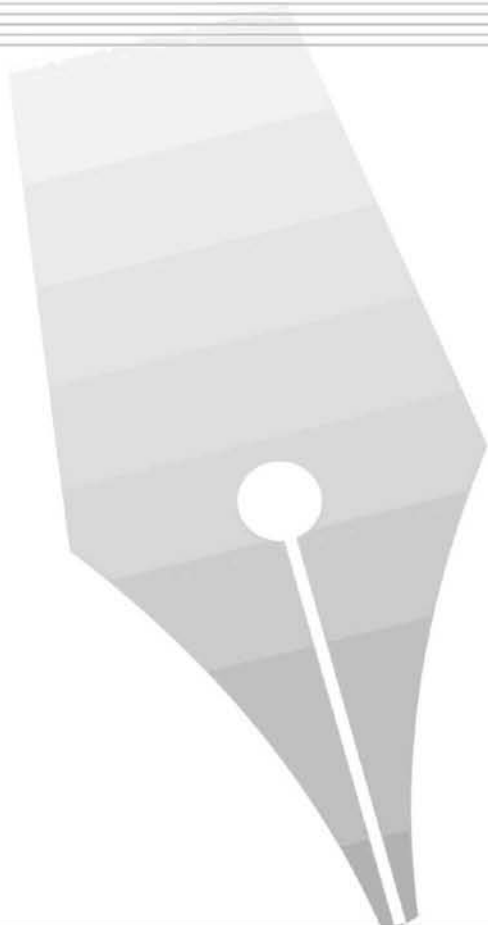


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO
DE COISAS INCONSTITUCIONAL E
COMPROMISSO SIGNIFICATIVO:
Novas balizas à atuação do
Supremo Tribunal Federal**

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior

Textos para Discussão

186

Dezembro/2015

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de dezembro de 2015.

SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E COMPROMISSO SIGNIFICATIVO: NOVAS BALIZAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RESUMO

O texto pretende contextualizar a evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e de sua jurisprudência no exercício do controle da constitucionalidade das normas, na modulação de suas decisões e no controle jurisdicional das políticas públicas. Nessa trajetória, objetivaremos caracterizar a transição de uma atuação conservadora, marcada pela autocontenção, em que a Corte se impunha um papel de “legislador negativo” para uma postura mais ativa e assertiva, em que o Poder Judiciário e, em especial, o STF passou a ter maior protagonismo em sua relação com os demais Poderes, o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. Esse “ativismo judicial” atingiu, aparentemente, seu paroxismo, com a recente decisão do STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, em que foi reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” como fundamento para adoção de medidas administrativas pelo Poder Executivo. Buscaremos identificar, então, os traços essenciais dessa decisão da Suprema Corte para, em seguida, abordar a necessidade de fixação de balizas normativas para essa espécie de decisão, de modo a preservar o princípio da independência e harmonia dos Poderes. Por fim, o texto sugere a maior conveniência de se adotar o instituto do “compromisso significativo”, construção jurisprudencial da Corte Constitucional da África do Sul, que prioriza a solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade para assegurar a concretização de direitos fundamentais e destaca, nesse sentido, a apresentação do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; controle da constitucionalidade das normas; controle jurisdicional das políticas públicas; separação de Poderes; evolução histórica; “legislador negativo”; “estado de coisas inconstitucional”; ADPF nº 347; ativismo judicial; priorização de políticas públicas; alocação orçamentária; “compromisso significativo”; concretização de direitos fundamentais; regulamentação; PLS nº 736, de 2015.

SUMÁRIO

1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	5
2	O ZELO DO STF NA PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES NA RELAÇÃO ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER EXECUTIVO	11
3	O QUE FOI DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 592.581 E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 347: O RECONHECIMENTO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE BALIZAS NORMATIVAS À ATUAÇÃO DO STF.	17
4	O “COMPROMISSO SIGNIFICATIVO” COMO ALTERNATIVA AO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RE Nº 592.581 E DA ADPF Nº 347.....	29
5	O PROJETO DE LEI DO SENADO (PLS) Nº 736, DE 2015, A FIXAÇÃO DE BALIZAS À ATUAÇÃO DO STF E A POSITIVAÇÃO DO “COMPROMISSO SIGNIFICATIVO” NO SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS NO BRASIL	34
6	CONCLUSÃO.....	36
	BIBLIOGRAFIA.....	37

SEPARAÇÃO DE PODERES, ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E COMPROMISSO SIGNIFICATIVO: NOVAS BALIZAS À ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior¹

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

É fundamental que se faça, inicialmente, o delineamento de um breve panorama sobre a evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, no exercício de sua competência precípua de guardião da Constituição e na aferição da constitucionalidade das normas, especialmente no âmbito do controle concentrado, que é exercitado por intermédio do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) (art. 102, inciso I, alínea *a*, c/c art. 103, da CF); das ações de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 102, inciso I, alínea *a*, c/c art. 103, *caput* e § 2º, da CF); das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) (art. 102, inciso I, alínea *a*, c/c art. 103, da CF); dos mandados de injunção (MI) (art. 5º, inciso LXXI, da CF) e das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, § 1º, da CF).

Pode-se afirmar, inicialmente, que a postura do STF ao aferir a constitucionalidade das normas, por intermédio de todos os instrumentos processuais indicados anteriormente, era conservadora, ortodoxa.

Era pacífico o entendimento de que à Corte Suprema somente era autorizada a atuação como “legislador negativo”, no sentido de suspender – na hipótese de julgamento de liminares –, ou eliminar – no caso de julgamento de mérito –, os dispositivos considerados inconstitucionais.

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal na área do Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB).

Não era lícito aguardar do STF uma atuação como “legislador positivo”, propondo soluções normativas para as hipóteses em que declarava a inconstitucionalidade das normas, por ação ou omissão.

Posteriormente, essa postura foi alterada, tendo o STF passado a atuar de forma mais ativa na construção de alternativas normativas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade das normas.

Paralelamente a isso, cabe consignar que as decisões, no final da década de 80 e no início da década de 90 do século passado, eram, basicamente, binárias: as opções consideradas pela Suprema Corte eram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das normas.

Influenciada pela doutrina constitucional europeia, mais precisamente a alemã, a Suprema Corte brasileira passou a adotar importantes variações quando da apreciação da constitucionalidade das normas.

É de meados da década de 90 o aprofundamento da utilização das técnicas de decisão consistentes na declaração de inconstitucionalidade das normas sem redução de texto, na adoção da declaração de constitucionalidade conforme o texto constitucional, no apelo ao legislador, entre outras.

Foram decisivas para essa viragem jurisprudencial, no que concerne às soluções normativas aportadas para as hipóteses de declaração da inconstitucionalidade das normas, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que *dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal* e a Lei nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999, que *dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*.

É fundamental abordar, também, neste estudo, a atuação do STF em face do controle jurisdicional das políticas públicas.

Num primeiro momento, a autocontenção do STF era a regra. Valia-se a Corte, de forma quase inflexível, do princípio da separação e harmonia dos Poderes estatuído no art. 2º da CF e tornado cláusula imodificável pelo art. 60, § 4º, inciso III, da CF.

A autocontenção observava a prerrogativa da autonomia do Poder Executivo na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, na definição de prioridades na alocação de recursos orçamentários finitos e no respeito à cláusula do financeiramente possível. Nesse contexto, o mérito das políticas públicas, sua oportunidade e conveniência, eram considerados quase insindicáveis pelo Poder Judiciário.

Admitiu-se, excepcionalmente, com o passar do tempo, o controle jurisdicional das políticas públicas, quando violadas diretamente as normas expressas, constitucionais e legais, que as parametrizavam.

Havia corrente jurisprudencial no STF que entendia, ainda, ser a ADPF instrumento idôneo a viabilizar a concretização de políticas públicas previstas expressamente no texto constitucional.

O descumprimento constitucional do Poder Público que suscitava, em tese, o controle jurisdicional, podia ser por ação ou por omissão. Era a propalada “dimensão política do controle de constitucionalidade”.

A formulação de políticas públicas cabia, em regra, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Excepcionalmente, contudo, o Poder Judiciário poderia assumir tal incumbência quando os Poderes competentes da República tivessem se demitido da função de tornar efetivos direitos constitucionais, ainda que contidos em normas de conteúdo programático, observadas as limitações – efetivamente demonstradas pelo Poder Público – da “reserva do financeiramente possível”.

Nessa perspectiva, a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação das políticas devia obedecer a limites. O limite principal era a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade do ser humano que não podia ser sonogado pela ação estatal (mínimo existencial).

Esses eram os principais aspectos contidos no voto do Ministro Celso de Mello, relator da ADPF nº 45, em julgamento ocorrido em 29 de abril de 2004. Apesar do julgamento pela prejudicialidade da arguição, o denso voto do Ministro Celso de Mello consolidou, de certa forma, o pensamento dessa vertente jurisprudencial.

Extraímos da decisão os trechos que nos parecem mais relevantes:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: (...) **não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.** Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, **a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na**

Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa

conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. (...) O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (...) Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. 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. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifamos).

Como se vê, já no julgamento, em 2004, da ADPF nº 45, haviam sido lançadas as bases hermenêuticas do que veio a se materializar com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581e da ADPF nº 347, no que concerne à evolução da atuação do STF no controle da constitucionalidade das normas e, mais especificamente, no controle jurisdicional das políticas públicas, no sentido de se reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” no funcionamento do sistema prisional brasileiro e esse reconhecimento ser considerado o lastro para uma ação jurisdicional mais efetiva.

O reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” foi decisivo para que o STF determinasse a adoção de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários para o equacionamento da situação do sistema carcerário nacional, numa guinada jurisprudencial de grande impacto que está a suscitar a preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos sobre a necessidade de essa nova linha jurisprudencial ser balizada, com o claro estabelecimento de limites normativos, sob pena de as competências específicas dos demais Poderes – Executivo e Legislativo – serem usurpadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Trataremos com mais vagar dessa perspectiva no **Capítulo III** deste estudo.

Antes de aprofundar a análise sobre essa maior assertividade do Poder Judiciário no que concerne à formulação de políticas públicas, vamos tentar identificar qual tem sido a posição predominante do STF quando está em questão a preservação das competências constitucionais do Poder Executivo em face do Poder Legislativo.

Cuida-se de saber se a maior flexibilidade na formulação de políticas públicas, na formatação do desenho organizacional do Poder Executivo e na alocação das verbas orçamentárias admitida, excepcionalmente, para o Poder Judiciário, aplica-se, também, à atuação do Poder Legislativo. Esse é o objeto do **Capítulo II** deste estudo.

No **Capítulo IV**, este artigo sugere a maior conveniência de se adotar o instituto do “compromisso significativo”, construção jurisprudencial da Corte Constitucional da África do Sul, que prioriza a solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade para assegurar a concretização de direitos fundamentais como alternativa ao que decidido no julgamento do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347 e, no **Capítulo V**, destaca, nesse sentido, a apresentação do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 2015, que intenciona positivizar o “compromisso significativo” no sistema de controle concentrado e difuso da constitucionalidade das normas no Brasil.

Seguem-se a **Conclusão** e a **Bibliografia**.

2 O ZELO DO STF NA PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES NA RELAÇÃO ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER EXECUTIVO

A análise da jurisprudência constitucional do STF nos últimos anos permite que cheguemos à constatação de que, a despeito da evolução identificada anteriormente neste estudo, há uma preocupação nas manifestações dos Ministros e nas decisões da

Corte quanto à preservação do núcleo essencial do princípio da separação e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF) e de seus principais corolários, especialmente quanto à relação entre os Poderes Legislativo e Executivo, tais como a reserva da iniciativa legislativa (art. 61, § 1º, da CF) e a competência administrativa do Presidente da República (art. 84), com destaque, nesta última, para a prerrogativa da organização e funcionamento dos órgãos e entidades que integram a administração pública, assim como a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, programas, projetos e ações governamentais.

Tem sido a Suprema Corte muito zelosa na preservação do conteúdo essencial das competências e prerrogativas do Poder Executivo em face do Poder Legislativo, que tem como atribuições precípuas a elaboração das leis (art. 48 da CF) e a fiscalização do Poder Executivo (art. 49, inciso X, da CF).

Exemplo eloquente do alegado é o tratamento conferido ao STF aos ditos “projetos de lei de natureza autorizativa” que intencionam “autorizar” o Poder Executivo a adotar alguma providência que seja de sua competência administrativa ou cuja implementação dependa de lei em que o processo legislativo é marcado pela cláusula de reserva de iniciativa do Presidente da República, de que cuida o art. 61, § 1º, da CF.

Parece existir, nesses casos, para o STF, uma tentativa, ainda que transversa, de o Poder Legislativo mitigar a regra da reserva de iniciativa legislativa do Presidente da República, um dos corolários do princípio da separação e harmonia dos Poderes de que trata o art. 2º da CF, alçado ao *status* de cláusula imodificável de nossa Constituição Federal pelo que dispõe seu art. 60, § 4º, inciso III.

O STF tem tratado dessas questões nos últimos anos. Fazemos referência a duas importantes decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade de normas estaduais – as duas do Estado de Rondônia – em que estava presente a temática da constitucionalidade das leis autorizativas, de iniciativa parlamentar, em matérias gravadas pela cláusula de reserva de iniciativa.

Apresentamos a seguir as ementas das mencionadas decisões:

ADI 2577 / RO – RONDÔNIA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 03/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 249, DE 01 DE OUTUBRO DE 2001, **QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A DISPOR SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS INTEGRANTES DA CARREIRA DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE RONDÔNIA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 61, § 1º, II, “a” e “c”, 63, I, e 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A Lei Complementar impugnada regula a remuneração e o regime jurídico de servidores públicos, sem iniciativa do Governador do Estado. 2. Incide, pois, em violação ao art. 61, § 1º, inciso II, letras “a” e “c”, c/c artigo 25, todos da Constituição Federal. 3. Ação Direta julgada procedente, declarando o S.T.F. a inconstitucionalidade da L.C. nº 249, de 01.10.2001, do Estado de Rondônia. 4. Plenário. Decisão unânime. (grifamos)**

ADI 1955 / RO – RONDÔNIA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 19/03/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. **2. Lei Estadual nº 791/98, que autoriza concessão de “Abono Especial Mensal” a todos os servidores da Administração Direta do Estado. 3. Lei de iniciativa parlamentar. Usurpação de competência legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. 4. Violação do art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal. 5. Precedentes. 6. Procedência da ação. (grifamos)**

Em ambos os casos, o STF declarou a inconstitucionalidade das “normas autorizativas” por usurpação da iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo e pela mitigação do princípio da separação de Poderes.

O fato de se tratar de precedentes estaduais não relativiza a força do argumento, visto que o próprio STF estendeu, em diversos precedentes, aos Estados membros as regras que cuidam da reserva de iniciativa no processo legislativo pela adoção do princípio da simetria.

É importante consignar, ainda, na esteira jurisprudencial da preservação do princípio da separação de Poderes, do respeito às competências constitucionalmente fixadas e da observância à cláusula da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que o STF sequer faculta ao parlamentar suprir a inércia do Chefe do Poder Executivo quanto ao início do processo legislativo de matérias gravadas pela reserva de iniciativa.

Veja-se, nesse sentido, o que decidido, em 06.08.2003, na ADI nº 2.721, relator Ministro Maurício Corrêa:

ADI 2721 / ES – ESPÍRITO SANTO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 06/08/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 235/02. CRIAÇÃO DE CIRCUNSCRIÇÕES REGIONAIS DE TRÂNSITO. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA INICIATIVA RESERVADA. ATUAÇÃO PARLAMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Circunscrições regionais de trânsito. Instituição. **Matéria reservada à iniciativa do Chefe do Poder Executivo, a quem compete, com exclusividade, exercer a direção superior da administração estadual e dispor sobre sua organização e estrutura. Observância ao modelo federal pelos estados-membros, que têm autonomia para se auto-organizarem nos limites impostos pela Constituição Federal. 2. Inércia do Poder Executivo para a deflagração do processo legislativo das matérias de sua competência. Atuação parlamentar. Impossibilidade. Em virtude da cláusula constitucional da reserva de iniciativa, somente ao Governador, que detém o poder discricionário, compete avaliar a conveniência e a oportunidade administrativa e financeira de serem criados órgãos regionais na estrutura organizacional direta e indireta. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar 235, de 30 de abril de 2002, do Estado do Espírito Santo. (grifamos)**

Tampouco admite o STF que norma de iniciativa parlamentar imponha ao Chefe do Poder Executivo o encaminhamento, em prazo determinado, de projeto de lei que dependa exclusivamente de sua iniciativa legislativa. Veja-se, nessa trilha, a ementa do que decidido no julgamento da ADI nº 2.393, em 13.02.2003, relator o Ministro Sydney Sanches:

ADI 2393 / AL – ALAGOAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 13/02/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REGIME JURÍDICO DE SERVIDOR MILITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PROJETO DE LEI: INICIATIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 9º DO ARTIGO 63 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE ALAGOAS, ACRESCENTADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22, DE 26.12.2000, COM ESTE TEOR: “§ 9º. O Chefe do Poder Executivo Estadual encaminhará à Assembleia Legislativa de Alagoas, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, da aprovação desta Emenda, para fins de deliberação pelos seus Deputados, de Projeto de Lei que defina, na forma prescrita pela parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, as transgressões militares a que estão sujeitos os servidores públicos militares do estado de Alagoas”. 1. **A norma questionada contém vício de inconstitucionalidade formal, pois impõe ao Chefe do Poder Executivo, e em prazo determinado, o encaminhamento de projeto de lei, que, segundo a Constituição Federal depende exclusivamente de sua própria iniciativa, por tratar de regime jurídico de servidor público (art. 61, § 1º, letra “c”).** 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. Plenário. Decisão unânime. (grifamos)

Recente decisão do STF, de 19 de fevereiro de 2014, corroborou essa linha jurisprudencial que parece consolidada e pacificada no âmbito da Corte Suprema.

No julgamento da ADI nº 179, relator o Ministro Dias Toffoli, foi declarada a inconstitucionalidade de lei de iniciativa parlamentar que pretendia limitar conteúdos e fixar prazos para a adoção de medidas administrativas pelo Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, pelo que a norma continha de violação ao princípio da separação de Poderes e à prerrogativa de auto-organização do Poder Executivo, que decorre da exegese do art. 84, inciso II, da CF. Eis a ementa do julgado mencionado:

ADI 179 / RS – RIO GRANDE DO SUL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 19/02/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de 21 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. **Fixação de prazo para**

o Poder Executivo encaminhar proposições legislativas e praticar atos administrativos. Conhecimento parcial. Posterior regulamentação. Prejudicialidade. Mérito.(...) **3. É inconstitucional qualquer tentativa do Poder Legislativo de definir previamente conteúdos ou estabelecer prazos para que o Poder Executivo, em relação às matérias afetas a sua iniciativa, apresente proposições legislativas, mesmo em sede da Constituição estadual, porquanto ofende, na seara administrativa, a garantia de gestão superior dada ao Chefe daquele poder. Os dispositivos do ADCT da Constituição gaúcha, ora questionados, exorbitam da autorização constitucional de auto-organização, interferindo indevidamente na necessária independência e na harmonia entre os Poderes, criando, globalmente, na forma nominada pelo autor, verdadeiro plano de governo, tolhendo o campo de discricionariedade e as prerrogativas próprias do chefe do Poder Executivo, em ofensa aos arts. 2º e 84, inciso II, da Carta Magna.** 4. Ação direta de inconstitucionalidade de que se conhece parcialmente e que se julga, na parte de que se conhece, procedente. (grifamos)

No mesmo sentido, veja-se, ainda, o que decidido pelo STF no julgamento, em 17 de março de 2011, relatora a Ministra Cármen Lúcia, da ADI nº 2.800.

A análise da jurisprudência da última década do STF nos permite concluir ser a “lei autorizativa” inconstitucional, pelo que contém de violação a princípios e regras cardeais do Estado Democrático de Direito, que dizem respeito ao princípio da independência e harmonia dos Poderes e seus principais corolários constitucionais: a reserva de iniciativa legislativa e a prerrogativa de auto-organização do Poder Executivo.

Necessário, agora, que façamos a análise do que foi decidido no julgamento da ADPF nº 347, especialmente no que concerne ao reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” e seu impacto na preservação da independência e harmonia dos Poderes.

Em outras palavras, trata-se de saber se o cuidado dedicado pelo STF à relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo é o mesmo quando em tela a relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, especialmente no que tange à oportunidade e conveniência de adoção das políticas governamentais e à alocação de recursos orçamentários do Poder Executivo.

Essa é a questão que pretendemos enfrentar no próximo item deste estudo.

3 O QUE FOI DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 592.581 E DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 347: O RECONHECIMENTO DO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”, O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE BALIZAS NORMATIVAS À ATUAÇÃO DO STF.

Antes de analisar as decisões do STF que contemplam o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, cabe trazer algumas palavras sobre os antecedentes do instituto.

Trata-se de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, que tratou do assunto pela primeira vez na *Sentencia de Unificación (SU) nº 559, de 1997*. Nesse caso, a Corte Constitucional constatou existir um descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores de dois municípios colombianos e de um grupo ainda maior que era alcançado pela situação. Declarou o “**estado de coisas inconstitucional**” e determinou que os municípios envolvidos encontrassem solução para a inconstitucionalidade em prazo razoável.

A Corte colombiana passou a aperfeiçoar o instituto em decisões posteriores. Um dos casos de maior destaque foi o tratado na *Sentencia de Tutela (T) nº 153, de 1998*, em que a Corte Constitucional “declarou o estado de coisas inconstitucional” relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. A Corte constatou que o quadro de descumprimento de direitos fundamentais era generalizado. A superlotação e o império da violência nas penitenciárias eram mazelas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. Além de declarar o “estado de coisas inconstitucional”, ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias e determinou a alocação de recursos orçamentários necessários.

A avaliação dessa experiência é negativa. Foram apontados como principais defeitos a pouca flexibilidade das ordens judiciais, a baixa fiscalização de seu cumprimento e a pouca preocupação da Corte com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens.

Num caso mais recente, referente ao deslocamento forçado de pessoas na Colômbia em face da violência, a Corte Constitucional conferiu tratamento diverso ao tema.

Na *Sentencia de Tutela (T) nº 25, de 2004*, a Corte apreciou 108 (cento e oito) pedidos de tutelas formulados por 1.150 (mil e cinquenta) núcleos familiares deslocados. Declarou o “estado de coisas inconstitucional”; exigiu atenção orçamentária

especial ao problema; determinou que fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficiente para proteger os direitos individuais dos demandantes. Diferentemente do ocorrido com o caso do sistema carcerário, desta vez as ordens foram flexíveis, dirigidas a um número elevado de autoridades públicas, além de ter havido intenso diálogo da Corte com os outros Poderes e com a sociedade sobre a adequação das medidas judiciais determinadas durante a fase de sua implementação (CAMPOS, 2015).

No Brasil, o debate sobre a figura do “estado de coisas inconstitucional” a legitimar uma ação mais incisiva do Poder Judiciário no que concerne à implementação de políticas públicas e à alocação de recursos orçamentários ganhou relevo, recentemente, com o julgamento, no STF, do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347.

Em 13 de agosto de 2015, o Plenário do STF decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a administração pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral. A decisão foi tomada no julgamento do RE nº 592.581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS), relator o Ministro Ricardo Lewandowski, contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ/RS). O TJ entendera não caber ao Poder Judiciário intervir em matéria reservada à competência administrativa do Poder Executivo gaúcho.

O tema da repercussão geral era o de nº 220 e estabelecia:

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

Eis o que decidido pelo STF:

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

Nesta decisão, ficava evidenciada a heterodoxa posição do STF ao balancear os direitos e princípios constitucionais tutelados, no sentido de impor obrigação de fazer ao Poder Executivo no âmbito da política penitenciária, para dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível.

Posteriormente, em 8 de setembro de 2015, essa posição da Corte Suprema foi reforçada no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que a agremiação partidária pugnavo pelo reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

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

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio assinalou a falência do sistema penitenciário com gravíssimas violações à dignidade e a outros direitos fundamentais do preso, assim como a violação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.

Para o relator, o afastamento do “estado de inconstitucionalidade” pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. Para o Ministro, há problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas como na interpretação da Lei de Execução Penal.

Sustenta, ainda, o Ministro que o papel do Supremo diante desse quadro é “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas”.

Em sua manifestação, a Procuradoria-Geral da República (PGR), embora reconhecendo a gravidade da situação penitenciária e a relevância dos pedidos contidos na ADPF nº 347, alertava para a abrangência e generalidade das medidas cautelares pleiteadas.

Por fim, o STF deferiu a cautelar em relação a três pontos: a *i*) realização de audiências de custódia, em até 90 dias; *ii*) a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional; e *iii*) a determinação para que União e Estados encaminhassem relatórios com informações sobre a situação prisional.

Eis o extrato da decisão do STF no julgamento, em 08.09.2015, da ADPF nº 347, relator o Ministro Marco Aurélio:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), **deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar 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**, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; **em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos**, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em

relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. **O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional**, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015. (grifamos)

Fica evidenciado, com as duas recentíssimas decisões tratadas neste estudo, que, sob o fundamento do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, o STF consolida e aprofunda uma orientação identificada, em 2004, com o julgamento da ADPF nº 45, no sentido de efetivamente interferir no âmbito de competência administrativa do Poder Executivo e de afastar o argumento da reserva do financeiramente possível.

É ainda reduzida a produção doutrinária e a jurisprudência sobre o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”. É possível identificar, contudo, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), alguns pressupostos considerados essenciais para seu reconhecimento: *i*) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; *ii*) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; e *iii*) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.

Além desses pressupostos, entendemos essencial aprofundar o debate sobre o afastamento da reserva do financeiramente possível.

Temos claro que a banalização na utilização desse argumento pelo Poder Executivo, em todos os níveis da federação, contribuiu para seu enfraquecimento.

Todavia, vemos com grande preocupação sua flexibilização para que se adote essa ou aquela medida administrativa, ou para que se tome essa ou aquela decisão de alocação orçamentária pelo que pode representar de impacto no juízo de oportunidade e conveniência atribuídos constitucionalmente ao Poder Executivo.

Não nos esqueçamos de que o sistema adotado no Brasil é o presidencialista, em que compete aos Chefes do Executivo e aos seus principais auxiliares (Ministros e Secretários, estaduais, distritais e municipais) exercer a direção superior da administração pública (art. 84, II c/c art. 87, ambos da CF).

Possível será ao Poder Judiciário, em qualquer instância, identificar a violação de direitos fundamentais no âmbito de determinada política pública. Difícil, todavia, será ponderar, em face do dramático quadro de desigualdades e privações ainda reinantes em nosso país – que impede o acesso dos cidadãos aos mais diversos direitos fundamentais previstos constitucionalmente – em que medida o argumento do financeiramente possível pode ser afastado sem que se comprometam iniciativas seminais para assegurar o adimplemento de outras políticas públicas tão ou mais relevantes do que a que está sob escrutínio judicial em dado momento.

Somente o Poder Executivo e o Poder Legislativo – este último por suas amplas competências legislativa e fiscalizatória – terão a possibilidade de balancear as dramáticas necessidades e as possibilidades orçamentárias na formulação e implementação de políticas públicas e alocação de recursos orçamentários (BUCCI, 2002: 271).

Sábio foi o legislador constituinte originário ao atribuir ao Poder Executivo a iniciativa privativa de deflagrar o processo legislativo orçamentário (art. 165 da CF), na elaboração dos planos plurianuais, das leis de diretrizes orçamentárias e das leis orçamentárias anuais.

Como sentenciar que a reserva do financeiramente possível deve ser afastada numa determinada circunstância sem avaliar o impacto em outras áreas em que o Estado busca a concretização de direitos fundamentais?

Para que o Poder Judiciário tivesse a visão geral necessária sobre a realidade das urgências sociais e das possibilidades orçamentárias, imperativa seria a replicação de estruturas e análises hoje alojadas no seio do Poder Executivo.

Trata-se de redundância administrativa intolerável, simplesmente impossível de ser considerada, por ser totalmente desarrazoada.

Reconhecemos a imprescindível participação do Poder Judiciário na identificação de violações aos direitos fundamentais. Daí a determinar quais políticas públicas sejam formuladas ou estipular quais alocações orçamentárias sejam priorizadas, sem qualquer balizamento objetivo, sem uma análise mais detida do grau de comprometimento orçamentário com todas as outras políticas públicas, significa um “salto exegético” sem lastro em informações sistematizadas de todas as áreas (BUCCI, 2010: 276).

Não nos esqueçamos de que a equação entre necessidades e possibilidades orçamentário-financeiras em Estados fortemente marcados pela desigualdade, como o nosso, é sempre desbalanceada. Limitados e finitos são os recursos, incapazes de concretizar, a um só tempo, todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Imagine-se, a título de argumentação, se algumas dezenas de arguições de descumprimentos de preceitos fundamentais fossem ajuizadas simultaneamente para assegurar os direitos constitucionalmente previstos de educação e saúde de qualidade para todos, de segurança pública, de transporte, de moradia, de trabalho, de previdência social, de assistência social, de proteção à maternidade, de proteção à infância e à velhice, de demarcação de terras dos índios e dos remanescentes das comunidades dos quilombos, entre tantos outros.

Imagine-se, ainda, se em todas elas fossem deferidas liminares pelo Poder Judiciário, determinando a implementação de políticas públicas e a priorização de alocações orçamentárias, independentemente de se alegar a reserva do financeiramente possível. Teria o Estado, em sentido lato, meios para cumprir essas determinações?

Entendemos que a resposta é negativa. A solução não pode ser a prevalência unilateral das decisões do Poder Judiciário. Balizas não de ser postas.

Ao tratar do tema “direitos fundamentais e controle de constitucionalidade”, Fernando Ferreira dos Santos (2010) confere destaque às críticas de Jürgen Habermas à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão em face do excessivo poder que passou a concentrar.

Selecionamos o seguinte trecho que parece elucidar o pensamento de Habermas sobre o tema e que converge para a preocupação assinalada neste texto sobre a necessidade de estabelecimento de balizas para a atuação do Supremo Tribunal Federal quando em questão a efetivação de direitos fundamentais, tendo como pano de fundo o princípio da separação dos Poderes (SANTOS, 2010: 193):

Jürgen Habermas vai adiante. Segundo ele, em sociedades multiculturais, nas quais já não é possível o consenso em termos de valores éticos substantivos, **ao se deixar guiar pela ideia de realizar valores materiais já constitucionalmente preestabelecidos o Tribunal Constitucional transforma-se em “instância autoritária”**. Por isto, a Constituição, em condições de pluralismo social e cultural, não pode ser entendida como uma ordem jurídica que impõe *a priori* à sociedade uma determinada forma de vida, até porque cresce o perigo de juízos irracionais, na medida em que argumentos funcionalistas passam a prevalecer sobre normativos e aumenta, também, o uso da análise de custos e benefícios que seriam excluídos se se tomassem os direitos fundamentais em seu sentido deontológico. (grifamos)

Mais adiante, Fernando Santos (2010: 197) retoma a questão ao afirmar:

Daí a crítica de Jürgen Habermas à “jurisprudência de valores” que, ao exigir um tipo de concretização das normas que implicitamente implica uma produção do direito, coloca a jurisprudência constitucional na posição de uma legislação concorrente. Neste sentido, como também já assinalamos, uma jurisprudência guiada por princípios não deve violar a estrutura de decisão organizada hierarquicamente, na qual as razões utilizáveis para decidir já são dadas antecipadamente mediante deliberações de um grau de competência superior. **As razões legítimas, extraídas da Constituição, a serem utilizadas pelo Tribunal Constitucional, lhe são dadas na perspectiva da aplicação jurídica e não na perspectiva de um legislador que interpreta e desenvolve o sistema de direitos, ao perseguir as próprias “policy”, por isto, o Tribunal não pode dispor livremente para interpretar e desenvolver o sistema de direitos, o que instauraria um tipo de legislação implícita**. (grifamos)

Ademais, a legitimidade da definição de prioridades dos Governos é haurida nas urnas, quando o programa partidário é consagrado vitorioso pela soberania popular (art. 1º da CF).

Difícil sustentar, a nosso sentir, que essa legitimidade popular possa ser deslocada para o Poder Judiciário, por mais bem intencionadas e qualificadas que sejam suas instâncias, sem uma mínima parametrização fixada em lei, apenas com base na adoção do princípio da autocontenção judicial.

Para Canotilho (2003: 1.309), o princípio da autolimitação judicial, oriundo da jurisprudência norte-americana deve ser adotado com temperamentos:

O princípio da autolimitação dos juízes continuará a ter sentido útil se com ele se quer significar não a inadmissibilidade de juízos de valor na tarefa de interpretação concretização-constitucional (existentes em qualquer actividade interpretativa), mas a contenção da actividade dos tribunais dentro dos limites da função jurisdicional. Isso implica, desde logo, reflexão sobre a respectiva precompreensão e disciplina na invocação de elementos de interpretação valorativos. **Isso apontará, em geral, para os limites de cognição dos juízes quanto aos vícios: cabe-lhes conhecer dos vícios de constitucionalidade dos actos normativos mas não dos vícios de mérito (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo).** (grifamos)

André Ramos Tavares (2005: 355-357), ao discorrer sobre as categorias funcionais fundamentais da Justiça Constitucional, mais precisamente de sua função governativa, registra a tendência de que as Cortes Constitucionais ampliem sua atuação para proteger os direitos fundamentais:

Outra participação governativa do tribunal Constitucional, que merece também destaque, ocorre quando este define os direitos fundamentais e os protege. Em sua definição acaba por definir também quais as práticas permitidas e quais as exigidas do Estado. (...) Na proteção, que ocorre especialmente por meio da função cassatória, o Tribunal Constitucional **define quais as condições que devem ser implementadas pelo Estado para permitir efetivamente o exercício dos direitos fundamentais declarados.** Nesse sentido, **tal função só recentemente foi assumida por alguns tribunais constitucionais, encontrando-se em outros de maneira muito tímida.** (...) O Tribunal, nessa etapa, assume uma função que vinha sendo considerada pertencente às políticas públicas adotadas (decididas) pelo Executivo (e eventualmente pelo Legislativo), atuação essa que demanda alguns acertos (...). Não se trata, aqui, de exigir o cumprimento de direito fundamentais na concepção de liberdades públicas, nem de desenvolver sua interpretação ou integração, **mas sim de exigir e impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarado.** **Vislumbra-se, pois, nessas circunstâncias a presença de uma função tipicamente governativa, porque o Tribunal Constitucional acabará por determinar os âmbitos de atuação exigíveis do Estado.** (grifamos)

Constata, todavia, a existência de limites intransponíveis ao exercício dessa função governativa, protetora de direitos fundamentais. É bastante elucidativo o seguinte trecho (TAVARES, 2005: 358):

Como argumenta Cox (1976: 99), é inquestionável que o Tribunal atua no âmbito “político” (*rectius*: de governo), restando saber apenas em que grau pode fazê-lo. Apesar de atuar no âmbito funcional governativo, que implica, como visto, em alguns setores, uma sorte de discricionariedade inevitável, **nem por isso se justifica que a direção do Estado e as políticas legislativas sejam repassadas para o Tribunal Constitucional. (...) Há efetivamente, limites intransponíveis para o Tribunal Constitucional no exercício dessa categoria funcional específica: i) não pode atuar de ofício; ii) encontra-se circunscrito aos programas governativos constitucionalmente incorporados; iii) deve respeitar, dentro da condicionante anterior, os âmbitos de atuação próprios dos demais “poderes”.** (grifamos)

Divergimos, contudo, da manifestação de Tavares (2005) quando afirma que, em face de sua posição institucional especial, a imposição de limites intransponíveis à atuação da Corte Constitucional decorrerá exclusivamente de uma autolimitação (*self-restraint*). Sustentamos, neste artigo, a necessidade e a plausibilidade constitucional de os limites mencionados serem objeto de balizas normativas objetivas, expressamente inseridas em nosso ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo, que detém essa competência essencial.

De outro giro, os argumentos constitucionais, políticos e econômicos sintetizados nos princípios da separação e harmonia dos Poderes, da soberania popular e dos limites do financeiramente possível não podem ser utilizados, indiscriminadamente, como biombo para a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização dos direitos fundamentais da população.

Há que se buscar a ponderação e o equilíbrio. Nessa perspectiva, parece razoável a tentativa de estabelecimento de balizas objetivas para decisões como a adotada na ADPF nº 347.

É importante assinalar, em reforço ao que sustentamos neste artigo, que o ordenamento jurídico em vigor já admite a existência de balizas normativas à atuação do STF no exercício do controle de constitucionalidade das normas, que, inclusive, ampliam sua margem de decisão.

Nesse sentido, fazemos referência, a título de exemplo, às regras que disciplinam a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999) e no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art.11 da Lei nº 9.882, de 1999), quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Registramos, ainda, a existência de esforços do Poder Legislativo de, no exercício de sua competência constitucional, legislar sobre matéria processual (art. 22, inciso I, da CF), e, dessa forma, estabelecer, sem pretender interferir na competência finalística do Poder Judiciário e no mérito de suas decisões, balizas para sua atuação.

Foi assim na apreciação e aprovação de projeto de lei que promoveu significativas alterações no Código de Processo Civil, e que resultou na publicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Há um caso de esforço empreendido pelo Poder Legislativo em matéria que guarda similaridades com as decisões no âmbito das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Trata-se da tentativa de regulamentação do mandado de injunção, ação constitucional que visa a indicar a omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo na edição de leis que regulamentem e tornem possível a fruição de direitos e liberdades constitucionais.

Essa regulamentação ganhou relevância especial em face da alteração da jurisprudência do STF, em 2007, em que a Suprema Corte passou a conferir maior densidade ao MI, no sentido de admitir que a decisão proferida promova a solução normativa ao caso concreto submetido à sua análise e a situações similares (MI nºs 690, 708 e 712).

Registramos, nesse sentido, a tramitação, no Senado Federal, do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 167, de 2012, e do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 18, de 2015, ambos dispendo sobre o processo e julgamento de mandado de injunção, previsto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.

Interessante consignar que as proposições abarcam questões como: hipóteses de cabimento, hipóteses de inadmissibilidade, legitimação ativa e passiva, requisitos da petição inicial, hipóteses de indeferimento da petição inicial, impossibilidade de

intervenção de terceiros e de desistência, eficácia subjetiva da decisão, efeitos da decisão, o processo e julgamento perante as diversas instâncias do Poder Judiciário, quórum para deliberação nos órgãos colegiados e recorribilidade das decisões.

Entendemos que há um importante paralelo entre a tentativa de regulamentação e de imposição de balizas normativas ao julgamento do mandado de injunção e a tentativa de disciplinar o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” no âmbito do julgamento da ADPF, tendo em vista serem ambas as ações de índole constitucional e vocacionadas a, cada qual com objetivos específicos, promover o controle de constitucionalidade das normas.

Pensamos ser necessário o esforço para o estabelecimento de parâmetros normativos às decisões do STF no reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional”, em sede de julgamento de ADPF ou outros instrumentos processuais, para impedir a violação essencial aos princípios implícitos da segurança jurídica e da reserva do financeiramente possível nas ações estatais, além da mitigação ao princípio constitucional da separação de Poderes e de seus principais corolários constitucionais, que são: *i*) a prerrogativa de auto-organização do Poder Executivo (art. 18 da CF); *ii*) a iniciativa legislativa privativa das leis que disponham sobre seus cargos, regime jurídico de seus servidores, criação de órgãos e entidades da administração pública (art. 61, § 1º, da CF); *iii*) a competência administrativa privativa do Presidente da República (art. 84), em especial aquela que diz respeito à formulação e implementação das políticas públicas, programas, projetos e ações governamentais (art. 84, inciso II. c/c art. 87, parágrafo único); *iv*) a iniciativa das leis que tratam do planejamento governamental e da correspondente alocação orçamentária (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual – art. 165 da CF).

Entendemos que as balizas normativas necessárias devam ser introduzidas mediante projeto de lei, cuja iniciativa legislativa é ampla, para promover alterações na Lei nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999, que *dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal* e na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que dispõe sobre o *Código de Processo Civil*, na parte referente ao recurso extraordinário.

Mais do que a disciplina do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, o tema está a exigir, em face de sua originalidade, relevância e gravidade, que se avance um pouco mais quando se constata a omissão na concretização

de direitos fundamentais pelos Poderes Executivo e Legislativo e a demanda chega ao Poder Judiciário.

Trataremos dessa alternativa no próximo item deste estudo.

4 O “COMPROMISSO SIGNIFICATIVO” COMO ALTERNATIVA AO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO DO RE Nº 592.581 E DA ADPF Nº 347

O debate sobre o grau de interferência do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na priorização e alocação de recursos orçamentários como efeito da ponderação razoável entre a proteção aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados de um lado e, de outro, o princípio da separação e harmonia dos Poderes e seus consectários constitucionais – o princípio da segurança jurídica e a cláusula do financeiramente possível nas ações do Estado – é enriquecido com a possibilidade de adoção de providências alternativas com vistas a reequilibrar os princípios e regras constitucionais envolvidos quando detectado um “estado de coisas inconstitucional”, vale dizer, quando direitos fundamentais não são efetivados pelo Poder Executivo.

Referimo-nos à figura do “compromisso significativo” (*meaningful engagement*), cuja técnica vem sendo desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul.

Segundo David Wilson de Abreu Pardo (2015), a Corte Constitucional sul-africana desenvolveu, ao longo de uma década, importante técnica para a proteção de direitos que exigiam a ação administrativa do Estado.

Iniciou-se com a aplicação, no caso *Grootboom*, posteriormente em *Olivia Road*, em 2008, em que atualizou a metodologia dos direitos sociais e econômicos, e chegou à ideia de “compromisso significativo”, que foi refinada no caso *Joe Slovo*, em 2009.

No caso *Olivia Road*, mais de 400 (quatrocentos) ocupantes de prédios na Cidade de Johannesburgo se voltaram contra a desocupação ordenada pela Cidade, que alegava razões de segurança e de saúde. A Corte emitiu ordem provisória para a Cidade e os ocupantes se comprometerem significativamente em: *i*) resolver suas diferenças e dificuldades à luz dos valores da Constituição; *ii*) aliviar a condição dos que viviam nos edifícios, tornando-os seguros e saudáveis; e *iii*) reportar os resultados do compromisso.

Tanto em *Olivia Road* como em *Joe Slovo*, os resultados do acordo foram satisfatórios e demandaram graus distintos de fiscalização por parte do Poder Judiciário.

Para David Pardo, a grande vantagem do compromisso significativo sobre as decisões judiciais que interferem diretamente na priorização de políticas públicas e na alocação de recursos orçamentários por parte do Poder Executivo é a construção de uma solução pactuada, participativa, sob a fiscalização do Poder Judiciário. Segundo ele:

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

Seguimos o posicionamento vanguardista defendido por David Pardo (2013), 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.

Tudo isso sem perder o caráter de fiscalização por parte do Poder Judiciário que, ao reconhecer o déficit no atendimento de dado direito fundamental, pode determinar a interlocução entre os atores envolvidos, representantes do Estado e da sociedade, com vistas à solução do conflito posto, sem que para isso seja necessária a intervenção direta na seara administrativa.

Importante consignar que o “compromisso significativo” não se confunde com a consulta pública hoje existente, especialmente quando o Poder Executivo pretende ouvir as manifestações da população previamente à edição de atos normativos ou minutas de projeto de lei de matérias complexas. A consulta pública, diferentemente do “compromisso significativo”, não assegura que as manifestações dos cidadãos sejam incorporadas às decisões oficiais, ou aos textos dos atos normativos. No “compromisso significativo”, a premissa básica é de que as decisões sejam tomadas de forma conjunta pelos participantes, pelos representantes do Estado e pelas pessoas afetadas pela ação ou omissão do Estado na implementação de dada política pública (CHENWI & TISSINGTON, 2010:10-11).

O “compromisso significativo” não se confunde, também, com a mediação, visto que nessa forma alternativa de solução de conflitos, uma terceira parte é chamada, voluntariamente, pelas partes envolvidas para contribuir para a consecução de um acordo na questão objeto da controvérsia.

O “compromisso significativo” é um processo determinado pelo Poder Judiciário, de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas (CHENWI & TISSINGTON, 2010:10-11).

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 (CHENWI & TISSINGTON, 2010: 9).

No estudo desenvolvido por Chenwi & Tissington (2010), mencionado anteriormente neste texto, e que analisa a evolução da jurisprudência da África do Sul no manejo da figura do “compromisso significativo” na Corte Constitucional desse país, informa-se que a Constituição sul-africana não trata expressamente da figura do compromisso significativo, todavia, faz referência a diversos dispositivos constitucionais que especificamente albergam o direito de participação dos cidadãos na prestação dos serviços públicos e nas decisões do Poder Público.

Citam, entre outros: o preâmbulo, que prevê a obrigação do Governo de melhorar a qualidade de vida de todos os cidadãos e liberar o potencial de cada pessoa;

a Seção 7 (2) que impõe ao Estado o dever de respeitar, proteger, promover e concretizar os direitos previstos na “Carta de Direitos”, dos quais se destacam o direito à dignidade humana e o direito à vida; a Seção 152 que dispõe que o governo local deve prover serviços para as comunidades de uma forma sustentável, promover desenvolvimento socioeconômico e encorajar a participação efetiva das comunidades nas questões de seu interesse no âmbito do governo local (CHENWI & TISSINGTON, 2010: 11).

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

Parece-nos, pelas razões expostas e por suas próprias características, que o “compromisso significativo” é figura mais apropriada do que o reconhecimento de “estado de coisas inconstitucional” no que tange à determinação, pelo Poder Judiciário, de medidas a serem implementadas pelo Poder Executivo de forma a assegurar direitos fundamentais, com vistas à preservação da isonomia e harmonia dos Poderes, cláusula imodificável de nossa Constituição, por força do que determina o art. 60, § 4º, inciso III.

Convém destacar, todavia, que o “compromisso significativo” é construção da Corte Constitucional sul-africana, não sendo disciplinada formalmente por norma legal.

Assim, caso haja interesse político em priorizar a adoção dessa alternativa em vez do mero “reconhecimento do estado de coisas inconstitucional” para parametrizar as decisões do Poder Judiciário que sopesem direitos fundamentais e a preservação das

competências constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, entendemos interessante que se promova sua regulamentação.

Ousamos sustentar que a proposta de construção compartilhada de soluções, contida na figura do “compromisso significativo”, em que o Poder Público responsável e os segmentos populacionais interessados são chamados, a partir de diretrizes fixadas pela Corte Constitucional, a buscar as soluções hermenêuticas aptas a concretizar os direitos fundamentais envolvidos, muito se aproxima da tese desenvolvida por Peter Häberle (1997) em que sustenta a necessidade de interpretação pluralista e procedimental da Constituição.

Para Häberle (1997: 33-34):

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (...), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta da “res publica” na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (...). Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (...), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. Considerando a realidade e a publicidade (...) estruturadas, nas quais o “povo” atua inicialmente de forma difusa, mas, a final, de maneira “concertada”, há de se reconhecer que essas forças, faticamente relevantes, são igualmente importantes para a interpretação constitucional. A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade(...), tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição!
(grifamos)

5 O PROJETO DE LEI DO SENADO (PLS) Nº 736, DE 2015, A FIXAÇÃO DE BALIZAS À ATUAÇÃO DO STF E A POSITIVAÇÃO DO “COMPROMISSO SIGNIFICATIVO” NO SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS NO BRASIL

Atento à movimentação do Supremo Tribunal Federal quanto à manutenção do equilíbrio e harmonia dos Poderes, em especial do que decidido nos julgamentos do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347, e preocupado com a necessidade de estabelecer limites objetivos, uniformes, por todos conhecidos, aplicáveis sempre em que as circunstâncias factuais e jurídicas se assemelhassem, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou, em 11 de novembro de 2015, o Projeto de lei do Senado (PLS) nº 736, de 2015, que

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

Trata-se de 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.

É importante destacar que essa proposição traz o Senado Federal para o centro dos debates constitucionais mais avançados sobre a tentativa de serem encontradas soluções razoáveis para a complexa equação que antagoniza a baixa concretização de direitos fundamentais numa sociedade marcada pela desigualdade, como ainda é a brasileira, a despeito dos enormes avanços obtidos nos últimos dez anos, a limitada capacidade de intervenção do Estado, e o protagonismo na definição de políticas públicas e na priorização da alocação de recursos orçamentários.

O PLS nº 736, de 2015, propõe, em defesa da organicidade do ordenamento jurídico e em respeito ao disposto no art. 7º, inciso IV, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que veda a existência de mais de uma lei tratando do mesmo assunto, alterações nas Leis nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ADPF, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal; e nº 13.105, de 16 de março de 2015, que trata do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, por intermédio do art. 2º da proposição, sugere-se acrescer à Lei nº 9.882, de 1999, dispositivos que: *i)* fixam objetivamente os pressupostos a serem observados pelo Supremo Tribunal Federal para que seja reconhecido o “estado de

coisas inconstitucional” (art. 9º-A); *ii*) estabelecem que o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” redundará na determinação da celebração de “compromisso significativo” entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados (art.9º-B); *iii*) indicam as diretrizes (art. 9º-C) e os requisitos necessários (art. 9º-D) para a celebração do compromisso significativo.

O art. 3º, por seu turno, propõe o acréscimo de dispositivo (art. 1.041-A) à Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, que reconheça o “estado de coisas inconstitucional” como seu fundamento e determine a celebração de “compromisso significativo” entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados, observará o disposto nas alterações propostas por este projeto de lei à Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Na justificação do PLS nº 736, de 2015, o Senador Valadares sustenta que

as medidas propostas neste projeto de lei não interferem na atuação finalística do Supremo Tribunal Federal, apenas fixam balizas que serão essenciais ao bom desempenho de sua missão precípua de promover a guarda da Constituição, ao tempo em que preservam e homenageiam o princípio da independência e harmonia dos Poderes e o princípio da soberania popular.

O objetivo central da proposição fica evidenciado a partir de sua leitura, qual seja, a construção compartilhada de uma solução pela administração pública e pelos interessados – precisamente identificados na ADPF ou no RE –, a partir de diretrizes fixadas pelo Poder Judiciário.

Pela proposição, o compromisso significativo possui o claro intuito de tornar efetivo o preceito fundamental sonogado, ponderados os princípios e normas constitucionais envolvidos.

É possível, todavia, que o compromisso significativo não logre resultados positivos. Nessas hipóteses, para que a demanda dos cidadãos interessados não fique pendente de manifestação do Poder Judiciário, o projeto de lei prevê, em caráter excepcional, o arbitramento da questão por parte do Supremo Tribunal Federal.

Estamos convictos de que o debate sobre a proposição recentemente apresentada possui todas as condições de propiciar a necessária harmonização da atuação dos três Poderes e sinalizar para a construção de saídas pactuadas, mesmo naqueles casos que se revestem de grande complexidade em face dos direitos e prerrogativas envolvidas.

6 CONCLUSÃO

No julgamento, em 2004, da ADPF nº 45, já haviam sido lançadas as bases hermenêuticas do que veio a se materializar com o julgamento da ADPF nº 347, no que concerne à evolução da atuação do STF no controle da constitucionalidade das normas e, mais especificamente, no controle jurisdicional das políticas públicas, no sentido de se reconhecer o “estado de coisas inconstitucional” quanto à concretização dos preceitos fundamentais.

Decorre do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, a partir do julgamento do RE nº 592.581 e da ADPF nº 347, a determinação da adoção por parte do Poder Executivo de medidas administrativas e da alocação de recursos orçamentários para o equacionamento da situação, afastados os argumentos da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível.

Entendemos ser necessário o esforço para o estabelecimento de parâmetros normativos às decisões do STF no reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, em sede de julgamento de ADPF, para impedir a violação essencial aos princípios implícitos da segurança jurídica e da reserva do financeiramente possível nas ações estatais, além da mitigação ao princípio constitucional da separação de Poderes e de seus principais corolários constitucionais.

O debate sobre o grau de interferência do Poder Judiciário na formulação de políticas públicas e na priorização e alocação de recursos orçamentários é enriquecido com a possibilidade de adoção de providências alternativas, como o “compromisso significativo” (*meaningful engagement*), cuja técnica vem sendo desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul.

Essa técnica consiste na determinação pelo Poder Judiciário de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas.

O “compromisso significativo”, que representa alternativa à intervenção judicial em políticas públicas fundada no “reconhecimento do estado de coisas inconstitucional”, parece ser relação institucional interativa mais rica e complexa, em que não há a imunidade total da Administração Pública, nem, tampouco, a prevalência

absoluta dos juízes no sopesamento da concretização dos direitos fundamentais e da preservação das competências constitucionais dos Poderes Executivo e Legislativo.

O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 736, de 2015, ao pretender, de forma inédita, regulamentar o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” e o “compromisso significativo”, dá passo significativo para o estabelecimento de um novo patamar na relação entre os Poderes no Brasil, com vistas à efetivação de sua desejada harmonia.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 2015, do Senador Antônio Carlos Valadares*. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em 13.11.2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ementas dos acórdãos citados no texto**. Disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 24.09.2015

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

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

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

PARDO, David. *Compromisso significativo*. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense, no caderno opinião, p. 9, em 14.09.2015.

_____. *Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”*, in Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez 2013.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos Fundamentais e democracia: o debate Habermas-Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *O Supremo Tribunal Federal e o controle Jurisdicional da atuação do Poder Legislativo: visão panorâmica e comentada da jurisprudência constitucional*. Brasília: Senado Federal, Secretaria-Geral da Mesa, 2007.