

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

MÔNICA BONETTI COUTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elda Coelho De Azevedo Bussinguer; Flávio Luís de Oliveira; Mônica Bonetti Couto - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-411-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

Foi com imensa satisfação que coordenamos, conjuntamente, o Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II” no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI: “DESIGUALDADE E DESENVOLVIMENTO: o papel do Direito nas políticas públicas”, realizado em Brasília /DF no período de 19 a 21 de julho de 2017.

O tema versado no aludido Grupo de Trabalho se revela, indubitavelmente, dos mais atuais e relevantes. Encontra-se na ordem do dia – e em toda a mídia – a preocupação e os expedientes levados a efeito com relação à (in)eficiência do sistema de Justiça brasileiro.

Duas razões, a nosso ver, parecem explicar tamanho interesse sobre o tema. Em primeiro lugar, a asfixia do Poder Judiciário brasileiro que, segundo o Relatório Justiça em Números - 2016, editado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, já ultrapassou a inacreditável marca de 100 milhões de processos pendentes. A outra razão decorre da edição – e de todos os problemas interpretativos e de aplicação – do Novo Código de Processo Civil, em vigor desde 17 de março de 2016.

Desde a 'commonlização' do sistema jurídico brasileiro, passando pela tutela coletiva, e desembocando em questões trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (carga dinâmica da prova, tutela da evidência, limitação das astreintes, dentre outros relevantes assuntos), todos os temas apresentados relevam uma premente preocupação com a efetividade do sistema.

Profª Drª. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (FDV)

Profa. Dra. Mônica Bonetti Couto - UNINOVE

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira (ITE)

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DIVERGÊNCIA SOBRE DIREITOS
– UM ESTUDO A PARTIR DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 755**

**UNCONSTITUTIONAL STATE OF FAIRS AND DISAGREEMENT ABOUT
RIGHTS – A STUDY THROUGH THE EXECUTIVE ORDER Nº 755.**

Emanuel de Melo Ferreira ¹

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar a constitucionalidade da medida provisória nº 755, editada em 19 de dezembro de 2016 pelo Presidente da República, após julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que o introduziu no Brasil o denominado “estado de coisas inconstitucional”. A constitucionalidade da MP será analisada a partir da divergência sobre os direitos numa democracia. O referencial utilizado foi Jeremy Waldron, a partir do seu conhecido texto sobre direitos e desacordos de boa-fé entre os participantes do processo político.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Desacordo sobre direitos, Constitucionalidade da medida provisória nº 755

Abstract/Resumen/Résumé

This article has the propose of analyzing the constitutionality of the executive order nº 755, edited in December 19th of 2016 by the President of Republic, after judgment exercised by Brazil’s Supreme Court which has introduced in Brazil the so called “unconstitutional state of fairs”. The constitutionality of the executive order will be analyzed through the disagreement about rights in a democracy. The theoretical reference utilized was Jeremy Wladron, through his well known text about law and good faith disagreements between the participants of the political process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unconstitutional state of fairs, Disagreement about rights, Constitutionality of the executive order nº 755

¹ Professor da Universidade Potiguar (Mossoró). Especialista. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Procurador da República.

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade analisar a constitucionalidade da medida provisória (MP) nº 755, editada em 19 de dezembro de 2016 pelo Presidente da República, após julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando da análise da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347¹, a qual introduziu no Brasil o estado de coisas inconstitucional (ECI). Para tanto, será necessário, inicialmente, caracterizar o ECI e a transformação que o mesmo propõe em torno do conceito de inconstitucionalidade no contexto da grave crise penitenciária vivenciada no Brasil.

Em seguida, o objeto principal do texto será abordado, ao se descrever que os defensores do ECI apostam na efetividade da decisão final do STF a partir da utilização das denominadas sentenças estruturais, às quais somente podem frutificar se houver diálogo entre os Poderes da República para solucionar um problema que se mostra sistemático. A análise da constitucionalidade de tal MP, assim, insere-se nesse contexto de interação e diálogo entre os Poderes, como será demonstrado. Desse modo, a relevante questão em torno da legitimidade da adoção do ECI através de atuação do Poder Judiciário não será o objeto deste texto.

A pesquisa ora desenvolvida concentrou-se na bibliografia específica sobre o tema, partindo-se, na abordagem inicial, da obra básica sobre o ECI no Brasil, da autoria de Carlos Alexandre de Azevedo Campos. A leitura de tal obra é essencial por diversos motivos: a) o autor foi orientando de Daniel Sarmento na UERJ; b) Sarmento é o advogado que representa o PSOL, o qual, por sua vez, foi o partido político que ajuizou a mencionada ADPF.

Em seguida, a constitucionalidade da MP será analisada a partir da divergência sobre os direitos numa democracia. O referencial utilizado foi Jeremy Waldron, a partir do seu conhecido texto sobre direitos e desacordos de boa-fé entre os participantes do processo político. A leitura do mencionado autor restou facilitada a partir de texto introdutório de Thomas Bustamente sobre a evolução do positivismo jurídico, adiante citado. É nesse ponto que será abordada a primeira manifestação de interação entre Poder Executivo e Judiciário no bojo do mencionado ECI, pois, com a edição da mencionada MP 755, a qual, na sua exposição de motivos, expressamente refere-se à decisão cautelar do STF, promoveu relevantes alterações na desburocratização e destinação dos recursos do FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional, os quais poderiam passar a ser usados, por exemplo, para financiar atividades de segurança pública ou inteligência policial.

¹ Relator Ministro Marco Aurélio.

O PSOL logo promoveu aditamento à inicial da ADPF, sustentando que parte dessas alterações aprofundava o ECI, violando diversos direitos fundamentais e a própria decisão cautelar do STF. Para o partido político, retrocesso. Para o Poder Executivo, avanço. O STF ainda vai deliberar sobre a questão e o comportamento da Corte certamente influenciará em como a propalada aposta no diálogo pode ser fundada. O problema central do texto, portanto, será este: levando em conta que a Constituição sequer trata do FUNPEN, o STF deve declarar a inconstitucionalidade de tais disposições da MP mesmo sem um mandamento constitucional claro nesse sentido? Quem deve decidir questões quando há franca divergência sobre direitos? Partindo das ideias de Waldron acerca dos desacordos de boa-fé sobre direitos, sustentar-se-á a constitucionalidade de tal MP.

Restando clara a atualidade e relevância do tema, o qual se desenvolveu a partir de pesquisa bibliográfica que privilegiou obras atuais, iniciar-se-á como a necessária caracterização do ECI.

2. As transformações no conceito de inconstitucionalidade – da inconstitucionalidade normativa à inconstitucionalidade estrutural

Nesse primeiro ponto será abordado de modo descritivo como o conceito de inconstitucionalidade passa por transformações, demonstrando-se, ao final, como o direito positivo brasileiro admite interpretações que façam recair a inconstitucionalidade não somente sobre normas, mas também sobre um denominado “estado de coisas”. A metodologia empregada, na linha do positivismo jurídico conceitual², é neutra: por mais que não se concorde, pessoalmente, com mais ativismo judicial e se critique nova ampliação de poderes para o Poder Judiciário, a questão é descrever se o direito positivo admitiria tais inovações.

Nesse sentido, é possível dividir didaticamente essa evolução em três fases, a partir do objeto de controle e do tipo de inconstitucionalidade: a) normativa por ação, a qual tinha

² Sobre o tema, Carlos Nino explica, o seguinte após analisar diversos tipos de positivismo: “Se nenhuma das teses anteriores caracteriza de modo essencial o positivismo defendido por autores como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio, etc., qual é, então, a tese com que todos esses autores concordam? Ela consiste na negação da tese 10, mencionada no começo desta seção, ou seja é a tese que afirma que o conceito de direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas apenas de acordo com propriedades descritivas. Segundo essa tese, as proposições sobre as quais o direito dispõe não implicam juízos de valor, sendo verificáveis em relação a certos fatos observáveis empiricamente”. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 42-43. Não há oposição entre uma visão descritiva neutra e o positivismo normativo que serve de referência para a segunda parte do texto: autores como Waldron não negam que o Direito deva ser descrito. Ele nega que o papel do positivismo seja somente descrever o Direito. Dito de outro modo: deve-se, inicialmente, fazer uma descrição mais precisa possível, para, seguida, adotar-se a postura prescritiva. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 42-43.

por objeto somente atos normativos editados; b) normativa por omissão, na qual fatos como as omissões inconstitucionais em relação às normas que deveriam ser editadas passam a compor o objeto de controle; c) conjunto de fatos que compõem um “estado de coisas” que viola a Constituição, podendo até existir leis e atos normativos regulamentando determinado tema, mas não existindo efetividade praticamente nenhuma na proteção de direitos, os quais estão inseridos num quadro de violação sistêmica e estrutural.

Sabe-se que, classicamente, o fenômeno da inconstitucionalidade esteve atrelado à relação entre normas: uma objeto de controle e outra utilizada como parâmetro. Daí a clássica definição de Jorge Miranda acerca da inconstitucionalidade como conceito de relação³. Essa noção tem por base o clássico precedente *Marbury x Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803, quando, pela primeira vez na história, uma lei federal fora declarada inconstitucional a partir da atuação de juízes⁴.

Tal concepção influenciou sobremaneira as concepções clássicas sobre a inconstitucionalidade também no Brasil. Alfredo Buzaid, por exemplo, ao analisar o fenômeno da inconstitucionalidade logo se reporta à lei, lecionando que “diz-se que uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição”⁵. Themistocles Brandão Cavalcanti, por sua vez, analisa a inconstitucionalidade justamente a partir da pirâmide normativa de Kelsen, apontando a hierarquia de normas como ponto de partida para o entendimento da inconstitucionalidade.⁶ No mesmo sentido Lúcio Bittencourt: “inconstitucional é, como é óbvio, a lei que contém, no todo ou em parte prescrições incompatíveis ou inconciliáveis com a Constituição.”⁷

Percebe-se que, dadas as contingências históricas, nem sequer cogitava-se da inconstitucionalidade como fenômeno incidente sobre determinados fatos, como, por exemplo, a ausência de ato normativo que caracterizaria o tipo de inconstitucionalidade por omissão. Jane Reis Gonçalves Pereira e Gabriel Accioly Gonçalves, ao propor o que denominam uma compreensão “sistêmica e multidimensional” acerca da

³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 2ª edição. Coimbra Editora, Limitada, 1988. p. 273-274

⁴ Reconheça-se que o exercício de tal poder já fora exercitado anteriormente por Cortes estaduais. TUSHNET, Mark. *Arguing Marbury x Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005. P. 1.

⁵ BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 43.

⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 9 e seguintes.

⁷ BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 53.

inconstitucionalidade descrevem a evolução do conceito demonstrando a insuficiência da compreensão estritamente normativa:

A noção de incompatibilidade internormativa, todavia, é uma descrição acurada de apenas uma das facetas da inconstitucionalidade: aquela deflagrada por um comportamento ativo do legislador. Ela não se amolda a outras modalidades de comportamentos contrários às normas constitucionais, notadamente às omissões inconstitucionais absolutas e às violações decorrentes de falhas na implementação de políticas públicas. A ampliação do escopo das Constituições ao longo da segunda metade do século XX, aliada à emergência do paradigma neoconstitucionalista – que encerra o reconhecimento de uma normatividade reforçada aos princípios e às normas abertas –, bem como o aumento da importância da função judicial e a aceitação de sua dimensão criativa, teve como um dos efeitos a progressiva atenção ao problema da inconstitucionalidade por omissão.⁸

O primeiro passo rumo à ampliação do conceito, então, foi o reconhecimento das omissões inconstitucionais e como ela demonstra um fato contrário à Constituição, qual seja, a ausência de norma. Andre Ramos Tavares, por exemplo, já define a inconstitucionalidade com os cuidados de ampliar seu objeto de controle, seguindo os ditames, como não poderia deixar de ser, da Constituição de 1988:

A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição. Assim, serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, que pode dar ensejo, no Direito brasileiro, ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico (*lato sensu*), seja privado, seja público, e a Constituição. E isso sob seus vários aspectos: agente, forma, conteúdo e fim.⁹

Percebe-se a insuficiência em apontar como objeto de controle os atos normativos em si. Sabe-se que sempre que a Constituição determinar a regulamentação de determinado direito pela lei, tal atuação deve ser levada a cabo pelo legislador, sob pena de caracterização de omissão inconstitucional. Nessa hipótese, não é a lei em si o objeto de controle, mas justamente um fato jurídico conexo, qual seja, a ausência de tal lei. Igualmente, fatos relacionados à aprovação da lei podem ensejar a inconstitucionalidade formal desta, ante a violação das regras no processo legislativo, tais como regras para instalação da sessão, observância da iniciativa legislativa ou número mínimo de votos necessários para aprovação. O objeto de controle, assim, já começa a se alargar. No entanto, ainda não se tinha de maneira clara a possibilidade de uma inconstitucionalidade ainda mais ampla, superando, até mesmo, as omissões normativas pontuais.

⁸ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. In.: Revista Juris Poiesis ano 18, n° 18, jan-dez.2015. p, 133.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p, 296.

E é justamente nesta terceira fase que o conceito do ECI é cunhado, merecendo atenção detida.

3. Pressupostos para caracterização do ECI

O ECI é caracterizado a partir de um conjunto de situações de fato que compreendem sistemática e estrutural violação de direitos fundamentais de um grupo de pessoas, as quais, por diversas razões, não conseguem ser atendidas adequadamente por políticas públicas. Assim, há um bloqueio institucional e verdadeira paralisia imputável a todos os poderes da República, em diversos níveis de governo, impedindo o enfrentamento efetivo do problema. Sendo uma situação gerada pela falha de diversos atores, sua superação somente poderá ser efetivada através da atuação coordenada entre eles, não se admitindo, assim, atuação pontual. Tudo isso com o risco de, caso o problema não seja enfrentado de modo coletivo, haver relevante multiplicação de demandas perante o Poder Judiciário, caso os prejudicados tentem, individualmente, a reparação de seus direitos violados.

Partindo do estudo acerca das origens do ECI a partir de decisões da Suprema Corte da Colômbia¹⁰, Carlos Alexandre de Azevedo Campos elenca quatro pressupostos para caracterização de tal estado de coisas: a) “constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas”; b) “omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais”; c) “no plano das soluções, haverá o ECI quando a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses”; d) “o quarto e último pressuposto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais,

¹⁰ Dentre os precedentes estudados pelo autor, destacam-se: a) Caso dos professores municipais (sentença 559 de 1997), que constitui a primeira manifestação do ECI. No caso, 45 professores da rede pública municipal descobriram que, mesmo pagando suas contribuições sociais, não estavam devidamente segurados pela sistema de seguridade social, tendo seus benefícios previdenciários negados. Nessa linha, propuseram ação judicial e, quando a Suprema Corte analisou o caso, promoveu uma análise profunda sobre o sistema de seguridade social da Colômbia como um todo, descobrindo que o problema era generalizado e não poderia ser imputado unicamente ao Município; b) Crise no sistema carcerário (sentença 153 de 1998) o qual constitui o precedente mais próximo para a realidade brasileira, sendo elencado no corpo do artigo; c) Caso do deslocamento forçado (sentença 025 de 2004) igualmente mencionado no corpo do artigo tendo em vista, especialmente, o fato de a Suprema Corte ter contribuído efetivamente para solução do problema, diferentemente do caso penitenciário.

que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária”.¹¹

Como primeiro requisito, tem-se uma situação de violação massiva de direitos fundamentais, os quais devem ser compreendidos na sua dimensão objetiva, a saber, como conjunto de normas que demanda proteção estatal. Não se trata de ofensa a qualquer norma constitucional nem a um direito fundamental específico, afetando-se, na verdade, diversos direitos fundamentais. Além disso, a violação deve envolver um número considerável de pessoas, especialmente minorias e grupos vulneráveis.¹²

Em seguida, têm-se as omissões reiteradas, sistêmicas e estruturais que fizeram surgir o ECI e impedem sua solução. Trata-se de bloqueio institucional imputável às mais diversas autoridades. Veja-se que as omissões podem ser relacionadas à falta de lei ou atos regulamentares, mas, no final das contas, é a política pública como um todo que se apresenta deficiente, seja em nível de formulação ou execução.¹³ Sendo assim, poder-se-ia cogitar do ECI mesmo num contexto em que existam avançadas leis sobre determinado tema, como a Lei de Execuções Penais, mas que, por diversas razões, não é adequadamente aplicada.

A terceira característica é relacionada à segunda: a forma de superação do ECI somente pode ser alcançada com a ação coordenada entre diversas autoridades, apostando-se no Poder Judiciário para a assunção desse papel de coordenador de políticas públicas deficientes. O que gerou o ECI, portanto, foi uma série de omissões históricas imputáveis a diversos atores e sua solução, necessariamente, passará pela adoção de sentenças denominadas estruturais, analisadas adiante, quando do estudo específico acerca da recepção do ECI no Brasil.

Finalmente, tem-se o temor acerca da multiplicação de demandas perante o Poder Judiciário, caso cada prejudicado busque reparação judicial. No caso brasileiro, já há julgados do STF admitindo, por exemplo, a indenização dos danos morais aos presos em face de superlotação carcerária.¹⁴ Com a superação do ECI, diversas demandas como esta poderiam ser evitadas. Veja-se, em seguida, como tais ideias foram recepcionadas no Brasil, caminhando-se para a análise acerca dos limites e possibilidades do diálogo entre os Poderes a partir da decisão do STF.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Jus POdivm, 2016. p. 180/185.

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Ob. cit. p. 180.

¹³ Idem. p. 181-182.

¹⁴ RE 580.252. Relator Min. Ayres Britto.

4. A ADPF nº 347

O PSOL, partindo político com representação no Congresso Nacional, ajuizou tal ADPF buscando o reconhecimento do ECI no Brasil no contexto da grave crise penitenciária, formulando pedidos cautelares e providências finais que desafiam a jurisdição constitucional, como será demonstrado adiante. A ação utiliza como dados fáticos todas aquelas situações de conhecimento público e notório voltadas para a superlotação nos presídios e a sistemática violação dos mais diversos direitos fundamentais dos presos, que são privados em dignidade, integridade física, alimentação, assistência jurídica, saúde, educação, etc.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), utilizados na ação, há cerca de 570 mil presos no Brasil. Em junho de 2014, havia 563.526 detentos, em prisões para, no máximo, 357.219 pessoas. Além disso, cerca de 147.397 pessoas submetidas a prisão domiciliar e existem 373.991 mandados de prisão pendentes de cumprimento. Não bastassem tais números, cerca de 41 % são presos provisórios. Déficit de vagas: 206.307 ou 354.244, computando aqueles sujeitos à prisão domiciliar. Não é preciso fazer maiores aprofundamentos sobre essa grave situação neste texto.

Nessa linha, a ADPF foi ajuizada como único meio eficaz para solucionar o ECI, uma vez reconhecido pelo STF. O partido político sustentou, para fins de cabimento da ação, que: a) não havia outro remédio igualmente eficaz para solução de tal quadro, restando adimplido o critério da subsidiariedade para tal ação; b) a Constituição não limita o objeto de controle na ADPF para atos normativos, já que se limita a assentar que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, §1º). A lei 9.882/99, por sua vez, amplia o objeto de controle ao admitir que atos do Poder Público, não necessariamente atos normativos, possam ser controlados objetivamente por tal via (art. 1º).

Nessa linha, foram formulados oito pedidos cautelares, uma vez declarado o ECI no sistema carcerário brasileiro pelo STF. Muitos dos pedidos, caso deferidos, recairiam sobre a atuação dos juízes: a) necessidade de fundamentar adequadamente a não aplicação de medidas cautelares diferentes da prisão; b) necessidade de implementação de audiências de custódia; c) necessidade de o juiz analisar a situação concreta do sistema penitenciário para, sempre que possível, não aplicar a prisão; d) necessidade de o juiz da execução analisar a situação concreta do sistema penitenciário para abrandar os critérios objetivos acerca da concessão de benefícios, como progressão de regime; e) necessidade de o CNJ realizar multirões carcerários para adequar as penas de acordo com os pedidos anteriores; f) determinar o

descontingenciamento dos recursos do FUNPEN por parte da União. Este último pedido e a decisão do STF sobre o mesmo será objeto de análise mais detalhada adiante, eis que é a partir dele que se materializa a primeira forma de interação entre os Poderes a partir da ADPF.

Julgando tais pedidos, o STF os acolheu em parte, determinando a implementação das audiências de custódia e o descontingenciamento dos recursos do FUNPEN. De ofício, o STF determinou, liminarmente, que os Estados da Federação, especialmente São Paulo, fornecessem relatórios atualizados acerca do sistema penitenciário de cada ente.

Acerca da caracterização do ECI, pesou para a Corte, especialmente para o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, o fato de que os presos são minorias estigmatizadas e que, nem mesmo no plano da retórica política, encontram seus direitos respeitados, situação diferente, por exemplo, das deficientes políticas públicas na saúde, as quais, pelo menos, constam na agenda política. Não dispo de direitos políticos, suspensos em face de sentença condenatória transitada em julgado e contando com ampla antipatia popular, tem-se verdadeiro bloqueio institucional e político para o enfrentamento do caos carcerário por parte de quem deveria atuar primariamente, ou seja, os Poderes Executivo e Legislativo¹⁵.

Em relação aos pedidos principais, tem-se uma aposta ainda mais alta no caráter dialógico do controle de constitucionalidade e no papel do STF como coordenador das mudanças pretendidas. Nessa linha, pleiteou-se que o STF: a) determine a criação de plano nacional por parte da União, no prazo de 3 meses, para superação do ECI em até 3 anos, contendo diversas metas específicas a serem atingidas; b) submeta o plano ao CNJ, CNMP, OAB, DPU, PGR e outros órgãos, para, caso queiram, apresentem propostas de alteração, realizando, ainda, audiências públicas; c) delibere sobre o plano, homologando-o ou impondo medidas alternativas ou complementares; d) determine que os Estados e o DF elaborem planos estaduais semelhantes ao nacional, no prazo de 3 meses e para solução do ECI em 2 anos; e) submeta os planos estaduais àqueles órgãos mencionados, além de outros, realizando, igualmente, audiências públicas; f) delibere sobre os planos estaduais, nos mesmos termos do plano federal; g) monitore a execução dos planos, sempre 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, com realização de audiências públicas até que o ECI seja sanado. É a partir de tais pedidos e, especificamente, da determinação judicial do STF acerca da utilização dos recursos do FUNPEN, que será analisada a intervenção judicial em políticas públicas no contexto da divergência de boa-fé entre direitos.

¹⁵ ADPF nº 347, p. 12 do voto do relator.

5. A utilização dos recursos do FUNPEN a partir da MP 755 e a divergência sobre direitos

O STF decidiu cautelarmente que “ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional”, conforme consta na ementa do julgado. Além disso, nos termos do voto do Ministro Relator, deve a União liberar “o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”¹⁶.

Expressamente mencionando na exposição de motivos o mencionado julgado, o Presidente da República editou a mencionada MP 755 a qual, além de promover a desburocratização da utilização dos recursos do fundo, dispôs que parte deles: a) poderiam ser utilizados em ações de segurança pública e inteligência policial; b) deveriam ser destinados ao Fundo Nacional de Segurança Pública; c) poderiam ser destinados a este fundo, em havendo eventual superávit do FUNPEN, até o máximo de 30%.¹⁷

Logo o PSOL peticionou na ADPF nº 347, sustentando que: a) tais dispositivos agravavam o estado de coisas inconstitucional já reconhecido, já que retirava recursos do FUNPEN permitindo que eles fossem usados para ações diversas daquelas referentes ao sistema penitenciário, violando todos aqueles direitos dos presos já mencionados, além de promover retrocesso social; b) a conduta do Presidente da República, ao editar a MP, violava a decisão do STF, merecendo cesura.

Há, portanto clara divergência: para o governo, a crise penitenciária deve ser solucionada de modo global, autorizando mudança na política pública que destinava recursos do FUNPEN unicamente para o sistema penitenciário. Assim, ações de segurança pública contribuiriam para ajudar na solução do caos carcerário. Para o autor da ação, tais teses não se sustentam. O Presidente da República descumpriu a decisão do STF? A interpretação do governo sobre a crise penitenciária e forma de solução encontra clara oposição constitucional? O STF pode determinar que um fundo não mude sua finalidade? Enfim, em situações de

¹⁶ ADPF nº 347, p. 24 do voto do relator.

¹⁷ “Art. 3º: XVII - políticas de redução da criminalidade; e XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária. (...) Art. 2º. A Lei no 11.345, de 14 de setembro de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 2º. O total dos recursos arrecadados com a realização do concurso de que trata o art. 1º terá exclusivamente a seguinte destinação: V - 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, instituído pela Lei Complementar no 79, de 7 de janeiro de 1994; IX - 0,9 (nove décimos por cento) para o Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP, instituído pela Lei no 10.201, de 14 de fevereiro de 2001. Art. 3º. O superávit financeiro das fontes de recursos concernentes ao Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, decorrentes de vinculação legal existentes no Tesouro Nacional em 31 de dezembro de 2016, poderá ser destinado, até o limite de trinta por cento de seu total, ao Fundo Nacional de Segurança Pública – FNSP”.

divergência desse tipo, como o STF deve atuar, ainda mais quando se busca o propalado diálogo entre os Poderes como forma de solução do ECI? A resposta a tais indagações passa pelo estudo das ideias de Jeremy Waldron e, em seguida, acerca do que a Constituição de 1988 dispôs sobre os fundos públicos.

5.1 O positivismo ético ou normativo e os direitos e desacordos no contexto da oposição fundamental ao controle judicial de constitucionalidade

Jeremy Waldron defende ideias francamente minoritárias e impopulares no meio jurídico brasileiro, tomando como base aposta generalizada no Poder Judiciário como melhor órgão para solução dos problemas do Brasil. O presente tópico apresentará algumas teses do autor que podem justificar a constitucionalidade da medida provisória em análise, partindo-se da premissa de que tal ato normativo será convertido em lei pelo Congresso Nacional sem alteração substancial no seu conteúdo. O estabelecimento de tal premissa é necessário porque Waldron não se ocupa, primordialmente, do controle de constitucionalidade sobre atos do executivo.¹⁸

Inicialmente, deve-se destacar que o autor apresenta-se como um defensor do positivismo jurídico denominado ético ou normativo, partindo do debate entre Hart e Dworkin para, reafirmando os ideias positivistas, ir além no ponto em que reconhece um positivismo não meramente descritivo do Direito como ele é, mas também como deve ser.¹⁹ Nessa linha, busca elaborar uma teoria normativa da legislação, colocando os Parlamentos no centro do debate jurídico ao estabelecer que tais instituições são as mais adequadas para resolver questões moralmente controvertidas sobre os direitos das pessoas²⁰. A defesa de tais instituições é acompanhada de vigoroso ataque ao controle judicial de constitucionalidade, não admitindo o autor, por exemplo, que somente juízes possam exercer a proteção de algum direito.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao Judicial Review*. In.: Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P, 99. Poder-se-ia argumentar que a medida provisória, mesmo sendo ato do executivo, tem força de lei, devendo, portanto, ser tratada seriamente e com dignidade. No entanto, Waldron atrela toda sua teoria à atuação dos Parlamentos. Sendo assim, não é suficiente dizer que o ato tem fora de lei para atrair a teorização do autor. É necessário que este ato passe pelo crivo do Parlamento.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. *Normative (or ethical) positivism*. In.: *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Kindle edition. O autor ressalta que a expressão "normativo" não deve remeter às ideias de Kelsen, no sentido de ser um positivismo que coloque a norma jurídica no centro do esforço teórico. É normativo no sentido de estabelecer como o Direito deve ser.

²⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p, 41-42.

Thomas Bustamante assim caracteriza o positivismo ético ou normativo de autores como Waldron, em contraposição ao positivismo unicamente descritivo de autores como Kelsen ou Hart:

O positivismo de autores como Frederick Schauer, Tom Campbell e Jeremy Waldron se apresenta como reconhecidamente “neobenthamista”, no sentido de que esses autores fundamentam o seu positivismo em uma tese normativa, fundada em razões de natureza política e moral acerca de como o direito deve ser construído pelo intérprete. O “positivismo normativo” pode ser entendido como um tipo de positivismo jurídico que inicia com um argumento moral em defesa de sua própria concepção de juridicidade.

(...)

A diferença chave entre, de um lado, o positivismo normativo ou prescritivo e, de outro lado, o positivismo neutro ou descritivo, parece ser que o primeiro não está comprometido com qualquer forma de positivismo lógico ou filosófico. Ele não pretende ser neutro e nem sustenta, também, que está apenas identificando uma suposta “essência” ou um “truísmo” sobre a natureza do direito, como Kelsen tenta fazer quando ele aduz que sua teoria do direito é “purificada de toda ideologia política” ou quando Hart diz que sua teoria “não pretende justificar” ou aprovar com base em fundamentos morais às regras, às formas e às estruturas de um sistema jurídico.²¹

Em sua formulação contra o controle de constitucionalidade, Waldron parte de premissas que, uma vez cumpridas por certo sistema jurídico, tornaria desnecessária a própria existência do controle judicial. São elas: a) existência de instituições democráticas em condições de funcionamento, incluindo um Parlamento representativo; b) um conjunto de instituições judiciais igualmente em bom funcionamento, formada em base não representativa; c) comprometimento da maioria da sociedade e das autoridades com a ideia de respeito e proteção aos direitos individuais; d) a existência de divergência séria e de boa-fé, entre os membros da comunidade sobre os direitos.²² Perceba-se, então, que a divergência é valorada positivamente pelo autor, não devendo ser encarada como uma anomalia do sistema jurídico.

Waldron sustenta que, como vivemos num mundo de desacordos, no qual pessoas de boa-fé divergem sobre praticamente qualquer tema de interesse público que possa ser juridicizado, cabe aos Parlamentos a tarefa de decidir tais desacordos de modo deliberativo, internalizando tais divergências. Diante de tal prática, não necessariamente haverá a “tirania da maioria”:

O temor manifestado mais habitualmente acerca da autoridade legislativa irrestrita é que as minorias ou os indivíduos possam estar oprimidos pelas mãos de uma maioria. Este é um perigo grave quando os votos daqueles que compõem as diferentes facções representam nada mais que os interesses particulares ou a satisfação dos votantes. Sobre esta premissa, permitir que uma maioria se imponha

²¹ BUSTAMANTE, Thomas. *A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart?* In.: Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 20 – n. 1 – jan. abr. 2015. p, 323-324.

²² WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao Judicial Review*. In.: Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p, 106.

equivale a permitir que se sacrifiquem os interesses da minoria frente ao grupo maior. No entanto, não necessário que ocorra algo assim entre a maioria e minoria se supusermos que os membros da sociedade se comportam de boa-fé em questões controvertidas sobre direitos, uma vez que sobre este pressuposto um voto pode representar, não um interesse individual, mas uma opinião individual sobre uma questão de interesse comum. O que devemos recordar aqui é que não há tirania em nenhum sentido pelo mero fato de que minha opinião não esteja prevista numa lei da comunidade a que pertença. Se a opinião reconhecida na lei toma devidamente em consideração meus interesses, junto com o dos demais, o fato de que não seja minha opinião a que prevalece não supõe em si mesmo uma ameaça para minha liberdade ou bem estar²³.

Insurgindo-se contra a descriminalização do aborto efetivada judicialmente, por exemplo, Waldron aponta que em países como a Nova Zelândia os direitos das pessoas foram levados a sério pelo Parlamento:

Com base em minha experiência, verifico que o debate nacional a respeito do aborto é tão bem-informado e amplo em locais como a Nova Zelândia e no Reino Unido, nos quais não se trata de um assunto de âmbito constitucional, quanto o que ocorre nos Estados Unidos. Talvez seja até mais, pois nestes lugares o debate não está contaminado pelas discussões sobre como se deve analisar um documento do século XVIII.

É libertador poder discutir assuntos como aborto de forma direta, com base em princípios aplicáveis, em vez de ter de construir princípios que decorram de algum texto sagrado, no exercício tendencioso de caligrafia constitucional. (...) Sustentar que o público precisa de um debate moral interpretativo para que, somente depois desta etapa, este possa ser conduzido com dignidade e sofisticação é um mito.²⁴

O autor vai mais além, descrevendo a qualidade do debate parlamentar no Reino Unido acerca da matéria:

Sob esse aspecto, é admirável o quão rico é o raciocínio nos debates legislativos sobre importantes questões de direitos em países que não possuem o judicial review. Recentemente li todos os debates da Câmara dos Comuns inglesa sobre o Projeto de Lei de Interrupção Médica da Gravidez de 1966. Esse projeto propunha a liberalização do direito de aborto. O segundo debate de interpretação desse projeto é um ótimo exemplo do que se pode encontrar quando uma instituição política discute questões morais. É um debate longo – cerca de 100 páginas no Hansard – e envolveu trabalhistas pró-vida e pró-aborto, conservadores pró-vida e pró-aborto, discutindo e

²³ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p, 13. Eis o trecho original, sobre o qual foi efetivada a tradução livre acima: “The most commonly expressed misgiving about unrestrained legislative authority is that minorities or individuals may suffer oppression at the hands of a majority. That is an acute danger where the votes of those who compose the differing factions represent nothing more than the particular interests or satisfactions of the voters. On that assumption, allowing a majority to prevail means allowing the interests of the minority to be sacrificed to those of the larger group. But nothing similar need happen between majorities and minorities. If we assume that the members of the society are addressing controversial issues about rights in good faith, for on this assumption a vote may represent, not an individual interest, but an individual opinion on a matter of common concern. The point to remember here is that nothing tyrannical happens to me merely by virtue of the fact that my opinion is not acted upon by a community of which I am member. Provided that the opinion which is acted upon takes my interests along with everyone else’s, properly into account, the fact that it is not my opinion is not itself a threat to my freedom or well-being”.

²⁴ WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichert Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpinio Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p, 249.

focalizando todas as questões que precisam ser abordadas quando se debate o aborto.

Eles debateram as questões apaixonadamente, mas também de maneira minuciosa e honrada, prestando atenção às questões de direitos, de princípios e pragmáticas de ambos os lados. Foi um debate no qual, ao final, venceram os que apoiavam o projeto; a facção pró-aborto prevaleceu. O notável foi que todos que participaram do debate, mesmo os deputados pró-vida (quando viram para qual lado os votos estavam indo) louvaram o respeito com o qual suas posições tinham sido ouvidas durante a discussão. Pensem nisso: quantas vezes já ouvimos qualquer um o lado pró-vida louvar a atenção e o respeito com que sua posição foi discutida, digamos, pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*?²⁵

O trecho é importantíssimo para o presente estudo. O Congresso Nacional, reconhecendo como correta a destinação de recursos do FUNPEN para atividade policial, estaria, necessariamente, oprimindo a minoria de presos que se busca proteger através do reconhecimento do ECI? Entende-se que não.

Deve-se consignar que tal opressão, na linha defendida pelo autor, somente poderia ser cogitada caso a maioria esteve buscando benefício próprio, algo como legislando em causa própria atendendo aos próprios interesses. Não é isso que se tem com a edição da mencionada MP. Mesmo que não se concorde com a política pública, não se pode acusá-la de opressora ante a simples divergência. Lendo a Constituição Federal de 1988, não é possível encontrar nenhum dispositivo que desautorize a interpretação dada pelo Presidente da República.

É certo que a existência de mera divergência sobre direitos não pode, levando em conta a configuração constitucional acerca do controle judicial de constitucionalidade e os consequentes poderes do STF, autorizar interpretação no sentido de que sempre a decisão final deve sempre ficar com o Congresso Nacional. O que se sustenta neste texto é o seguinte: em não havendo norma expressa na Constituição que proíba a destinação de recursos do FUNPEN para outros fundos ou que fixe que a política penitenciária não pode se comunicar com a política de segurança pública, cabe ao Poder Executivo e Legislativo a decisão sobre a política. Sendo assim, o argumento acerca da instituição mais apta a solucionar o desacordo deve ser compreendido conjuntamente com o argumento que aponta a ausência de norma constitucional regulamentando especificamente o mencionado fundo.

Em diversas passagens, a Constituição menciona a expressão “fundos”, sem, no entanto, estabelecer qualquer regulamentação específica acerca do FUNPEN. O artigo 165, §9º, II é o que esboça maior regulamentação acerca dos fundos públicos, apontando que cabe à lei complementar: “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração

²⁵ WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In.: Legitimidade da jurisdição constitucional. BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. p, 132-133.

direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.” Percebe-se que o papel da lei complementar é estabelecer condições para a instituição e funcionamento dos fundos. A Constituição, em momento algum, proibiu que os recursos de um fundo fossem destinados a outro ou que a política pública a ser executada com base nos recursos do fundo fosse alterada.

De todo modo, é possível divergir da tese que aponta retrocesso e desvio de finalidade com a utilização dos recursos para atividade policial. Repita-se: pode-se não concordar com tal política pública, mas é sustentável a hipótese de que, estando mais bem aparelhada em termos de inteligência, a polícia pudesse impedir graves perturbações à ordem pública fruto de ordens emanadas dos presídios, evitando a prisão de diversas pessoas que só contribuiria para superlotação carcerária. Não havendo nada na Constituição que proíba tal interpretação, o apelo a princípios não passa de mera retórica para que a moral seja introduzida no Direito através da atuação judicial.

Em outras palavras: em não havendo norma expressa na Constituição regulamentando a destinação de recursos do FUNPEN, é papel do Presidente da República e do Congresso Nacional executar a política pública de acordo com a ideologia política dominante em cada Poder. A divergência sobre a melhor forma de proteger os direitos do preso, assim, fica claramente à disposição do Parlamento, não do STF.

O uso retórico de princípios, como mencionado anteriormente, está relacionado com a ideia de que Parlamentos não são as instituições mais aptas para decidir sobre direitos, abrindo-se a porta para atuação judicial a partir das referidas normas. Ocorre que esta ideia de direitos como “cartas de trunfos” a serem defendidas perante juízes não pode ser aplicada se há divergência sobre as próprias cartas no baralho.²⁶

Seria quase desnecessário dizer que, com tal sustentação, não se está dizendo que, pessoalmente, concorda-se com tal política pública, nem, muito menos, que haja apoio a um Presidente da República que ascendeu ao poder de modo, no mínimo, questionável, ou a um Congresso Nacional sobre o qual pairam tantas suspeitas de corrupção. Busca-se, unicamente, apontar que as concepções morais de cada um não podem se transformar em Direito a partir de decisões judiciais, especialmente através da evocação de princípios genéricos.

²⁶ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 12.

6. Conclusões

O ECI tem possibilidade de desencadear a forma mais forte de ativismo judicial até então vivenciada no Brasil, ao sustentar que o STF pode atuar como um coordenador de políticas públicas deficientemente prestadas pelos demais poderes. A recepção de tal estado de coisas, como demonstrado, leva a uma inegável releitura acerca dos pressupostos clássicos do controle de constitucionalidade, especialmente no que tange ao objeto de controle, o qual não mais se restringe às normas jurídicas isoladamente consideradas.

Partindo-se da decisão cautelar proferida pelo STF na ADPF nº 347, o texto buscou explorar o primeiro incidente entre os Poderes no bojo de tal caso, tendo o partido político autor da ação sustentado que a edição da MP 755 por parte do Presidente da República violava a Constituição e a própria decisão do STF. Antes de chegar nesse ponto, como visto, foi necessário caracterizar adequadamente o ECI.

Detendo-se na questão central, foi possível constatar que o autor da ação: a) continua buscando concretização judicial de princípios mesmo quando a Constituição admita solução política para a questão; b) contribui para a má reputação dos Poderes Executivo e Legislativo ao não admitir que tais órgãos possam tratar sobre direitos a partir de divergência efetivada de boa-fé. Os argumentos de Waldron, franco opositor ao controle judicial, podem ser utilizados na realidade brasileira, a qual admite o controle judicial, desde que, nos limites em que tratados neste texto, sirvam de base para outro argumento, relacionado à completa falta de regulamentação constitucional acerca do FUNPEN.

Nessa linha, entende-se que foi possível demonstrar que: a) como a Constituição não apresenta qualquer norma específica acerca do mencionado fundo, nem muito menos dispõe sobre a forma de destinação de seus recursos; b) levando em conta que a divergência acerca do conteúdo da política pública pode muito bem ser gerada de boa-fé, cabe ao Parlamento dispor sobre ela, não devendo o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da mencionada MP.

7. Referências bibliográficas

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p, 53.

- BUSTAMANTE, Thomas. *A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart?* In.: Revista novos estudos jurídicos – eletrônica, vol. 20 – n. 1 – jan. abr. 2015.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p, 43.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Jus POdivm, 2016.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p, 9 e seguintes.
- GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis; GONÇALVES, Gabriel Accioly. *Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição*. In.: Revista Juris Poiesis ano 18, n° 18, jan-dez.2015.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 2ª edição. Coimbra Editora, Limitada, 1988. p, 273-274
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TUSHNET, Mark. *Arguing Marbury x Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.
- WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao Judicial Review*. In.: Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Normative (or ethical) positivism*. In.: *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Kindle edition.

_____. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichieri Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.