competentes no interior do Estado com maior ou menor participação social*, (ii) a alteração institucional, isto é, a mudança estrutural e/ou organizacional realizada no interior da administração e (iii) as ações propriamente ditas, *construção, realizações de ações*, conforme ensina CRISTIANE DERANI¹⁹.

Como se vê, o cumprimento dos objetivos traçados pelo Poder Constituinte Originário demanda o exercício coordenado dos três poderes, das atividades legislativas, notadamente com a elaboração de leis que busquem o atendimento do texto constitucional, disciplinando a destinação e aplicação de recursos financeiros, a executiva, com atuação conjunta com o Poder Legislativo, no que respeita à escolha de prioridades e destinação adequada de recursos, executando e implementando os objetivos legais, e a judiciária, que verificará o cumprimento das metas estabelecidas pelos Poderes Representativos e, poderá apurar eventuais responsabilidades por descumprimento, conforme será melhor analisado no capítulo seguinte.

1.3. O desafio estatal na implementação das políticas públicas

Antes, contudo, da análise do papel do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas é importante esclarecer a existência de limitações materiais ao pleno atendimento do comando constitucional.

¹⁷ AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Algumas considerações acerca da teoria. *Apud* MUDRA, Paula Fernandes Vasconcelos Navarro. Op. Cit. p. 59.

¹⁸ Defendendo a existência de sete etapas políticas, ENRIQUE SARAIVA indica: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação. (SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete (Orgs.) *Políticas Públicas*. Coletânea. Vol 1., ENAP, 2006. p. 32/35)

¹⁹ DERANI, Cristiane. Política Pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexão sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006. p.135.

Reconhecido que a efetivação dos direitos prestacionais demanda atuação positiva do Poder Público²⁰, é necessário advertir que os recursos estatais são limitados.

Com efeito, a Constituição Federal, para permitir financeiramente a prestação das políticas públicas pelo Estado prevê arrecadação de verbas via sistema tributário, delegando à lei complementar – Código Tributário Nacional – a disciplina da arrecadação de tributos.

A despeito do Brasil ter notoriamente uma das cargas tributárias mais elevadas, isso não permite ao Estado a promoção integral dos direitos sociais, especialmente em razão da má administração das verbas arrecadadas, o que torna relevante o processo político de escolha das prioridades, já que, como visto, inevitavelmente alguns objetivos constitucionais serão preteridos em razão dos outros.

Nesse contexto surge o princípio da reserva do possível²¹, que regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

Como bem pontua o professor ROBERTO DIAS, a Constituição Federal de 1988 é generosa no tocante ao rol de direitos prestacionais a serem assegurados por meio de políticas públicas, o que agrava o quadro de omissão estatal na sua concretização:

a insuficiência das políticas públicas implantadas pelo governo brasileiro ao longo da história e a generosidade da Constituição de 1988 no campo dos direitos sociais geraram “a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais —

²⁰ As políticas públicas também podem ser consideradas em seu aspecto omissivo, dado que não apenas os direitos prestacionais são veiculados por esta, como destaca RODOLFO DE CAMARGO MANUSCO: “Política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.” (MANUSCO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit. p. 730.) Vale registrar sobre este aspecto, a garantia do direito à livre iniciativa e à livre concorrência, em que a administração pública pode estabelecer uma política de não intervenção em certo setor da economia, conforme lembra PAULA FERNANDA VASCONCELOS NAVARRO MUDRA (MUDRA, Paula Fernandes Vasconcelos Navarro. Op. Cit.. p.56)

²¹ A expressão *reserva do possível* ganhou notoriedade em julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1972, por meio do qual a Corte tratou de dois casos envolvendo o controle concreto de constitucionalidade referentes a regulamentação das universidades de Hamburgo e Baviera, a fim de que fossem admitidos estudantes em faculdades públicas de ensino superior.

normalmente entre um credor e um devedor — para a área dos direitos sociais.”²²

Assim, ainda que os Poderes Representativos adotem todas as medidas possíveis para a realização dos direitos prestacionais haverá deficiência orçamentária para a concretização dos direitos positivados. Por tal razão, considerando a limitação de recursos orçamentários, a escolha das prioridades é um dos mais relevantes embates vividos pelo Poder Público.

Registre-se ainda sobre as dificuldades de promoção integral das políticas públicas, que as mesmas não decorrem somente de escassez orçamentária. Muitas vezes o resultado obtido no processo político de definição das prioridades não se coaduna com os objetivos estabelecidos no texto Constitucional.

Assim, ante a dificuldade do Estado em cumprir integralmente seu papel na efetivação dos direitos sociais, os cidadãos se socorrem ao Poder Judiciário para assegurarem o exercício dos referidos direitos.

²² DIAS, Roberto. O que os juristas e o Judiciário têm a dizer sobre saúde pública? in SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 7/8.

2.O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1. Funções estatais e a efetivação das políticas públicas

No sistema presidencialista adotado pelo Brasil, a luz do princípio da separação de poderes²³, compete ao Executivo e ao Legislativo a definição e implementação das políticas públicas, legitimados em razão do voto, enquanto que ao Judiciário é atribuído o dever de decidir conflitos no caso concreto.

Os representantes do Poder Executivo e Legislativo são eleitos de forma direta pelo povo e representam a vontade da maioria que os elegeu, adotando todos os esforços necessários para a concretização dos anseios que os levaram à cúpula de representação popular²⁴. Já os membros do Poder Judiciário são investidos no cargo de forma absolutamente alheia ao jurisdicionados.

Esse tema é de grande relevância no estudo do controle das políticas públicas, objeto de estudo do presente trabalho, já que isto envolve a ingerência do Poder Judiciário nas esferas de atribuição dos Poderes Executivo e Legislativo.

Como visto, por força do princípio da separação de poderes, o seu exercício deve ser dividido entre as três funções estatais, identificadas a partir dos fins do Estado²⁵, a saber, a executiva, legislativa e judiciária²⁶, atribuídas a

²³ A teoria da separação de poderes foi pensada por Montesquieu para assegurar a existência de um governo moderado, mediante distribuição das atividades do Estado de consequente controle recíproco entre suas formas de expressão, destinando-se a conferir proteção aos direitos fundamentais de primeira geração contra as iniciativas arbitrárias do Estado, conforme ensina Osvaldo Canela Júnior. (CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op. Cit. p.67/68).

²⁴ Constituição Federal, artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁵ Nesse sentido JORGE MIRANDA ensina que “A tarefa não é mais que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto actividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), tão pouco a actividade existe por si mesma”. (MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Coimbra, Coimbra Ed., 1997, t. 5, p. 9/10)

órgãos distintos, com prerrogativas de independência funcional, resultando num sistema de freios e contrapesos, isto é, de controle recíproco.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, pautando-se no critério formal, identifica a função legislativa, jurisdicional e administrativa a partir das seguintes características:

função legislativa é função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada', atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função administrativa é função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais, ou excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.²⁷

Mais adiante, referido autor destaca a existência da função política, ou de governo das quais decorrem os "atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricão e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao interesse público, etc."²⁸

Adotando a linha daqueles que entendem que a função política ou de governo é intrínseca à função administrativa, é forçoso reconhecer que as políticas públicas são ato de governo que revelam a função administrativa e devem, portanto, observar os princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, impessoalidade, motivação, seguindo as regras orçamentárias e os limites de gastos como forma de atingimento dos direitos fundamentais.

Nesse sentido LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN:

²⁶ Constituição Federal, artigo 2º, caput: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 35/36

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Op. Cit. p. 392

Os atos da administração, visando a implementação de políticas públicas, não diferem dos demais atos administrativos, estando vinculados ao princípio da legalidade (e obviamente à constitucionalidade) e à legitimidade (o interesse público, que é a finalidade de qualquer ato administrativo).²⁹

Compete ao Executivo a implementação das políticas públicas, previamente definidas pelo Legislativo, lembrando que por força do artigo 165 da Constituição Federal, o Poder Executivo tem iniciativa privativa do processo legislativo orçamentário, como se observa na elaboração dos planos plurianuais (artigo 165, inciso I), das leis de diretrizes orçamentárias artigo 165, inciso II), e das leis orçamentárias anuais (artigo 165, inciso III).

O processo político de escolha das prioridades envolve os Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, como decorrência da positivação dos direitos sociais e econômicos ao longo do Séc. XX, o Poder Judiciário se viu cada vez mais envolvido nesse processo, afastando o monopólio do processo político.

Sobre este aspecto CAMILA DURAN FERREIRA aponta que:

o Poder Judiciário passa a ser incitado a decidir sobre matérias com as quais não teria o contato se restrito à concepção tradicional da separação de poderes. A judicialização leva, em suma, o Judiciário a ter uma atuação interpretativa do texto legal (como já dito, com a sua materialidade expandida), legislando implicitamente ao aplicá-lo. A esse fenômeno, acrescenta-se o caráter 'dirigente' que muitas constituições modernas vieram a adquirir, passando a conter extensos róis de direitos de natureza social que instrumentalizam objetivos e finalidade do sistema político. Ademais, a tendência em considerar a Constituição como paradigma de direitos, contra os quais toda e qualquer atuação estatal é ilegítima, incitou o Poder Judiciário, dentro do Estado da Providência, a atuar seguindo os preceitos garantidos naquela.³⁰

LUIS ROBERTO BARROSO defende que a intervenção judicial somente deverá ocorrer nos casos em que o legislador não tenha realizados as ponderações ou escolhas válidas:

O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e

²⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 90.

³⁰ DURAN-FERREIRA, Camila. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AINDS*. Monografia vencedora do Concurso IPEA-CAIXA. *Apud* BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 16

princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.³¹

Passa-se, a seguir, à análise das limitações à atuação do Poder Judiciário quando esta se revela necessária.

2.2. Críticas à atuação do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas

Com o declínio do Estado do Bem-Estar Social o Poder Judiciário passa a participar ativamente da promoção das políticas públicas, conforme aponta RODRIGO ALBUQUERQUE VICTOR:

Apesar de ter sido na modelagem do Welfare State que os direitos sociais ganharam espaço nas constituições, foi com o seu declínio, na década de 1970, que o Judiciário ganhou força. Isto porque de acordo com o modelo welfareano, o Estado, por meio de ações governamentais (Poderes Legislativo e Executivo), toma para si a função de promover o vetusto catálogo de direitos sociais estampado na Constituição. A partir do momento em que os poderes políticos assumem e cumprem o compromisso de materializar os reclamos sociais, o lugar do Judiciário passa a ser secundário. A concepção liberal (ou neoliberal) ressuscitada nos anos 70, diferentemente, significou o afastamento da mão do Estado, como também o distanciamento entre representantes e representados. O Estado welfareano, empenhado com prestações sociais, cede espaço para a livre iniciativa.³²

Conforme destaca LUIS ROBERTO BARROSO, a ascensão do Poder Judiciário é um fenômeno mundial que tem seu marco inicial no 2º pós-guerra, a partir de quando os juízes e tribunais se transformam efetivamente em Poder Público. Aponta três grandes causas:

- (i) o reconhecimento de que um judiciário forte e independente é um componente essencial das democracias modernas, para preservar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático;*
- (ii) um certo desencanto com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral;*

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista Interesse Pública n.º 46, nov./dez. 2007. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 31/61.

³² VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.142

(iii) atores políticos, muitas vezes, não são capazes de produzir consensos em relação a questões em que há desacordos morais razoáveis, preferindo transferir o ônus de certas decisões para o Judiciário, cujos membros não dependem de votos.³³

Quando se analisa a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas está-se diante de uma situação em que este poder se afasta da sua função típica, avançando sobre o núcleo essencial das funções atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo³⁴.

Consoante discorrido, cada uma das três funções estatais possui atribuições específicas no tocante à efetivação das políticas públicas, desde a decisão acerca da alocação de recursos, a elaboração de leis e o zelo pelo seu cumprimento, de forma a permitir que sejam atendidos os objetivos constitucionais.

A excessiva rigidez que norteava o princípio da separação de poderes, a impor uma divisão harmônica e estanque aos poderes estabelecidos no texto constitucional ficou no passado e não deve ser vista como um impeditivo de interferência entre as funções estatais. A visão contemporânea deste princípio permite extrair um dever de colaboração e controle recíproco entre os poderes objetivando afastar distorções e aperfeiçoar a atividade estatal, consoante lição de JOSÉ AFONSO DE SILVA:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação poderes e novas formas de relacionamento, entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*.³⁵

³³ Palestra ministrada por LUIS ROBERTO BARROSO em 17.08.2015 no Instituto Fernando Henrique Cardoso. Texto disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso> Acesso em 02 ago 2016.

³⁴ A esse respeito afirma GISELE CITTADINO: A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas. (CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*, In *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Organizador: Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17)

³⁵ SILVA, José Afonso. Op. Cit, p. 113.

No mesmo sentido CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à idéia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes. [...]

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados ‘freios e contrapesos’, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados ‘poderes’, isto é, entre os órgãos do poder, pois, na verdade, o Poder é uno.³⁶

Assim, ainda que a implementação das políticas públicas esteja majoritariamente vinculada aos Poderes Representativos, isto é, função legislativa e executiva, como visto, haverá situações em que a maioria política não desempenhará a contento sua função, legitimando a intervenção do Poder Judiciário de forma a garantir que os direitos fundamentais sejam integralmente observados.

As críticas feitas a essa intervenção do Poder Judiciário decorrem, basicamente, (i) da ausência de legitimidade democrática, (ii) da politização indevida da justiça e (iii) dos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, conforme pontua LUIS ROBERTO BARROSO, a seguir detalhadas.³⁷

Enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo são representados por agentes públicos eleitos, os membros dos Poder Judiciário não o são e, desta forma, são questionados quanto à legitimidade para

³⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. Cit. p. 31/32.

³⁷ Nas palavras do Ministro: *Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.* (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=6 Acesso em: 05 ago 2016)

contrariar a decisão daqueles que representam a vontade popular, tal fato é denominado pela doutrina como dificuldade contramajoritária. Conforme ensinam GIOVANA PAOLA PRIMOR RIBAS e CARLOS FREDERICO MORAES DE SOUZA FILHO socorrendo-se à lição de ALEXANDRE BICKEL:

“A dificuldade contramajoritária, tese de Alexandre Bickel, explica-se em razão do Poder Judiciário, investido no poder de controlar a constitucionalidade das leis, poder invalidar uma lei, editada pelo Poder Legislativo, sob o argumento de ser inconstitucional.

Assim, para Bickel, *judicial review* é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de maior importância, contra a vontade de uma maioria legislativa, que é, por sua vez, impotente para afetar a decisão judicial.

Para o autor, quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do executivo eleito, isso frustra a vontade dos representantes do ‘atual’ povo de aqui e de agora. Está se exercendo o controle não em nome da maioria ‘vigente’, mas contra ela.

Apesar de a democracia não significar reconsideração constante de decisões uma vez feitas, isso não significa que a atual maioria representante não tenha o poder de realizar uma reversão.

Além de ser contramajoritário rever os atos do Legislativo e do Executivo, Bickel afirma que o *judicial review* pode, num sentido mais amplo, ter uma tendência de enfraquecer o processo democrático ao longo do tempo.”³⁸

A vontade do povo é expressa por seus representantes eleitos, que refletem a pluralidade da sociedade brasileira, ao passo que os membros do poder judiciário não necessariamente guardam relação de identidade com todas as classes sociais.

Assim, ainda que os agentes públicos eleitos sejam omissos ou incompetentes, a democracia representativa impõe a estrita observância dos atos dos poderes eletivos. Sobre este aspecto surge a crítica do professor OSCAR VILHENA VIEIRA, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal teria expandido sua autoridade em detrimento dos demais poderes, fenômeno que denomina *supremocracia*.³⁹

³⁸ RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf> Acesso 26 ago.2016.

³⁹ VILHENA, Oscar. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 4, n. 2, p.441-464, jul-dez/2008.

LUIS ROBERTO BARROSO diferencia direito de política no sentido de que o primeiro não admite escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas⁴⁰, risco justamente incorrido quando o Poder Judiciário é instado a se manifestar no campo das políticas públicas. Isto porque os casos que envolvem as escolhas de prioridade pelo Poder Judiciário implicam na ponderação entre princípios, esfera de livre atuação do magistrado, que levará em conta convicções pessoais e ideológicas próprias.

Merece registro a crítica de LENIO STRECK:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer a filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição dos direitos por juízos subjetivos do julgador, além disso concordamos, caímos em uma espécie de pan-princiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo esse princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?⁴¹⁴²

No que se refere à capacidade institucional do Judiciário, a crítica feita sustenta basicamente que os temas envolvendo aspectos técnicos e científicos de grande complexidade poderiam ser melhor solucionados em outras esferas, ou seja, o Poder Judiciário pode não ser a instância mais qualificada de decisão por falta de conhecimento específico.

A esse respeito convém registrar trecho da decisão do Ministro Luis Fux, no chamado “Caso Cesare Battisti”:

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=6 Acesso em: 05 ago 2016)

⁴¹ STRECK, Lênio. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Disponível em: [HTTP://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul](http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul). Acesso em: 05.08.2016

⁴² No mesmo sentido ARTHUR SANCHEZ BADIN: “esse uso inadequado e abusivo da teoria dos princípios gera (consciente ou inconscientemente) arbitrariedades que vêm sendo sugestivamente chamadas por alguns professores de farra dos princípios; basta ao juiz tirar um princípio da cartola (de preferência de um conteúdo bastante rarefeito, como ‘dignidade da pessoa humana’), para justificar retoricamente, com aparência de racionalidade, a substituição da opção do legislador ou do administrador pela sua. Investindo-se a si próprios como os únicos capazes de entender o ‘verdadeiro’ e ‘legítimo’ sentido da Constituição, alguns juízes, a partir do ‘sopesamento’ de diversos princípios e valores constitucionais, reduzem as opções feitas pelo legislador e pelo administrador a pó, com grave déficit democrático.” (BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 84 e 85)

[C]umpre definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior⁴³

Não obstante, é de se registrar ainda o risco de efeitos sistêmicos da realização do direito social no caso concreto. Explica-se. A realização da justiça numa demanda individual, ou microjustiça⁴⁴, pode gerar efeitos imprevisíveis e indesejáveis às demais instituições se ampliada a realização do direito social na esfera objetiva. Isto porque o Poder Judiciário pode não dispor de informações para contemplar a disponibilidade real de meios e a globalidade da situação.⁴⁵

⁴³ Petição Avulsa na Extradicação n. 1085 / Reclamação n.11243. Voto do Ministro Luiz Fux p. 33. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁴⁴ A expressão *microjustiça* é usada por ANA PAULA DE BARCELLOS. (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, *Revista de Direito do Estado* 3:17, 2006. p. 34)

⁴⁵ VIRGILIO AFONSO DA SILVA sintetiza a preocupação de atribuição de caráter individual aos direitos sociais: “A conclusão a que se pode chegar após essa breve exposição desse estudo de caso, que, ainda que pontual, reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. Com isso, pretendo sublinhar que a questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja frequentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da ideia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma

Sintetizando essas críticas, CARLOS HENRIQUE BOLONHA, JOSÉ EISENBERG e HENRIQUE RANGEL afirmam:

Em se tratando de capacidades institucionais, pode-se compreender que existe a necessidade de serem firmados parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como exemplos de fatores indispensáveis para o aprofundamento da discussão decisional, pode-se apontar o fato de a instituição ser plenamente capaz de levantar recursos e informações que balizem sua decisão, bem como ela estar inserida em debates teóricos e empíricos sobre os fatos conexos àquela matéria. No que tange aos efeitos sistêmicos, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto.⁴⁶

Analisada a atuação estatal na promoção dos direitos sociais, isto é, no desenvolvimento e implementação das políticas públicas, foram demonstradas as limitações enfrentadas por este quando da sua atuação, dentre as quais destacou-se as limitações de ordem orçamentárias e despreparo técnico dos agentes políticos eleitos, que muitas vezes levam os cidadãos a se socorrerem do Poder Judiciário.

Sob o enfoque do princípio da separação dos poderes, foram analisadas as atribuições dos poderes legislativo, executivo e judiciário e sintetizadas as principais críticas à interferência do judiciário na efetivação das políticas públicas.

Essas ideias servirão de base para a análise que será feita no tópico a seguir a propósito da solução adotada pela Corte Constitucional da Colômbia em casos em que foi instada a se manifestar sobre a promoção dos direitos sociais, e indicada pelo Autor da ADPF 347 como técnica de decisão a ser usada pelo Supremo Tribunal Federal na análise dos pedidos lá formulados.

coletiva” (SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, 2008. p. 595/596).

⁴⁶ BOLONHA, Carlos Henrique; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. *Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo*. Disponível em http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/17_Dout_Nacional_10.pdf. Acesso 28 ago 2016.

3. EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO - ANÁLISE DA SOLUÇÃO ADOTADA PELA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

3.1. Origem

Em 1997 a Corte Constitucional da Colômbia, pela primeira vez, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional na **Sentencia de Unificacion (SU) – 559**, num caso envolvendo professores do Município de *María La Baja e Zambrano* que tiveram seus direitos previdenciários negados pelas autoridades.

Na análise dos autos a CCC considerou que além dos 45 (quarenta e cinco) professores que ingressaram com a ação, um número muito maior tinha tido o direito à vida, saúde, seguridade social e trabalho violados ao não serem filiados a um fundo de prestações sociais (em se tratando de professores, do *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*), apesar do desconto percentual do salário com esta finalidade, o que caracterizou a violação generalizada de direitos.

Como forma de afastar o estado de coisas contrário à Constituição e evitar elevado número de processos sobre a mesma questão, a Corte cumprindo seu *dever de colaboração harmônica*⁴⁷ (em tradução livre) com os demais poderes, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional, determinando aos municípios em situação semelhante a correção, no âmbito das suas funções legalmente atribuídas, da inconstitucionalidade em prazo razoável⁴⁸, como forma de proteger a dimensão objetiva do direito fundamental violado.

⁴⁷ Trecho da sentença: “**CORTE CONSTITUCIONAL** - Colaboración armónica con órganos del Estado/**ESTADO DE COSAS** - Notificación y requerimiento por violación de la Constitución/**ACCION DE TUTELA** - Notificación de irregularidad a las autoridades públicas y efectos *La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines.*” Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> Acesso em 15 ago 2016.

⁴⁸ Trecho de sentença: “**R E S U E L V E** Primero.- **DECLARAR** que el estado de cosas que originó las acciones de tutela materia de esta revisión no se aviene a la Constitución Política, por las razones expuestas en esta providencia. Como, al parecer, la situación descrita

Mais adiante, aperfeiçoando sua técnica de decisão, a Corte Colombiana proferiu no ano de 1998 três sentenças a serem destacadas no presente trabalho.

Em primeiro, a **Sentencia T-06**, de 5 de março, em caso envolvendo a mora da *Caja Nacional de Previsión - CAJANAL* em responder petições de aposentados e pensionistas que buscavam obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias. Apesar de não envolver violação estrutural de direito fundamental ou política pública, a violação ao direito fundamental de petição se verificou em razão da ineficiência administrativa da instituição pública na solução dos direitos postulados.

Como forma de solucionar a questão posta, a CCC determinou que a CAJANAL corrigisse, no prazo de 6 (seis) meses, as práticas conforme parâmetros legais, bem como as falhas organizacionais e procedimentais que afetassem o rápido atendimento das solicitações⁴⁹,

Em segundo lugar vale registrar a **Sentencia SU – 250**, de 26 de maio, que analisou a ausência de motivação na decisão que afastou a Dra. Margarita María Duque de Valencia do cartório pelo qual era responsável. No bojo da análise foi reconhecido o estado de coisas inconstitucional na carreira notarial decorrente da omissão estatal na convocação de novos concursos para

se presenta en muchos municipios, se advierte a las autoridades competentes que tal estado de cosas deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en un término que sea razonable. Segundo.- **ORDENAR** que para los efectos del numeral primero se envíe copia de esta sentencia al Ministro de Educación, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Departamento Nacional de Planeación y a los demás miembros del CONPES Social; a los Gobernadores y las Asambleas Departamentales; y a los Alcaldes y los Concejos Municipales.” *Disponível em* <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm> Acesso em 15 ago 2016.

⁴⁹ **RESUELVE:** [...] Sexto.- **DECLARAR** que el estado de cosas que originó las acciones de tutela objeto de revisión es contrario a la Constitución, en consecuencia por Secretaría General de la Corte Constitucional deberá **COMUNICARSE** la presente providencia al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro del Trabajo y Seguridad Social, al jefe del Departamento Administrativo de la Función Pública, a la gerencia de la Caja Nacional de Previsión, a la Subdirección de prestaciones económicas de la Caja Nacional de Previsión, para que dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de esta sentencia, corrijan en la práctica, dentro de los parámetros legales, las fallas de organización y procedimiento que afectan la pronta resolución de solicitudes de reconocimiento y reliquidación de pensiones y se adecuen las relaciones laborales, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.” *Disponível em* <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm> Acesso em 15 ago 2016.

ingresso na carreira, determinando a convocação do processo seletivo em 6 meses⁵⁰.

Em 4 de junho foi proferida a **Sentencia T 289**, terceira destacada, em que se discutiu o direito dos funcionários públicos ao recebimento em dia dos salários. Neste caso, a CCC determinou o pagamento dos valores em atraso em 48 (quarenta e oito) horas e, na hipótese de não haver disponibilidade orçamentária, determinou o início dos trâmites necessário ao efetivo cumprimento da determinação nesse prazo. Ao levar em conta a reiterada prática do Município de Ciénaga (Madaleña) de ausência de provisão orçamentária, por negligência dos responsáveis, o que levou a falta de pagamento de salários, em situação contrária à Constituição, reconheceu o EIC para determinar a correção da falta de previsão orçamentária que afetava o pontual pagamento dos salários até 1º de janeiro do ano seguinte⁵¹. Destaque-se, ainda em relação ao pagamento de proventos, a **Sentencia T – 525**, de 23 de julho de 1999, proferida com o fim de afastar o atraso sistemático das verbas de aposentadoria⁵².

⁵⁰ “**RESUELVE:** [...] Tercero.- **ORDENAR** que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional derivado del incumplimiento del inciso 2º del artículo 131 de la C.P., al no haberse convocado a concurso para notarios en toda la República. Esta notificación se hará al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, integrado como la señala el decreto 960 de 1970 según se dijo en la parte motiva de este fallo. En consecuencia, SE ORDENA que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia se proceda a convocar los concursos abiertos para Notarios, según se indico en la parte motiva de este fallo.” Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm> Acesso em 15 ago 2016.

⁵¹ “**RESUELVE:**[...] Subsecuentemente **DECLÁRASE** que el estado de cosas que originó la acción de tutela objeto de revisión es contrario a la Constitución, en consecuencia por Secretaría General de la Corte Constitucional deberá **COMUNICARSE** la presente providencia a los miembros del Concejo Municipal de Ciénaga, para que se tomen a primero (1) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999) las medidas necesarias en orden a corregir, dentro de los parámetros constitucionales y legales, la falta de previsión presupuestal que afecta la puntual cancelación de salarios de los empleados del municipio demandado, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.” Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm> Acesso em 15 ago 2016.

⁵² “**RESUELVE:** [...] Cuarto. **DECLÁRESE** que el estado de cosas que originó la acción de tutela objeto de revisión es contrario a la Constitución, en consecuencia por Secretaría General de la Corte Constitucional deberá comunicarse la presente providencia a los miembros de la Asamblea Departamental de Bolívar, para que, en asocio con el Gobernador y de conformidad con las competencias respectivas, tomen dentro del período de sesiones ordinarias correspondientes al segundo semestre de 1999 las medidas que sean necesarias en orden a corregir dentro de los parámetros constitucionales y legales, la falta de previsión presupuestal que afecta la puntual cancelación de las mesadas pensionales de los ex empleados del Departamento demandado, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.” Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm> Acesso em 15 ago 2016.

Especificamente sobre o sistema carcerário, objeto da ADPF 347, a Corte Constitucional da Colômbia teve três oportunidades de debruçar sobre o tema. A primeira delas em 20 de outubro de 1998 por meio da **Sentencia 153**, quando reconheceu falha estrutural do sistema pela ausência de políticas públicas em razão da negligencia e ineficiência dos responsáveis pelo sistema prisional, a saber, INPEC, Ministerio de Justicia, Departamentos, Municipios, Rama Judicial y Rama Legislativa.

Na análise do feito, a CCC levou em conta o direito dos detentos à vida, integridade física, família, alojamentos dignos e a violação generalizada dos mesmos para cientificar as autoridades públicas da situação contrária à Constituição de ordenar as medidas tendentes a afastar as violações, as quais na oportunidade foram entendidas como (i) elaboração de plano de construção e reforma de prisões destinada a garantir condições de vida dignas presos nas prisões, cujo financiamento integral ficou a cargo do governo, (ii) a adoção das medidas necessárias para a inclusão no orçamento vigente e seguinte dos valores necessários à promoção das obras, (iii) a inclusão das obras no Plano Nacional de Desenvolvimento e Investimento, a serem concluídas em 4 (quatro) anos, (iv) ações para corrigir as deficiências de pessoal qualificado nas prisões e medidas guardas prisionais⁵³.

⁵³ **R E S U E L V E**: Primero.- **ORDENAR** que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. [...] Tercero.- **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. Cuarto.- **ORDENAR** al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones. Quinto.- **ORDENAR** al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá. Sexto.- **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos

Na mesma linha da Sentencia 153, foi proferida em 20 de outubro de 1998 a **Sentencia T-590**, que enfrentou o tema do direito à vida, da responsabilidade do Estado frente o direito à vida dos defensores dos direitos humanos. Neste caso a Corte reconheceu a ineficiência do sistema no tocante à proteção dos defensores de direito humano e determinou a promoção de políticas públicas tendentes a afastar a citada violação⁵⁴.

A inobservância dos direitos à saúde e à assistência médica no sistema prisional colombiano foi analisada por meio da **Sentencia ST 606**, determinando ao INPEC a efetiva atenção médica ao detento que menciona para providenciar em 48 (quarenta e oito) horas a radiografia da coluna e o fornecimento dos medicamentos e terapias recomendados. Em âmbito geral determinou ao INPEC, Ministério da Fazenda, Saúde, Justiça e do Departamento Nacional do Planejamento o início em no máximo 48 (quarenta e oito) horas procedimentos administrativos, orçamentários e de contratação necessários ao estabelecimento de sistema de segurança social na saúde, na forma subsidiada, que deveria estar operando até 31 de março de 1999⁵⁵.

especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal. Séptimo.- **ORDENAR** al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados. Octavo.- **ORDENAR** a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista. Noveno.- **ORDENAR** al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria. Décimo.- **ORDENAR** a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios. Undécimo.- **ORDENAR** al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país.” Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em 17 ago 2016.

⁵⁴ “**RESUELVE** [...] Tercero. **DECLARAR** que hay un estado de cosas inconstitucional en la falta de protección a los defensores de derechos humanos y, en consecuencia, **HACER UN LLAMADO A PREVENCIÓN** a todas las autoridades de la República para que cese tal situación, y, solicitar al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que dentro de la obligación constitucional de guardar, proteger y promover los derechos humanos se le de un especial favorecimiento a la protección de la vida de los defensores de los derechos humanos. Y **HACER UN LLAMADO** a todas las personas que habitan en Colombia para que cumplan con el mandato del artículo 95 de la Constitución que los obliga a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica.” Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm> Acesso em 17 ago 2016.

⁵⁵ “**RESUELVE**: [...] Segundo.- En su lugar, **CONCEDESE** la tutela de los derechos a una vida digna, a la salud y a la integridad personal del mencionado demandante, y **SE ORDENA** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" que, por conducto de la

3.2. Caracterização do Estado de Coisas Inconstitucional

Em todos esses casos, para declarar o EIC e afastar a situação contrária à Constituição, a CCC reconhece um quadro de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais, isto é, capaz de atingir número indeterminado de indivíduos. A Corte desconsidera a dimensão subjetiva da demanda para reconhecer a violação objetiva do direito posto, uma vez que a situação se verifica em relação a um número indeterminado de sujeitos.

Além disso, a declaração do ECI demanda a constatação de omissão reiterada do Poder Público no tocante ao dever de promover a defesa de direitos, demonstrando, como denominado pela CCC, uma origem estrutural das falhas, decorrente da falta de coordenação das medidas dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, a superação de tais situações impõe a atuação coordenada de todos os envolvidos.

No item 53 da Sentencia 153/98, a CCC enumera os citados requisitos:

En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo

dirección de la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, disponga la efectiva atención médica del recluso mencionado, la práctica de la radiografía de columna que requiere, la evaluación de la misma, el suministro de los medicamentos y la iniciación y culminación de las terapias que el médico especialista considere necesarios. Tercero.- **DECLARASE** que, en materia de salud y asistencia médica y suministro de medicamentos al personal recluido en las cárceles del país, esta y anteriores providencias de la Corte han puesto en evidencia un estado de cosas inconstitucional que se precisa resolver. Cuarto.- **ORDENASE** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC" que, en coordinación con los ministerios de Hacienda, Salud y de Justicia y del Derecho y con el Departamento Nacional de Planeación, inicie, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia, los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que sean indispensables para constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cobije a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados." Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm> Acesso em 17 ago 2016.

*tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades*⁵⁶.

A partir da análise das sentenças proferidas pela CCC, CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS aponta os pressupostos para a caracterização do ECI:

O **primeiro pressuposto** é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em um determinado processo, a investigação da Corte identifica quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. Nesse estágio de coisas, a restrição em atuar em favor exclusivamente dos demandantes implicaria omissão da própria Corte, que deve se conectar com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O **segundo pressuposto** é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. A ausência de ou falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, e sim o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade.

O **terceiro pressuposto** tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades. Haverá o ECI quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações, existe quanto à busca por soluções. Como disse Libardo José Arida, ao mal funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de “igual ou similar alcance” [13]. Para a solução, são necessárias novas políticas públicas ou correção das políticas defeituosas, alocação de recursos, coordenação e ajustes nos arranjos institucionais, enfim, **mudanças estruturais**.⁵⁷

Diante da abrangência da violação perpetrada e da possibilidade de cada uma delas postular a observância dos seus direitos, promovendo milhares de ações, a Corte, como forma de afastar demandas repetitivas, as quais julga desnecessárias, considera como mais indicado determinar aos órgãos competentes a adoção das medidas necessárias ao afastamento do EIC.

⁵⁶ Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm> Acesso em 17 ago 2016.

⁵⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, 2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>. Acesso em 19 ago 2016

Vale registrar que as ações demandam a superação de bloqueios políticos e institucionais, como reconhecido pela CCC, uma vez que a superação da situação contrária a Constituição pressupõe interferência na formulação e implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, na alocação de recursos orçamentários, a cargo, tradicionalmente, dos Poderes Executivo e Legislativo.

Como se viu, a CCC criou uma técnica que lhe permite, ao reconhecer a existência de falhas estruturais que originam massiva violação à objetividade dos direitos fundamentais, a agir de forma supletiva, coordenando os Poderes Representativos, tal como se postula na ADPF 347, consoante será visto oportunamente.

4. NECESSIDADE DE CONFORMAÇÃO DA ATIVIDADE JUDICIAL – DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

4.1. Análise crítica da intervenção judicial

As decisões judiciais que versam sobre políticas públicas adentam, sem sombra de dúvidas, na esfera de competência do Poder Executivo e Legislativo e decorrem, como aponta OSCAR VILHENA VIEIRA *da retratação do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático incorporadas nas constituições contemporâneas*.⁵⁸

O Poder Judiciário atuará com maior margem nas situações em que o Poder Legislativo ou não elabora ou elabora de maneira inadequada as políticas públicas destinadas à garantia de qualquer direito social prestacional, ou ainda quando o Poder Executivo as executa de maneira insuficiente ou inadequada.

Vale registrar, por oportuno, o disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Referida previsão se trata do princípio da inafastabilidade

⁵⁸ VILHENA, Oscar Vieira. *Supremocracia*. Op. Cit. p. 443

do Poder Judiciário, o qual impõe ao julgador que este não se furte de interferir nas políticas públicas sempre que constatar a violação de direitos em casos de omissão.⁵⁹

Com efeito, a realização deste controle pelo Poder Judiciário é legítima e garante a fruição dos direitos sociais prestacionais sempre que os Poderes Representativos não os observarem na sua esfera de atuação. No entanto, é certo que devem existir parâmetros jurídicos objetivos para a realização deste controle, de forma a garantir (i) o cumprimento dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional; (ii) que as escolhas realizadas reflitam as prioridades públicas, e estas objetivem primordialmente o atendimento do interesse público.⁶⁰

⁵⁹ Sobre a inafastabilidade do Poder Judiciário, ANA PAULA DE BARCELLOS afirma que isto não significa que o magistrado pode interferir desmedidamente na esfera do Poder Executivo: “[...] nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Judiciário de syndicar positivamente os efeitos pretendidos pelas disposições que cuidam da dignidade humana, a questão mais grave continua a ser a definição da extensão dessa legitimidade. É evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe a cada Juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Permitir que o Judiciário assumisse tal papel efetivamente representaria o colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 256.)

⁶⁰ Sobre os parâmetros objetivos para controle das políticas públicas a doutrina nacional é escassa, merecendo destaque novamente ANA PAULA DE BARCELLOS: *Um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais. Como é amplamente corrente, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões a ações estatais. A liberdade de expressão, e.g., será substancialmente protegida na medida em que o Poder Público não procure cerceá-la ou submetê-la de alguma forma. A omissão, nesse caso, será fundamental. Quando se trate de direitos relacionados, e.g., com a aquisição de educação formal, prestações de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, já que a promoção de tais direitos depende de ações por parte do Poder Público. As ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos. Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sintética e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção. Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fácticas e não teses jurídicas. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas*

Nesse sentido ensina CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO:

A possibilidade de o Poder judiciário condenar a Administração Pública a promover prestações sociais é uma das principais inovações ocorridas no constitucionalismo brasileiro no contexto da virada do século. No passado, vários fatores restringiam a atuação jurisdicional no campo social. Predominava a percepção de que os juizes deveriam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador. As prestações, ainda que positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador

*jurídicas constitucionais. A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sintética e abrangente; as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos. Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Em um Estado de Direito constitucional regido, a definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais. Se a constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. A liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido. Assim, além da vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano. Muitos direitos fundamentais, assim como a própria dignidade humana, são veiculados sob forma de princípios, que, por sua própria estrutura, admitem uma realização progressiva e a rigor amplíssima. Em primeiro lugar, pode-se imaginar uma categoria de parâmetros puramente objetivos, relacionados com a quantidade de recursos, em termos absolutos ou relativos, que deverá ser aplicada em políticas públicas destinadas a realizar determinadas finalidades constitucionais (Art. 212, art., 198, art. 195). Um segundo parâmetro de controle que se pode construir a partir do texto constitucional diz respeito ao resultado final esperado da atuação estatal. Trata-se de identificar que bens mínimos devem ser afinal ofertados pelo Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade humana. É possível afirmar que o Estado brasileiro está obrigado a, prioritariamente, oferecer educação fundamental a toda a população, sem qualquer custo para o estudante. (CF, art. 208). Os recursos públicos disponíveis, portanto, devem ser investidos em políticas capazes de produzir esse resultado até que ele seja efetivamente atingido. Um terceiro parâmetro de que se pode cogitar, mais complexo, envolve o controle da própria definição das políticas públicas a serem implementadas, dos meios escolhidos pelo Poder Público para realizar as metas constitucionais. Uma vez que os parâmetros tenham sido construídos, sua aplicação efetiva depende de dispor-se de informação acerca dos recursos públicos disponíveis; da previsão orçamentária; e da execução orçamentária. As despesas estão associadas a rubricas bastante amplas, como, e.g., ‘Encargos Especiais’, ou aos órgãos públicos (e.g., Ministérios e Secretarias), sem que se possa saber ao certo o que foi investido na atividade fim do órgão, remuneração de servidores, verbas de representação etc. O não investimento dos mínimos exigidos em educação e saúde autoriza, como se sabe a intervenção federal nos Estados e dos Estados nos Municípios (CF, arts. 34, VII, ‘e’, e 35, III), cabendo ao interventor levar o ente federativo a obedecer à Constituição. A legislação infraconstitucional já prevê alguns instrumentos de controle, aplicáveis em determinadas circunstâncias, que podem servir como ponto de partida para reflexão nesse particular – em especial a Lei Complementar n.º 101/00 (responsabilidade fiscal) e a Lei nº 8.429/92. (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 93/96.abr./jun. 2005.)*

assim determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria.⁶¹

No entanto, é preciso lembrar que uma decisão judicial não funciona como uma varinha de condão. Não é simplesmente porque determinada situação de violação de direitos, especificamente dos prestacionais, foi levada à conhecimento do Poder Judiciário que ela será facilmente solucionada.

Muitas vezes há leis instituindo determinada política pública e vontade do Poder Executivo na sua implementação, mas questões orçamentárias limitam a atuação estatal, como bem ponderado por JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES:

“Uma política pública, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos. Começemos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções; uma política de educação, ou saúde, ou preservação do meio ambiente dependerá sempre, mais ou menos do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazo e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos. [...]

Nesta perspectiva, cresce a importância de alguns capítulos constitucionais pouco conhecidos dos juristas em geral. Refiro-me particularmente ao Título VI (‘Da Tributação e do Orçamento’), Capítulo II (‘Das Finanças Públicas’), artigos 163 a 169. Em geral o estudo de tais normas tem sido relegado a um segundo plano, seja nos currículos das faculdades de direito, seja no debate público. Em geral, também, o estudo de tais normas restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena *transição pós-moderna*, digamos assim, do Estado? [...].

Assim, para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o *desenvolvimento* nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas *despesas de capital e programas de duração continuada* (art. 165, §1º).⁶²

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros* in *Direitos Sociais e Direitos Sociais em Espécie*. Organizadores SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Página 515.

⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In, FARIA, José Eduardo (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p 131/133

Destarte, se por um lado o Poder Judiciário tem o dever constitucional de atuar no caso concreto para afastar a situação de violação de direito levada a seu conhecimento, promovendo a justiça social, por outro ele encontra limitações que inviabilizam o cumprimento de suas decisões, além das críticas decorrentes da ausência de legitimidade democrática para promoção das políticas públicas. Assim, para afastar o risco de proferir decisão ineficaz, perpetuando a situação de violação a direitos, seja por impossibilidade de cumprimento decorrente da limitação orçamentária, seja decorrente da ausência de técnica, ambos os casos em razão do distanciamento do Judiciário da realidade estatal, verifica-se a necessidade de promoção de diálogos institucionais.⁶³

4.2. Solução dialógica

Considerando a separação das atividades pertinentes a cada ramo do Poder, a cisão clássica entre direito e política resulta na determinação da esfera política pela soberania nacional e pelo princípio majoritário e da esfera jurídica pela ideia de *rule of law*, isto é, pelo primado da lei e observância dos direitos fundamentais.⁶⁴

Os diálogos institucionais⁶⁵ visam a criação de uma conversa produtiva entre os Poderes do Estado para solucionar casos difíceis,

⁶³ “ As reflexões sobre as denominadas teorias do diálogo institucional ou constitucional remete para uma questão central, a relação entre política e direito. Esta articulação revela-se com toda força no processo interativo dos atores envolvidos quanto ao procedimento referido às decisões judiciais. Esse traço de completude é decorrente do próprio universo dialógico que se opõe a um modelo de *strong judicial review*. Assim, segundo a lição de Rosalind Dixon, uma atuação menos ativa do Poder Judiciário, com base num modelo de diálogos institucionais, é importante para efetivar direitos. (RÉ, Mônica Campos de; VIEIRA, José Ribas. *As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, 2009. p. 2049. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf> Acesso em 02.09.2016.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 252.

⁶⁵ ETÉOCLES BRITO MENDONÇA DIAS JÚNIOR define diálogos institucionais como *mecanismos que implicam na interação e cooperação de duas ou mais instituições pertencentes a poderes estatais distintos para fins de resolução de controvérsia legais e provedora de direitos e garantias fundamentais sem que haja a predefinição da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra*. (DIAS JÚNIOR, E. B. M. *Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade*

notadamente aqueles que envolvem política e proteção dos direitos fundamentais. CLÉMERSON MERLIN CLÉVE e BRUNO MENESES LORENZETTO justificam a necessidade de diálogo institucional:

“Perante o questionamento sobre qual instituição possui as melhores condições para responder casos controvertidos, foi formulada a resposta que procura a manutenção de uma conversa produtiva entre os Poderes. A busca por soluções de casos complexos, os quais demandam respostas institucionais elaboradas, precisa ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na confecção e sua fiscalização posterior.”⁶⁶

A busca por soluções dialógicas tem como objetivo *a) garantia de direitos; b) balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática; c) construção de um processo deliberativo quanto ao conteúdo dos direitos compatível com a complexidade a eles inerentes nas questões difíceis; d) prevenção à prática judicial ativista*, conforme ensina CECILIA DE ALMEIDA SILVA.⁶⁷

Com relação a esses objetivos, vale registrar que, ao afastar a premissa de supremacia judicial, essas situações conciliatórias sempre buscarão assegurar a concretização dos direitos fundamentais, compartilhando a responsabilidade com os Poderes Representativos. Ademais, o balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática, bem como a construção de um processo deliberativo compatível com a complexidade demonstram a necessidade de promover o equilíbrio entre os atores envolvidos, conferindo legitimidade democráticas às decisões alcançadas.

No que respeita à prevenção do ativismo, ETÉOCLES BRITO MENDONÇA DIAS JÚNIOR, explica que *demonstra a preocupação em se evitar atuações jurisdicionais hiperatrofiadas. De fato, como já ressaltado, os defensores das teorias dialógicas reconhecem que alargar o campo de competência das cortes judiciais em favor de um modelo de atuação judicial com forte apelo na supremacia fragiliza a efetividade da democracia. Ou seja,*

colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. 2012. 109 f. Tese (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.)

⁶⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Revista de investigações constitucionais. Vo. 2. Número 3. Setembro/dezembro 2015. ISSN 2359-5639 – Periodicidade quadrimestral. Curitiba. p. 184

⁶⁷ SILVA, Cecília de Almeida *et al.* Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba: Juruá, 2010. p. 102

*as soluções dialógicas articulam a defesa de um weak review como contraponto aos riscos de uma 'ditadura da toga'.*⁶⁸

As vertentes de implementação dialógica mais utilizadas na prática são a de aconselhamento judicial e de construção coordenada de decisões.⁶⁹ Na primeira delas o Poder Judiciário constrói decisão de cunho proativo, lançando mão de recomendações aos demais poderes estatais. Com as referidas recomendações, o Judiciário evidencia o caminho adequado para a correção ou complementação da situação levada a seu conhecimento. Nestes casos, a última palavra necessária à observação concreta dos direitos fundamentais também poderá ser do Poder Executivo ou o Legislativo, atuando norteados pelas recomendações judiciais.⁷⁰

Já a construção coordenada de decisão implica numa postura em que o Judiciário compartilha com os demais poderes a tarefa de interpretação constitucional, e pode até mesmo ser provocado pelos demais poderes a apresentar motivos de discordância ou para apresentar uma solução ao caso analisado.⁷¹ Essa segunda vertente analisada vai ao encontro do defendido por PETER HARBELE:

“no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, potencias públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁷²

O próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4357, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto, enfrentou essa questão:

“(...) parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotadas de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É tênue, com

⁶⁸ DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. Op. Cit. p.82

⁶⁹ DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. Op. Cit. p. 83.

⁷⁰ DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. Op. Cit. p. 83.

⁷¹ DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. Op. Cit. p. 83.

⁷² HÄRBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13

efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, caput), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz ao demais poderes políticos na construção dos sentido e do alcance das normas constitucionais”⁷³

Com efeito, o Poder Judiciário pode se valer ainda dos mecanismos de audiência pública e *amicus curiae* para privilegiar a participação social nos processos decisórios, aproximando-se da realidade e conferindo maior legitimidade a sua autoridade.⁷⁴

Conforme ensinam CLÉMERTON MERLIN CLÉVE e BRUNO MENESES LORENZETT, a tomada de decisões em casos difíceis valendo-se da prática dos diálogos institucionais evidenciam dois aspectos do processo:

⁷³ Acórdão ADI 4357. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=6812428&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%204357>. Acesso em 12 set.2016

⁷⁴Sobre a importância da participação social no processo decisório por meio da realização de audiência pública ou intervenção de *amicus curiae* o próprio Supremo Tribunal Federal se manifestou por meio do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ação sobre células tronco: *É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...) Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.(...) Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juizes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias". (...) O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, "o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da ADI nº 3.510 – Plenário do STF sessão de julgamento em 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510> .Acesso em 13 set 2016*

Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria.”⁷⁵

Em recente decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Pleno do Colendo Supremo Tribunal Federal enfrentou essas questões em acórdão cuja relatoria coube ao Ministro Luiz Fux, assim ementado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE

⁷⁵CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses Op. Cit. p. 189/190

POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. [...] 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político.⁷⁶

Feita uma análise acerca dos diálogos institucionais, a seguir será demonstrada a necessidade de aplicação da referida solução nos autos da ação constitucional que trata da política penitenciária no Brasil.

76

Disponível

em

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10499116&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%205105> . Acesso em 13 set 2016

5. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA SOLUÇÃO DIALÓGICA QUESTÃO POSTA NOS AUTOS DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

5.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF n.º 347

A ação constitucional ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL com fundamento no artigo 102, §1º, da Constituição Federal⁷⁷ e na Lei n.º9.882/99⁷⁸, cujo mérito está pendente de julgamento, pretende o reconhecimento “*do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro*” para determinar “*a adoção de medidas tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal*”.⁷⁹⁸⁰

A ADPF aponta a existência de “*gravíssima e generalizada ofensa aos direitos mais básicos dos presos*” e, socorrendo-se do Direito Comparado, apresenta interessantes soluções de intervenção da jurisdição constitucional

⁷⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

⁷⁸ Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

⁷⁹ Trechos da inicial da ADPF n.º 347, disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em 28 jul 2016.

⁸⁰ O tema da grave violação a direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro já havia sido objeto de Recurso Extraordinário (RE n.º592.581/RS), interposto em face de acórdão do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido em sede de Ação Civil Pública, no bojo da qual o Ministério Público postulava que o Estado do Rio Grande do Sul promovesse reforma no Albergue Estadual de Uruguiana. O acórdão gaúcho objeto do RE, reformando decisão de Primeira Instância, considerou que não cabia ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional. Quando da análise do RE, o STF deu provimento ao recurso para considera que “*é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou 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 de reserva do possível e nem o princípio da separação dos poderes.*” (STF. RE n.º 592.581/RS. Pleno. Julgado em 13.06.2015.)

diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção dos direitos fundamentais.

Depois de citar exemplo dos Estados Unidos, da África do Sul e da Índia, concentra sua análise na Corte Constitucional da Colômbia, em que, em razão da grave e generalizada ofensa a direitos fundamentais, cujo afastamento dependia de um conjunto complexo e coordenado de medidas envolvendo diversas entidades, verificou-se a construção do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Defendendo a aplicabilidade da ideia do Estado de Coisas Inconstitucional à jurisdição constitucional brasileira, o autor da ação constitucional postula à Corte Constitucional Brasileira a aplicação da técnica de decisão na análise dos pedidos formulados para *a) declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, b) Confirmar as medidas cautelares aludidas acima, c) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo máximo de 3 meses, um plano nacional (“Plano Nacional”) visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos, conforme inicial.*

Em análise liminar, o Pleno do STF concedeu parcialmente o pedido para determinar a realização de audiências de custódia, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas contadas do momento da prisão. Reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional decorrente de um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário, determinou a liberação, sem qualquer tipo de limitação, do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Nas palavras do E. Min Ricardo Lewandowski, a interferência do Poder Judiciário ao determinar o descontingenciamento do saldo do FUNPEN se trata de *“uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro.”*⁸¹

⁸¹ Notícia STF datada de 09.09.2015, intitulada *STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário*. Disponível em

No mérito a ação constitucional visa ao reconhecimento do ECI para (i) determinar ao Governo Federal que submeta, em 3 (três) meses, à aprovação do STF, Plano Nacional visando a superação da referida situação inconstitucional⁸², (ii) submeter referido plano ao Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, sem prejuízo de demais órgãos e instituições que possam colaborar, bem como da sociedade civil, (iii) deliberar sobre o plano, sugerindo adequações, se necessárias⁸³ e, (iv) monitorar a implementação do

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em 28 jul 2016

⁸² Conforme consta na inicial, “O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca à (i) redução da superlotação dos presídios; (ii) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (iii) diminuição do número de presos provisórios; (iii) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (iv) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito; (v) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (vi) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (vii) eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (viii) adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT. O Plano Nacional deve conter, também, a previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das medidas de incumbência da União Federal e de suas entidades.”. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em 28 jul 2016.

⁸³ Medidas igualmente postuladas em relação ao âmbito estadual: “f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas. g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF. h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.”

Plano Nacional, “em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.”⁸⁴

Com efeito, por meio da ADPF, o Partido Socialismo e Liberdade requer a interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário, bem como nas alocações orçamentárias.

5.2. Da solução a ser empregada pelo Supremo Tribunal Federal

De fato, a realidade do sistema carcerário no Brasil caracteriza uma situação contrária à Constituição, de violações graves e massivas de direitos fundamentais decorrente de uma falha estrutural⁸⁵.

Contudo, o reconhecimento desta situação pelo Poder Judiciário não afasta a realidade orçamentária, principal responsável pela situação degradante dos direitos dos apenados.

Como oportunamente exposto no presente trabalho, a decisão judicial não funciona como uma varinha de condão capaz de solucionar os problemas levados até o Judiciário. Oportuno citar, a esse respeito, o raciocínio de GUILHER VALLE BRUM:

“É que, se partirmos da fundamentação apresentada pelos juízes, chegaremos à conclusão de que os problemas de insuficiência de políticas públicas são facilmente resolvíveis. Basta ‘denunciar’ o descaso ao Ministério Público, o qual, por sua vez, ajuizará uma ação e um magistrado, de preferência em sede de liminar, determinará que o Poder Público

⁸⁴ Trecho da ADPF. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>. Acesso em 28 jul 2016

⁸⁵ A expressão *de fato* foi utilizada em razão do reconhecimento feito pelo Supremo Tribunal Federal: “SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10300665&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20347%20-%20MC>. Acesso 29 jul 2016.

disponibilize e execute os meios materiais necessários à promoção dos direitos fundamentais – principalmente os de índole social – previstos na Constituição.

No entanto, é evidente que não são apenas os municípios e apenados abrangidos pelas decisões que estão sofrendo com a superlotação das cadeias. A crise penitenciária brasileira é notória de há muito. Assim, dizer simplesmente que as cadeias são precárias é afirmar o óbvio, por mais perversa que seja a realidade. Nesse contexto, então, não seria necessário, em nome do dever de universalizabilidade da decisão, atender ao pedido de todos os promotores que ajuizassem ações civis públicas em cada uma das Comarcas da unidade federativa ao argumento da precariedade dos respectivos estabelecimentos prisionais? Como as decisões não oferecem critérios de prioridade, seríamos forçados a responder afirmativamente à indagação, o que acabaria por operar uma substituição definitiva de quem deve, por atribuição constitucional, exercer as funções de administração pública, que passariam a ser executadas pelo Poder Judiciário, em vez do Poder Executivo, nessa seara fundamental para o Estado brasileiro. Em última análise, estamos falando de um redesenho do princípio da separação harmônica e funcional do Poder da República, consequência jurídica gravíssima, pois.⁸⁶

Desta forma, a fim de proferir uma decisão passível de cumprimento, é imperioso que a Corte Constitucional se valha dos diálogos institucionais, conhecendo as limitações fáticas enfrentadas pelo Poder Executivo e Legislativo para, de forma cooperada, escolherem as melhores medidas a serem adotadas, cujo norte deverá ser a concretização do direito dos apenados.⁸⁷

⁸⁶ BRUM, Guilherme Valle. Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014. Pág. 194-195

⁸⁷ Vale um registro de que o acórdão da decisão cautelar sugere que o STF não atuará assim:

Independentemente de rótulos, importa esclarecer quais implicações, presentes os limites de atuação do Supremo, surgem a partir do reconhecimento de se encontrarem satisfeitos os pressupostos próprios desse estado de coisas. Qual papel o Supremo está legitimado a desempenhar ante o estágio elevadíssimo de inconstitucionalidades? Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo. Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resulta na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes. A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral. Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de

6. CONCLUSÃO

Dentre os objetivos do Estado Democrático de Direito merece destaque a garantia e respeito das liberdades individuais, bem como a promoção dos direitos sociais. A atuação estatal na promoção dos direitos prestacionais se verifica por meio das políticas públicas.

Ao longo do presente trabalho foram analisadas as funções estatais à luz da teoria da separação dos poderes e demonstrado a atribuição de cada uma delas no tocante a promoção dos direitos sociais.

Vale lembrar que por meio da atividade legislativa, o parlamento formula as políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo, de sorte que a escolha das prioridades estatais está intimamente relacionada aos agentes eleitos, respeitando o princípio democrático.

Fato é que, diante da insuficiência das políticas promovidas, com a severa dificuldade do Estado na observância dos direitos sociais, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais acionado.

Consoante analisado, em razão da inafastabilidade do Poder Judiciário este tem o dever de, uma vez acionado, garantir a observância do direito tido como violado no caso concreto. É nesse contexto que surge a judicialização da política.

A interferência do Judiciário nas políticas públicas é alvo de críticas especialmente em razão da ausência de legitimidade democrática e dos limites da capacidade institucional.

soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. No caso dos presos, os bloqueios ou desacordos políticos encontram razões tanto na sub-representação parlamentar como na impopularidade desses indivíduos. A primeira decorre do fato de os condenados criminalmente ficarem impedidos de votar e serem votados. Têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado (artigo 15, inciso III, da Constituição Federal). Então, não gozam de representação política direta.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10300665&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20347%20-%20MC>. Acesso 29 jul 2016.

A crítica referente à ausência de legitimidade democrática decorre do fato de os magistrados não serem representantes do povo, uma vez que a forma de ingresso na carreira não guarda qualquer relação com a escolha dos cidadãos.

Já no que se refere aos limites da capacidade institucional foi visto que muitas vezes o Poder Judiciário não tem entendimento técnico suficiente sobre o tema, desconhece as realidades estatais que impediram a promoção espontânea dos direitos sociais e não consegue projetar as consequências de suas decisões considerando a universalidade dos cidadãos.

Não obstante tais questões, a Corte Constitucional da Colômbia criou técnica de decisão em que, reconhecendo *(i)* quadro de violação massiva de direitos fundamentais *(ii)* decorrente de omissão reiterada das autoridades públicas e *(iii)* cuja superação exija a adoção de medidas por uma pluralidade de órgãos, declara o estado de coisas inconstitucional e interfere na formulação de políticas públicas, ordenando a adoção de medidas por parte dos demais poderes do Estado.

Procurou-se demonstrar ao longo do presente trabalho que a intervenção judicial não tem o condão de afastar as dificuldades enfrentadas diariamente pelos Poderes Executivo e Legislativo na promoção dos direitos judiciais. O que se quer dizer é que, a despeito do Poder Judiciário ter o dever de resguardar os direitos dos cidadãos, sua interferência nas políticas públicas não afasta a realidade orçamentária, grande responsável pela insuficiência das ações adotadas pelo Estado.

Assim, a solução para esses casos difíceis, como demonstrado, deve ser alcançada a partir dos diálogos institucionais, de forma que todos os atores envolvidos possam contribuir de alguma forma para a eleição das metas e dos caminhos a serem percorridos.

Importante notar que esse caminho servirá, inclusive, para garantir a autoridade das decisões judiciais, tornando-as mais factíveis de serem cumpridas, valendo registrar que, conforme experiência da Corte Constitucional da Colômbia, a flexibilidade das ordens é que garante sua observância.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, *Revista de Direito do Estado* 3:17, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p. 93/96.abr./jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista Interesse Pública* n.º 46, nov./dez. 2007. Belo Horizonte: Forum, 2007.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=6

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOLONHA, Carlos Henrique; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. *Problemas institucionais no constitucionalismo contemporâneo*. Disponível em [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF Livre/17 Dout Nacional 10.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/17_Dout_Nacional_10.pdf)

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, 2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVACANTI, Themistocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Revista de investigações constitucionais*. Vo. 2. Número 3. Setembro/dezembro 2015. ISSN 2359-5639 – Periodicidade quadrimestral. Curitiba

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, In *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Organizador: Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DERANI, Cristiane. Política Pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexão sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006.

DIAS JÚNIOR, E. B. M. *Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional*. 2012. 109 f. Dissertação (Mestrado) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012

DIAS, Roberto. O que os juristas e o Judiciário têm a dizer sobre saúde pública? in SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

DURAN-FERREIRA, Camila. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AINDS*. Monografia vencedora do Concurso IPEA-CAIXA. Apud BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKING, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua eficácia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o do Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito*. In, FARIA, José Eduardo (org.) *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998

MANUSCO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Ed., 1997

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. 1ª Ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>

RÉ, Mônica Campos de; VIEIRA, José Ribas. *As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, 2009. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>

SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete (Orgs.) *Políticas Públicas*. Coletânea. Vol 1., ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde: O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros in *Direitos Sociais e Direitos Sociais em Espécie*. Organizadores SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

STRECK, Lênio. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Disponível em: [HTTP://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul](http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul)

_____. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, n. 2, pp. 441-464, jul-dez/2008.

OUTRAS FONTES CONSULTADAS – endereços eletrônicos

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-289-98.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-525-99.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-590-98.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=6812428&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%204357>

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10499116&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%205105>

[http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560.](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560)

[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385.](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385)

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10300665&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20347%20-%20MC>