



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICA E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LAÍS ALMEIDA CAVALCANTI E SILVA

O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO E A ADPF 347/DF

BRASÍLIA

2017

LAÍS ALMEIDA CAVALCANTI E SILVA

O COMPROMISSO SIGNIFICATIVO E A ADPF 347/DF

**Monografia apresentada como
requisito**

**parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Direito pelo Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.**

**Orientadora: Professor Anna Luiza de
Castro Gianasi**

BRASÍLIA

2017

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a adequação do compromisso significativo enquanto mecanismo que garante a eficácia na prestação de direitos fundamentais ao tempo em que preserva o princípio da separação dos poderes. Com isso, busca responder a seguinte pergunta: “Em que medida o compromisso significativo pode ser usado como instrumento de garantia dos Direitos Fundamentais e salvaguardar o Princípio da Separação dos Poderes?”. Para isso, será feita uma análise dos elementos e das características do compromisso significativo com vistas a verificar a sua capacidade de concretizar os direitos fundamentais sociais, devolver o controle dos recursos orçamentários ao Poder Executivo e preservar o princípio democrático. Para isso, busca compreender a circunstância em que é proposta a sua aplicação no Brasil, conhecendo o quadro do Estado de Coisas Inconstitucional e a ADPF 347/DF. Apresentando uma sugestão de construção do compromisso significativo como solução para o mérito da ADPF n. 347/DF, nos termos do Projeto de Lei do Senado n. 736/2015, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, que propõe a criação dos parâmetros para a celebração desse acordo no ordenamento jurídico nacional diante do Estado de Coisas Inconstitucional. Por fim, analisa a importância do compromisso significativo na prestação dos direitos fundamentais e seus impactos no orçamento e na atuação dos Poderes Políticos.

Palavras-chave: Direito Constitucional Comparado, Separação dos Poderes, Poder Judiciário, Princípio Democrático, Direitos Fundamentais, Compromisso Significativo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DA MÁXIMA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL	3
1.1 DA GARANTIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	7
1.2 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	13
1.2.1 DO ORÇAMENTO	14
1.2.2 DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO	16
2. DA ADPF 347	19
2.1 DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	23
2.2 DA SUGESTÃO DE CONSTRUÇÃO DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO	28
3. DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO	32
3.1 DA ORIGEM DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO.....	32
3.2 DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	36
3.3 DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	43
3.3.1 DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO MECANISMO CAPAZ DE GARANTIR A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS	43
3.3.2 DO CONTROLE DO ORÇAMENTO.....	46
3.3.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO.....	48
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

Promulgada como uma resposta ao Regime Autoritário que buscava superar, a Constituição Federal de 1988 se caracteriza pelo extenso rol de direitos sociais que elenca juntamente às recém-instituídas liberdades que se opõem às restrições anteriormente impostas pelo Estado.

A ampla lista de direitos fundamentais e os instrumentos previstos para garanti-los, por sua vez, tiveram como consequência o aumento das competências do Poder Judiciário, que deixou de se apresentar como mero aplicador do direito positivado, passando a atuar de novas maneiras no exercício de defesa da Constituição e, por consequência, de proteção dos direitos fundamentais.

Essa nova atuação, que se baseia nas competências impostas pelo texto constitucional, entretanto, recebe críticas de que violaria o princípio constitucional da separação dos poderes.

De acordo com este posicionamento, ao assegurar a eficácia dos direitos fundamentais o Poder Judiciário estaria, na realidade, violando a Constituição que se propõe a defender. Isso porque, para tornar realidade determinados direitos dispostos no texto constitucional, ele ultrapassaria limites impostos pela própria Constituição à sua atuação, exercendo competências dos outros poderes do Estado.

Na busca de um instrumento que possibilite encontrar o equilíbrio frente o aparente conflito entre a garantia dos direitos fundamentais e a manutenção da separação de poderes chama a atenção no meio internacional o compromisso significativo (*Meaningful Engagement*) como possível solução para essa questão.

O presente trabalho busca, então, responder em que medida o compromisso significativo pode ser usado como instrumento de garantia dos direitos fundamentais e salvaguardar o princípio da separação dos poderes.

No primeiro capítulo, a partir da teoria de Konrad Hesse, será explicado como a força normativa da Constituição se relaciona com a necessidade de equilibrar a prestação de direitos sociais com a preservação do princípio de separação dos poderes.

Para isso, apresenta o conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes, elencando a importância dos direitos sociais para a Constituição e a obrigação do Poder Judiciário de julgar as lides levadas a ele –

mesmo que os assuntos questionados possam ser considerados temas políticos-, ao ponto em que analisa como a omissão do Poder Público gera violação a direitos fundamentais tanto no nível individual (resultando em demandas individuais solucionadas por juízes de 1ª instância) quanto no nível estrutural (a exemplo da ADPF n. 347/DF, que trata do problema dos presídios por todo o país e que teve como consequência a Declaração do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal).

Em seguida, visa compreender como a garantia de direitos fundamentais por meio da judicialização de políticas públicas pode violar a separação de poderes, elencando como principais fatores: a) a forma como as decisões afetam o orçamento e alteram o planejamento que o Poder Executivo tinha para a aplicação desses recursos; e b) a violação do princípio democrático ao retirar dos Poderes Políticos a decisão acerca da formulação e implementação das políticas públicas.

O segundo capítulo apresenta o contexto em que o compromisso significativo surge como uma solução possível, a análise de mérito da ADPF 347/DF. Esse capítulo se inicia expondo a ADPF em si, trazendo consigo os fatores que culminaram no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Em seguida, aborda o ECI e seus pressupostos, com o fim de ressaltar a importância de construção de um compromisso significativo para, por fim, apresentar uma sugestão de construção de compromisso significativo na análise de mérito desta ADPF.

O último capítulo aborda o compromisso significativo, explicando seu conceito e origem ao ponto em que aponta o papel do Poder Judiciário em sua aplicação.

Avalia se o compromisso significativo conseguiria minimizar as críticas destinadas à atuação do Poder Judiciário. Para isso, analisa: a) a sua eficácia na garantia dos direitos fundamentais; b) com quem fica o controle do orçamento na solução das lides; e c) qual a sua influência no princípio democrático.

1. DA MÁXIMA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Em 1959, em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg, Konrad Hesse defendeu a existência de uma Constituição cuja força própria teria a capacidade de motivar e ordenar a vida do Estado.

Sua teoria surgiu como uma contraposição àquela apresentada por Ferdinand Lassalle em 1862 e se opôs à ideia de que o texto constitucional deveria expressar apenas as relações de poder daquele país, apresentando a ideia de que a oposição entre constituição jurídica (o texto positivado) e constituição real (o texto que tinha sido, de fato, aplicado) apresentada por Lassalle não deveria significar que a jurídica apenas tem eficácia naquilo que representa a constituição real, mas que ambas representam vontades diferentes que deveriam se complementar.

Hesse advogou a existência de uma força normativa da Constituição, capaz de transformar a realidade. Iacyr de Aguiar Vieira explica esse posicionamento da seguinte forma:

Na concepção de Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação, e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional¹.

Para Hesse, essa força normativa não significa que a norma constitucional tenha uma existência autônoma da realidade, ao contrário, sua essência está na concretização daquilo que regula, ou seja, na sua vigência². Ao mesmo tempo, este autor afirma que “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização”³, de forma que o texto constitucional expressa tanto um *ser* como um *dever ser*.

Acerca dessa dualidade, o Hesse ainda destaca que a “força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não

¹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 35 n. 139 jul./set. 1998. p. 72

² HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14

³ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.15

podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas”⁴. Dessa forma, o *ser* e o *dever ser* da Constituição não podem estar dissociados. Por isso, para que a Constituição real (do *ser*) seja eficaz, é necessária que a Constituição jurídica (do *dever ser*) possa ser concretizada.

Nesse contexto, para assegurar a máxima eficácia da norma constitucional, é importante que esses dois fatores se concretizem. Diante dessa relação, se apresenta o problema que será objeto desse estudo.

Isso porque enquanto os direitos fundamentais representam a parcela do *dever ser* da Constituição Federal, a separação dos poderes, e conseqüentemente a previsão orçamentária e o princípio democrático, representa a parcela do *ser*; de forma que a Constituição real não pode ser utilizada como justificativa para impedir a realização da Constituição jurídica, quando deveria ser responsável pela sua efetivação.

O presente trabalho busca verificar se o compromisso significativo pode ser utilizado enquanto mecanismo para solucionar essa incompatibilidade, garantindo, assim, a eficácia da força normativa da Constituição enquanto agente transformador por meio da efetivação dos direitos fundamentais, sem que, com isso, as relações de poder existentes no Estado, representadas pela separação dos poderes prevista no artigo 2º do texto constitucional, sejam ignoradas e/ou desrespeitadas.

Com isso, pretende reforçar o papel da Constituição Federal enquanto força ativa, ao confirmar não só aquilo que Hesse chamou de vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também aquilo que ele caracterizou enquanto vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Acerca da Constituição enquanto força ativa, Hesse afirma:

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)⁵.

⁴ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15

⁵ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 24

Uma vez que a força normativa da Constituição está diretamente relacionada à efetivação da vontade da Constituição – no caso em tela representada, principalmente, pela garantia da eficácia dos direitos fundamentais sociais – a prestação desses direitos pelo Poder Judiciário se mostra não só uma ação em defesa do texto constitucional, mas, principalmente, uma ação em defesa da força normativa da Constituição.

Entretanto, ao influenciar fatores de grande importância na manutenção do princípio da separação dos poderes, como orçamento e agenda política, a atuação do Poder Judiciário contrasta com a vontade de poder (*Wille zur Macht*), fator que pode obstar a máxima eficácia da Constituição se houver supressão dos limites e restrições impostas pelo próprio texto constitucional.

Por esse motivo, o Poder Judiciário apenas pode atuar dentro dos limites impostos pela Constituição, por vezes determinando a inserção de um indivíduo em uma política pública já existente, por exemplo, mas não criando uma política pública para solucionar um problema, por mais grave que ele seja.

Sobre a relação entre Constituição e as circunstâncias que a condicionam, Hesse afirma:

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.⁶

Dessa forma, o autor destaca que, para que seja eficaz, a Constituição deve respeitar o contexto histórico e social em que se encontra, mas sem que isso represente a perda de sua força normativa.

No problema estudado nesse trabalho, isso significa que os direitos fundamentais não podem ser omitidos, ao mesmo tempo em que a separação dos poderes também precisa se defendida.

Por este motivo, seguindo o pensamento de Hesse, o desafio que se apresenta é a garantia de ambos os valores constitucionais.

⁶ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 25

Nesse sentido, se destaca a interpretação de Iacyr de Aquilar Vieira acerca do referido posicionamento de Hesse, ao defender que “[h]á necessidade da vontade de Constituição, isto é, há necessidade da vontade de cumpri-la e de conformar a realidade com as normas nela prescritas, pois além do *ser* ela prescreve um *dever ser*”⁷.

A defesa da Constituição, por sua vez, não deve ser transformada em uma questão de poder, com o fim de defender o papel que Hesse define para o Direito Constitucional quando afirma que: “Em outros termos, o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional”⁸.

Nesse contexto, a análise a que se propõe esse trabalho objetiva a eficácia da Constituição por pretender assegurar que tanto os direitos fundamentais quanto o princípio da separação dos poderes sejam defendidos, evitando que a disputa de poder no âmbito do *ser* impeça o desenvolvimento do *dever ser*.

Para isso, é importante compreender o papel exercido pela vontade daqueles que definem a agenda do Poder Público, uma vez que a omissão também pode ser considerada decisão política.

Acerca da influência da vontade humana na eficácia da norma constitucional, Hesse afirma:

Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. [...] Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo⁹.

No caso em tela, esse problema normativo pode ser associado ao fato de que a vontade da Constituição - o *dever ser* proposto pelo constituinte - não é efetivado por encontrar barreiras não apenas no que diz respeito aos recursos, como também

⁷ VIEIRA, Iacyr de Aquilar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 35 n. 139 jul./set. 1998. p. 79

⁸ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 27

⁹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19 - 20

no que se refere a uma série de fatores institucionais e políticos que influenciam quais áreas serão mais ou menos beneficiadas pelas políticas públicas.

Um exemplo de como isso ocorre pode ser retirado da ação que será estudada na parte final deste trabalho, a saber: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Nesta ação o ministro relator Marco Aurélio afirma que

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.

A segunda é ainda mais problemática, configurando os presos minoria socialmente desprezada.¹⁰

O compromisso significativo pode ser utilizado para buscar a máxima eficácia da norma constitucional ao buscar a execução de direitos, sendo especialmente importante enquanto instrumento que possibilita a superação de entraves institucionais políticos com o fim de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e ao mesmo tempo preservar o princípio da separação dos poderes.

A seguir, serão analisados esses preceitos constitucionais que se busca proteger.

1.1 DA GARANTIA DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República de 1988 se caracteriza pela quantidade de direitos fundamentais constantes em seu texto, com destaque para os direitos sociais presentes em seu artigo 6º, segundo o qual,

são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017. p. 32

Michelle Pedrosa Paumgarten relaciona a introdução desses direitos sociais à Constituição, bem como a tentativa de efetivação dos direitos fundamentais à consolidação do Estado Democrático de Direito, ao tempo em que aponta o processo de democratização como responsável por transformar o Estado em instrumento de correção de desigualdades sociais.

Ao abordar o processo de constitucionalização de direitos sociais, a autora apresenta o conceito de constitucionalismo transformador¹¹ como um movimento por meio do qual as Constituições seriam instrumento para a construção de sociedades mais justas ao trazerem metas para a transformação da sociedade¹².

O extenso rol de direitos sociais incluso no artigo 6º da Constituição Federal representa a tentativa do constituinte de diminuir desigualdades, orientando as transformações que devem ocorrer na sociedade.

Nesse sentido, se destaca o seguinte posicionamento de Michelle Pedrosa Paumgarten:

As constituições modernas exercem indiscutivelmente um papel relevante na modificação da realidade, pois se caracterizam pela existência de normas superiores que têm o objetivo primordial de vincular os poderes políticos, a fim de transformar o direito na direção dos direitos fundamentais de todos.¹³

Esse argumento pode ser relacionado ao pensamento defendido por Konrad Hesse de que “a Constituição não deve assentar-se numa *estrutura unilateral*, se

¹¹ Élica Lauris define o Constitucionalismo Transformador como uma categoria teórica em transição que acompanha a esperança de mudança de realidade constitucional para a construção de democracias de alta intensidade. (LAURIS, Élica. A fundação revisitada: 5 teses para um constitucionalismo transformador, in: Colóquio Internacional Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul, vol. 02, Coimbra, jun 2015. pp. 409 – 429. Disponível em < https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/42158/1/A%20funda%C3%A7%C3%A3o%20revisitada_5%20teses%20para%20um%20constitucionalismo%20transformador.pdf >. Acesso em 30 de Agosto de 2017.). Tal como Paumgarten aponta o caso da África do Sul, Boaventura de Sousa Santos apresenta os casos da Bolívia e do Equador para defender o Constitucionalismo Transformador como um movimento constitucional protagonizado pelos excluídos políticos na América Latina. (SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad e Programa Democracia y Transformación Global, 2010. pp. 71-80)

¹² PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Constitucionalismo Transformador: O saco sul-africano. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, nº 14, pp. 147-161. Agosto de 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/constitucionalismo-transformador-o-caso-sul-africano-transformative>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 149.

¹³ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Constitucionalismo Transformador: O saco sul-africano. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, nº 14, pp. 147-161. Agosto de 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/constitucionalismo-transformador-o-caso-sul-africano-transformative>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 154

quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social”¹⁴.

O espírito social apontado por Michelle Pedrosa Paumgarten como aquele que dominava o cenário político-social da América Latina na década de 1980 se caracterizava pela necessidade de mudança que se apresentava no contexto nacional, com a população direcionando o Direito para a garantia de direitos fundamentais a todos, o que resultou na expansão do Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 é um exemplo dessa expansão, com a positivação de uma série de instrumentos constitucionais criados com o fim de garantir a efetivação dos direitos recém-inseridos ao ordenamento jurídico nacional.

O exercício das novas competências estabelecidas pela Constituição Federal, entretanto, por vezes, tangenciam o âmbito político quando, para garantir a eficácia de um determinado direito fundamental, o Poder Judiciário determina a inclusão de um indivíduo ou grupo em uma determinada política pública.

Acerca da relação entre o contexto de mudança que dominava o cenário político na década de 1980 e o papel que a Judicialização da política passou a exercer ao transformar juízes em atores políticos, Rafael Bitencourt Carvalhaes afirma:

No Brasil, a judicialização advém de uma desconfiança do legislador originário, em face do período totalitário que a ditadura perpetuou antes da Constituição de 1988, levando a uma constituição super analítica, que pormenorizou toda uma gama de relações sociais, políticas e econômicas¹⁵.

Como pode ser percebido, este autor reforça a posição de Michelle Pedrosa Paumgarten ao afirmar o papel que a nova Constituição passa a desempenhar ao se opor ao período que sucedeu; fator que traz de forma ainda mais intensa a importância dos direitos fundamentais que contem.

Esse ímpeto de mudança deve, portanto, ser preservado para que a força normativa da Constituição possa ser mantida e, com isso, seu papel transformador

¹⁴ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p.21

¹⁵ CARVALHAES, Rafael Bitencourt, O STF como arena política deliberativa para formulação de políticas públicas, in: TerCi, vol. 04, n. 02, jul/dez. 2014. Pp. 93-108. Disponível em < <http://www.cnecrij.com.br/ojs/index.php/temiminos/article/view/81/54>>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 95

tenha eficácia. Isso porque, caso não haja efetivação dos direitos trazidos pela Constituição a transformação social que ela pretende realizar não sairá do papel. A Constituição assim não terá força e a mudança não será real.

Nesse contexto que ressalta a importância da garantia dos direitos sociais no ordenamento jurídico decorrente da Constituição Federal de 1988, se destaca o posicionamento do Ministro Celso de Mello na ADPF 45/DF que reforça esse pensamento ao atrelar a análise das lides que pedem a efetivação de direitos sociais trazidas ao Poder Judiciário à eficácia da própria Constituição.

Na ADPF, o ministro relator afirma: “[a] negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”¹⁶.

De acordo com esse julgamento, se o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, se nega a garantir os direitos fundamentais sociais – ao não prover ou mesmo conhecer das questões trazidas pelos cidadãos – ele enfraquece o texto constitucional e, com isso, contraria a própria Constituição que tem a obrigação de proteger.

A omissão por parte do Poder Público frente às necessidades da população¹⁷ tem causado a constante judicialização da busca de prestações sociais tanto a nível individual quanto a nível estrutural, em demandas que visam a efetivação de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos.

A ADPF estudada neste trabalho elenca algumas dessas omissões praticadas pelo Estado tais quais: omissão no cumprimento de obrigações estabelecidas em favor dos presos, ausência de legislação para solucionar o quadro do Sistema Penitenciário Nacional, execução ineficiente das leis já existentes, bem como a falta de esforços e propostas visando a modificação do quadro existente,

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

¹⁷ A ADPF estudada neste trabalho elenca algumas omissões praticadas pelo Estado tais quais: omissão no cumprimento de obrigações estabelecidas em favor dos presos, ausência de legislação para solucionar o quadro do Sistema Penitenciário Nacional, execução ineficiente das leis já existentes, bem como a falta de esforços e propostas visando a modificação do quadro existente, apesar da instauração de uma CPI que detalhou o estado em que encontra o Sistema Penitenciário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017. p. 27)

apesar da instauração de uma CPI que detalhou o estado em que encontra o Sistema Penitenciário¹⁸.

A judicialização a nível individual por ser exemplificada pelas centenas de demandas individuais enfrentadas pelos juízes desde a primeira instância por todo o país, enquanto a Judicialização a nível estrutural¹⁹ é encontrada em ações coletivas e, mais recentemente, na ADPF 347/DF, que teve como consequência a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional dada a violação de diversos direitos fundamentais de presidiários por todo o país.

Nesse sentido, se destaca o posicionamento de Fernanda Loures de Oliveira e Celso de Barros Correia Neto que defendem a atuação do Poder Judiciário enquanto garante da efetividade dos direitos fundamentais na defesa dos direitos de minorias e na fiscalização da execução de políticas públicas.

A primeira atuação em muito se relaciona com o Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido na ADPF 347/DF, uma vez que esta ADPF defende direitos de um grupo com pouca representação e grande rejeição popular pelos grupos majoritários.

O caso que será abordado no segundo capítulo deste trabalho trata da violação sistêmica e massiva a direitos fundamentais dos presos, dentre os quais o direito à saúde, bem como à Dignidade da Pessoa Humana. Apesar do quadro de violações, percebido muito antes da ADPF, não houve tentativa efetiva por parte do Poder Público, demonstrando uma manutenção no tempo dessa violação, fator que expressa a importância da atuação do Poder Judiciário diante dessa circunstância.

Acerca da importância de garantir a efetivação de direitos de minorias, Oliveira e Correia Neto afirmam:

Também é papel do Estado Constitucional de Direito promover a proteção dos direitos fundamentais da minoria, mesmo em face de decisão circunstancial sufragada por maioria de votos, motivo pelo qual é necessária para a verdadeira afirmação do Estado de Direito e

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017. p. 27.

¹⁹ Os problemas estruturais se caracterizam por não possuírem um único litigante. Em vez disso, apresentam um pedido de uma coletividade que necessita de uma mudança estrutural, mudança esta que, por vezes, ultrapassa a matéria judicial, tangenciando o âmbito político. São exemplos de problemas estruturais a ADPF 347/DF estudada no segundo capítulo e os casos sul-africanos em que foi construído o compromisso significativo, estes em um âmbito local (os municípios em que foi discutido o direito à moradia) enquanto aquela aborda um problema estrutural que abrange toda a nação brasileira.

da integridade da soberania popular a efetiva garantia da “liberdade de indivíduos e minorias contra violações de maiorias eventuais”²⁰.

A segunda atuação do Judiciário diz respeito à fiscalização das políticas públicas já planejadas e implementadas pelo Poder Público, uma vez que uma série de demandas levadas ao Poder Judiciário diz respeito à inadequação da prestação dessas políticas públicas a indivíduos que, pelo planejamento original, fariam jus a elas.

Já que se refere a uma defesa de grupos aos quais as políticas públicas normalmente já são destinadas, mas que podem não ser beneficiados por problemas na política pública em si, Oliveira e Correia Neto se referem a essa atuação do Judiciário como uma defesa da própria maioria.

Sobre essa perspectiva de participação, os autores afirmam:

Por meio dessa atuação positiva do Poder Judiciário na determinação do cumprimento às políticas públicas formuladas, ao contrário de desajustar o planejamento estatal, torna-se possível evidenciar suas eventuais falhas, trabalhando para retroalimentar o planejamento, corrigindo-o em prol da universalização a todos os que estiverem em idêntica situação²¹.

Assim o Poder Judiciário atua tanto como regulador de direitos majoritário como defensor contramajoritário, buscando um equilíbrio entre a prestação de direitos àqueles beneficiados pela política tradicional e a garantia àqueles esses benefícios são negados.

Com isso, para salvaguardar a eficácia dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário vem atuando em resposta a ações individuais e coletivas na prestação desses direitos, tanto em favor das minorias quanto em favor da maioria.

Em algumas dessas circunstâncias, sua atuação, apesar de justificada pela proteção ao direito constitucional e dentro dos parâmetros dispostos pela Constituição Federal, tem recebido críticas por discutir, no Poder Judiciário, as

²⁰ OLIVEIRA, F. L. e CORREIA NETO, C. Aspectos Orçamentários das Políticas Públicas e custos dos direitos: uma análise do papel do judiciário na consecução dos direitos fundamentais, in: Revista Jurídica, vol. 04, n. 45, Curitiba, 2016. Pp. 477 – 505. Disponível em < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1828>>. Acesso em 22 de junho de 2017. p.493

²¹ OLIVEIRA, F. L. e CORREIA NETO, C. Aspectos Orçamentários das Políticas Públicas e custos dos direitos: uma análise do papel do judiciário na consecução dos direitos fundamentais, in: Revista Jurídica, vol. 04, n. 45, Curitiba, 2016. Pp. 477 – 505. Disponível em < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1828>>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 497

políticas públicas que idealmente deveriam ser de competência exclusiva dos Poderes Políticos.

Essa atuação tem sido apontada como uma violação ao princípio da separação dos poderes.

A questão da judicialização de políticas se apresenta, então, como um possível conflito entre preceitos constitucionais: de um lado, a garantia dos direitos sociais, do outro, a proteção ao princípio da separação dos poderes.

Reconhecida a importância da garantia de eficácia dos direitos fundamentais, o próximo ponto abordará as críticas que o Poder Judiciário recebe por atuar na defesa desses preceitos constitucionais.

Sua análise se dividirá nos dois pontos mais afetados pela decisão do Judiciário acerca de políticas públicas: o orçamento e o princípio democrático, com o fim de compreender em que nível a judicialização de políticas públicas afeta o princípio da separação de poderes.

1.2 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 em muito difere daquele previsto por Montesquieu. Estático, o modelo francês previa um Poder Judiciário politicamente invisível e nulo, enquanto o Poder Legislativo – composto pelos nobres – teria o Poder Executivo como seu subordinado.

O modelo atual muito mais se assemelha ao proposto nos textos federalistas, que indicavam um sistema de freios e contrapesos (“*checks and balances*”) como uma forma de equilibrar as funções dos Poderes de Estado em diferentes órgãos responsáveis.

Em um sistema que permite que os Poderes exerçam suas funções típicas, mas também tangenciem as funções uns dos outros surge a preocupação com a invasão de competências.

Nesse contexto, abordamos a crítica de que a judicialização de políticas pode acarretar em violação do princípio da separação dos poderes constante no artigo 2º da Constituição Federal.

Essa crítica advém do fato de que, ao analisar lides que visam garantir direitos sociais, o Poder Judiciário, não raro, invade as competências próprias dos Poderes Executivo e Legislativo.

A violação da separação dos poderes por meio da judicialização de políticas públicas tem como consequências: I) a interferência do Poder Judiciário no orçamento, uma vez que ao garantir que um pedido feito – como, por exemplo, a concessão de um leito de hospital ou a execução de uma cirurgia em um hospital particular – o Poder Judiciário, diversas vezes, altera o destino de parte dos recursos orçados; e II) a violação do Princípio Democrático, uma vez que a apreciação pelo Poder Judiciário desloca a decisão acerca dos temas dos Poderes Políticos, eleitos democraticamente, para um grupo não eleito.

Analisaremos, a seguir, esses dois aspectos afetados pela atuação do Poder Judiciário, com o fim de compreender em que medida é possível afirmar que há, de fato, essa influência.

1.2.1 DO ORÇAMENTO

Os recursos destinados pelos Poderes Públicos são parte imprescindível para a prestação dos direitos fundamentais. Tal relação entre os direitos constitucionais e o orçamento é tão relevante que Stephen Holmes e Cass R. Sunstein defendem que os direitos não existem na realidade se não puderem ser impostos e não possuírem orçamento²². Para esses autores, um interesse só pode ser considerado um direito quando um sistema legal o trata de tal forma, usando recursos coletivos para defendê-lo²³. Isso porque, mesmo que estejam previstos legalmente, os direitos que não possuem recursos coletivos para ser aplicados não encontram reflexo na realidade²⁴.

Nesse sentido, acerca da relação entre a prestação de direitos fundamentais e orçamento, Oliveira e Correia Neto afirmam:

²² “In practice, rights become more than mere declarations only if they confer power on bodies whose decisions are legally binding (as the moral rights announced in the United Nations Declaration of Human Rights of 1948, for example, do not). [...] A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.” (HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999. p. 19)

²³ “Within this framework, an interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it.” (HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999. p. 17)

²⁴ “Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced.” (HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999. p. 43)

Ora, é impossível a adoção de políticas públicas e, mais especificamente, dos direitos a que se visa proteger ou executar, sem o apoio e o financiamento público, o que é verdade não apenas para os direitos sociais – como a saúde, a educação, a moradia, dentre outros –, como também para os direitos liberais clássicos, de liberdade, propriedade e autonomia²⁵.

Por esse motivo, as questões que dizem respeito à destinação dos recursos governamentais e à forma como esses recursos são afetados pelas decisões judiciais que visam garantir a prestação de direitos sociais se destacam dentre as principais críticas recebidas pelo Poder Judiciário no que diz respeito à sua atuação frente a judicialização de políticas públicas.

Habacuque Wellington Sodré afirma, ao analisar o caso da saúde, que a atuação do Poder Judiciário na concessão de obrigações com base na garantia de direitos fundamentais sociais – em uma atuação que ele caracteriza de *welfarista* – possui um impacto tão grande no orçamento destinado à saúde, que o transforma em uma “colcha de retalhos²⁶”.

O impacto que estas decisões judiciais causam está relacionado ao fato de que elas reduzem os recursos disponíveis para a execução de políticas públicas planejadas pelo Poder Público.

Oliveira e Correia Neto também focam na designação dos gastos quando afirmam que:

Os direitos prestacionais têm uma indeclinável dimensão econômica. São, portanto, satisfeitos de acordo com as disponibilidades materiais do Poder Público, e a escassez determina a imprescindibilidade de escolhas sobre alocações de verbas, o que deve ser avaliado no âmbito das discussões sobre as leis orçamentárias, uma vez que “o orçamento é lei que efetiva direitos dos cidadãos aos serviços públicos prestados pelo Estado, através de políticas públicas”²⁷.

²⁵ OLIVEIRA, F. L. e CORREIA NETO, C. Aspectos Orçamentários das Políticas Públicas e custos dos direitos: uma análise do papel do judiciário na consecução dos direitos fundamentais, in: Revista Jurídica, vol. 04, n. 45, Curitiba, 2016. Pp. 477 – 505. Disponível em < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1828>>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 484

²⁶ SODRÉ, H. W. A Judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e os grupos de interesse: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da Judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2010. p. 106

²⁷ OLIVEIRA, F. L. e CORREIA NETO, C. Aspectos Orçamentários das Políticas Públicas e custos dos direitos: uma análise do papel do judiciário na consecução dos direitos fundamentais, in: Revista Jurídica, vol. 04, n. 45, Curitiba, 2016. Pp. 477 – 505. Disponível em < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1828>>. Acesso em 22 de junho de 2017., p. 485

Esses autores ainda discutem a necessidade de planejamento das políticas públicas, em especial quando da criação de discriminações com o fim de beneficiar minorias, com o fim de proteger o orçamento de uma possível implosão.

A partir dessa discussão, é possível perceber a preocupação dos autores com a manutenção do orçamento nas políticas públicas, em especial quando o Poder Judiciário precisa atuar de maneira contramajoritária para defender direitos fundamentais de minorias.

1.2.2 DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O debate acerca da legitimidade de atuação do Poder Judiciário fundamentada na necessidade de se dar eficácia aos direitos fundamentais (sociais ou não), tem ganhado destaque na doutrina²⁸, conforme aponta Carvalhaes:

No campo político à questão da legitimidade democrática do judiciário é muito criticada, uma vez que estaria se legitimando um órgão que não representa a sociedade, ou seja, não são escolhidos diretamente pelo povo para deliberar sobre as decisões mais importantes da sociedade (HIRSCHL, 2007; TUSHNET, 1999). Logo, o Judiciário sofreria o problema da dificuldade contramajoritária ao anular e controlar algumas decisões de órgãos de natureza majoritária, como o executivo e o legislativo, já que esses possuem o batismo do voto popular.²⁹

No que diz respeito à violação do princípio democrático, Habacuque Wellington Sodré questiona o fato dos tribunais terem se tornado arenas políticas, levando as questões que deveriam ser analisadas em âmbito político pelos Poderes Legislativo e Executivo para o campo do Judiciário por meio de diversas ações individuais e coletivas, fator que usurparia a função típica desses poderes³⁰.

Este autor discute, ainda, como grupos interessados em uma determinada decisão, como a determinação judicial da entrega de um medicamento específico produzido por eles, estariam arcando com as custas processuais e advogados dos

²⁸ Eduardo Appio, por exemplo, destaca a preocupação de que, na solução de lides, o Poder Judiciário acumule funções, tornando-se uma espécie de “superpoder”. Para ele, essa situação poderia criar uma espécie de *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo e que implicaria grave ofensa à democracia. (APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.). p. 241-243

²⁹ CARVALHAES, R. B. O STF como arena política deliberativa para formulação de políticas públicas, in: TerCi, vol. 04, n. 02, jul/dez. 2014. Pp. 93-108. Disponível em <<http://www.cnecrj.com.br/ojs/index.php/temiminos/article/view/81/54>>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 94

³⁰ SODRÉ, H. W. A Judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e os grupos de interesse: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da Judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2010. p. 97 - 98

litigantes para a criação de jurisprudência a seu favor, em uma ação que ele compara com o *lobby* feito para a influência de decisões no Poder Legislativo.

Dessa forma, é possível perceber que a questão acerca da violação da separação dos poderes pelo Poder Judiciário quando decide pela garantia de determinada obrigação fundamentado na efetivação de direito fundamental social não se relaciona exclusivamente à pontual invasão de competência, mas nas consequências que essa invasão tem em fatores como a destinação dos recursos do Estado e o Princípio Democrático.

Isso porque, para os críticos da atuação do Judiciário, não se trata simplesmente do fato de que este Poder estaria se utilizando das competências instituídas pela Constituição para determinar que um indivíduo tenha acesso a uma política pública em vez de outro. A questão abrange as consequências que essa prática traz ao exercício das funções típicas dos outros Poderes de Estado, uma vez que, ao influenciar aspectos como o orçamento e o princípio democrático a ação possui consequências indiretas sobre a atuação desses Poderes.

Diante dessa análise, podem ser levantadas as perguntas apresentadas por Ivo T. Gico Jr. ao tratar da concretização de direitos fundamentais diante de direitos escassos: i) quais as consequências do arcabouço jurídico e ii) qual regra deve ser adotada³¹.

As consequências do arcabouço jurídico são, para além das avaliações apresentadas, a defesa de direitos fundamentais, de forma que não é possível que seja adotada uma norma jurídica diferente ou que o Poder Judiciário se omita frente os casos que se apresentam a ele.

A ADPF 347/DF, estudada no próximo capítulo, exemplifica um possível resultado de quando a norma existente não é adotada para defender os direitos fundamentais de um determinado grupo, uma vez a omissão contínua pelo Poder Público pode acarretar na violação de Direitos Fundamentais, como no caso a ser estudado.

O compromisso significativo, estudado na parte final deste trabalho, por sua vez surge como alternativa para diminuir as consequências frente essa omissão.

Nesse ponto, é importante ressaltar que apesar de toda atuação do Poder Judiciário no que diz respeito a políticas públicas, em alguma medida, atingir os

³¹ GICO Jr., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, in: EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010. p. 18

aspectos do orçamento e do princípio democrático, nem toda ela fere o princípio da separação dos poderes.

Muitas vezes, em especial quando atua enquanto fiscalizador da política pública para a maioria, a atuação do Poder Judiciário em pouco ou nada altera a autonomia dos Poderes Executivo ou Legislativo, agindo, apenas, com o fim de garantir a máxima legalidade das ações desses Poderes.

A necessidade de parâmetros para a atuação do Poder Judiciário se encontra, então, nos casos em que a Política Pública não existe e é necessária a atuação do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais.

Como pode o Poder Judiciário agir para garantir a máxima eficácia da norma constitucional sem violar o princípio da separação dos poderes nesses casos?

A sugestão apresentada nesse trabalho é a construção do compromisso significativo. Para compreender em que circunstâncias e de que forma essa construção aconteceria, analisaremos no próximo capítulo, a ADPF 347/DF, em que foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional.

2. DA ADPF 347

A ADPF n. 347/DF foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o objetivo de ter reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional relativo ao sistema penitenciário brasileiro para que providências estruturais pudessem ser tomadas com o fim de minimizar as violações a direitos fundamentais dos presos geradas pela superlotação das penitenciárias de todo o país.

O objetivo principal dessa ADPF é cessar as violações aos direitos fundamentais, por meio de mudanças estruturais no sistema penitenciário nacional, com o fim de garantir alcançar o fim da superlotação dos presídios e a melhora de suas instalações, aumentar o número e garantir treinamento adequado ao pessoal nos presídios, diminuir o número de presos provisórios, extinguir a prática sistemática de violência contra os detentos, bem como a falta de assistência material e de acesso à justiça, à saúde, à educação e ao trabalho dos presos e acabar com as discriminações diretas e indiretas praticadas contra mulheres, minorias sexuais e outros grupos vulneráveis nas prisões.

O PSOL sustenta que o estado do sistema penitenciário teria sido gerado por atos comissivos e omissivos do Poder Público (nos níveis federal, estadual e distrital). Argumenta, ainda, que esse quadro, caracterizado pela superlotação das penitenciárias, resultou na violação: a) do princípio da dignidade da pessoa humana; b) da vedação à tortura e ao tratamento desumano; c) do direito de acesso à Justiça; d) do direito à saúde; e) do direito à educação; f) do direito ao trabalho e g) do direito à segurança.

O autor aponta a falta de proteção aos detentos pelo Poder Legislativo que, influenciado pela mídia e pela opinião pública, tem estabelecido políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, agravando a superlotação dos presídios bem como a falta de segurança da própria sociedade.

A falha do Poder Executivo, por sua vez, remete ao estado em que se encontram as penitenciárias, bem como a circunstâncias como a não separação de presos por gravidade do delito e idade, fatores que se relacionam com a reincidência dos detentos e aumento de criminalidade.

Dessa forma, o PSOL afirma que apesar de se tratar de um problema que, aparentemente, apenas afeta a minoria encarcerada, resulta em problemas que afetam a segurança de toda a sociedade, uma vez que ao manter presos com

diferentes graus de periculosidade juntos, o sistema prisional perde sua função de ressocialização e contribui para as taxas de reincidência, que já alcançam 70%.

Aponta, ainda, a influência do uso abusivo da prisão provisória na superlotação do sistema prisional, uma vez que 41% dos presos brasileiros ainda não tiveram seu processo transitado em julgado.

Além disso, destaca não haver separação nos presídios entre presos provisórios e definitivos.

Reforça que trata de situação decorrente de falhas estruturais em políticas públicas, cuja solução depende da adoção de providências por parte de órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Defende que o quadro configura Estado de Coisas Inconstitucional, dependendo da atuação do STF enquanto ator contramajoritário³² para a proteção da dignidade de grupos vulneráveis.

Dessa forma, requereu cautelarmente fosse determinado:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal;
- b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
- c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
- d) aos juízes – que estabeleçam, 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;
- e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção;

³² Essa função remete à atuação do Poder Judiciário enquanto defensor das minorias políticas apresentado no primeiro capítulo em referência a Fernanda Loures de Oliveira e Celso de Barros Correia Neto. A atuação contramajoritária do Poder Judiciário permite que os direitos fundamentais de grupos rejeitados pela maioria, como é o caso dos detentos, seja efetivado independentemente da agenda estatal, uma vez que os atores políticos não vão definir esses grupos como prioridade, o que pode fazer com que seus direitos sejam postergados indefinidamente.

- f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal;
- g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”;
- h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Já no mérito, o PSOL requereu:

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

Nesta tarefa, a Corte pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

f) Após a deliberação sobre o Plano Nacional, determinar ao governo de cada Estado e do Distrito Federal que formule e apresente ao STF, no prazo de 3 meses, um plano estadual ou distrital, que se harmonize com o Plano Nacional homologado, e que contenha metas e propostas específicas para a superação do estado de coisas inconstitucional na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de 2 anos. Cada plano estadual ou distrital deve tratar, no mínimo, de todos os aspectos referidos no item “c” supra, e conter previsão dos recursos necessários para a implementação das suas propostas, bem como a definição de um cronograma para a efetivação das mesmas.

g) Submeter os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo em questão, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, e de outros órgãos e instituições que queiram se manifestar. Submetê-los, ainda, à sociedade civil local, em audiências públicas a serem realizadas nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo a Corte, para tanto, delegar a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do art. 22, II, do Regimento Interno do STF.

h) Deliberar sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor outras medidas alternativas ou complementares que o STF reputar necessárias para a superação do estado de coisas inconstitucional na unidade federativa em questão. Nessa tarefa, mais uma vez, a Corte Suprema pode se valer do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça.

i) Monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil, até que se considere sanado o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

j) Nos termos do art. 6º e §§ da Lei 9.882, o Arguente requer, ainda, a produção de toda prova eventualmente necessária ao deslinde desta Arguição, tais como a requisição de informações adicionais e designação de perito ou comissão de peritos.

O julgamento cautelar da ADPF n. 347/DF ocorreu no dia 9 de setembro de 2015 e, além de ser reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal deferiu os pedidos cautelares presentes nas alíneas “b” e “h”.

O deferimento cautelar referente ao pedido presente na alínea “b” determinou o estabelecimento de audiências de custódia, no prazo de até 90 dias, para que os presos tenham contato com a autoridade judiciária em até 24 horas após a prisão.

Já o deferimento referente ao pedido presente na alínea “h” determinou a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) pela União para os fins para o qual foi criado, bem como proibiu futuros contingenciamentos.

Foram indeferidos os requerimentos cautelares presentes nas alíneas “a”, “c”, “d”, “e” e “f”.

O requerimento da alínea “g” foi considerado prejudicado, pela maioria, nos termos do voto do relator.

A decisão cautelar determinou, ainda, que a União, os Estados e o Distrito Federal, em especial o Estado de São Paulo reunissem informações sobre seu sistema carcerário e as encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal.

2.1 DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A ADPF n. 347/DF se destaca no ordenamento jurídico brasileiro por ter sido pioneira no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), conceito jurídico desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana diante de violações sistemáticas a direitos fundamentais decorrentes de omissões administrativas do Poder Público.

O ECI consiste no reconhecimento da violação massiva, generalizada e estrutural de direitos fundamentais e na invocação dos órgãos responsáveis por adotar medidas para solucionar esse descumprimento da norma constitucional.

Sua aplicação surgiu com o objetivo de permitir que, com a atuação suplementar do Poder Judiciário aos Poderes Legislativo e Executivo, sejam desenvolvidas soluções estruturais para o descumprimento contínuo de direitos fundamentais de partes vulneráveis da população.

Sua utilização se desenvolveu na Colômbia desde o ano de 1997, quando a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional estabeleceu o dever de colaboração entre os poderes de Estado, com o fim de criar um remédio administrativo que evitaria o excesso de tutelas individuais pleiteadas por vários

professores que foram excluídos do *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*, perdendo benefícios sociais para os quais contribuíram.

A partir da declaração do ECI, a Corte Constitucional se utilizou de seu poder de decisão para viabilizar a adoção de atos que pusessem fim à transgressão à Constituição Colombiana, solucionando, assim, uma série de demandas particulares e atingindo, não apenas aqueles que ingressaram com as ações individuais, mas todos os afetados.

Segundo George Marmelstein, a função originária do ECI foi suprir a ausência de um mecanismo jurídico-processual coletivo ou abstrato que protegesse direitos fundamentais. Fosse essa sua função, sua importação para o ordenamento jurídico brasileiro seria dispensável, mas o desenvolvimento em sua aplicação transformou em um instrumento que promove o diálogo institucional por meio do qual, diferentes órgãos passam a trabalhar em conjunto com o fim de solucionar um problema estrutural³³.

Essa função é o elemento que torna necessária a importação desse conceito ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é o que o diferencia dos instrumentos já previstos na Constituição Federal com o fim de assegurar interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Para George Marmelstein, o ECI é um instrumento por meio do qual seria possível o desbloqueio das instituições, de forma que as demandas de minorias ignoradas pela política, que privilegia em sua agenda os interesses de grupos majoritários, passem a fazer parte das decisões a serem tomadas.

Esse conceito jurídico se torna, então, um mecanismo por meio do qual esses grupos passam a ter acesso aos organismos políticos a fim de garantir seus direitos fundamentais.

O ECI se caracteriza, ainda, pelo que Carlos Alexandre de Azevedo Campos chama de “remédios estruturais flexíveis”, pois a solução a ser implantada não é uma decisão determinada pelo Juiz, mas a formulação de ordens flexíveis com o fim

³³ MARMELESTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica, in: OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Org.) e LEAL, Gabriel Prado (Org.). Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros (Volume I). Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 244 e 245

de coordenar a criação de um plano de ações cujas políticas públicas serão definidas pelos órgãos responsáveis por tomá-las³⁴.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos explica que o papel do Poder Judiciário diante do ECI é de coordenador institucional e de fiscalizador, mas não de elaborador das políticas públicas. De forma que a função do Judiciário se restringe a movimentar a máquina governamental e articular a harmonia desse movimento.

Remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizadas e avançadas pelos outros poderes³⁵.

George Marmelstein exemplifica a forma genérica como a determinação dos deveres estatais pelo Poder Judiciário acontece com um trecho do julgado de 1998 que tratou sobre a crise dos migrantes internos (“*desplazados*”) na Colômbia.

Las autoridades están obligadas – por los medios que estimen conducentes – a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y la participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.³⁶

Este autor explica que neste caso³⁷, após a comunicação a todos os órgãos relevantes sobre a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e do teor da

³⁴ CAMPOS, C. A. de A., JOTAMundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 15 de setembro de 2016. p. 5

³⁵ CAMPOS, C. A. de A., JOTAMundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 15 de setembro de 2016. p.5

³⁶ MARMELESTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica, in: OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Org.) e LEAL, Gabriel Prado (Org.). Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros (Volume I). Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 248

³⁷ O caso T 025/2004 discutiu os direitos de populações migrantes internas (“*desplazados*”) cujos direitos fundamentais haviam sido afetados pela migração, considerando a vulnerabilidade do grupo persistente no tempo. A ação buscou a execução de políticas públicas em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais com o objetivo de diminuir a marginalização e exclusão que atingia essa população. Destacam-se entre os pedidos dos migrantes: a definição de um nível mínimo de proteção, ajuda humanitária de emergência, bem como a determinação de ordens simples e complexas em matéria de deslocamento. A sentença se divide em uma parte resolutiva e uma parte outorgante. Essa segunda determinou: a) que a partir de 30 de setembro de 2004 o Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia prestasse informações mensais ao Procurador Geral da Nação e o Defensor Público do andamento do processo, bem como às organizações que participaram da tutela (dentre as quais, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR e Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES); b) que fosse fixado o prazo de 14 de maio de 2004 para que o Consejo Nacional de Atención Integral

decisão, foram determinados prazos para a elaboração de um “Plano de construções e reformas” com o fim de solucionar o problema da superlotação dos presídios e para a execução desse plano, além de serem indicados órgãos responsáveis pela fiscalização do cumprimento do plano.

Carlos Alexandre de Oliveira Campos lista três pressupostos para a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional: i) a violação massiva e generalizada a direitos fundamentais, que afeta um número elevado e indeterminado de pessoas; ii) a omissão reiterada e persistente no cumprimento de obrigações de defesa e promoção dos direitos humanos, que representaria uma falha estrutural no funcionamento do Estado; e iii) a necessidade de medidas simultâneas promovidas por diversos órgãos para superação da inconstitucionalidade³⁸.

Por meio desses pressupostos é possível perceber o tamanho e a complexidade do ECI, características que justificam a necessidade de atuação do Poder Judiciário enquanto coordenador do plano de ações a ser executado por diversos órgãos do Estado.

Além disso, essa complexidade explica a necessidade de fiscalização e monitoramento de todo o processo, uma vez que a execução deficiente do plano de ações pode, não só diminuir a eficácia do remédio estrutural a ser executado, mas piorar a própria situação enfrentada pela sociedade.

George Marmelstein apresenta esses pressupostos da forma sistematizada pela Corte Constitucional Colombiana, apontando, assim, seis fatores que constituem o Estado de Coisas Inconstitucional:

(1) violação massiva e generalizada de vários direitos constitucionais, capaz de afetar um número significativo de pessoas; (2) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos; (3) a adoção de práticas inconstitucionais a gerar, por exemplo, a necessidade de sempre ter que se buscar a tutela

a la Población Desplazada por la Violencia, a Defensoria Pública e as partes interessadas chegassem a uma decisão; c) que fosse cumprida imediatamente a ordem que define que as organizações que representam a população deslocada deve fazer parte das decisões que objetivam o fim do ECI; d) que fosse adotado um cronograma preciso para a correção das falhas institucionais pelo Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia; e) que as entidades parte do Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada disponibilizassem informações quando solicitadas pela Red de Solidaridad Social; f) que o Ministerio del Interior y de Justicia disponibilize as informações necessária. (COLOMBIA, Sentencia T-025/2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> . Acessado em 13 de setembro de 2017.)

³⁸ CAMPOS, C. A. de A., JOTAMundo: Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 15 de setembro de 2016. p. 4

judicial para a obtenção do direito; (4) a não adoção de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (6) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (7) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica³⁹.

Com a definição desses pressupostos, a Corte Colombiana restringiu a declaração do ECI apenas a situações em que a violação dos direitos fundamentais demanda medidas de tal natureza.

Na ADPF n. 347/DF, o ministro relator Marco Aurélio entendeu que os pressupostos do ECI foram atendidos, circunstância que resulta na possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal em situações que poderiam ser consideradas exclusivamente políticas, independentemente de afronta ao princípio democrático ou da separação dos poderes.

O relator destacou que a situação de violação a direitos decorre da atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de maneiras diversas, mas não excludente. Isso porque o problema possui uma parcela de responsabilidade de cada Poder não só da União, mas também de órgãos dos estados e do Distrito Federal.

Apontou, também, a importância da opinião pública e da marginalização social do grupo que se pretende proteger diretamente por meio desta ADPF, apesar de reforçar que toda a sociedade é afetada indiretamente pelo aumento da criminalidade causado pela situação atual do sistema penitenciário.

Além disso, o Ministro relator defendeu a importância da atuação do Supremo para a superação de bloqueios políticos e institucionais:

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 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

³⁹ MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica, in: OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Org.) e LEAL, Gabriel Prado (Org.). Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros (Volume I). Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. p. 242

espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.⁴⁰

A necessidade dessa atuação para a solução do quadro apresentado reforça a importância do reconhecimento do ECI nesta ADPF, uma vez que este é o elemento que o diferencia dos instrumentos processuais já existentes no nosso ordenamento político.

Isso porque o reconhecimento do ECI implica na possibilidade do Poder Judiciário de coordenar as ações necessárias para a solução do quadro que se apresenta. No caso em tela, como ainda não houve julgamento do mérito, a ação coordenada não foi iniciada, mas a decisão feita liminarmente de liberação do Fundo Penitenciário (FUNPEN) já foi usada como referência para um caso local⁴¹.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF n. 347/DF representa a compreensão de que, diante de um quadro de violações massivas a direitos constitucionais que depende da ação coordenada de diferentes órgãos dos poderes de Estado, é necessário que haja um agente capaz de superar possíveis entraves e coordenar essa atuação e que cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto Tribunal Constitucional, representar esse papel.

A partir da declaração da ECI, o Poder Judiciário passa a ter legitimidade de atuação para coordenar as ações necessárias, dentre as alternativas possíveis, a celebração do compromisso significativo.

2.2 DA SUGESTÃO DE CONSTRUÇÃO DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO

O Projeto de Lei do Senado n. 736/2015, que pretende incorporar o compromisso significativo ao ordenamento jurídico nacional, sugere a aplicação do compromisso significativo como instrumento de solução do ECI, determinando, assim, qual deve ser a atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, ante esse quadro de violação de preceitos constitucionais.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 347/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017. p. 31

⁴¹ MINISTRO libera recursos do fundo penitenciário à Bahia. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347704>>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

Esta parte do presente trabalho pretende sugerir como o compromisso significativo poderia ser utilizado para garantir a eficácia dos requerimentos da ADPF 347/DF com base nos parâmetros previstos no PLS n. 736/2015.

No que diz respeito aos pedidos da cautelar, não será observada a construção do compromisso significativo na efetivação da determinação que estabeleceu a obrigatoriedade das audiências de custódia, uma vez que estas representam uma ordem direta do Poder Judiciário para a sua própria atuação. Por este motivo, a análise se restringirá ao requerimento relativo ao Fundo Previdenciário Nacional (FUNPEN), uma vez que não serão analisados os pedidos indeferidos.

O requerimento do Partido Solidariedade e Liberdade (PSOL) teve como foco a liberação do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), bem como a impossibilidade de futuros contingenciamentos, para que este fundo possibilite a mudança no quadro de violações a preceitos constitucionais que caracteriza o sistema penitenciário brasileiro.

A determinação do STF não estabelece parâmetros para a utilização do FUNPEN na solução do ECI, de forma que é necessário que políticas públicas sejam desenvolvidas com este fim.

No que diz respeito ao julgamento de mérito, o compromisso significativo pode ser celebrado em torno do item “c” do pedido definitivo do PSOL, que requer a criação de um plano nacional para a superação do ECI do sistema penitenciário brasileiro capaz de solucionar todos os problemas listados naquele item.

O compromisso significativo tem a importância, na resolução de um pedido de tamanha complexidade, porque pode ter como resultado a construção coletiva do plano pedido, incluindo como agentes decisórios não só o Requerido (Governo Federal) e seus órgãos, mas também o Requerente e organizações interessadas que queiram participar da decisão como *amicus curiae*.

Um dos argumentos que motivou o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, entretanto, é a existência de uma série de barreiras institucionais e políticas que estagnam a situação tal qual ela se encontra. A manutenção do *status quo* representa a conservação das violações no tempo, tal qual antes do reconhecimento.

Nesse contexto, o compromisso significativo se destaca por ser um instrumento que possibilita a superação dos bloqueios existentes ao determinar a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto coordenador e fiscalizador do acordo a ser celebrado para a formulação e implementação das políticas públicas necessárias para a solução da superlotação do sistema penitenciário e das violações a preceitos constitucionais que dela decorrem.

No caso em tela, para a construção do compromisso significativo, o Supremo Tribunal Federal determinaria, no julgamento de mérito, diretrizes específicas a serem observadas na autocomposição pelos órgãos do Poder Público responsáveis pelas políticas públicas necessárias, bem como pela sociedade civil organizada e população afetada, a fim de solucionar o conflito constitucional. Com isso, objetiva garantir que o propósito do compromisso significativo seja alcançado, buscando assegurar a qualidade da participação da sociedade civil organizada e da população afetada na defesa dos preceitos fundamentais que pretendem ver efetivados.

Além disso, o STF deve designar os interlocutores do Poder Público e das comunidades ou pessoas afetadas, previamente habilitados no processo, responsáveis pela realização do compromisso significativo.

Na ADPF 347/DF, alguns desses interlocutores seriam o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), os departamentos penitenciários dos 26 Estados da Federação e a subsecretaria do sistema penitenciário do Distrito Federal, uma vez que é necessária a atuação integrada entre esses entes federativos. Outros interlocutores determinados poderiam ser representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, uma vez se tratam de órgãos do Estado que podem representar e assessorar a população afetada, além de representantes de ONGs que destaquem na causa.

O STF deve, ainda, estipular prazos para que as partes prestem informações periódicas. Esta etapa tem como objetivo acompanhar o progresso do compromisso significativo, tanto no processo de sua celebração quanto na sua execução, com o fim de garantir a sua eficácia.

Além disso, o Tribunal deve estipular um representante próprio responsável por fiscalizar o andamento das etapas para garantir o êxito do compromisso significativo. Caso essa fiscalização verifique, em alguma etapa, que o compromisso

significativo não será firmado ou que não será executado após sua celebração, o Supremo Tribunal Federal tem a competência de arbitrar uma solução para o caso.

3. DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO

3.1 DA ORIGEM DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO

O compromisso significativo (*Meaningful Engagement*) é um instrumento processual criado pela Suprema Corte Sul-africana por meio do qual o Poder Judiciário solucionou lides atuando enquanto facilitador do diálogo entre os entes e órgãos estatais e a sociedade, de forma que as políticas públicas necessárias foram definidas por meio da cooperação, do diálogo e do acordo por parte desses atores.

O processo de desenvolvimento desse instrumento processual se relaciona intimamente com o julgamento dos casos *Grootboom* (2000), *Olivia Road* (2007) e *Joe Slovo* (2009), que inovaram ao reconhecer o direito à moradia dos litigantes sem definir diretamente as políticas públicas a serem efetuadas, mantendo as decisões ligadas ao orçamento nas mãos do Poder Executivo.

David Wilson de Abreu Pardo define compromisso significativo como:

[M]ecanismo de intervenção judicial em políticas públicas destinadas à satisfação de direitos sociais, econômicos e culturais, por meio do qual as partes são 'dirigidas' a um procedimento deliberativo visando a equacionar as suas divergências e controvérsias à luz da lei e da Constituição⁴².

O compromisso significativo surge como uma atuação alternativa à forma como a judicialização de políticas ocorre atualmente, uma vez que se propõe a solucionar as lides sem interferir diretamente nas políticas públicas que serão tomadas, em especial diante de problemas de ordem estrutural, como o tratado na ADPF n. 347/DF⁴³, estudada na parte final deste trabalho.

Essa atuação alternativa se limitaria a um papel homologador e fiscalizador de uma solução construída pelas partes responsáveis pela implementação das medidas afetas aos direitos sociais, mantendo a construção da solução nas mãos dos Poderes Políticos.

Em relação a essa prática, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior apresenta o compromisso significativo como "importante técnica para a proteção de direitos que

⁴² PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no "Compromisso significativo", in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 20

⁴³ O problema trazido pela ADPF n. 347/DF pode ser considerado de ordem estrutural por englobar os diferentes entes da Federação, bem como depender da atuação de diferentes órgãos dos Poderes de Estado para a sua solução.

exigiam a ação administrativa do Estado”⁴⁴ por representar “a possibilidade de adoção de providências alternativas com vistas a reequilibrar os princípios e regras constitucionais envolvidos”⁴⁵.

David Wilson de Abreu Pardo aponta o caso *Grootboom*⁴⁶ como ponto de partida da criação jurisprudencial do compromisso significativo, afirmando ter sido a primeira vez em que a Corte Sul-africana reconheceu a necessidade de aplicação de medidas legislativas e administrativas a fim de efetivar o direito à moradia dos demandantes sem, contudo, determinar uma solução imediata ou a execução de uma política pública específica para garantir o direito buscado.

Michele Pedrosa Paumgarten⁴⁷ afirma que as circunstâncias que geraram o caso *Grootboom* tiveram início na inação do Estado, já que o problema discutido no caso fora gerado pela omissão do poder público em executar um programa de casas a baixo custo.

Os moradores despejados de Wallecedene que ocuparam uma área particular e foram mantidos em um abrigo temporário sem qualquer pretensão de garantia de seus direitos e, por isso, ingressaram com o caso *Grootboom* haviam sido inscritos em um programa de casas a baixo custo sete anos antes, mas este programa não fora adotado.

Após serem despejados, os moradores de Wallecedene – dentre os quais Irene Grootboom – ingressaram com uma ação na justiça visando a satisfação de seus direitos de moradia. A posição da Corte Constitucional se baseou no reconhecimento da obrigação de garantia dos direitos de moradia, saúde,

⁴⁴ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 29

⁴⁵ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017., p. 29

⁴⁶ ÁFRICA DO SUL, Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2000. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf> > . Acesso em: 31 de Agosto de 2017.

⁴⁷ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Constitucionalismo Transformador: O saco sul-africano. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, nº 14, pp. 147-161. Agosto de 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/constitucionalismo-transformador-o-caso-sul-africano-transformative>. Acesso em 22 de junho de 2017. pp. 155 e 156

alimentação e previdência social dos litigantes, mas não se propôs a solucionar a lide.

Em vez de ordenar uma atuação específica, “[a] intervenção judicial fora no sentido de requerer um programa razoável para garantir o acesso à moradia, incluindo algum tipo de programa assegurando as demandas emergenciais, mas não garantindo, como se disse, a própria residência para cada um”⁴⁸, cabendo ao Estado o discernimento acerca da decisão e da implementação progressiva de direitos.

A Comissão de Direitos Humanos, admitida como *amicus curiae* do caso, ficou responsável por monitorar o processo de implementação desses direitos, para, caso necessário, nova atuação da Corte nesse caso⁴⁹.

No caso *Olivia Road (2007)*, foi desenvolvido o conceito de “compromisso significativo”, quando a Corte ordenou que a Cidade de Johannesburgo e os mais de quatrocentos habitantes de dois prédios que seriam desocupados se comprometessem significativamente a: i) resolver suas diferenças e dificuldades, observando os deveres legais e constitucionais de ambas as partes; ii) diminuir os riscos à segurança e à saúde que condenavam os edifícios à desocupação, na medida do possível; e iii) em data fixada pelo Tribunal, reportar os resultados alcançados.

Segundo David Wilson de Abreu Pardo⁵⁰ esta ordem da Corte Sul-africana se justificou pela falta de esforços da Cidade de Johannesburgo de resolver o problema em conjunto com os ocupantes antes da ordem de desocupação – ação que poderia ter como resultado a transformação de todos em sem tetos, uma vez que não foi proposta qualquer moradia alternativa em contrapartida à desocupação.

O compromisso significativo foi utilizado como uma forma de obrigar a Cidade de Johannesburgo a compreender suas possibilidades de atuação levando em consideração não só os riscos que os prédios representavam, mas, também as consequências que a desocupação geraria (com as quais a Municipalidade teria que arcar). Como resultado, foi assinado acordo que versava sobre a execução de

⁴⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 17

⁴⁹ ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf> > . Acesso em: 31 de Agosto de 2017.

⁵⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 20

medidas temporárias necessárias ao alívio da situação urgente, tais quais: melhoria da condição das propriedades e acomodação alternativa temporária.

Um fator que Brian Ray⁵¹ aponta sobre esse caso é a pretensão de ambas as partes de que a lide fosse resolvida de maneira a se tornar parâmetro para decisões futuras. Entretanto, em vez de definir os parâmetros decidindo sobre o caso concreto, a Corte institucionalizou o compromisso significativo como parte do processo decisório de questões que abordassem o problema da evicção.

Assim, em vez de criar precedentes referentes às decisões que deveriam ser tomadas diante de ações que tratassem do problema da moradia, a Corte estabeleceu o procedimento por meio do qual as lides deste tipo deveriam ser solucionadas a partir daquele caso: seriam seguidos os parâmetros do compromisso significativo com o fim de que os envolvidos pudessem acordar acerca da melhor solução cabível.

Segundo Brian Ray esta decisão da Corte ainda relacionou a realização do compromisso significativo às obrigações do Estado de envolver a comunidade e a sociedade civil organizada no governo local e de garantir a Dignidade Humana e a vida⁵².

Para Brian Ray, a instituição do compromisso significativo como parte rotineira do processo decisório pode resultar no desenvolvimento deste instrumento processual, uma vez que, para incorporá-lo, as estruturas administrativas e burocráticas dos poderes políticos precisariam se preparar e treinar seus funcionários para efetuá-lo. Essa preparação, ele defende, poderia possibilitar a aplicação de mecanismos semelhantes ao compromisso significativo dentro dessas estruturas, facilitando a coordenação e o diálogo entre os diferentes órgãos estatais.

Dessa forma, a coordenação entre os órgãos estatais passaria a acontecer dentro do próprio processo de formulação das políticas públicas, seguindo o modelo do compromisso significativo, mas sem a necessidade de coordenação do Poder Judiciário. Com isso, ele almeja que surjam menos conflitos de competência e, com isso, menos lides.

A análise de Brian Ray é a de que o compromisso significativo pode evoluir só para desenvolver a solução dos conflitos, mas para minimizá-los.

⁵¹ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 4

⁵² RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 5

3.2 DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Por meio da aplicação do compromisso significativo, a Corte Constitucional Sul-africana tornou possível uma solução pactuada entre a população afetada e o Poder Público, restando ao Poder Judiciário o papel de garantir a proteção aos direitos fundamentais enquanto guardião da Constituição.

Essa forma distinta de atuação do Poder Judiciário em muito difere do modo como as decisões são tomadas no caso brasileiro e, por isso, serão o próximo foco da nossa análise, dado o seu caráter inovador.

Ao comparar os casos *Mamba* e *Joe Slovo*, Pardo destaca a importância da atuação do Poder Judiciário como fiscalizador da realização e da eficácia do compromisso significativo. Isso porque, enquanto no caso *Mamba*⁵³ não houve constrangimento político após a fixação do acordo – o que resultou no fracasso do compromisso significativo, uma vez que não houve forte intervenção da Corte e o processo não fora estruturado a longo prazo -, o caso *Joe Slovo*⁵⁴ se destaca como sucesso dessa solução processual ao garantir uma agenda mais específica e fiscalização mais forte pela Corte.

⁵³ No caso *Mamba* (2008), refugiados, vítimas de protestos violentos que ocorreram em maio de 2008, ingressaram com uma ação contra o fechamento dos campos em que se encontrava argumentando se tratar de uma violência sistêmica, não pontual, como afirmavam as autoridades governamentais. Após perder na Corte Superior (*High Court*), os refugiados buscaram a Corte Constitucional, que proibiu temporariamente o fechamento dos campos e determinou fosse aplicado o Compromisso significativo. O governo de Gauteng, entretanto se recusou a negociar o plano de reintegração, apenas informando os refugiados e grupos listados na decisão da corte do planejamento para o fechamento dos campos. A Corte Constitucional emitiu outra ordem para que os campos fossem mantidos abertos e o Compromisso significativo fosse respeitado, mas, mais uma vez, o governo de Gauteng continuou com a reintegração dos refugiados. Em outubro de 2008, CoRMSA (o Consórcio para Refugiados e Migrantes da África do Sul) retirou a ação e o caso foi encerrado. (RAY, Brian. *Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy*. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 7 - 12)

⁵⁴ No caso *Joe Slovo* (2009), um projeto da cidade de Cape Town pretendia realocar 4.386 famílias que residiam em uma comunidade irregular conhecida como Joe Slovo para Delft, muito mais distante de onde essas famílias trabalhavam, sob a promessa de que muitos deles poderiam participar de um programa de moradia de baixa renda. Após a execução de três fases do projeto e sem o cumprimento dessa promessa, os moradores organizaram protestos contra o projeto, circunstância diante da qual os governos local, regional e nacional, assim como o desenvolvedor, Thubelisha Homes, acionaram a Cape High Court para que os residentes fossem despejados de acordo com a Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 1998 (PIE). A Corte Superior decidiu pela realocação dos residentes, que apelaram diretamente à Corte Constitucional. Vários grupos que participaram do caso *Olivia Road* participaram do processo como *amicus curiae*, mas as negociações falharam. A Corte decidiu o caso em Junho de 2009, determinando um despejo estruturado definido em conjunto com os residentes os detalhes do despejo e da realocação. Além disso, a Corte ainda determinou que 70% das novas casas construídas em Joe Slovo deveriam abrigar pessoas realocadas pelo projeto e especificou a qualidade que deveriam ter as acomodações temporárias. (RAY, Brian. *Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy*. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 12 - 18 ; ÁFRICA DO SUL, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelish Homes*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.pdf>>. Acesso em: 31 de agosto de 2017)

Ao analisar o caso *Mamba*, Brian Ray elenca como problemas que influenciaram no fracasso do compromisso significativo a interpretação restrita do governo de Gauteng da decisão da Corte, bem como a sua negativa de negociar o plano de reintegração – limitando-se a comunicar os refugiados de seus planos enquanto continuava com o processo de fechamento dos campos⁵⁵.

Dessa forma, o Poder Judiciário, por meio do compromisso significativo, evita a decisão acerca de quais políticas públicas deverão ser aplicadas e como elas terão eficácia, focando sua atuação na fiscalização do acordo.

Apenas quando o compromisso falha, como no caso *Joe Slovo*⁵⁶, o Poder Judiciário deverá arbitrar a solução para garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

David Wilson de Abreu Pardo sintetiza o compromisso significativo, então, da seguinte forma:

O compromisso significativo exige a implementação progressiva dos direitos reivindicados, levando em conta os recursos disponíveis, mediante a fiscalização dos juízes. Porém, a Administração Pública mantém o controle direto e imediato sobre a alocação dos recursos, ainda que sob o compromisso de executar de maneira continuada as políticas públicas requeridas para satisfação dos direitos⁵⁷.

David Wilson de Abreu Pardo elenca como elementos necessários para o sucesso do compromisso significativo: i) seu tratamento como processo interativo, com agenda que especifique os itens a serem discutidos e defina tempo exato, maneira, condições e temporariedade, listando temas e ordenando relatórios, com possível avaliação preliminar sobre o mérito pela Corte; ii) a imposição de sanções às partes que deixam de cumprir o compromisso significativo – podendo, inclusive, tomar decisões quando o compromisso falhar; iii) a retenção da jurisdição fiscalizadora pela Corte – que pode, ainda, impor medidas judiciais, a depender dos resultados parciais encaminhados⁵⁸

⁵⁵ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 10

⁵⁶ ÁFRICA DO SUL, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelish Homes*. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.pdf>>. Acesso em: 31 de agosto de 2017

⁵⁷ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 19

⁵⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 18

David Wilson de Abreu Pardo ainda defende o compromisso significativo como um modelo de revisão judicial compatível com a democracia deliberativa, afirmando:

Acontece um compromisso significativo quando “comunidades e governo falam e escutam uns aos outros e tentam entender as perspectivas de cada um, ao ponto de eles poderem alcançar um objetivo particular”. Na verdade, constitui não somente postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público, mas um método com o propósito justamente de fomentar a participação e a atividade política democrática. A política estimulada pelo Judiciário, na perspectiva da interação deliberativa, e não sendo estorvada por ele⁵⁹.

Seu posicionamento demonstra que, a aplicação do compromisso significativo representa uma solução frente às críticas recebidas pelo Poder Judiciário, uma vez que o este Poder estaria estimulando e possibilitando a prática democrática, em vez de tomar para si decisões que deveriam ser próprias do Poder Executivo.

Outro ponto que destaca é o fato de que o compromisso significativo permite que o cidadão participe da garantia de seus direitos não só como litigante, mas também como participante no processo decisório administrativo, qualificando a participação da cidadania na administração pública.

Nesse mesmo sentido, Vieira Júnior compara o compromisso significativo à consulta pública destacando o fato de que o instituto desenvolvido pela Corte Sul-africana tem como premissa básica a construção conjunta da solução pactuada, assegurando que as manifestações dos participantes – dentre os quais se incluem os cidadãos afetados – influenciem, de fato, na implementação da política pública⁶⁰. Com isso, reforça o posicionamento de David Pardo de que o compromisso significativo qualificaria a participação dos cidadãos, uma vez que afirma que,

O processo do “compromisso significativo” deve, necessariamente, ser bem estruturado, coordenado, consistente e compreensivo e deve habilitar cidadãos ou comunidades a serem tratados como parceiros no processo de tomada de decisão.⁶¹

⁵⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 18

⁶⁰ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 31

⁶¹ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186).

Além disso, Vieira Júnior chama a atenção para o fato de que, apesar do Poder Judiciário não tomar para si a responsabilidade de decisão, este Poder impulsiona a deliberação entre as partes e a ação do Poder Público, exigindo que o compromisso significativo ocorra em favor dos direitos fundamentais reconhecidos.

Isso representaria não só a defesa do princípio da separação de poderes, mas uma forma de densificação do princípio democrático ao garantir uma nova forma de participação dos cidadãos nas esferas decisórias, podendo atuar de maneira direta e qualificada em questões que os afetam diretamente.

Nos casos estudados os cidadãos afetados pelas políticas públicas participaram do processo e da celebração do compromisso significativo por representação e grupos interessados atuaram no processo na condição de *amici curiae*, por vezes recebendo funções importantes na fase do Compromisso significativo, a exemplo da Comissão de Direitos Humanos que ficou responsável por monitorar a implementação dos direitos defendidos no caso *Grootboom*.

Vitor Silva de Araújo indica a cultura jurídica do *common law*, bem como uma série de características da Constituição Sul-africana como fatores que permitiram o desenvolvimento do compromisso significativo naquele país.⁶²

Ao analisar a possibilidade de importação de tal solução processual, Vitor Araújo discute a existência de uma maior flexibilidade jurídica no ordenamento jurídico sul-africano, inerente ao sistema do *common law*, que teria possibilitado o surgimento do compromisso significativo enquanto acordo cujo objetivo é a efetivação de direitos; permitindo, dessa forma, a solução das lides por um meio que não se caracteriza como lei ou como sentença formal.⁶³

No caso brasileiro, por não haver essa mesma flexibilidade jurídica, a melhor forma para a importação deste instrumento processual é por meio de projeto de lei

Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 31

⁶² In: XIMENES, Julia Maurmann (Org). XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP: Grupo de Trabalho (GT): Direitos Sociais e Políticas Públicas, Brasília, IDP, 2016. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/porta-de-ebooks/3906-xix-congresso-internacional-de-direito-constitucional-do-idp-grupo-de-trabalho-gt-direitos-sociais-e-politicas-publicas>. Acesso em 31 de maio de 2017. pp. 216 a 231. p. 223 - 224

⁶³ ARAUJO, Vitor Silva de. O Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso significativo: Estudo comparado entre os contextos brasileiro e sul-africano, in: XIMENES, Julia Maurmann (Org). XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP: Grupo de Trabalho (GT): Direitos Sociais e Políticas Públicas, Brasília, IDP, 2016. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/porta-de-ebooks/3906-xix-congresso-internacional-de-direito-constitucional-do-idp-grupo-de-trabalho-gt-direitos-sociais-e-politicas-publicas>. Acesso em 31 de maio de 2017. p. 224

que o institucionalize. Em contrapartida, a implementação do compromisso significativo de forma proativa por parte do Poder Judiciário como resposta às demandas que já se encontram em análise pode encontrar maior resistência, uma vez que corre o risco de ser considerada uma tentativa do Poder Judiciário de usurpar atribuições dos Poderes Políticos, ao definir o que estes devem fazer para estabelecer e implementar Políticas Públicas.

Nesse sentido, Vieira Júnior destaca o Projeto de Lei do Senado nº 736 de 2015 (PLS 736/2015), de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, como uma possibilidade de fixação de balizas à atuação do Poder Judiciário e posituação do compromisso significativo no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro⁶⁴.

Outro ponto destacado por Vítor Araújo é o caráter cooperativo e dialogal da separação de poderes presente no governo sul-africano (*co-operative government*) como um elemento que influencia a efetividade desta solução processual, uma vez que a relação entre as esferas nacionais, provinciais e locais se dá de forma interdependente e inter-relacionada, de modo que os entes federativos devem cooperar e prestar suporte entre si. Essa relação se aplica, ainda, ao funcionamento dos poderes de Estado, de forma que os poderes Executivo e Legislativo devem coordenar suas atuações com base no princípio de mútua assistência e suporte.

Esse caráter, que se reflete no compromisso significativo, surge como importante fator para a solução de problemas estruturais que exigem a atuação de diversos órgãos, eventualmente de Poderes de Estado ou diversos entes da Federação.

Um exemplo de problema estrutural relativo ao sistema carcerário é o Estado de Coisas Inconstitucional, como aquele reconhecido na ADPF nº 347/DF, que depende, para a sua solução, da atuação de órgãos nos níveis federal, distrital e estadual, bem como dos três Poderes do Estado.

A importância do compromisso significativo no ordenamento jurídico brasileiro é estimular o diálogo entre os órgãos dos diversos entes da federação envolvidos na solução do problema, minimizando os conflitos de competência que adiam a resolução do referido quadro.

⁶⁴ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 34

Nesse sentido, se destaca a seguinte colocação de Vitor Araújo:

A mudança política e cultural seria o grande desafio desse momento. Inculcar, em todos os poderes, o diálogo e a cooperação, em contraponto aos interesses políticos escusos, à burocracia exacerbada, à ineficiência da máquina pública são parte da *longa e sinuosa* estrada que precisamos trilhar.⁶⁵

Essa mudança política se relaciona, ainda, com o conceito de Compromisso Político (*Political Engagement*) apresentado por Brian Ray, que sugere a utilização do compromisso significativo não só como um instrumento para solução judicial de lides (o que ele chama de Compromisso Litigante – *Litigation Engagement*), mas, ainda, a transformação desse instrumento em parte de um processo administrativo de elaboração de políticas públicas, com o fim de evitar o surgimento dessas lides.

Nesse contexto, o autor afirma:

Political engagement also requires considerable coordination and administrative planning by the government. Some kind of employee training program for engagement is necessary. Where multiple governmental entities are involved, they must coordinate with each other in the engagement. Finally, authorities must establish a system for creating and preserving a record of each engagement.⁶⁶

Para Brian Ray, o Compromisso Político, se aplicado corretamente, pode se transformar em importante mecanismo para efetivar direitos socioeconômicos⁶⁷. Ele apresenta como principal requisito para o uso deste tipo de compromisso significativo a inclusão dos cidadãos afetados como parte do processo, não apenas receptores da Política Pública. Nesse sentido, o Poder Público deve consultar a sociedade civil organizada, tornando-a facilitadora do processo.

Com isso, Brian Ray aponta que o compromisso significativo é mais do que uma alternativa *ad hoc* a ser usada em um caso específico e deve impor obrigações sistemáticas de longo prazo ao Estado.

⁶⁵ ARAUJO, Vitor Silva de. O Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso significativo: Estudo comparado entre os contextos brasileiro e sul-africano, in: XIMENES, Julia Maurmann (Org). XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do IDP: Grupo de Trabalho (GT): Direitos Sociais e Políticas Públicas, Brasília, IDP, 2016. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks/3906-xix-congresso-internacional-de-direito-constitucional-do-idp-grupo-de-trabalho-gt-direitos-sociais-e-politicas-publicas>. Acesso em 31 de maio de 2017. p. 231

⁶⁶ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: works.bepress.com/brian_ray/3/. p. 27

⁶⁷ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: works.bepress.com/brian_ray/3/. p. 2

Brian Ray também afirma que ONGs, advogados do interesse público e outros interessados têm o papel constitucional de atuar no desenvolvimento das responsabilidades que o Compromisso impõe, possibilitando, dessa forma, que esses grupos atuem mais diretamente na implementação de direitos sociais⁶⁸.

É importante ressaltar, entretanto, que o compromisso significativo não se trata de um instrumento com o mero objetivo de estimular a deliberação pelos diversos órgãos e entes federativos. Seu objetivo é a solução dos problemas apresentados e a garantia dos direitos fundamentais.

David Wilson de Abreu Pardo reforça essa posição, afirmando que a atuação do Judiciário diante da omissão do Poder Público deveria se dar da seguinte forma:

Detectada alguma falha, haveria cobrança para o seu reparo, sob pena de sanção. E, no limite, seja por ausência de compromisso da Administração ou por inexecução manifesta das próprias políticas elaboradas, passariam a valer as medidas como solicitadas na petição inicial do processo de ação civil pública, cabendo, ademais, aos autores especificar o modo de cumprimento do dever imposto⁶⁹.

David Pardo defende que o compromisso significativo teria a função de diminuir a intensidade e a profundidade da intervenção judicial sem, contudo, deixar de aplicar a lei. Sua aplicação favoreceria o processo político deliberativo ao não definir qual solução deveria ser tomada, ao passo em que, após declarar a violação dos direitos fundamentais, estabeleceria que essa violação deve ser cessada em tempo e modo razoáveis a partir da proposta dos próprios responsáveis pelas medidas.

Segundo David Pardo, o Poder Judiciário passaria a atuar na condição de “parceiro institucional importante dentro da rede da política deliberativa no Estado constitucional, participando com os demais da construção de sentido dos direitos e da democracia, não apenas contra os demais”⁷⁰.

⁶⁸ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 27 - 28

⁶⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 21

⁷⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 22

3.3 DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO SOLUÇÃO PARA O CONFLITO ENTRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dessa forma, para analisar em que medida o Compromisso significativo conseguiria garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais ao mesmo tempo em que defende o princípio da separação de poderes é necessário compreender: a) se esse instrumento pode ser utilizado para garantir a eficácia dos direitos fundamentais que são pretendidos; b) com quem fica o controle do orçamento quando utilizado esse mecanismo?; e c) como se aplica o princípio Democrático quando utilizado o Compromisso significativo?

3.3.1 DO COMPROMISSO SIGNIFICATIVO COMO MECANISMO CAPAZ DE GARANTIR A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Como visto anteriormente, a eficácia do compromisso significativo na efetivação dos direitos fundamentais depende da forma como ele é construído e aplicado, bem como da influência do Poder Judiciário exerce no contexto de sua implementação: quanto maior o poder coercitivo do Poder Judiciário, tanto no que diz respeito à fiscalização do compromisso significativo, quanto no que tange à aplicação de sanções diante do descumprimento de suas cláusulas, maiores as chances de se efetivarem os direitos fundamentais.

O ocorrido nos casos *Mamba* e *Joe Slovo* são exemplos de como isso ocorre. Quando não houve fiscalização e efeito coercitivo por parte do Poder Judiciário, sua decisão não teve o mesmo poder de vincular o Poder Público, o governo de Gauteng interpretou a decisão da Corte Constitucional da forma como bem entendeu e a população vulnerável continuou a ser reintegrada, sem que o compromisso significativo fosse feito⁷¹.

No caso *Joe Slovo*, apesar do compromisso inicial não ter sido efetivo, a decisão dos juízes supriu a necessidade do compromisso, determinando uma série de critérios de como as políticas públicas deveriam acontecer. Dessa forma, apesar de as autoridades governamentais se recusarem em celebrar o compromisso significativo, os direitos foram protegidos pelas determinações da Corte, dentre as

⁷¹ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 21

quais se destaca a necessidade de coordenação entre as autoridades responsáveis pela realocação e os residentes de *Joe Slovo*⁷².

No ordenamento jurídico brasileiro a eficácia do compromisso significativo também depende de quais parâmetros serão utilizados para definir a atuação do Poder Judiciário. Uma vez que já há proposta legislativa para que o Compromisso significativo seja positivado, válido compreender o que disposto no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736 de 2015 comparando-o com os parâmetros já apresentados anteriormente neste capítulo.

Esse projeto buscou colocar o Senado Federal no centro dos debates que visam alcançar solução para os problemas associados à baixa concretização dos direitos fundamentais e à questão da alocação dos recursos orçamentários e do protagonismo nas políticas públicas.

Além de trazer parâmetros para o reconhecimento do ECI, o projeto esclarece que esse reconhecimento terá como consequência a celebração de um compromisso significativo e aponta as diretrizes e os requisitos para a construção deste acordo.

Vieira Júnior adverte que esse projeto de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares é “iniciativa parlamentar inédita na tentativa de disciplinar o reconhecimento do ‘estado de coisas inconstitucional’ e o ‘compromisso significativo’, no âmbito do sistema de controle da constitucionalidade das normas no Brasil”⁷³.

O projeto de lei define compromisso significativo como o intercâmbio entre a população afetada e o Estado para formular políticas públicas socioeconômicas com o fim de afastar o ECI. Para que este intercâmbio possa acontecer da melhor maneira, determina como requisitos para a celebração deste acordo:

I – fixação de diretrizes específicas pelo Supremo Tribunal Federal a serem observadas pelo Poder Público responsável e segmentos afetados na autocomposição do conflito constitucional submetido à apreciação judicial;

⁷² ÁFRICA DO SUL, Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelish Homes 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.pdf>>. Acesso em: 31 de agosto de 2017

⁷³ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017. p.34

- II – designação dos interlocutores do Poder Público e das comunidades ou pessoas afetadas que se responsabilizarão pela efetividade do compromisso significativo;
- III – prestação de informações periódicas pelas partes envolvidas ao Supremo Tribunal Federal nos prazos estipulados;
- IV – designação de representante do Supremo Tribunal Federal incumbido de fiscalizar, a cada etapa, a evolução das tratativas com vistas ao êxito do compromisso significativo;
- V – construção compartilhada e autônoma, pelo Poder Público responsável e pelos segmentos populacionais afetados, da solução para o caso analisado, para a concretização do preceito fundamental pleiteado;
- VI – previsão de arbitramento da questão pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de insucesso na efetivação do compromisso significativo.

Se incorporado ao ordenamento jurídico dessa forma, o compromisso significativo possui diversos mecanismos que possibilitam a melhor efetividade na garantia dos direitos fundamentais sociais.

Isso porque o projeto do Senador Valadares defende que as diretrizes do acordo deverão ser determinadas pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá fiscalizar o êxito do Compromisso significativo mediante a avaliação de informações periódicas a serem prestadas pelas partes.

Além disso, caso esse mecanismo não triunfe, há a possibilidade do caso ser arbitrado pelo STF, de forma que, diante da contínua omissão do Poder Público, os cidadãos não ficarão sem a eficácia de seus direitos.

Dessa forma, os parâmetros previstos para a implantação do compromisso significativo no ordenamento jurídico brasileiro apontam a possibilidade deste mecanismo ser eficiente na garantia dos direitos sociais.

Para analisar a viabilidade do compromisso significativo, serão analisados a seguir os impactos da sua utilização enquanto mecanismo de solução processual nos aspectos da separação de poderes avaliados no primeiro capítulo.

Esse estudo visa compreender os possíveis benefícios da construção do compromisso significativo em comparação a uma decisão tradicional do Poder Judiciário como solução das lides. Os tópicos que se seguem tratam: do controle do orçamento e da aplicação do princípio democrático.

3.3.2 DO CONTROLE DO ORÇAMENTO

Como já afirmado anteriormente, uma das principais críticas que a ação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais sociais recebe é o fato de que a execução das decisões pode importar na transferência de recursos inicialmente destinados a uma política pública específica para outro fim, impossibilitando ou, pelo menos, dificultando a realização da política pública planejada pelo Poder Público.

O compromisso significativo mostra-se adequado nesse ponto na medida em que a decisão acerca do que será feito e de onde serão retirados os recursos destinados à implementação do que foi acordado por meio deste instrumento fica sob o controle dos Poderes Legislativo e Executivo.

O Poder Judiciário gera impacto no orçamento ao reconhecer que o direito debatido na lide deve ser assegurado e determinar a obrigação do Poder Público de solucionar o problema apresentado por meio do compromisso significativo. Esse impacto poderá ser ainda maior caso o compromisso significativo não obtenha os resultados esperados e o Poder Judiciário precise arbitrar a solução da lide.

Ainda assim, esse mecanismo se destaca em relação à atuação atual do Poder Judiciário, pois garante, por meio das diretrizes para a celebração do compromisso significativo, que, via de regra, o controle do orçamento permaneça nas mãos dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse ponto, David Pardo esclarece que:

O compromisso significativo exige a implementação progressiva dos direitos reivindicados, levando em conta os recursos disponíveis, mediante fiscalização dos juízes. Porém, a Administração Pública mantém o controle direto e imediato sobre a alocação dos recursos, ainda que sob o compromisso de executar de maneira continuada as políticas públicas requeridas para satisfação dos direitos⁷⁴.

Considerando a importância de devolver o controle do orçamento ao Poder Executivo, se destacam as seguintes diretrizes estabelecidas pelo PLS 736/2015:

Art. 9º-C. O compromisso significativo, de que trata o art. 9º-B, observará as seguintes diretrizes, para que seja considerado válido e eficaz:

⁷⁴ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 19

- I – observância ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, mediante a preservação de suas competências e prerrogativas constitucional e legalmente fixadas;
- II – respeito às balizas orçamentárias previstas constitucionalmente e nas leis que estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, e os orçamentos anuais;
- III – respeito às vinculações orçamentárias constitucionalmente fixadas;
- IV – respeito à destinação legal dos recursos que integram os fundos da administração pública;
- V – compatibilidade com as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;
- VI – observância à disponibilidade financeira dos entes federados interessados;
- VII – respeito à legitimidade dos Chefes do Poder Executivo na definição de prioridades da ação governamental e à sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional.

Essas diretrizes apontam a preocupação do legislador de assegurar que o controle do orçamento, bem como as suas destinações legalmente já estabelecidas, não sejam afetados pelo compromisso significativo.

Apesar disso, o legislador demonstra, também, a necessidade de estabelecer parâmetros para que o orçamento (ou, mais especificamente, a sua falta) não seja utilizado como instrumento para justificar a omissão na concretização dos direitos fundamentais, como pode ser percebido nos parágrafos 1º e 2º no texto sugerido para o artigo 9-C da Lei nº 9.882/99⁷⁵, alterada pelo projeto de lei do senado. Os referidos parágrafos afirmam:

§ 1º A inexistência de disponibilidade financeira, de que trata o inciso VI, deve ser objetivamente demonstrada, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal valer-se do auxílio dos órgãos de controle externo e,

⁷⁵ Ao alterar o texto da Lei 9.882/99, o legislador limita a competência para a determinação da construção do compromisso significativo, bem como sua consequente fiscalização e homologação ao Supremo Tribunal Federal. Em primeira análise, essa situação pode levar a uma sobrecarga por parte desses processos, uma vez que se trata de uma atuação de longo prazo (já que não se trata de uma decisão, mas do acompanhamento de um pacto e seu sucesso). Para evitar essa sobrecarga, talvez fosse interessante a escolha de outro meio de controle de constitucionalidade concentrado, que permitisse a ampliação dessa competência para os Tribunais de Justiça caso o compromisso significativo fosse uma solução para problemas municipais (como nos casos Sul-africanos, resolvidos por sua Corte Constitucional). A opção pela ADPF como ação mais adequada para o reconhecimento da ADPF (como foi feito no caso da situação prisional pelo PSOL) pode ser relacionada, entretanto, à coincidência entre um dos pressupostos para a proposição desse instrumento constitucional (a existência de uma violação a preceitos fundamentais causada pela ação ou omissão estatal) e um dos pressupostos para o reconhecimento do ECI (violações sistemáticas a preceitos fundamentais causada por ação ou omissão do Estado). Vale ressaltar que é difícil avaliar qual a capacidade do reconhecimento de ECI e a consequente construção de compromisso significativo de sobrecarregar o Supremo Tribunal Federal, uma vez que essa atuação deve ter caráter excepcional.

se necessário, a contratação de perícia especializada para aferir a pertinência das alegações feitas pelo ente estatal competente.

§ 2º A manipulação da situação financeira ou políticoadministrativa, descrita no § 1º, pela autoridade pública competente, com o objetivo de criar obstáculo artificial à efetivação de preceitos fundamentais em favor dos segmentos populacionais envolvidos, não impedirá a concretização dos direitos fundamentais pleiteados e será caracterizada como ato de improbidade administrativa de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a ser apurado em processo específico.

Com isso, é possível afirmar que o Compromisso significativo devolve o controle do orçamento ao Poder Executivo, gerando menores impactos aos recursos destinados às políticas públicas criadas pelo Governo, ao mesmo tempo em que impede que os Poderes Políticos usem desse controle para se negarem a cumprir as obrigações acordadas.

3.3.3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O terceiro e último ponto de análise busca compreender a relação entre o Compromisso significativo e o princípio democrático diante da crítica de que a atuação do Poder Judiciário invadiria as competências dos outros Poderes do Estado.

Mais especificamente, este ponto de análise visa compreender como o Princípio Democrático é influenciado pela aplicação do Compromisso significativo na solução de problemas estruturais.

O primeiro ponto de destaque é o fato de que Poder Judiciário ele modifica ativamente a agenda dos Poderes Políticos ao definir que determinado ponto deve ser analisado, por vezes chamando a atenção para minorias com pouca ou nenhuma representatividade (como é o caso dos presidiários cujos direitos estão sendo buscados por meio da ADPF 347).

Com isso, ele altera a pauta de discussão, transformando em prioridade um aspecto que anteriormente seria adiado e, possivelmente, adiando um fator que seria priorizado pelos atores políticos.

Se o PLS nº 736/2015 for aprovado, entretanto, quem está determinando que o compromisso significativo seja feito é o próprio Poder Legislativo, uma vez que a única ação do Poder Judiciário para a determinação desse mecanismo é o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Na justificativa para a proposição deste projeto de Lei, o legislador aborda a importância do Compromisso significativo na manutenção da democracia, ao afirmar:

Seguimos o posicionamento defendido por David Pardo, no sentido de ser o compromisso significativo um mecanismo interessante, mais democrático, pois preserva o princípio da soberania popular no sentido de respeitar os mandatos conferidos pela população aos Chefes do Poder Executivo e sua competência precípua de elaborar e implementar políticas públicas com vistas à concretização dos direitos fundamentais com assento constitucional, assim como transformar as promessas eleitorais em programas e ações de governo.

Dessa forma, o Senador Antônio Carlos Valadares defende que o compromisso significativo devolve aos Poderes Políticos a decisão acerca das políticas públicas a serem tomadas.

Outro ponto relevante se relaciona a um fator destacado por Brian Ray quando afirma a importância da institucionalização deste mecanismo uma possibilidade de desenvolver as habilidades participativas das comunidades afetadas, bem como da sociedade civil organizada que participa do compromisso significativo.

Nesse sentido, ao abordar o poder desse instrumento de ampliar a participação de grupos defensores de direitos socioeconômicos na criação de políticas públicas, o autor afirma:

Past experience demonstrates that pressure from these groups is necessary for developing political enforcement mechanisms, and the Court's engagement decisions should increase the leverage of these groups because authorities know they are now required to consult them when developing socioeconomic policy or risk sanction by the courts⁷⁶.

Essa possibilidade de desenvolvimento acontece porque, nas palavras de Vieira Júnior, o processo do compromisso significativo “deve habilitar cidadãos ou comunidades a serem tratados como parceiros no processo de tomada de decisão”⁷⁷.

⁷⁶ RAY, Brian. Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>. p. 28

⁷⁷ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 22 de junho de 2017. p. 31

Nesse sentido, David Pardo afirma que essa atuação da Corte Constitucional promove representação deliberativa, educando a população para integrar o sistema democrático por meio do debate público. Por meio do compromisso significativo, a Corte se transformaria em um catalisador deliberativo, maximizando o desempenho decisório das instituições que dele fizerem parte, com o fim de qualificar a competição entre essas instituições ⁷⁸.

Seguindo o raciocínio apresentado por David Pardo, o compromisso significativo apresenta a Corte Constitucional como possibilitador da decisão, não seu tomador. Em vez disso, ela qualifica a participação do cidadão a cidadania na administração pública.

Por fim, David Pardo defende que o compromisso significativo não só não viola o princípio democrático, mas pode ser aplicado como uma medida em favor da democracia, uma vez que esta “não se reduz a um funcionamento da regra da maioria, requerendo a inserção de elementos substantivos que a tornam dependente tanto dos procedimentos quanto dos resultados.”⁷⁹

Dessa forma, é possível concluir que o compromisso significativo é um mecanismo adequado para garantir a concretização dos direitos fundamentais sociais ao tempo em que defende o princípio da separação dos poderes. Isso porque, enquanto garante a eficácia dos direitos fundamentais, fomenta o desenvolvimento e o fortalecimento da relação entre os Poderes e entre estes e a população, reforçando o princípio democrático.

⁷⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 15 - 16

⁷⁹ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 13

CONCLUSÃO

A ADPF n. 347/DF apresentou, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, a possibilidade de uma atuação diversa daquela já conhecida no ordenamento jurídico brasileiro ante a omissão dos Poderes Políticos na efetivação de direitos constitucionais.

Diante dessa nova conjectura processual, se torna relevante rebater as críticas feitas à atuação do Poder Judiciário frente a demandas individuais, coletivas ou individuais homogêneas nas quais a influência deste Poder em políticas públicas ocorreu dentro dos limites legais, garantindo o acesso dos litigantes a políticas já existentes.

Nesse contexto, o compromisso significativo se destaca enquanto instrumento processual a ser utilizado como mecanismo que permite garantir a efetivação dos direitos fundamentais ao tempo em que protege os preceitos constitucionais que os críticos da ação do Judiciário apontam estarem sendo atingidos.

Os preceitos constitucionais protegidos são o controle do orçamento e o princípio democrático como parte do princípio da separação dos poderes.

O orçamento está relacionado à autonomia dos Poderes Políticos de determinar quanto do recurso estatal seria gasto para a efetivação de qual direito por meio de qual política pública. Quando o Poder Judiciário define que um determinado indivíduo ou grupo deve receber uma prestação, ele retira o valor necessário para essa prestação do valor orçado, o que diminui a autonomia desses Poderes.

Parte do questionamento, entretanto, se relaciona à função contramajoritária do Poder Judiciário, que precisa garantir a eficácia dos direitos fundamentais de grupos minoritários para assegurar a máxima eficácia da norma constitucional.

Ainda assim, é necessário que essa atuação seja feita de maneira planejada, circunstância em que o compromisso significativo se destaca enquanto mecanismo de solução das lides.

Isso porque mantém o controle do orçamento com os Poderes Legislativo e Executivo. O Projeto de Lei do Senado n. 736/2015 ainda traz como benefício a proteção das políticas públicas já orçadas, de forma que os recursos para a execução do compromisso firmado não pode afetá-las, ao mesmo tempo em que

busca evitar a falsa justificativa da falta de recursos para a não prestação dos direitos fundamentais.

A crítica relacionada ao princípio democrático, por sua vez, questiona a legitimidade do Poder Judiciário de decidir sobre as políticas públicas, apontando as consequências dessa suposta invasão de competências como uma grave ofensa à democracia.

O compromisso significativo, entretanto, não só protege o princípio democrático, como o reforça. Se firmado o acordo, a decisão é feita pelas partes, envolvendo a sociedade e os interessados.

Dessa forma, não só o poder decisório se mantém com os Poderes Políticos, mas é criado um instrumento deliberativo que permite a participação dos interessados na construção da política pública a ser implementada.

Na análise da ADPF n. 347/DF e na proposta de construção do compromisso significativo como forma de solução de seu mérito se destacou a importância desse instrumento na solução de um pedido complexo como o item do requerimento definitivo do PSOL que demanda a criação de um plano nacional para a solução do quadro de violações que atinge o sistema penitenciário nacional.

A construção de uma solução deliberativa, com a participação das partes, de organizações interessadas que se habilitem como *amicus curiae*, dos indivíduos afetados, bem como dos diversos órgãos envolvidos na solução do problema permite que se alcance uma resposta que atenda, em certa medida, a todos os envolvidos.

A existência dos parâmetros existentes no compromisso significativo é de grande importância para legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal diante de um quadro que necessita de atuação mais proativa, uma vez que nem sempre as políticas públicas necessárias existem ou, se existem, foram devidamente implementadas.

Sabendo que nas circunstâncias em que o Poder Judiciário já atua, cenário em que respeita os critérios previstos constitucionalmente, as críticas apresentadas na primeira parte deste trabalho já chamam a atenção, o surgimento de um contexto como o que decorre do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pode propiciar, sem a determinação desses parâmetros, a injusta acusação de abuso.

É importante ressaltar que o compromisso significativo não é sugerido nesse trabalho como uma alternativa a um abuso do Poder Judiciário, uma vez que sua atuação se justifica na necessidade de defesa da Constituição, conforme defendido no primeiro ponto deste trabalho, já que os direitos só podem ser reconhecidos no âmbito da realidade quando têm sua aplicação garantida.

Dessa forma, a relevância da aplicação do compromisso significativo na solução de lides que reconheçam o Estado de Coisas Inconstitucional se relaciona aos benefícios que este instrumento pode trazer à garantia da eficácia dos direitos fundamentais, ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático.

Nesse sentido, se destaca o posicionamento de David Wilson de Abreu Pardo:

Mas a ideia é a da interação do Judiciário com o povo e com seus representantes, não aquele contra estes; a separação dos poderes como mecanismo de aprendizagem da democracia, pela democracia e para a democracia, pois em favor dos direitos e do autogoverno coletivo⁸⁰.

Além disso, apresentando resultados positivos no nosso ordenamento jurídico, cabe novo estudo para analisar a possibilidade de aplicação do compromisso significativo enquanto instrumento na elaboração de políticas públicas pelos Poderes Políticos, a partir do modelo sugerido por Brian Ray, como tentativa de evitar o surgimento de outros quadros de Estado de Coisas Inconstitucional.

Isso posto, é possível compreender que o compromisso significativo, ao definir parâmetros para a atuação do Supremo Tribunal Federal, legitima seu papel na solução do Estado de Coisas Inconstitucional, fortalecendo o Poder Judiciário.

⁸⁰ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013. p. 17

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2000. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.pdf>> . Acesso em: 31 de Agosto de 2017.

_____, *Residents of Joe Slovo Community Western Cape v Thubelish Homes* 2009. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/16.pdf>>. Acesso em: 31 de agosto de 2017

_____, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others* 2008. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2017.

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel de. *O órgão jurisdicional e a sua função: estudo sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1997. 218p.

ARAUJO, Vitor Silva de. O Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso significativo: Estudo comparado entre os contextos brasileiro e sul-africano, in: XIMENES, Julia Maurmann (Org). XIX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO IDP: GRUPO DE TRABALHO (GT): DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS, Brasília, IDP, 2016. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks/3906-xix-congresso-internacional-de-direito-constitucional-do-idp-grupo-de-trabalho-gt-direitos-sociais-e-politicas-publicas>>. Acesso em 31 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 22 de agosto de 2017.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I, Coimbra: Livraria Almedina, 1998. Pp. 178-206; 280-405.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, JOTAMundo: *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em < <https://jota.info/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015> > . Acesso em 13 de setembro de 2017.

CARVALHAES, Rafael Bitencourt, O STF como arena política deliberativa para formulação de políticas públicas, in: *TerCi*, vol. 04, n. 02, jul/dez. 2014. Pp. 93-108. Disponível em <<http://www.cnecrij.com.br/ojs/index.php/temimos/article/view/81/54>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

COLOMBIA, *Sentencia T-025/2004*. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>> . Acessado em 13 de setembro de 2017.

ESTADO de Coisas Inconstitucional: uma nova fórmula de atuar do STF. Redação Jornal Estado de Direito. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional-nova-formula-de-atuar-do-stf/>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

GICO Jr., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, in: EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass Robert. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

LAURIS, Élida. A fundação revisitada: 5 teses para um constitucionalismo transformador, in: COLÓQUIO INTERNACIONAL EPISTEMOLOGIAS DO SUL: APRENDIZAGENS GLOBAIS SUL-SUL, SUL-NORTE E NORTE-SUL, vol. 02, Coimbra, jun 2015. pp. 409 – 429. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/42158/1/A%20funda%C3%A7%C3%A3o%20revisitada_5%20teses%20para%20um%20constitucionalismo%20transformador.pdf>. Acesso em 30 de Agosto de 2017.

MARMELSTEIN, George. Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica, in: OLIVEIRA, Paulo Augusto de (Org.) e LEAL, Gabriel Prado (Org.). *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros* (Volume I). Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015.

MONTESQUIEU, Chales-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Pp. 163-195

OLIVEIRA, Fernanda Loures e CORREIA NETO, Celso de Barros. Aspectos Orçamentários das Políticas Públicas e custos dos direitos: uma análise do papel do judiciário na consecução dos direitos fundamentais, in: *Revista Jurídica*, vol. 04, n. 45, Curitiba, 2016. Pp. 477 – 505. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1828>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e Políticas Públicas Ambientais: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: *Revista de Direito Ambiental*, nº 72, out/dez 2013.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Constitucionalismo Transformador: O saco sul-africano. In: *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, nº 14, pp. 147-161. Agosto de 2012. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/constitucionalismo-transformador-o-caso-sul-africano-transformative>>. Acesso em 22 de junho de 2017.

RAY, Brian. *Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy*. Disponível em: <works.bepress.com/brian_ray/3/>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad e Programa Democracia y Transformación Global, 2010. pp. 71-80

SODRÉ, Habecuque Wellington. A Judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e os grupos de interesse: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da Judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2010

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em 22 de junho de 2017.