

# **O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEUS PERIGOS**

Lucas Pessôa Moreira

Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

[lucaspessoamoreira@gmail.com](mailto:lucaspessoamoreira@gmail.com)

## **RESUMO**

Neste artigo, parte-se da análise da ADPF 347 para estudar o conceito de políticas públicas, a quem compete realizá-las e qual o papel desempenhado pelo Judiciário em sua realização, para, em seguida, analisar o conteúdo da medida cautelar concedida e as expectativas criadas a respeito da decisão que será proferida ao final do processo, na qual o conceito/técnica de decisão do “estado de coisas inconstitucional” pode representar um novo marco na relação entre os três poderes na realização de políticas públicas.

## **PALAVRAS-CHAVE**

- Políticas públicas; Separação de poderes; Ativismo judicial; Estado de coisas inconstitucional; Contingenciamento de despesas.

## INTRODUÇÃO

“Há uma razão para o realismo mágico ter nascido na Colômbia. É uma país onde o sonho e a realidade se juntam. Onde, na cabeça deles, as pessoas voam tão alto como Ícaro. Mas, mesmo o realismo mágico tem seus limites. E quando você chega mais próximo do sol, seus sonhos derretem”

Quem faz tal afirmação é o personagem Steve Murphy, agente da DEA interpretado por Boyd Holbrook, nos momentos iniciais da série *Narcos*, que acompanha a ascensão do narcotráfico na Colômbia.

Com um pouco de criatividade é possível ver relações entre a afirmação do personagem da série estreada há poucas semanas com a possível adoção pelo Supremo Tribunal Federal da ideia do “Estado de Coisas Inconstitucional”, conceito/técnica que nasceu na doutrina e jurisprudência colombianas, foi adotado pela jurisdição constitucional de outros estados, e efetivamente “estреou”<sup>1</sup> no cenário brasileiro no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, cujo julgamento da medida cautelar teve fim em 09/09/2015.

### A ADPF 347

Na ADPF 347, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pede que seja declarado o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, de forma que o Supremo Tribunal Federal, diante de omissões dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, aja supletivamente, impondo e coordenando medidas aptas a sustar a violação de direitos fundamentais dos encarcerados.

Os diferentes argumentos considerados na análise da questão trazem à tona os conflitos entre uma sonhada solução judicial à angustiante situação dos presos no Brasil e a realidade dos limites institucionais, materiais e jurídicos que podem fazer tais sonhos “derreterem”. Passamos, então, a analisar a ADPF 347 e os diferentes conceitos e conflitos que surgem de seu estudo.

Conforme já exposto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental busca o reconhecimento do denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante das seguintes condições: (i) vulneração massiva e

---

<sup>1</sup> Embora o conceito já tivesse sido abordado incidentalmente, por exemplo, nas ADIs 4357 e 4425.

generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

A peça inicial afirma que a técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação.

A superlotação e as condições degradantes do sistema prisional são expostas de forma a retratar o cenário fático incompatível com a Constituição Federal, ante a presença de diversas ofensas a preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, sendo importante destacar que o quadro descrito é tratado como resultante de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial.

Afirma-se que “cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o estado de coisas inconstitucional –, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição”<sup>2</sup>.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, de forma que a intervenção judicial seria reclamada, ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir o Legislativo e o Executivo na consecução de

---

<sup>2</sup> Trecho extraído da peça inicial da ADPF 347. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/wp-content/uploads/2015/06/ADPF-347.pdf>> Acesso em 28/09/2015

tarefas próprias, de maneira que o Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais, agindo em diálogo com os outros poderes e com a sociedade, sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de por fim ao estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e às limitações institucionais reveladas<sup>3</sup>.

O Colegiado, por decisão majoritária, deferiu a medida cautelar para: determinar que os juízes e tribunais observassem os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos a fim de que se realizasse em até 90 dias audiências de custódia, bem como viabilizasse o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; e para impor o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedar à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro<sup>4</sup>.

Indeferiu-se, também por maioria, a medida cautelar em relação aos pedidos: para determinar que os juízes e tribunais motivassem expressamente, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, por que não teriam sido aplicadas medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; para determinar que os juízes e tribunais considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; para determinar que os juízes e tribunais estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo ; para que o juízo da execução penal tivesse o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na

---

<sup>3</sup>Informativo STF nº 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em: 28/09/2015

<sup>4</sup> Ibidem.

ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; e para que o juízo da execução penal tivesse o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção<sup>5</sup>.

No que se refere à alínea “g”, que visava a determinação para o Conselho Nacional de Justiça coordenar um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los aos outros pedidos formulados, o Plenário, por maioria, julgou o pleito prejudicado<sup>6</sup>.

Por fim, o Colegiado, por maioria, acolheu proposta formulada pelo Ministro Roberto Barroso, no sentido de que se determine à União e aos Estados-Membros, especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhassem à Corte informações sobre a situação prisional<sup>7</sup>.

O julgamento do mérito trará à tona o pleito de medidas ainda mais ousadas e complexas, que giram em torno da elaboração de planos contendo propostas e metas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional, tratando, inclusive, da previsão dos recursos para sua efetivação e da elaboração de um cronograma para sua execução.

Ao final da demanda, espera a Arguente seja julgada procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de modo a que o Supremo Tribunal Federal: a) declare o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; b) confirme as medidas cautelares pleiteadas; c) determine 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, sendo que 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; d) submeta o Plano Nacional à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria Geral da União, do Conselho Federal da

---

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Ibidem.

Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar sobre o mesmo, além de ouvir a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; e) delibere sobre o Plano Nacional, para homologá-lo ou impor medidas alternativas ou complementares, que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional; f) determine, após a deliberação sobre o Plano Nacional, 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; g) submeta 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, bem como 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) delibere 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; e, por fim, i) monitore a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro<sup>8</sup>.

As providências pleiteadas vão além dos objetivos tradicionalmente almejados em demandas que tratam de questões semelhantes. A Corte Constitucional, em caso de provimento, interferiria no orçamento e nas políticas públicas de maneiras até então inéditas. Carlos Azevedo Campos, professor da UERJ, assessor do Ministro Marco Aurélio, que teve sua tese de doutorado “Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional” aprovada na Faculdade de Direito da UERJ sob a orientação do Prof. Daniel Sarmiento (advogado do PSOL na ADPF 347) e em cuja banca fez parte o Ministro Luíz

---

<sup>8</sup> ADPF 347. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/06/ADPF-347.pdf>> Acesso em 28/09/2015

Roberto Barroso, afirma que, em tais casos, *“o papel de uma corte é o de colocar a máquina estatal em movimento e de articular a harmonia nesse movimento. A declaração de “Estado de Coisas Inconstitucional” leva o juiz a agir como coordenador institucional. O ativismo judicial é o único instrumento para superar bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar”*<sup>9</sup>.

Para efeito comparativo dos parâmetros com os quais a jurisprudência abordava tema semelhante, apenas 2 meses antes do julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, ao julgar o RE 592581/RS, o plenário proferiu a seguinte decisão:

“Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015.”

O recurso extraordinário provido discutia a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo estadual a execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais dos presos, por considerar tratar-se de estabelecimento prisional cujas condições estruturais seriam efetivamente atentatórias à integridade física e moral dos detentos.

No caso concreto o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Estado do Rio Grande do Sul para que promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. Entretanto, ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido do MPE-RS, por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração.

---

<sup>9</sup> Notícia veiculada no jornal Estadão, em matéria intitulada “Outra tese esdrúxula no STF”. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,outra-tese-esdruxula-no-stf,1758129>> Acesso em 28/09/2015.

Já na ocasião foi apontado pela Suprema Corte que o panorama nacional indicaria que o sistema carcerário como um todo estaria em quadro de total falência, que comprometeria a efetividade do sistema como instrumento de reabilitação social. Considerou-se que caberia ao Judiciário intervir para que o conteúdo do sistema constitucional fosse assegurado a qualquer jurisdicionado, de acordo com o postulado da inafastabilidade da jurisdição, de maneira que aos juizes seriam assegurados do poder geral de cautela mediante o qual lhes seria permitido conceder medidas atípicas, sempre que se mostrassem necessárias para assegurar a efetividade do direito buscado. De acordo com o julgado, o juiz só poderia intervir nas situações em que se evidenciasse um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que colocasse em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados<sup>10</sup>.

Os julgamentos do RE 592581/RS e da Medida Cautelar na ADPF 347 servem para ilustrar o empenho do Supremo Tribunal Federal na busca pela concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Contudo, as medidas postuladas aparentemente impactam de maneira diversa a relação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente considerando os papéis que eles desempenham ante as políticas públicas.

## **AS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O conceito de política pública só recentemente passou a ser analisado pela teoria jurídica. E a razão é simples: ele correspondia a uma realidade inexistente ou desimportante antes do Estado de Bem-Estar Social. Esse é o marco a partir do qual ocorreu a indispensável reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, de forma que a atribuição prioritária dos Poderes Públicos passa a ser a progressiva constituição de condições sociais básicas para todos os indivíduos<sup>11</sup>.

O conceito de política pública é notoriamente controverso, sendo que uma tentativa de delimitação de seu conteúdo deve preceder a análise de sua relação com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Relacionando a conceituação almejada aos diferentes poderes, cabe analisar a contribuição de CONDÉ, ao afirmar que na língua inglesa é usual a distinção entre: *policy*,

---

<sup>10</sup> Informativo STF nº 794. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>> Acesso em 28/09/2015.

<sup>11</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998. p. 43.

que designa um sentido específico associado à política como administração, como ação dirigida; e *politics*, que indica o jogo político em si, a própria ação de governar e o movimento associado aos partidos, o Parlamento e a relação com os governados<sup>12</sup>.

Por sua vez, DWORKIN concentra sua análise na distinção, sob a ótica da teoria política, entre argumentos de política (policy) e argumentos de princípios. Os argumentos de política justificariam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo<sup>13</sup>. Para o autor, a política (policy) designa “*aquela espécie de padrão de conduta (standard) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil*”<sup>14</sup>. Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tenderiam a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visariam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.

Em seus estudos sobre as políticas públicas DYE começa por afirmar que “*políticas públicas são qualquer coisa que governos escolhem fazer ou não fazer*”<sup>15</sup>.

Dedicando-se a elaborar a análise jurídica das políticas públicas, COMPARATO afirma que a primeira distinção a ser feita é de ordem negativa no sentido de que ela não é uma norma nem um ato, embora possa englobar a ambos como seus componentes. Para o autor, “*a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*”<sup>16</sup>. É a finalidade que vai lhe dar unidade, pois os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a regimes jurídicos próprios.

FREIRE JÚNIOR, sem deixar de destacar a ingratidão da tarefa proposta, apresenta seu conceito, *in verbis*:

“Não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto

---

<sup>12</sup> CONDÉ, Eduardo Salomão. Diversidade em processo: as políticas públicas em perspectiva. Teoria e Cultura, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, 2006. p. 77.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 129 a 132.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge : Massachusetts, 1978. Especialmente p. 22 e segs. e 294 e segs. Apud. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998. p. 44.

<sup>15</sup> Tradução livre. DYE, Thomas R. Understanding public policy/ Thomas R. Dye. - 14th ed. p. 3.

<sup>16</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998. p. 45.

ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau: 'A expressão política pública designa todas as atuações do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e Sociedade (...).A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social'.

Faz, ainda, alerta, no qual aborda o tema de fundo da decisão que inicia o presente artigo:

“Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se rele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los”<sup>17</sup>.

De fato, pela exposição até o momento já é possível concluir que não há definição consolidada acerca do tema. Contudo, para fins deste trabalho, utilizarei o conceito desenvolvido por BUCCI, ao definir que *“política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definitivos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”*<sup>18</sup>. Tal definição retrata a complexidade envolvida na elaboração das políticas públicas que servem de programa de ação governamental para os mais diversos temas. De acordo com a autora, o que há de comum entre todas as diferentes políticas - amplas ou setoriais, “de fins” ou “de meios”, etc. -, dando sentido ao agrupamento delas sob um mesmo conceito jurídico, é o processo político de escolha de prioridades para o governo, tanto em termos de objetivos como de procedimentos.

As políticas públicas sempre contêm uma série de decisões que determinarão os diferentes elementos que irão compor as políticas públicas. Trata-se, portanto, de atividade complexa, que empreende uma série de etapas necessárias para que o objetivo da política pública seja alcançado. Identificando a política pública como um processo, SOARES expõe

---

<sup>17</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 47 a 49.

<sup>18</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 39.

leitura de THEODOULOU, segundo a qual poderia haver o seguinte fracionamento: a) reconhecimento do problema e identificação das temáticas envolvidas naquela mesma área de atuação, em outros segmentos da Administração Pública, que possam contribuir para favorecer ou bloquear as soluções; b) inserção do tema na agenda de ação do poder público; c) formulação da política pública a ser concretizada, traduzindo-se concretamente as ações; d) adoção da política pública, não só edição de ato, mobilização de órgãos e adoção de medidas necessárias; e) implementação da política, envolvendo ações concretas por parte dos órgãos administrativos envolvidos; f) análise da avaliação da política pública executada, à vista dos parâmetros que originalmente pautaram a sua concepção<sup>19</sup>.

Retornando ao estudo de BUCCI sobre o tema, é possível extrair que o núcleo de sentido das políticas públicas reside na ação governamental, que é o movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais, a partir do esforço do governo<sup>20</sup>.

Governo, a autora ressalta, é expressão não sinônima de Administração Pública e Estado, que se refere, utilizando-se a definição de LEVI, ao conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade, constituindo um aspecto do Estado<sup>21</sup>.

A distinção entre ato de governo e ato de administração constante na Constituição francesa da 3ª República, de 1875, na qual o primeiro correspondia às atividades políticas, enquanto o segundo consistia nos atos de execução das leis, esclarecem a origem da distinção.

A especificidade da noção de governo surge mais nítida no plano de cada ordem jurídica positiva, assumindo contornos próprios como corpo destacado no interior do Estado a partir de atribuições específicas que os distinguem também da Administração Pública, que lhe incumbe dirigir.

A distribuição de funções vai se organizar de maneira distinta tomando em conta principalmente a separação dos poderes, que certamente não pode ser aplicada levando em consideração apenas seu modelo preconizado por Montesquieu, posto que assumiu contornos flexíveis após diferentes experiências históricas e elaborações teóricas que estabeleceram diversos arranjos e modos de distribuição em que as funções típicas de cada poder se

---

<sup>19</sup> SOARES, Hector Cury. O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil: a decisão judicial e sua fundamentação. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 32, p. 69-93, 2011.

<sup>20</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013. p.39.

<sup>21</sup> LEVI, Lucio. Dicionário de Política. p. 533. In. BUCCI, Maria Paula Dallari. Idem. p.58.

interpenetram de diferentes maneiras desde que não afastado seu princípio estruturante, qual seja, o controle do poder pelo poder.

No que se refere à forma de governo, BUCCI constata que “*a democracia constitui hoje o substrato da noção de governo na civilização ocidental. Com o refinamento das regras políticas e das regras sobre regras, o sufrágio veio progressivamente se ampliando, consagrou-se a supremacia do Parlamento e da lei, o funcionamento do Poder Judiciário e os mecanismos de controle do poder pelo poder.*”<sup>22</sup>. A autora afirma que no aspecto processual, a democracia é o governo pela discussão, enquanto sob o aspecto substantivo, a democracia é inerentemente um sistema de direitos, que tem indiscutível aspecto ético, de índole igualitária e libertária, sendo que esse lastro ético é que pode evitar os riscos inerentes a esse tipo de governo na sociedade de massas, conforme experiências trágicas já o demonstraram<sup>23</sup>.

Além desse lastro ético, que contribui de grande forma para o acréscimo da necessária salvaguarda das minorias à ideia de governo da maioria, a alteração do papel da Constituição, que assume definitivamente o sentido de norma jurídica e é marca do constitucionalismo do pós-guerra, contribui para a conformação de sentido atual de governo e democracia.

Categorias como a dos “atos de governo” perdem o sentido original de imunidade ao controle jurídico à medida que se amplia o alcance da Constituição. Consagram-se os direitos e também as garantias, todos com força normativa. Isso se reflete na maior incidência de controles judiciais sobre políticas públicas.

## **O CONTROLE JURISDICIONAL**

Com a consolidação da supremacia da Constituição, juízes e tribunais, que antes se julgavam incompetentes para concretizarem normas constitucionais programáticas através de decisões judiciais, em respeito à liberdade de conformação dos outros Poderes, passaram a interferir ativamente na guarda dos direitos fundamentais, que assumem dimensões mais amplas, no sentido de que o Estado passa se organizar em prol da defesa e da realização dos mesmos.

---

<sup>22</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. op. cit. p.89.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 95 e 96.

Em favor de uma postura mais ativa do Judiciário no tratamento dos direitos fundamentais deve ser considerado, dentre outros elementos<sup>24</sup>, e tratando aqui do ordenamento brasileiro, o Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cujo teor estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, bem como o §1º do artigo 5º, da Lei Maior, pelo qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Considerando o que já foi exposto no presente trabalho, não há dúvidas de que as políticas públicas desempenham importante missão na concretização dos direitos fundamentais, de maneira que diante de uma violação flagrante a um direito fundamental na implementação de uma política pública, ou em caso de omissão em tal implementação, caberia cogitar da legitimidade do Poder Judiciário em intervir para determinar a sua cessação, no caso de ineficiência ou omissão parcial, ou a sua formulação e execução, no caso de omissão total.

Adquire importância a análise do ativismo judicial, expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, durante o qual ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial fosse necessário.

RAMOS entende por ativismo judicial “*o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)*”<sup>25</sup>, e destaca que a ultrapassagem das linhas demarcatórias se faz em detrimento especialmente da função legislativa.

Contudo, nem sempre o ativismo judicial deve ser visto como algo negativo. Para BARROSO “*a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*”, sendo que “*o ativismo judicial*

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 09, março/abril/maio, 2007, p. 8.

<sup>25</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 309.

*legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos*". Assim, o fenômeno teria uma face positiva no fato do Judiciário atender demandas da sociais não satisfeitas pelos demais poderes<sup>26</sup>.

Fato é que a crescente atuação do Poder Judiciário na mediação das relações sociais, políticas, culturais e econômicas, com o objetivo de garantir direitos é um dos fatores que fomentaram o surgimento do fenômeno da judicialização, que se configura por uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

É possível verificar que a judicialização e o ativismo não podem ser considerados como expressões sinônimas, embora deve ser destacada a proximidade dos mesmos uma vez que envolvem o conflito a respeito da interferência do Judiciário em áreas de atuação de outros os poderes, especialmente quando objetiva a concretização de direitos fundamentais mediante a intervenção em políticas públicas.

Há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Além do já mencionado RE 592581/RS, na qual o plenário assentou que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, podem ser destacados, ainda, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). op. cit. p. 9 a 11.

preservação do direito à vida. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - ARE: 801676 PE , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014)

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até 5 (cinco) anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem

em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível. Doutrina. (...)

(STF - AI: 677274 SP , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 18/09/2008, Data de Publicação: DJe-185 DIVULG 30/09/2008 PUBLIC 01/10/2008 RTJ VOL-00207-03 PP-01331)

De fato, se consolidou o entendimento de que, embora a prerrogativa de formular e executar políticas públicas seja função primordial dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode intervir.

A respeito, GRINOVER, LUCON e WATANABE registram que “o Judiciário brasileiro, há muito tempo, deixou de cumprir apenas a função que tradicionalmente lhe é atribuída — resolver com justiça litígios individuais de caráter patrimonial — para assumir também um papel de destaque no cenário político, assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988.”<sup>27</sup>.

Contudo, perdura a advertência sobre os limites e possibilidades de exercício do controle judicial de políticas públicas. Não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência neste sentido, tal atividade tem sido desenvolvida pelo Judiciário sem a existência de balizas legais precisas.

GRINOVER, LUCON e WATANABE consideram que a tentativa de limitar o subjetivismo judicial na tomada de decisões que determinam a implementação de uma certa política pública, através de regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional entre os poderes estatais ao longo de todas as fases do processo, deu origem ao Projeto de Lei 8.058/2014, de autoria do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), que tramita na Câmara dos Deputados e visa instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário.

Assume especial relevo na análise pretendida o disposto nos arts. 18 e 19 do PL 8.058/2014, que transcrevo:

“Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:

---

27 GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-control-e-jurisdicional-politica-publica-constitucional>> Acesso em 28/09/2015.

I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

§ 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.

§ 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

§ 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.

Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.”<sup>28</sup>

Contra tal iniciativa legislativa, insurgiram-se Lenio Luiz Streck e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, em artigo publicado no Consultor Jurídico em 10 de fevereiro de 2015<sup>29</sup>. Transcrevo:

“Com efeito, com a devida vênia ao ilustre deputado Paulo Teixeira — que tão bem conduziu o projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) na Câmara — o PL 8.058/2014, além de não se constituir em novidade alguma, apenas repete o moralismo infelizmente presente na maior parte do Poder Judiciário, *a pensarem resolver todos os problemas de efetivação de política de educação e saúde por meio de decisões judiciais*. Se vingar o projeto, a partir de agora, as faculdades de Direito de todo o país não deverão mais formar juristas, porém bacharéis-versados-em-“políticas públicas” (restamos a pensar qual seria a política que não é pública...). Em outras palavras: se aprovado o PL 8.058/2014 o Judiciário deixará de ser somente Judiciário. Executivo e Legislativo estão destinados a desaparecer diante da competência do Poder Judiciário.”

---

<sup>28</sup> Projeto de Lei 8058/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em 29/09/2015.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Juiz e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreiro. “*Lei das Políticas Públicas é ‘Estado Social a golpe de caneta?’*”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>> Acesso em: 29/09/2015.

Considero que o trecho transcrito aborda de forma precisa o cerne da questão, podendo, inclusive, ser utilizado na análise do pretendido mediante a ADPF 347.

### **A MEDIDA CAUTELAR**

Em relação ao decidido até o momento, adquire relevância especial um dos pedidos cautelares providos. Trata-se da imposição, pelo Supremo Tribunal Federal, do imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vedação a que União Federal realize novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O FUNPEN foi criado Lei Complementar nº 79/1994, e regulamentado pelo Decreto nº 1.093/1994, tendo por finalidade proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro, sendo que a gestão de seus recursos é atribuição do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça.

Na demanda ajuizada pelo PSOL é afirmado que a maior parte dos recursos disponíveis do FUNPEN não é efetivamente gasta, sendo que, segundo informações do DEPEN, o saldo contábil do fundo corresponderia a cerca de R\$ 2,2 bilhões. Um dos entraves apontados para o uso destes recursos seria o contingenciamento orçamentário realizado pelo governo federal, sendo alegado que menos de 20% dos gastos orçamentariamente autorizados do referido fundo foram efetivamente realizados. Outro entrave seria o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes federativos, para que desenvolvam medidas voltadas à melhoria do sistema carcerário.

A decisão de determinar do imediato descontingenciamento das verbas existentes no FUNPEN apresenta, contudo, alguns riscos, pois, diante da escassa disponibilidade de recursos, a efetivação de um determinado gasto representa uma escolha que vai retirar recursos de outra demanda da sociedade.

Com o declínio do Estado Liberal e desenvolvimento das bases do Estado do Bem-estar Social, o orçamento, antes um mero instrumento de previsão de receitas e despesas, passou a se consolidar como meio de planejamento e execução de políticas<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> GIACOMONI, J. Orçamento Público. 15. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54- 57.

Não é propósito deste trabalho expor em minúcia o processo orçamentário. Contudo, cumpre aclarar alguns pontos, sobre o tema, para que se compreenda a efetiva repercussão da decisão tomada.

A competência para proposição das leis orçamentárias cabe ao Poder Executivo, como dispõe o art. 165 da Constituição Federal, sendo por meio dos instrumentos orçamentários, plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais, que o Estado planeja seus investimentos nas mais variadas frentes de atuação pública.

A elaboração de uma proposta orçamentária anual tem início em cada unidade orçamentária e vai sendo agregada pelos níveis superiores hierárquicos até ser consolidada. Essa elaboração toma aproximadamente meio ano até o envio ao Legislativo que terá prazo um pouco menor para aprovação final da Lei Orçamentária Anual, que seguirá à sanção presidencial.

O tracejo dos planos de investimento estatal são conformados dentro de um processo discursivo que envolve Executivo e Legislativo, cujos principais objetivos são a definição democrática do que seja prioridade estatal e a apresentação transparente dos limites orçamentário-financeiros que orientam o agir do Poder Público.

Como uma regra o orçamento possui caráter autorizativo, de maneira que o que é autorizado é bem distinto do que é efetivamente executado.

Aqui assume relevância a figura do contingenciamento, que significa que o governo deverá gastar menos do que foi planejado no orçamento, sendo suas causas comuns a não concretização da arrecadação estimada ou aumento de despesas acima do patamar previamente fixado.

Contingenciamento tem o mesmo significado, à luz dos textos legais, de limitação de empenho, sendo que sua ocorrência está amparada legalmente no art. 9º da Lei Complementar nº 101/2000 – LRF<sup>31</sup>, e no princípio do equilíbrio orçamentário. São excluídas de tal limitação apenas “as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias”, segundo o disposto no art. 9º, § 2º da LRF.

SILVA e MARQUES corretamente destacam, contudo, que “embora o contingenciamento seja fundamental para a manutenção do equilíbrio fiscal, gera, como

---

<sup>31</sup> “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

consequência, efeitos negativos à perspectiva de aperfeiçoamento das atividades estatais”, pois o fato de se gastar menos do que foi planejado pode implicar na postergação ou cancelamento da aplicação de políticas públicas voltadas ao atendimento dos anseios sociais<sup>32</sup>.

Normalmente, no início de cada ano, o Governo Federal emite um Decreto limitando os valores autorizados na LOA, sendo que geralmente a contenção compulsória dos gastos públicos recai sobre as ações de governo de menor repercussão imediata ao funcionamento da máquina pública, tais como os investimentos públicos necessários à construção de novos estabelecimentos prisionais.

Para ilustrar a questão, SILVA e MARQUES analisam o orçamento federal de 2011, na qual o valor fixado para despesas ao longo do exercício era de R\$ 2,1 trilhões. Desse total, R\$ 1,03 trilhão estava reservado para pagamento do refinanciamento da dívida pública federal (principal, juros e demais encargos) e R\$ 784 bilhões destinados às despesas obrigatórias (folha de funcionalismo, previdência social, gastos sociais e demais despesas obrigatórias) que por lei não poderiam ser contingenciadas. Das despesas não obrigatórias, cerca de R\$ 40 bilhões não poderiam ser contingenciadas, pois destinadas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por força da LDO, de maneira que, ao fim, restariam R\$ 192 bilhões, 9,2% do total, como despesas passíveis de contingenciamento<sup>33</sup>.

O cenário descrito pelos autores nos dá a dimensão de quão pequena é a margem de manobra do governo na adoção do contingenciamento. De fato, as políticas públicas voltadas à execução de serviços ou prestações diretamente pelo Poder Público quase sempre explicitarão decisões trágicas alocativas de recursos escassos<sup>34</sup>, de maneira que é necessário compreender quão danosa pode ser uma determinação judicial para o descontingenciamento obrigatório de determinado fundo.

No que tange ao controle judicial do orçamento para a salvaguarda de direitos fundamentais, cumpre destacar o julgamento da ADPF 45, de 2004, que se tornou um *leading case*, no qual o relator Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, proferiu decisão que foi assim lavrada:

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

---

<sup>32</sup> SILVA, Gustavo Bicalho Ferreira da; MARQUES, Marcelo Barros. O contingenciamento e seus reflexos no planejamento das ações governamentais. O contingenciamento e seus reflexos no planejamento das ações governamentais, Revista Dinâmica Pública, v. 2, p. 46 - 48, 02 maio 2011. p. 47.

<sup>33</sup> Ibidem. p. 47 e 48.

<sup>34</sup> AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

O voto proferido pelo Ministro indicou que a ADPF é instrumento idôneo para viabilizar a concretização de políticas públicas quando, apesar de previstas na Constituição Federal, fossem total ou parcialmente descumpridas pelas instâncias governamentais competentes, de forma que caberia ao Judiciário realizar papel garantidor da eficácia e da integridade de direitos individuais e/ou coletivos, ainda que consagrados em conteúdo programático<sup>35</sup>. Com esta decisão, foi inaugurado o entendimento no STF de que os direitos sociais são imediatamente exigíveis do Estado, sejam positivos (como o são, em regra) sejam negativos, não podendo o Poder Público simplesmente alegar ausência de recursos materiais para a sua concretização, quando tratam de direitos cujo conteúdo compõe o substrato mínimo de que um cidadão necessita para viver e se desenvolver como pessoa. Da mesma forma, foi firmado o entendimento que, ainda que não seja função típica do Poder Judiciário, pode este vir eventualmente a intervir nas políticas públicas na omissão dos órgãos competentes, sem que haja, entretanto, violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

A ação constitucional foi promovida contra veto do Presidente da República sobre parte da proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Sustentava-se que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. O julgamento no plenário foi prejudicado pela

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luíz Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 346.

promulgação da Lei nº 10.777/2003, que supriu o veto questionado na LDO, por meio da inclusão dispositivo com o mesmo conteúdo.

Voltando à ADPF 347, a fim de compreender se a medida cautelar provida configura inovação na jurisprudência do Supremo, deve ser observado que, ao contrário do FUNPEN, os recursos orçamentários tratados na ADPF 45 possuíam previsão constitucional de aplicação mínima na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, assim como na ADI 2925-8, na qual foi decidido que o Governo Federal não poderia gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal, art. 177, § 4º, II, mesmo quando se tratasse de créditos suplementares decorrentes de excesso de arrecadação.

Analisando os votos a que se teve acesso, constata-se que o Ministro Marco Aurélio fundamentou o deferimento da medida cautelar sob o argumento de que *“a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais”*, e *“tratando o Funpen de recursos com destinação legal específica, é inafastável a circunstância de não poderem ser utilizados para satisfazer exigências de contingenciamento”*<sup>36</sup>. Por sua vez, o Ministro Edson Fachin observa *“uma tentativa de racionalizar o uso dos recursos em detrimento da efetivação dos direitos fundamentais”*, faz considerações sobre o interesse dos entes federativos no tema, e ressalta os anos de descaso com a efetividade das políticas públicas, pelo qual considera ser *“imperativo que se reconheça a ineficiência do Estado em garantir a dignidade dos presos para que efetivamente se proteja a dignidade dos presos”*, sendo que tal ineficiência legitimaria a concessão da cautelar<sup>37</sup>.

Quanto ao argumento de que o FUNPEN, por ter destinação legal específica, não poderia ser contingenciado, me parece que tal posição deve ser afastada, por contrariar o disposto no art. 78, da Lei 4.320/1964<sup>38</sup>, e o art. 8º, § único<sup>39</sup>, da LC 101, que estabelecem que o saldo apurado em balanço patrimonial do fundo será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo, salvo se a lei instituidora estabelecer o contrário.

<sup>36</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>>. Acesso em 28/09/2015.

<sup>37</sup> Voto do Ministro Edson Fachin na ADPF 347. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150904-11.pdf>>. Acesso em 28/09/2015.

<sup>38</sup> "Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo."

<sup>39</sup> "Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso."

Ao que parece, a ideia mais relevante para a determinação do descontingenciamento do FUNPEN é basicamente a mesma empregada em controle de constitucionalidade incidental na qual a prestação do mínimo existencial de um direito fundamental é contestada com base na reserva do possível, na inexistência de autorização orçamentária, e na separação dos poderes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já é consolidada no sentido de que é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de dar ou fazer, não sendo oponíveis tais argumentos.

A novidade está no fato de que a medida cautelar concedida inverte a lógica usual, de uma ação concreta na qual é dado provimento a um pedido que concretiza um direito fundamental, e o impacto orçamentário de tal medida ocorre reflexamente, para uma ação abstrata na qual o óbice orçamentário é afastado *a priori*, em razão da constatação do estado de coisas inconstitucional, para que as medidas efetivas concretizadoras do direito fundamental possam ser implementadas.

Nesse sentido, percebemos que o mínimo existencial é associado, no entendimento do Supremo, ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, contudo, devemos questionar se a decisão de descontingenciar o FUNPEN respeita os limites da atuação do Judiciário no campo das políticas públicas.

Não há dúvidas de que o contingenciamento das dotações orçamentárias é realizado pelo Executivo com elevado grau de discricionariedade para a escolha de que ações serão atingidas<sup>40</sup>. Tal discricionariedade assume relevo dado o elevado comprometimento do orçamento com as despesas obrigatórias, que faz com que a competição pelos recursos seja imensa, ocorrendo tanto entre diferentes partidos quanto entre diferentes órgãos.

A saída usualmente buscada para evitar contingenciamentos, como bem assinala BUCCI, é o “carimbo” de um dispêndio como despesa obrigatória<sup>41</sup>, como ocorreu, por exemplo, através da EC 29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

De fato, o Ministro Marco Aurélio aponta, em seu voto, que a realidade dos contingenciamentos do FUNPEN levou a senadora Ana Amélia, do Rio Grande do Sul, a apresentar projeto de lei complementar – PLS nº 25, de 2014 – voltado a proibir o contingenciamento, versado de forma genérica na Lei de Responsabilidade Fiscal, dos

---

40 SADECK, Francisco; GERIN, Álvaro; VALLE, Bruno. Contingenciamento: necessidade tributária ou instrumento da política econômica? Brasília: INESC, maio 2005. (Nota Técnica, 98). p. 4.

41 BUCCI, Maria Paula Dallari. op. cit. p. 184.

recursos do mencionado Fundo. Projeto este que estava parado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado<sup>42</sup>.

Resta saber se caberia ao Judiciário intervir em tal deliberação democrática?

Penso que um dos argumentos mais poderosos em favor de uma atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal no caso é muito bem tratado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, e é sintetizado da seguinte forma:

“Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional, presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática.”<sup>43</sup>

A função contramajoritária do poder Judiciário é corretamente apontada para afastar objeções fundamentadas na ideia de legitimidade democrática do Executivo e Legislativo.

Apesar da força dos argumentos, considero que deve haver uma maior autocontenção do poder Judiciário em se tratando de controle de controle de constitucionalidade abstrato sobre o contingenciamento de quaisquer fundos, pois, nesse caso, as consequências são muito maiores e geralmente vão impactar não só a realização de outras despesas contingenciáveis previstas no orçamento, que podem ter igual ou maior importância na concretização do mínimo existencial de direitos fundamentais, mas também no equilíbrio fiscal do ente federativo.

Acrescente-se que a função contramajoritária do Supremo não é tão destacada no que se refere à possibilidade de contingenciamento do orçamento, pois o tema é objeto de recorrentes deliberações, pelo qual não se pode afirmar que é um ponto cego legislativo. Além das medidas específicas visando tornar obrigatória a realização de determinadas despesas, onde se poderia afirmar que a destinação para despesas do sistema prisional não é devidamente tratada quando tomando em conta apenas o governo da maioria, em diversas frentes verifica-se a tentativa de caracterização do orçamento como impositivo como uma medida geral, na qual não haveria necessidade de o Judiciário exercer função contramajoritária. A questão contrapõe Judiciário e o Executivo, mas também o Executivo e o

---

<sup>42</sup> Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347. op. cit. p. 21.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Legislativo, em batalha eminentemente política quanto ao caráter impositivo ou autorizativo do orçamento, sendo importante destacar que, recentemente, houve alteração do tratamento constitucional sobre o tema por meio da EC nº 86/2015, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica.

Por fim, destaco que os meios de que dispõe o Judiciário para trabalhar a configuração do mínimo existencial de um direito social a ser atingido por uma política pública - na qual o julgador aprecia apenas o que lhe é levado, examina o problema nos limites da lide proposta pelas partes, e deve necessariamente encontrar a consistência de suas decisões no ordenamento jurídico - são mais adequados para a decisão de casos concretos<sup>44</sup>, de maneira que a análise abstrata de decontingenciamento do FUNPEN pode gerar situações não desejadas, na qual a interferência do Judiciário no contingenciamento exercido discricionariamente permita a realização de uma despesa que não se enquadra no conteúdo do mínimo existencial, especialmente ante as desigualdades regionais brasileiras, reconhecidas em diversos dispositivos constitucionais.

## **A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E OS PEDIDOS DECORRENTES DESTA**

Se a Medida Cautelar concedida na ADPF 347 já é controversa, o que esperar do julgamento do mérito?

Não se pretende analisar detalhadamente os diversos pedidos formulados na ação constitucional, mas sim a almejada assunção de competências pelo Judiciário e a expectativa de que a declaração do “estado de coisas inconstitucional” legitime intervenção do Supremo Tribunal Federal apta a solucionar o caótico sistema prisional brasileiro.

Por si só, como bem notado por MADALENA, a tese de que o Supremo Tribunal Federal tem a possibilidade de declarar um “estado de coisas” como inconstitucional – indo além de sua competência constitucional de invalidar lei ou ato normativo federal ou estadual pela via da inconstitucionalidade – traz consigo a ideia de judicialização da administração pública<sup>45</sup>, permitindo que o Judiciário confirme ou reforme políticas públicas, que tem seu

---

<sup>44</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.103 a 107.

<sup>45</sup> MADALENA, Luis Henrique Braga. O ECI e o sincretismo. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/oeci-e-o-sincretismo-7ujs7gs007qdfsti0zdh1hfr0>> Acesso em 29/09/2015.

núcleo na ação governamental do Executivo e/ou Legislativo, funcionando o Supremo como uma instância superior de decisão.

BUCCI traz uma compilação sintética das razões a favor da iniciativa governamental para a realização de políticas públicas: “a) política – ao governo incumbe a condução política do país, o que implica a outorga dos meios para que a direção política seja exercida; b) administrativa – o chefe do governo é também o chefe da Administração Pública e necessita unidade de direção dos dois corpos para obter os resultados da políticas; c) financeira – o chefe do governo detém a iniciativa sobre o uso dos meios públicos; d) econômica – nas medias que consubstanciam intervenção estatal sobre a economia, competindo ao Executivo a iniciativa das inovações, a sua coordenação e a respectiva regulamentação”<sup>46</sup>. Aponta, ainda, que deve ser destacada a iniciativa do Executivo para a propositura de leis de que decorra impacto orçamentário.

Ante os argumentos expostos, entre outros pedidos veiculados na demanda, salta aos olhos a requisição de que o Supremo determine ao governo federal que elabore e lhe encaminhe, no prazo de três meses, um “Plano Nacional” para modificação das condições do sistema carcerário, que deve conter propostas e metas específicas para a superação de graves violações aos direitos fundamentais que provavelmente existem desde a criação do primeiro estabelecimento prisional no Brasil colônia, a ser analisado por órgãos que, via de regra, não teriam competência para fazê-lo, e, ao fim, ser homologado, alterado ou complementado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, caso se repute necessário.

Desponta que eventual provimento a tais pedidos criaria uma situação na qual o Supremo deixaria de exercer a função de controle de políticas públicas, passando a desempenhar o papel de iniciar sua formulação, organizar o processo de seleção de meios e fins a serem implementados, avaliar os resultados obtidos no desenho da política pública e, por fim, decidir por sua implementação desta ou daquela maneira, baseado em critérios próprios. Assim, a declaração do “estado de coisas inconstitucional”, ao justificar a concessão de tais poderes a quem não teve um único voto, pode acabar por consagrar o arbítrio judicial e colidir com o princípio da separação dos poderes em seu núcleo estruturante de possibilidade de controle do poder pelo poder.

---

<sup>46</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. op. cit. p.167.

O que sobra para a democracia? É a pergunta formulada por STRECK<sup>47</sup>, em publicação na qual afirma ser fluida, genérica e líquida, a “*coisa chamada ECI – Estado de Coisas Inconstitucional*”, que pode ser aplicada irrestritamente, com efeitos colaterais danosos ao princípio da separação dos poderes.

CAMPILONGO, FARIA e DE GIORGI questionam até que ponto a Justiça pode atender às expectativas de quem vê seus direitos negados por faltas de políticas públicas. Afirmam que a declaração do “estado de coisas inconstitucional” ameaça o princípio da separação dos poderes. Em um país repleto de mazelas, tal declaração desprezaria o fato de que o sistema jurídico não tem estrutura, meios e organizações que lhe permitam solucionar os problemas através de sentenças, bem como não haveriam limites e mecanismos de controle dessa atuação, sendo que nada leva a crer que a atuação de um tribunal seja mais eficiente do que a da política. Por fim, os professores anotam: “Pobre da corte que tem a pretensão de fabricar poder político sob a fantasia da normatividade jurídica”<sup>48</sup>.

No que se refere à efetividade da declaração do “estado de coisas inconstitucional”, e das medidas tomadas para supri-lo, cumpre destacar a análise dos resultados obtidos após a utilização da técnica pelo Tribunal Constitucional Colombiano no sistema carcerário de seu país. Nas palavras de CAMPOS, “*é verdade que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional fracassou no enfrentamento do sistema carcerário colombiano; contudo, é enganoso afirmar que o instrumento não é capaz de servir ao propósito de solucionar litígios de caráter estrutural. Como será demonstrado, o erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação*”<sup>49</sup>. VALE se posiciona no mesmo sentido, ressaltando que, em casos posteriores, a Corte colombiana buscou sanar os problemas ocorridos na implementação da decisão tomada em relação ao sistema carcerário ao acrescentar mecanismos de monitoramento em suas decisões em casos de “estado de coisas inconstitucional”<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em 27/09/2015.

<sup>48</sup> CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo e DE GIORGI, Raffaele. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 27/09/2015.

<sup>49</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#\\_ftn7](http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn7)> Acesso em 28/09/2015.

<sup>50</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System. Disponível em: <<http://www.iconnectblog.com/2015/09/an-unconstitutional-state-of-affairs-in-the-brazilian-prison-system/>>. Acesso em 28/09/2015.

Embora os autores considerem que a inclusão de medidas de monitoramento e diálogo possam solucionar os problemas ocorridos na implementação das políticas públicas decorrentes da declaração do “estado de coisas inconstitucional” na Colômbia, não pode ser ignorado o fato de que as medidas implementadas pela Corte Constitucional da Colômbia não foram efetivas, de maneira que não pode ser garantida a alta probabilidade da eficácia de mecanismo semelhante adotado no contexto brasileiro.

Retorno, assim, ao início do presente trabalho, por recear que o “estado de coisas inconstitucional” possa levar à ilusão de que as decisões judiciais seriam capazes de substituir a política e resolver todos os problemas sociais. Bastaria que o Supremo Tribunal Federal declarasse o “estado de coisas inconstitucional” para que o problema pudesse ser resolvido.

Cumprir o papel de Dédalo, pai de Ícaro, e alertar que não se voe tão perto do sol, sob pena de ter a cera das asas derretida. O sonho de uma realidade na qual não deixem de existir graves violações a direitos humanos no sistema carcerário não pode servir de pretexto para conferir ao Judiciário poderes que não lhe são reservados. A realidade dos limites das capacidades institucionais, do respeito à separação dos poderes, da consideração da reserva do possível e do respeito à legitimidade democrática, deve ser sempre tomada em consideração, para que sonhos impossíveis não causem repercussões negativas e para que o futuro seja construído de forma consciente, democrática, e de acordo com a Constituição.

## **CONCLUSÃO**

- A técnica decisória de declaração do Estado de Coisas Inconstitucional aparentemente foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal;
- De tal adoção podem ser esperadas posturas mais ativistas da Corte Constitucional na promoção de políticas públicas;
- O agigantamento do Poder Judiciário ameaça violar as competências dos poderes Executivo e Legislativo.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: Políticas públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006.

\_\_\_\_\_, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_, Celso; FARIA, José Eduardo e DE GIORGI, Raffaele. Estado de Coisas Inconstitucional.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998.

CONDÉ, Eduardo Salomão. Diversidade em processo: as políticas públicas em perspectiva. Teoria e Cultura, Juiz de Fora, v. 1, n. 1, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DYE, Thomas R. Understanding public policy/ Thomas R. Dye. - 14th ed. p. 3.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GIACOMONI, J. Orçamento Público. 15. ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos e WATANABE, Kazuo. PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional.

MADALENA, Luis Henrique Braga. O ECI e o sincretismo.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Gustavo Bicalho Ferreira da; MARQUES, Marcelo Barros. O contingenciamento e seus reflexos no planejamento das ações governamentais. O contingenciamento e seus reflexos no planejamento das ações governamentais, Revista Dinâmica Pública. v. 2, p. 46 - 48, 2011.

SOARES, Hector Cury . O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil: a decisão judicial e sua fundamentação. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 32, p. 69-93, 2011.

STRECK, Lenio Juiz e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreiro. "Lei das Políticas Públicas é 'Estado Social a golpe de caneta?'".

VALLE, Vanice Regina Lirio do. An Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian Prison System.