

# GARANTISMO E O CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS – REPERCUSSÕES PARA A INADEQUAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

## Francisco Elnatan Carlos de Oliveira Júnior

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2022). Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL (2009). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia – UNAMA (2008). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará.

## Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário (2005), com estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade do Minho, Portugal (2016). Mestre (2000) e Especialista (2000) em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional e do Curso de Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professor Adjunto IV do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC. Advogado.

---

**Resumo:** O trabalho tem o objetivo de analisar o controle, pelo Judiciário, da omissão administrativa no cumprimento dos direitos fundamentais de caráter social, à luz das premissas estabelecidas pela Teoria Garantista de Ferrajoli, notadamente: a natureza predominantemente cognitiva da função jurisdicional e o papel reservado somente ao Legislativo de introduzir no ordenamento normas de garantia. Ferrajoli apresenta o problema da omissão legislativa, ocorrida quando, em virtude da ausência de leis regulamentadoras, sobrevém a inviabilidade de concretização de direitos sociais. Ele entende que, nessa situação, é indispensável a *interpositio legislatoris*, não sendo possível aos juízes suprimi-la pela sua decisão. No artigo, busca-se proceder a uma complementação desses estudos, a fim de que seja analisada outra problemática, comum no cenário jurídico nacional, consistente na omissão pelo Poder Executivo em dar concretude aos direitos de cunho social, mesmo quando o Legislativo houver editado as leis de regulamentação. Essa situação ocorre, em nível dramático, no contexto de precariedade dos estabelecimentos prisionais brasileiros, que se analisará como estudo de caso. Mediante pesquisa exploratória, será proposto o modelo de concretização sucessiva de direitos fundamentais, em que o Poder Judiciário poderá impor obrigações à Administração sem assumir a paternidade de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Garantismo. Controle. Omissão administrativa. Direitos sociais. Sistema prisional.

**Sumário:** Introdução – **1** Premissas garantistas – **2** Inadequação dos presídios brasileiros: um problema de omissão administrativa – **3** Concretização sucessiva de direitos fundamentais – **4** Reserva do possível e controle orçamentário – **5** Julgamento do RE nº 592.581/RS – Considerações finais – Referências

---

## Introdução

O vertente estudo tem por principal escopo o de investigar, à luz da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli, a possibilidade, as condições de validade e os limites do controle jurisdicional em torno da *omissão do Poder Executivo*, quanto ao dever de concretização dos direitos sociais ou dos direitos de conteúdo prestacional assegurados na Constituição. Antes, porém, de se adentrar ao exame dessa temática convém proceder a algumas ressalvas preliminares, de cunho metodológico.

*Prima facie*, é oportuno salientar que as bases da Teoria Garantista que serão analisadas neste trabalho não dirão respeito (ao menos diretamente) aos conhecidos 10 axiomas do *sistema garantista SG*,<sup>1</sup> elaborados para funcionar como exigências de racionalização da incidência do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Tais axiomas compõem – forçoso é convir – a porção mais difundida das lições de Luigi Ferrajoli. Aqui, ao revés, o garantismo será abordado enquanto doutrina integrante da teoria do direito, proposta para a compreensão da ordem jurídica no Estado Democrático de Direito, mormente naquilo que diz respeito aos limites e vínculos impostos pela Constituição aos três Poderes.

Outra ressalva necessária é a de que a doutrina garantista não será tratada com pretensão de infalibilidade ou como se fosse a única resposta possível para o problema da omissão estatal. Há, sem dúvida, na hermenêutica constitucional, outras correntes de pensamento que procuram enfrentar o mesmo tema sob o prisma da satisfação gradual (ou seja, em maior ou menor medida) dos princípios constitucionais. Tais correntes são comumente reunidas sob a denominação *neoconstitucionalismo*, cujas raízes podem ser identificadas na jurisprudência dos valores do direito alemão<sup>2</sup> e cujo desenvolvimento recebeu grande influência dos trabalhos de Dworkin e Alexy.<sup>3</sup> Este estudo não será mais um dentre aqueles que colocam em lados opostos o garantismo e o neoconstitucionalismo, para, a partir daí, medir as suas forças argumentativas. Aqui, a proposta é apenas a de refletir como as premissas garantistas podem ser aplicadas no controle da omissão administrativa.

Para tanto, o primeiro passo será o de identificar quais premissas são essas. Será necessário, então, revisitar as raízes do pensamento ferrajoliano e perceber o quanto suas exigências teóricas atuais derivam de uma busca pela fidelidade

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêutica jurídica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017, localização 4324.

<sup>3</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. A hermenêutica dos direitos fundamentais na pós-modernidade: do positivismo ao paradigma pós-positivista e neoconstitucionalista. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n. 20, p. 173-207, jul./set. 2012.

aos elementos estruturais do Estado de Direito, quais sejam: os princípios da legalidade e da separação dos poderes; a natureza predominantemente cognitiva da função jurisdicional; o papel reservado somente ao Poder Legislativo de introdução das garantias no ordenamento jurídico; a impossibilidade de os juízes suprirem as leis de regulamentação dos direitos sociais; e o sistema de garantias constitucionais, indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais.

Em seguida, será analisado um grave problema que marca a realidade social brasileira: a inadequação estrutural dos estabelecimentos prisionais, de que resulta a sua completa ineficiência para assegurar o princípio da humanidade da pena, bem como para concretizar o respeito à integridade física e moral dos detentos e para o atendimento das finalidades estabelecidas na legislação de regência. Será demonstrado que essa situação deriva, não da ausência de uma adequada legislação regulamentadora, mas da falta de obediência a esta mesma regulamentação pelo Poder Executivo.

A terceira seção abrangerá a aplicação das premissas garantistas a essa espécie de omissão. Neste passo, será compreendida a *concretização sucessiva ou concretização em cadeia* dos direitos fundamentais de cunho social: um modelo que permitirá ao Judiciário impor obrigações ao Poder Executivo, sem violação à separação dos poderes.

No citado modelo, o Legislativo ocupará o primeiro nível de concretização, com a missão de introduzir as normas de garantia. O Executivo, em segundo nível, deverá materializar as prestações determinadas em lei. Caso, porém, incorra em omissão, o Poder Judiciário, uma vez acionado mediante instrumentos de garantia, deverá assegurar, em terceiro nível, a efetiva concretização dos direitos sociais, podendo impor obrigações específicas à Administração e atuar com força injuntiva plena, mesmo sem assumir a paternidade de políticas públicas e sem destoar de sua função de conservação da ordem jurídica.

O estudo prosseguirá para analisar se eventuais restrições orçamentárias podem justificar a inação da Administração Pública. E, por fim, será analisado um julgado do Supremo Tribunal Federal, versando especificamente sobre omissão administrativa e inadequação de presídios: cuida-se do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581/RS, no qual foi assentado o *tema 220 da Repercussão Geral*.<sup>4</sup> Será possível observar que o entendimento da Suprema Corte aí firmado guarda harmonia com a proposta teórica ora exposta.

<sup>4</sup> “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimento 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”.

A metodologia a ser empregada no artigo será predominantemente qualitativa, especialmente pela reflexão sobre as premissas teóricas do garantismo, mas abrangerá também a metódica de estudo de caso, na passagem dedicada especificamente ao problema dos presídios.

A pesquisa será exploratória (abrangendo busca por informações contidas em material doutrinário, artigos científicos e repertório de jurisprudência); e também aplicada, na medida em que se buscará a aplicação prática dos conhecimentos teóricos obtidos.

## 1 Premissas garantistas

Em “*Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia” (tradução para o espanhol),<sup>5</sup> Luigi Ferrajoli lembra que o termo *garantias* foi empregado originalmente, no domínio do direito privado, para designar uma série de institutos que remontavam ao direito romano, dirigidos a assegurar o cumprimento de obrigações correspondentes aos direitos patrimoniais. Nesse sentido, podiam ser distinguidas duas classes de *garantias*: as reais (*garantías reales*), que recaíam sobre bens móveis ou imóveis, como a hipoteca e o penhor, e as pessoais (*garantías personales*), as quais recaíam sobre terceiros que se responsabilizavam pelo pagamento da dívida em caso de inadimplemento do devedor original, como a situação do fiador e do avalista.<sup>6</sup> Com essa referência, Ferrajoli pretende trazer à tona a ideia de que o termo *garantias* deve ser lido como sendo referente a instrumentos, institutos ou técnicas normativas voltadas a assegurar satisfação de direitos.<sup>7</sup>

Mas, sendo a doutrina de Luigi Ferrajoli voltada a estudar as *técnicas de tutela dos direitos fundamentais*, estatuídos expressa ou implicitamente nos textos constitucionais contemporâneos, não é propriamente na Roma Antiga que devem ser encontradas as suas verdadeiras raízes, e sim no *modelo garantista*

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

<sup>6</sup> Preleciona o mestre: “Garantía/s es una palabra que ha experimentado en estos últimos años múltiples extensiones de su significado. En el significado originario del término, propio de los usos iusprivatistas, se entiende por garantías una serie de institutos que se remontan al derecho romano dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales. En ese sentido, se distinguen dos clases de garantías: las garantías reales, como la prenda y la hipoteca, con las cuales el deudor pone a disposición del acreedor un bien — en el primer caso, mueble; en el segundo, inmueble— con el que resarcirse en caso de incumplimiento; y las garantías personales, como las que prestan el fiador y el avalista, con las que un tercero se obliga, en caso de incumplimiento de una obligación, a satisfacerla en lugar del deudor” (Conferir FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 186).

<sup>7</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 52, 97 e 159.

*clássico*,<sup>8</sup> forjado pela filosofia iluminista do final do século XVIII, na primeira idade do Estado de Direito (também chamado de Estado *Liberal* de Direito).<sup>9</sup> Desse modelo liberal-clássico, é extraído o ponto de partida do trabalho do mestre italiano e, em paralelo, do vertente estudo.

## 1.1 Princípio da legalidade e princípio da separação dos poderes

Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, a posição de Ferrajoli pode ser encarada como um *iluminismo constitucional*.<sup>10</sup> Partindo dessa ideia, é oportuno consultar um dos diplomas normativos mais representativos do pensamento iluminista, como etapa inicial para se compreender o pensamento ferrajoliano. Trata-se da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 26 de agosto de 1789.<sup>11</sup>

Nos seus artigos 4º a 6º, a Declaração consagrou o *princípio da legalidade*, definindo a lei como “expressão da vontade geral” e como o instrumento jurídico que, acima de qualquer outro, passaria a reger a vida dos homens e a condicionar

<sup>8</sup> Esta expressão (*modelo garantista clássico*), designando um sistema que teria dado origem ao *modelo garantista atual*, é encontrada no capítulo inaugural da obra *Direito e Razão*, na seguinte passagem: “O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu *modelo garantista clássico* – a legalidade estrita, a materialidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo” (Cf. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 37).

<sup>9</sup> “A primeira institucionalização coerente e com certo caráter geral do Estado de direito ocorre com a Revolução Francesa, ainda que sejam encontrados precedentes mais ou menos imprecisos da ideia de ‘império da lei’ na Antiguidade, na Idade Média e no *Ancien Régime*” (Cf. NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed., rev. atualizada e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 284).

<sup>10</sup> “A posição de Ferrajoli, nesse sentido, pode ser capitulada como uma espécie de *iluminismo constitucional*, uma vez que há inúmeros traços que aproximam seu *constitucionalismo garantista* de elementos teóricos e práticos que compunham o painel teórico-cultural do *iluminismo*” (Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da Constituição: quais são as “condições de possibilidade dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 187-188).

<sup>11</sup> “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o outro; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o desfrute dos mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão aquelas ações que são prejudiciais à sociedade. Nenhum obstáculo deve ser interposto ao que a lei não proíbe, nem pode alguém ser forçado a fazer o que a lei não ordena.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de participar, em pessoa ou por meio de seus representantes, na sua formação. Deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer penalize. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem nenhuma outra distinção que não seja a de suas virtudes e talentos” ( Cf. HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos humanos: uma história*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, localização 2995).

a atuação do Estado. Para Ferrajoli, esse é “um princípio fundamental do Estado de Direito”;<sup>12</sup> “um princípio organizativo com base no qual todos os poderes públicos estão submetidos à lei”;<sup>13</sup> que substituiu, definitivamente, o “governo dos homens” pelo “governo das leis”, superando o poder arbitrário, separando o direito da moral,<sup>14</sup> e introduzindo o formalismo na produção de normas jurídicas.<sup>15</sup>

Com o primado da legalidade, foram asseguradas uma *esfera intangível de liberdade* e a *igualdade de tratamento jurídico* aos cidadãos.<sup>16</sup> Tornou-se possível o conhecimento do Direito por todos os membros da sociedade, trazendo a certeza, a previsibilidade e a segurança para as soluções jurídicas. Os atos de governo e a imposição da força física pelo poder político não poderiam mais encontrar justificção na moral ou na teologia.<sup>17</sup>

No que diz respeito ao Poder Judiciário – naquilo que diretamente interessa ao objeto do presente estudo –, Ferrajoli enfatiza como principais corolários da legalidade a *separação entre direito e moral* e a *submissão dos juízes somente à lei*. Isso significa que os juízes não poderiam mais fundamentar suas decisões em outra fonte que não fosse a própria lei ou reconhecida pela lei, evitando que os cidadãos pudessem ser submetidos ao voluntarismo da jurisprudência.<sup>18</sup> Abordando a relação entre a legalidade e o garantismo penal, ensina o mestre: “Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui um delito”.<sup>19</sup>

A mesma Declaração de 1789 – que ocupava o vértice do ordenamento jurídico francês<sup>20</sup> – continha ainda outro dispositivo extremamente relevante para se

<sup>12</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 250.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 206.

<sup>14</sup> “Para os nossos propósitos, é mais diretamente relevante a primeira doutrina, ou seja, aquela da separação entre direito e moral, formulada pelo pensamento iluminista e posteriormente recepcionada pelo positivismo jurídico enquanto fundamento do princípio da legalidade no Estado de direito moderno” (Cf. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 204).

<sup>15</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 206.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 40.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, O constitucionalismo garantista e a leitura moral da Constituição, 2012, p. 188.

<sup>18</sup> É o que se extrai do seguinte ensinamento: “a separação [entre direito e moral] é um corolário do princípio da legalidade que impede, para a submissão dos juízes somente à lei, a derivação do direito válido do direito justo” (Cf. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25).

<sup>19</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 42.

<sup>20</sup> “A ideia do Estado de direito no constitucionalismo francês assentou - pelo menos em termos teóricos - na construção de um *État Légal* concebido como uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789 consagrando os *droit naturels et sacrés de l’homme*. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma ‘supraconstituição’ e uma ‘pré-constituição’; supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A constituição situa-se num plano imediatamente inferior à Declaração. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na

compreender o núcleo da doutrina garantista. Trata-se do artigo 16, o qual dispôs: “Não possui Constituição a sociedade em que a *garantia dos direitos* não seja assegurada ou a *separação dos poderes* estabelecida”.<sup>21</sup>

Tal preceptivo estatuiu duas condições de validade para a ordem constitucional francesa (com a pretensão, inclusive, de que valessem para toda e qualquer ordem constitucional), a saber: a *garantia dos direitos* e a *separação dos poderes*; a primeira representativa da exigência de positivação dos direitos vitais e inalienáveis do homem e dos seus instrumentos de proteção; e a segunda correspondente à exigência de distribuição das três funções estatais básicas em órgãos distintos e autônomos, com vistas a evitar o retorno ao regime absolutista.

Com essa rápida digressão histórica, percebe-se que o Estado de Direito nasceu baseado na seguinte distinção funcional: *cumprir ao Poder Legislativo estabelecer, no plano normativo, os direitos e as suas garantias*; e, *ao Judiciário, a obrigação de fundamentar suas decisões somente nas normas por aquele editadas*.

Essa distinção lançou as bases para o movimento de constitucionalização e de codificação, verificado não só na França, como em boa parte da Europa, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, que Ferrajoli chamou de “fenômeno moderno do monopólio estatal das fontes de produção e convalidação jurídica”;<sup>22</sup> cenário que implicou o ocaso do direito natural e o nascimento do positivismo jurídico clássico.<sup>23</sup>

É o próprio Ferrajoli quem lembra a Declaração do Ano III (1795), na França, em cujo artigo 1º dizia: “A declaração de direitos contém as obrigações dos legisladores”.<sup>24</sup> Estas obrigações, segundo ele, “tanto quanto lhe é efetivamente exigível a satisfação, formam as *garantias* dos cidadãos”.<sup>25</sup>

## 1.2 Natureza predominantemente cognitiva da função jurisdicional: a submissão dos juízes somente à lei

Norberto Bobbio, autor do primeiro prefácio à edição italiana da obra “Direito e Razão”,<sup>26</sup> ensina que a *doutrina da separação dos poderes* – correspondente

base, situam-se os actos do executivo de aplicação das leis” (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000, p. 95).

<sup>21</sup> HUNT, *A Invenção dos Direitos humanos*, localização 3013.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 206.

<sup>23</sup> “O fato histórico que constitui a causa imediata do positivismo jurídico deve, ao contrário, ser investigado nas grandes codificações ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representaram a realização política do princípio da onipotência do legislador” (Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 52).

<sup>24</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 793.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 793.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 13.

à distribuição das três funções fundamentais do Estado em três órgãos constitucionais distintos – constituiu uma das principais causas da primeira fase do positivismo jurídico, identificada com a da Escola da Exegese, desenvolvida sob a égide do Código Civil Napoleônico de 1804.<sup>27</sup> Bobbio preleciona que a referida separação funcional foi a “justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código”. Com base nela, “o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo”.<sup>28</sup>

Partindo dessa fundamentação jurídico-filosófica, de que a sociedade havia convocado os seus representantes eleitos, e não os juízes, para construir e inovar o ordenamento, Ferrajoli identifica a principal característica da função jurisdicional: a de ser uma atividade *predominantemente cognitiva*. Tal característica, para Ferrajoli, não se perdeu (ou não pode se perder) nem mesmo com a evolução do Estado *Legislativo* de Direito para o Estado *Constitucional* de Direito e com a mudança de paradigma do *positivismo jurídico clássico* para o *positivismo constitucionalista* ou *garantista*.

A evolução de um modelo de Estado de Direito ao outro não poderá ser detalhada nos limites deste artigo. Basta anotar que, no primeiro estágio, os direitos individuais tiveram sua sede de defesa muito mais nos Códigos do que nas Constituições.<sup>29</sup> A estas últimas era reservado um papel quase que exclusivo de determinação da organização política do Estado, ficando o legislador infraconstitucional com ampla liberdade de conformação do Direito.<sup>30</sup> Esse cenário viria a se alterar somente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, quando as comunidades jurídicas se depararam com a necessidade premente de superar as estruturas legais que haviam emprestado lastro formal aos regimes totalitários.<sup>31</sup>

O poder político não poderia estar mais adstrito unicamente ao primado da vontade da maioria, limitado àquilo que se denomina em doutrina de *democracia formal*.<sup>32</sup> As experiências totalitárias da primeira metade do século XX revelaram

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 79.

<sup>28</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1995, p. 79.

<sup>29</sup> “Todavia, a supremacia da constituição acabou sendo neutralizada pela primazia da lei. A sujeição do poder ao direito, por estar radicada mais na substância das suas ideias do que na capacidade de elaborar procedimentos capazes de lhes conferir uma operatividade prática, acabou fazendo do constitucionalismo francês, paradoxalmente, um ‘constitucionalismo sem constituição’ (Cf. NOVELINO, *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 286).

<sup>30</sup> OLIVEIRA, O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição, 2012, p. 185.

<sup>31</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40.

<sup>32</sup> MOSENA, Maurício. BOSCATTO, Muriele De Conto. *Democracia versus Direito. Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 133-150, jan./jun. 2016. No mesmo sentido, Ferrajoli: “Tudo isto justifica, a meu ver, uma redefinição do conceito de ‘democracia’. Chamarei de *democracia substancial* ou *social* o ‘Estado de direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e *democracia*



que a maioria poderia, por meios legais, abolir a própria democracia e ainda aniquilar a dignidade de determinados indivíduos considerados inimigos do Estado ou da nação.<sup>33</sup> Tornou-se necessário assegurar o usufruto de direitos fundamentais por todos. A missão das novas Constituições passou a ser a de assegurar a convivência pacífica das múltiplas culturas existentes na sociedade.<sup>34</sup>

As Constituições do pós-guerra, por conseguinte, ampliaram o catálogo de direitos fundamentais, incorporando as conquistas sociais, e conferiram a esses direitos densidade normativa e eficácia vinculante.<sup>35</sup> Positivaram, segundo Ferrajoli, “princípios de justiça e dos direitos humanos”.<sup>36</sup> Com isso, normas jurídicas com acentuado grau de indeterminação da linguagem e inquestionável conteúdo moral passaram a ocupar o escalão superior do ordenamento jurídico e a vincular a atuação de todos os poderes, incluindo o próprio Legislativo. Para Ferrajoli, dentre outras consequências, o constitucionalismo da segunda metade do século XX resultou em uma “mudança de paradigma do velho juspositivismo”, a qual consistiu, principalmente, na “submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo”.<sup>37</sup> Vale dizer: “a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade”.<sup>38</sup>

O controle de constitucionalidade, formal, mas, sobretudo, material, na via difusa ou concentrada, sepultou definitivamente a figura do juiz “boca da lei”, proposta por Montesquieu.<sup>39</sup> Essa figura, que havia sido incorporada ao positivismo

---

*formal ou política* o ‘Estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade” (Cf. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 797).

<sup>33</sup> “A Segunda Guerra Mundial estabeleceu uma nova referência para a barbárie com os seus quase incompreensíveis 60 milhões de mortos. Além do mais, a maioria dos mortos dessa vez era de civis, e 6 milhões eram judeus mortos apenas por serem judeus. [...] Todas as potências envolvidas na guerra atacaram civis num ou noutro momento; mas, quando a guerra terminou, as revelações sobre a escala dos horrores deliberadamente perpetrados pelos alemães chocaram o público. As fotografias tiradas na libertação dos campos de extermínio nazistas mostravam as consequências estupefacentes do antissemitismo, que tinha sido justificado pelo discurso da supremacia racial ariana e da purificação nacional. Os julgamentos de Nuremberg de 1945-6 não só chamaram a atenção do grande público para essas atrocidades, mas também estabeleceram o precedente de que os governantes, os funcionários e o pessoal militar podiam ser punidos por crimes ‘contra a humanidade’” (Cf. HUNT, *A Invenção dos Direitos humanos*, localização 2719).

<sup>34</sup> FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, 2012, p. 32.

<sup>35</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 44.

<sup>36</sup> “[...] constitucionalismo significa a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais” (Cf. FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, 2012, p. 27).

<sup>37</sup> FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, 2012, p. 22.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, 2012, p. 23.

<sup>39</sup> “Mas os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175).

clássico,<sup>40</sup> não tem mais lugar diante da supremacia da Constituição. Igualmente, alguns postulados do positivismo kelseniano-normativista também foram alterados. Ferrajoli cita pelo menos dois: a antiga função meramente descritiva e avaliativa da ciência do direito, de modo que o trabalho do jurista passou a abranger a *crítica* ao direito vigente, o que o filósofo italiano denominou de “*juspositivismo crítico*”;<sup>41</sup> e a antiga obrigação inafastável de o juiz aplicar as leis vigentes, agora excepcionada pelas hipóteses de leis contrárias à Constituição: “quando as leis vigentes são suspeitas de invalidade, não existe nem sequer para os juízes – aliás menos ainda para os juizes – uma obrigação jurídica de aplicá-las”.<sup>42</sup>

Ocorre que, para uma parte da doutrina constitucionalista, além dessa mudança de paradigma acima mencionada, as normas definidoras de direitos fundamentais, em decorrência de sua textura inegavelmente aberta, conferiram ao Poder Judiciário um amplo espaço de liberdade decisória ou de discricionariedade, a ponto de se tornar necessário repensar ou remodelar o princípio da separação dos poderes. Gilmar Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo G. Gonet Branco, ao abordarem a aplicação das normas de direitos fundamentais pelas Cortes Constitucionais, sustentam que a criatividade judicial, no âmbito da jurisdição constitucional, “não conhece limites” e que tais cortes supremas estão situadas “de fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais”.<sup>43</sup>

Ferrajoli, ao seu turno, não segue a linha dos que advogam que a normatividade dos princípios constitucionais implicou um rearranjo da tripartição dos poderes, mormente se isso se traduzir na repristinação do antigo poder criativo dos juízes, conferindo-lhes espaço para decidir com base em argumentos de moral ou de política, uma espécie de retorno ao “direito pré-moderno”.<sup>44</sup> “O paradigma garantista do constitucionalismo rígido exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição”.<sup>45</sup> Assim, permanece

<sup>40</sup> BOBBIO, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1995, p. 52.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 804.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 805.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 58.

<sup>44</sup> “O direito pré-moderno – do direito romano ao direito comum europeu – foi, como é patente, um direito não legislativo, mas jurisprudencial e doutrinário. Existiam, obviamente, ainda no direito pré-moderno, fontes estatutárias que regulavam aspectos singulares ou setores da vida civil. Todavia, tais fontes não eram organizadas entre sistemas unitários, exaustivos, e menos ainda exclusivos, à vista das fontes ou sistemas de fontes com estas concorrentes. A consequência foi uma pluralidade de fontes e de ordenamentos co-existent e às vezes conflitantes – igreja, império, feudos, municipalidades, corporações e similares – e por isso a confusão, a incerteza e sobretudo a não compleição e a incoerência do direito estatutário. [...] Em outras palavras, consistia, mais que em um sistema de leis, em um patrimônio doutrinário e literário” (Cf. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 801).

<sup>45</sup> FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, 2012, p. 53.

ínsita ao Estado de Direito a exigência de um papel predominantemente cognitivo da jurisdição.

À objeção de que a interpretação da lei nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas sempre envolve algum grau de criação, evidenciada, entre outros aspectos, pela necessidade de escolha entre as hipóteses interpretativas possíveis, Ferrajoli responde que o *garantismo* deve ser compreendido como um “modelo limite”, ou, em outras palavras, um ideal a ser perseguido por toda a comunidade jurídica,<sup>46</sup> começando-se tal busca no âmbito da própria legislação, que deverá aperfeiçoar a linguagem normativa para o fim de reduzir os espaços de discricionariedade dos julgadores, com uma linguagem o mais simples, clara e precisa possível.<sup>47</sup>

Ferrajoli rejeita a tese da jurisprudência como fonte primária do direito: “É esta tese que se mostra incompatível para a abordagem garantista”.<sup>48</sup> A ideia de que as sentenças seriam fontes primárias implicaria o abandono dos princípios basilares do Estado de Direito: o *princípio da legalidade*, da *separação dos poderes* e da *submissão dos juízes somente à lei*.<sup>49</sup>

Por essas premissas, compreende-se que a busca por soluções jurídicas, dentro do modelo garantista construído por Luigi Ferrajoli, não pode perder de vista uma atenção – mais rigorosa do que se costuma reclamar na atualidade – à separação dos poderes e à limitação do espaço criativo dos juízes no caso concreto.

### 1.3 Garantias primárias e secundárias. Direitos fundamentais

Firmadas então algumas das raízes da doutrina garantista, é necessário anunciar aquilo que lhe é próprio. Expôs-se, neste trabalho, uma definição de garantias como sendo correspondentes a *instrumentos, institutos ou técnicas normativas, destinados a assegurar a efetividade de direitos fundamentais*.<sup>50</sup> Em sentido semelhante, Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon: “Ferrajoli enfatiza o aspecto garantista do ordenamento jurídico no Estado de

<sup>46</sup> “Todo o esquema epistemológico até aqui ilustrado e o modelo penal garantista que nele se informa têm o defeito fundamental de corresponder a um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será realizável. O juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças, ainda que com a ajuda de um empurrão, quando os fatos não se adaptam perfeitamente a ela” (Cf. FERRAJOLI, *Direito e razão*, 2006, p. 42).

<sup>47</sup> FERRAJOLI, *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*, 2012, p. 55.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 238.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*, 2012, p. 238.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 52, 97 e 159.

Direito, isto é, aborda-o como um *sistema de garantias* voltadas ao asseguramento e implementação dos direitos fundamentais”.<sup>51</sup>

A definição acima proposta é para o gênero das garantias, que, por sua vez, comporta duas espécies: as *garantias primárias* e *secundárias*. Para entender as primeiras, é de bom alvitre começar por aquela classificação dos direitos fundamentais que Ferrajoli considera como sendo a mais relevante, baseada tanto na origem histórica dos direitos, quanto no tipo de obrigação/prestação necessária para a sua satisfação.<sup>52</sup>

Ferrajoli observa que todos os direitos fundamentais positivam deveres públicos correlatos.<sup>53</sup> Os direitos fundamentais de cunho individual são os tradicionais direitos de liberdade (*status libertatis*) ou de autonomia, oriundos das primeiras Constituições liberais.<sup>54</sup> São direitos negativos, porque impõem, ao Estado,<sup>55</sup> *vedações* ou *proibições de lesão* ou *obrigações de não fazer*.<sup>56</sup> De outro lado, os direitos fundamentais de caráter social são oriundos das demandas levantadas principalmente após a revolução industrial e incorporados às Constituições do século XX. São direitos de conteúdo positivo porque impõem, aos poderes públicos, *obrigações de prestação* ou *obrigações de fazer*.

Essas *proibições de lesão* (decorrentes dos direitos individuais) e *obrigações de prestação* (decorrentes dos direitos sociais) recebem também outra denominação na doutrina de Ferrajoli: as primeiras são chamadas de *limites*, e as segundas, de *vínculos*. São exatamente esses limites e vínculos que o mestre chama de *garantias primárias*.

<sup>51</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 210.

<sup>52</sup> “A divisão mais importante continua sendo, indubitavelmente, aquela [...] entre direitos de liberdade (ou ‘direitos de’) e direitos sociais (ou ‘direitos a’): os primeiros correspondentes às vedações legais e prestações negativas; os segundos, a obrigações e prestações positivas do Estado” (Cf. FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 842).

<sup>53</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 793.

<sup>54</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 212.

<sup>55</sup> É mister ressaltar que os direitos fundamentais também impõem prestações (positivas ou negativas) a instituições da sociedade civil, a empresas e aos indivíduos em geral, de sorte que tais obrigações, assim como aquelas atribuíveis ao Estado, também devem ser consideradas suas garantias. Neste artigo, no entanto, preferiu-se cingir a análise às obrigações dirigidas aos poderes públicos, adotando-se a mesma postura metodológica de Ferrajoli em *Direito e Razão* e em *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*. Não há prejuízo, porém, para que as conclusões aqui adotadas sejam estendidas aos deveres dirigidos a terceiros não estatais. Em *Principia iuris*, Ferrajoli trabalhou com a eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, inclusive diferenciando-a da eficácia *erga singulum* de outros direitos, como o de crédito; conferir, a propósito, FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 191.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 794.

Por conseguinte, garantias primárias são as “vedações legais de lesão aos direitos de liberdade” e as “obrigações de satisfação dos direitos sociais”;<sup>57</sup> outra definição possível: são os “limites e vínculos impostos à legislação para a tutela dos direitos constitucionalmente estabelecidos”.<sup>58</sup> Segundo Ferrajoli, tais *obrigações de fazer* e de *não fazer* são regras (e não princípios), que se aplicam por subsunção.

Assim é que “qualquer princípio que enuncia um direito fundamental [...] equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente”.<sup>59</sup> Dessa forma, uma das teses fundamentais do garantismo é a de que “a maior parte dos (ainda que não todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras”.<sup>60</sup> Isso porque os princípios implicam a existência ou impõem a introdução de “regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestação que são suas respectivas garantias”.<sup>61</sup>

Em “Direito e razão”, Ferrajoli utiliza ainda as denominações “*garantias liberais negativas*” e “*garantias sociais positivas*”,<sup>62</sup> para se referir, respectivamente, às garantias dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. As primeiras são baseadas em vedações legais e servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas: a vida, a liberdade, a imunidade contra os arbítrios; e as segundas são baseadas em pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução, etc.<sup>63</sup>

Passa-se, então, à definição das garantias secundárias.

De acordo com Ferrajoli, as *garantias secundárias* são aquelas “conferidas à jurisdição para os casos de violações das garantias primárias”.<sup>64</sup> Em outras palavras, são os “poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária”.<sup>65</sup> Consistem, em linhas gerais, “na obrigação de anular ou sancionar os atos inválidos ou ilícitos que violam as garantias primárias”.<sup>66</sup> As garantias secundárias são também chamadas de instrumentais, processuais, de segundo grau, ou jurisdicionais, porque destinadas a assegurar a efetividade das *primárias*.<sup>67</sup>

<sup>57</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 790.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 233-234.

<sup>59</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 40.

<sup>60</sup> É possível perceber que Ferrajoli não rejeita por completo a distinção entre regras e princípios baseada na doutrina de Dworkin e Alexy, apenas recusa a mesma importância que lhe é atribuída pelas correntes hermenêuticas neoconstitucionalistas.

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 19.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 795.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 795.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 234.

<sup>65</sup> FERRAJOLI, *Direito e Razão*, 2006, p. 790.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 233-234.

<sup>67</sup> “Llamaré ‘garantías primarias’, de ‘primer grado’ o ‘sustanciales’ a las garantías del primer tipo, dirigidas precisamente a realizar una efectividad de los derechos garantizados que es también primaria, sustancial

Ao analisar o ordenamento jurídico *brasileiro*, especialmente na obra “Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo”, Ferrajoli destacou algumas das garantias secundárias extraídas diretamente do texto constitucional, a saber: mandado de injunção, controle de constitucionalidade por omissão, papel ativo do Ministério Público e diversas formas de responsabilidade dos poderes públicos.<sup>68</sup> Nesse rol, também podem ser incluídos o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, a ação civil pública, a ação popular, o controle de constitucionalidade difuso, a responsabilização por improbidade administrativa, etc.

Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon, em artigo na mesma obra, pontificaram que, no ordenamento jurídico brasileiro, todos os direitos fundamentais “estão rigidamente protegidos por garantias secundárias que consubstanciam o princípio do não retrocesso”.<sup>69</sup> Esses autores, inclusive, sistematizaram sete grupos de *garantias secundárias*, que seriam: a) intervenção federativa; b) responsabilização criminal de chefes de governo; c) responsabilização criminal de condutas civis; d) proibição de criminalização de condutas civis; e) responsabilidade civil; f) ações constitucionais; g) tutela jurisdicional efetiva; h) limitações ao poder de reforma constitucional.<sup>70</sup>

É preciso compreender, por fim, que as *garantias secundárias*, embora atribuídas à jurisdição, são, assim como as *primárias*, instituídas pelo legislador, seja o constituinte, seja o infraconstitucional.

## 1.4 Violação às garantias primárias. Lacunas estruturais. Controle da omissão legislativa

Segundo Ferrajoli, as violações às *garantias primárias* também podem ser distinguidas conforme a natureza do direito que esteja sendo desobedecido.

Como visto no tópico anterior, de um *direito de liberdade (liberdade fundamental)*, deriva uma *garantia primária negativa*, consiste em *proibição de lesão (um limite)*. A violação a essa garantia, quando perpetrada pelo legislador, implica a produção de uma lei inválida, ao que Ferrajoli denomina de *antinomia*, que deve

o de primer grado; y ‘garantías secundarias’, de ‘segundo grado’, ‘instrumentales’, ‘procesales’ o ‘jurisdiccionales’ a las garantías del segundo tipo, orientadas a asegurar al menos una efectividad secundaria, jurisdiccional o de segundo grado a través de la anulabilidad o de la responsabilidad por los actos cometidos en violación de las primeras” (Cf. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 629).

<sup>68</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 234.

<sup>69</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 214.

<sup>70</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 215.

ser remediada pelo controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso).<sup>71</sup> Evidentemente, pode-se complementar o referido raciocínio e anotar que a violação perpetrada pelo Poder Executivo ou pelo próprio Judiciário a uma *proibição de lesão* implicará, igualmente, a invalidade do respectivo ato, a ser rescindido pelos instrumentos de acesso à jurisdição, sem prejuízo da eventual aplicação de sanção ao responsável.

De outra banda – e este é um ponto fulcral da doutrina ferrajoliana –, dos *direitos sociais* ou *direitos à prestação*, derivam *garantias primárias positivas* consistentes em *obrigações* de instituir *leis de regulamentação das normas constitucionais*.<sup>72</sup> Convém deixar claro: para Ferrajoli, o primeiro destinatário das *garantias primárias positivas*, no panorama da separação de poderes, é o Poder Legislativo.

Com efeito, Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon tratam delas como de competência do legislador: “Estas são geralmente *garantias legislativas* (obrigação de criação de *legislação de aplicação*), sendo as mesmas positivas quando correspondentes aos direitos sociais”.<sup>73</sup>

Destarte, a violação às *garantias primárias positivas* dá-se mediante omissão ou inércia do legislador (em contraste à violação às garantias negativas que se dá por comissão).<sup>74</sup> Ferrajoli denomina de “lacunas estruturais”<sup>75</sup> ou “lacunas de garantia”<sup>76</sup> a inadimplência das obrigações de prestação correspondentes aos direitos sociais, as quais somente podem ser sanadas pelo “preenchimento mediante a intervenção legislativa”.<sup>77</sup>

Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon assinalam que, no modelo de Ferrajoli, “é tarefa do Legislativo promover a normatividade necessária para colmatar as lacunas provocadas pelo incumprimento das normas constitucionais”.<sup>78</sup> Por isso, o modelo garantista “reivindica a recuperação pelo legislador de sua centralidade como fonte normativa”,<sup>79</sup> não podendo os juízes suprir as lacunas que eventualmente se interponham à concretização dos direitos fundamentais sociais.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 234.

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 24.

<sup>73</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 210.

<sup>74</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 234.

<sup>75</sup> “Mas é ilusório supor que eles [os juízes] possam colmatar aquelas que denominei ‘lacunas estruturais’ e suprir a *interpositio legis* necessária para a introdução das garantias” (Cf. FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 34).

<sup>76</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 234.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 24.

<sup>78</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 209.

<sup>79</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 209.

Na esteira desse raciocínio, a eventual ausência de leis de regulamentação configura questão que Ferrajoli julga como, em princípio, não resolvida, porque “o legislador não pode ser obrigado pelos juízes a produzir leis de regulamentação”.<sup>80</sup> Cuida-se de “um defeito constitutivo do sistema” ou “o preço que o positivismo paga pela segurança jurídica”.<sup>81</sup>

Ferrajoli, porém, destacou, em “*Principia iuris*”, que é admissível a previsão excepcional contida na Constituição portuguesa e no artigo 103, §2º, da Constituição brasileira, de que o Judiciário, em sede de controle concentrado de constitucionalidade por omissão, pode emitir uma advertência ao órgão legislativo competente para que adote as providências necessárias.<sup>82</sup>

Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazon, na já citada obra “Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo”, propuseram ao mestre italiano que analisasse o instrumento do mandado de injunção – previsto no artigo 5º, LXXI, da CRFB, para as hipóteses em que o exercício de um determinado direito constitucional estiver sendo inviabilizado pela ausência da respectiva norma regulamentadora –, a fim de avaliar a sua compatibilidade com o paradigma garantista, notadamente quanto à “absoluta exigência de interposição legislativa na implementação dos direitos sociais”.<sup>83</sup>

Em resposta, Ferrajoli acentuou que esse instrumento é compatível com o paradigma garantista e com o princípio da separação dos poderes, desde que, no seu manejo, a jurisdição não seja transformada em “um poder normativo suplente em relação à inércia do poder legislativo”.<sup>84</sup>

Nessa linha, Ferrajoli citou expressamente o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no MI nº 721-7-DF, julgado em 30.08.2007. Em tal ação, havia sido debatido o direito constitucional à aposentadoria com critérios diferenciados para os servidores públicos que trabalhassem em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, previsto no artigo 40, §4º, da Constituição Federal. A Corte, ante a ausência da lei especial, aplicou ao caso concreto uma disposição análoga, prevista no artigo 57 da Lei geral da previdência (Lei nº 8.213/91). Em

<sup>80</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 234.

<sup>81</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 211.

<sup>82</sup> “Las primeras son garantías positivas o negativas (D3.6, D3.7) consistentes en la obligación de colmar las lagunas y en la prohibición de producir antinomias. Las segundas son siempre garantías positivas (D3.7), consistentes por lo general en la sola obligación de anular las norma constitucionalmente inválidas en que consisten las antinomias (y sólo excepcionalmente en la obligación, prevista por ejemplo en las constituciones portuguesa y brasileña, de señalar, pero no en verdad de reparar, las lagunas)” (Cf. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2012, p. 867).

<sup>83</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 227.

<sup>84</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 237.



seu voto, o Min. Relator Marco Aurélio obtemperou os limites da decisão judicial observando que, “ao agir, o Judiciário não lança na ordem jurídica preceito abstrato”. Ao revés, “o pronunciamento judicial faz lei entre as partes, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva”, isto é, a solução adotada pela Corte valerá até o preenchimento “da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo”.<sup>85</sup>

Para Ferrajoli, se assim o instrumento do mandado de injunção for interpretado, não implicará alteração essencial do papel da jurisdição quanto ao controle da omissão legislativa. Nesses moldes, o Poder Judiciário “não desempenha nenhum papel de inovação ou produção legislativa, mas sim a tradicional função de conservação e de aplicação da ordem jurídica existente”.<sup>86</sup> Tem-se, portanto, uma expansão do papel da jurisdição provocada por um imponente aparato garantista, mas o Judiciário permanece como poder negativo, cuja legitimação reside no maior caráter cognitivo possível de sua atuação.

Por tal leitura, conclui-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, no direito brasileiro, foram reconhecidos por Ferrajoli como instrumentos jurídicos idôneos (garantias secundárias) para tratar o problema da omissão legislativa (falta de emissão das leis de regulamentação dos direitos sociais ou direitos à prestação), sem que o seu manejo implique violação ao princípio da separação de poderes.

Mas as questões que agora se colocam são as seguintes: e se o descumprimento do direito social decorrer de omissão do Poder Executivo? Se, mesmo diante da lei de regulamentação, o Poder Executivo não der a elas cumprimento, será lícita a intervenção judicial, sabendo-se que, na prática, isso pode significar uma interferência na política de concretização do direito social?

As respostas a essas indagações proporcionam o estabelecimento de relevantes conclusões que podem ser extraídas da Teoria Garantista, conforme se passa a desenvolver. Mas, antes de respondê-las, cumpre contextualizar, na forma de estudo de caso, um problema colocado exatamente nesses moldes, que marca a realidade social brasileira: trata-se da extrema precariedade dos estabelecimentos prisionais. Não obstante a existência de normas de garantia, positivadas em todos os níveis do ordenamento, inclusive oriundas de convenções internacionais, as unidades prisionais continuam dando causa ao aviltamento da dignidade dos internos.

<sup>85</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 222.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 237.

## 2 Inadequação dos presídios brasileiros: um problema de omissão administrativa

No tocante à política penitenciária brasileira, entendida esta como o tratamento conferido aos internos que estão recolhidos em unidades prisionais e carceragens, há um grande contraste entre a realidade (o *ser* da política) e as normas jurídicas que a disciplinam (o *dever-ser*).

De acordo com os dados atualizados até junho de 2019, fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a população privada de liberdade no Brasil<sup>87</sup> atingiu o total de 766.752 presos.<sup>88</sup> Trata-se da terceira maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para aquelas registradas nos Estados Unidos e na China.<sup>89</sup> Esse contingente de seres humanos, que cresce rapidamente,<sup>90</sup> encontra-se hoje inserido em estabelecimentos que já foram equiparados, pelas nossas autoridades, como verdadeiras “masmorras medievais”.<sup>91</sup>

Segundo o mesmo DEPEN, o déficit no sistema, atualmente, é de mais de 306 mil vagas, número esse que subiria estrondosamente acaso fossem cumpridos os milhares de mandados de prisão ainda em aberto no país. Em consequência, em inúmeras unidades, seres humanos são “depositados” diuturnamente e obrigados a sobreviver em espaços mínimos ou ínfimos, onde não há lugar nem mesmo para todos dormirem ao mesmo tempo.

Sobre a atuação dos poderes públicos no enfrentamento ao problema, é importante registrar que, no período que se estendeu entre os meses de agosto de 2007 a julho de 2008, a Câmara dos Deputados presidiu a chamada CPI do Sistema Carcerário, que abrangeu a inspeção *in loco* de diversas unidades prisionais, distribuídas em todos os Estados e no Distrito Federal, nas quais foram constatadas incontáveis irregularidades, boa parte delas associadas ao problema da superlotação.<sup>92</sup>

<sup>87</sup> Correspondente ao total de internos, maiores de idade, de ambos os sexos, recolhidos em unidades prisionais e carceragens.

<sup>88</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Relatório final da CPI Sistema Carcerário. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009, Centro de Documentação e Informação Coordenação de Biblioteca. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 01 abr. 2020.

<sup>89</sup> WORD PRISON BRIEF. *Institute for Crime & Justice Policy Research* (ICPR). Disponível em: <https://www.prisonstudies.org>. Acesso em: 03 maio 2020.

<sup>90</sup> Em 1999, o número de encarcerados brasileiros era pouco maior de 194 mil. Significa que, no período de vinte anos (até 2019), esse total quase quadruplicou.

<sup>91</sup> MARTINS, Luíza. “Presídios do país são masmorras medievais”, diz Ministro a Justiça. *Estadão*, 05 de nov. de 2015. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais-diz-ministro-da-justica,10000001226>. Acesso em: 01 abr. 2020.

<sup>92</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *Relatório final da CPI Sistema Carcerário*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados,

A Comissão destacou, dentre outros aspectos, que, na maior parte das unidades, não havia fornecimento de água no interior das celas; não existiam banheiros ou pias, havendo apenas um único vaso sanitário, situado sobre o assoalho, sem divisória com o restante do ambiente físico, para ser utilizado por dezenas de ocupantes. Os reeducandos tinham de repartir sua vivência com lixos, insetos e roedores. O mau cheiro chegava às raías do insuportável.

Foi levantada uma lista enorme de problemas: presos amontoados como “morcegos”; muitas das celas sem circulação de ar, com o ambiente chegando a temperaturas altíssimas; praticamente não existia limpeza interna, mesmo porque não era oferecido material para tanto; proliferação de doenças infecciosas e sexualmente transmissíveis, etc.

No tocante aos materiais básicos de higiene pessoal, como papel higiênico, sabonetes e escovas de dentes, constatou-se outra grave desídia estatal, o que acabava por fomentar a manutenção de um mercado paralelo nas unidades. Recebeu especial destaque a situação de carência das mulheres, desprovidas de diversos itens que sua saúde reclama, a exemplo de absorventes íntimos, substituídos por miolos de pão.

Presos permaneciam a maior parte do tempo no mais absoluto ócio, não havendo estruturas mínimas para estudo ou trabalho. A maioria dos estabelecimentos não obedecia aos critérios legais de classificação. Como consequência, presos de menor periculosidade se submetiam a um processo de corrupção moral intramuros, formando a ponte para o ingresso nos grupos criminosos.

Os trabalhos da CPI, publicados em 2009, resultaram, com efeito, em um retrato bastante detalhado da realidade carcerária brasileira. Mas não há dúvida de que todos os problemas verificados ainda persistem e, no mais das vezes, foram até agravados; conclusão a que se chega facilmente ao se considerar que: desde então, o déficit de vagas no sistema prisional praticamente dobrou, incrementando o quadro de superlotação.

Se se prosseguir na busca de registros históricos, pode-se colacionar o relatório denominado “A visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro” publicado no ano de 2013, disponível no *site* do Conselho Nacional do Ministério Público.<sup>93</sup> Segundo o *Parquet*, além da superlotação “registrada em

---

Brasília, 2009, Centro de Documentação e Informação Coordenação de Biblioteca. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 01 abr. 2020.

<sup>93</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. Portal do CNMP, 2013, Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/244-relatorios/5990-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro> <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/244-relatorios/5990-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 13 abr. 2020.

todas as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimentos”, “a maior parte dos estabelecimentos não faz as separações dos presos previstas na Lei de Execuções Penais”.

As condições fáticas acima descritas levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer, em 09.09.2015, por ocasião do julgamento da medida cautelar requerida no bojo da ADPF nº 347/DF, o chamado *estado de coisas inconstitucional* referente ao sistema prisional brasileiro, consistente em um quadro insuportável e permanente (não somente de proteção deficiente, mas) de violação massiva de direitos fundamentais.<sup>94</sup>

Recordem-se ainda os movimentos de fugas, motins e rebeliões que resultaram no massacre de centenas de presos no início do ano de 2017.<sup>95</sup>

Apesar de tudo o que foi relatado, não se pode deixar de reconhecer que a proteção *jurídica* aos direitos dos presos está assegurada, no Brasil, em todos os níveis do ordenamento jurídico.

Com efeito, a CF, no artigo 1º, III, enuncia que a dignidade da pessoa humana está entre os fundamentos da República Federativa.<sup>96</sup> Desse dispositivo, mormente ao ser conjugado com o *caput* do artigo 5º do mesmo diploma, emana a proteção constitucional a uma *vida digna*, assegurada a todos no território nacional, independentemente da condição fática ou jurídica em que se encontrem.

A proteção constitucional à *vida digna* não se esgota em sua dimensão puramente negativa, no sentido da vedação a que a vida seja ceifada, mas complementa-se em uma dimensão positiva, a exigir o acesso de todos os indivíduos aos meios indispensáveis à dignidade. Nesta última acepção, aliás, essa proteção se irradia no restante do texto constitucional, dando origem a muitos outros direitos fundamentais, mormente os do artigo 6º, como educação, saúde, alimentação, trabalho, segurança dos presos, proteção à maternidade e assistência aos desamparados.

A CF contempla também *direitos fundamentais específicos* titularizados por aqueles *indivíduos que se encontram com sua liberdade ambulatoria cerceada por decisão de natureza criminal*, consistente nos incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L, do artigo 5º,<sup>97</sup> os quais asseguram, dentre outras espécies de inviolabilidades e

<sup>94</sup> STF, ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 09 de set. de 2015, DJE 14 de set. de 2015.

<sup>95</sup> DAMASCENO, Renan. Massacres em presídios já deixaram mais de 250 mortos no Norte e Nordeste desde 2017. *Estado de Minas*. Nacional, 30 de jul. de 2019. Disponível em [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/07/30/interna\\_nacional,1073310/massacres-em-presidios-deixaram-mais-de-250-mortos-no-norte-desde-2017.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/07/30/interna_nacional,1073310/massacres-em-presidios-deixaram-mais-de-250-mortos-no-norte-desde-2017.shtml). Acesso em: 01 abr. 2020.

<sup>96</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>97</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro 1988*.

potestades jurídicas: a vedação contra penas cruéis; o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o respeito à integridade física e moral do preso; e as condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

De par com a proteção constitucional, o país é signatário de diversos diplomas internacionais de tutela de direitos humanos e dos direitos das pessoas em situação de cerceamento de liberdade.<sup>98</sup>

Desse rol de diplomas normativos internacionais, o mais detalhado a respeito dos direitos dos presos é o das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, contendo previsões, *verbi gratia*: de que todos os locais destinados aos reclusos satisfaçam as exigências de higiene e saúde, levando-se em consideração as condições climáticas, de circulação de ar e iluminação (regra 13); as celas devem dispor de instalações que permitam que todos os reclusos tomem banho, quando desejarem ou lhes for exigido (regra 16); é garantido o fornecimento de água e de artigos para a higiene pessoal (regra 18); os estabelecimentos devem oferecer vestuário limpo e em bom estado (regra 19); bem como roupas de cama (regra 21); alimentação e água potável (regra 22); dentre outros.<sup>99</sup>

Prosseguindo-se para a análise da legislação interna infraconstitucional, deve-se citar, em primeiro lugar, a Lei de Execução Penal, que é pródiga em dispositivos definidores dos direitos dos presos, podendo ser destacados: art. 5º (classificação); art. 14 (assistência à saúde); art. 17 (assistência à educação); art. 22 (assistência social); art. 41 (alimentação, vestuário, trabalho, descanso, recreação, educação).<sup>100</sup>

<sup>98</sup> “O Brasil, além de ser signatário dos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos – *e.g.*, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos –, que já trazem algumas previsões sobre os direitos dos presos, é também signatário de documentos internacionais que tratam de forma específica dos direitos dos investigados, condenados e presos. Alguns exemplos são a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (e Protocolo Adicional), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros e as Regras de Tóquio – Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade” (Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2010, v. 254. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 30 jun. 2020).

<sup>99</sup> BRASIL. Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, de 31 de agosto de 1955. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>100</sup> BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

O ordenamento pátrio conta ainda com a Lei Complementar nº 79/94,<sup>101</sup> a qual instituiu um fundo específico (o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN), formado por verbas oriundas de rubricas orçamentárias bem delineadas (elencadas no artigo 2º), com o objetivo de custear, dentre outras finalidades, a “construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais” (art. 3º, I).<sup>102</sup>

Diante de tamanho cabedal normativo, não se pode tachar de omissa a atuação do Poder Legislativo nacional. Inclusive, a todos esses diplomas normativos, deve-se somar o próprio trabalho de fiscalização que a CPI do Sistema Carcerário realizou nos anos de 2007 e 2008, mapeando e denunciando centenas de disfunções praticadas de Oiapoque ao Chuí.

Haveria de se indagar, então, por que razão o país ainda continua a abrigar depósitos de seres humanos, ao invés de unidades prisionais adequadas. A resposta a essa pergunta não poderia ser outra: há uma patente *omissão do Poder Executivo* em efetivar gastos públicos, não propriamente com a manutenção dos presos, mas sim com a construção e o aparelhamento dos presídios.

Uma evidência disso foi constatada pelo próprio STF na apreciação da medida cautelar da citada ADPF nº 347/DF em relação ao Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. No voto do Relator, Min. Marco Aurélio, foi consignado que, ao fim de 2014, após sucessivos contingenciamentos dos recursos do fundo (não aplicação das verbas), o saldo já acumulava o montante de 2,2 bilhões de reais.<sup>103</sup>

Destarte, pode-se observar que, a despeito de todo o edifício legislativo, *os órgãos administrativos*, notadamente *aqueles que detêm poder de gestão e de decisão política*, ou seja, aqueles que integram a cúpula do Poder Executivo, violam as normas constitucionais e legais ao *não criarem o número de vagas prisionais em proporção ao tamanho da população carcerária*, bem como ao *não dotarem as unidades prisionais de estruturas que possam viabilizar as condições adequadas de encarceramento*, incluindo a classificação entre os detentos, a sua segurança física, saúde, alimentação, educação, trabalho, assistência social e acesso à jurisdição.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> BRASIL. *Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994*. Lei que cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>102</sup> O fundo é regulamentado pelo Decreto nº 1.093/94.

<sup>103</sup> “Narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo, muito mal aplicados. Relatórios do próprio Departamento dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2, bilhões” (Cf. STF, ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 09 de set. de 2015, *DJE* 14 de set. de 2015).

<sup>104</sup> STF, ADPF nº 347 MC/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão proferida em 09 de set. de 2015, *DJE* 14 de set. de 2015.

Trata-se, portanto, de um problema de omissão na gestão administrativa. Vale dizer: não é a política legislativa que está sendo sonegada, mas a política executiva ou material. Ambas são indispensáveis à implementação dos direitos de caráter positivo. Esse problema pode ser apresentado às premissas garantistas que foram estabelecidas na primeira seção. É o que se passa a fazer.

### 3 Concretização sucessiva de direitos fundamentais

De um modo geral, os direitos sociais ou à prestação são aqueles fundados no princípio da justiça distributiva,<sup>105</sup> que alteram o caráter abstencionista do Estado liberal,<sup>106</sup> voltados à proteção de vulneráveis, à redução de disparidades socioeconômicas e ainda a assegurar um conjunto de bens materiais indispensáveis à vida com dignidade.<sup>107</sup> Dentre esses, podem ser citados os elencados no artigo 6º da Constituição Federal (educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados), os direitos dos trabalhadores, os direitos de hipossuficientes (como a acessibilidade dos logradouros públicos aos deficientes físicos) e outros.

Segundo Luigi Ferrajoli, desses direitos derivam *vínculos*, que são as suas *garantias primárias*, consistentes em *obrigações de prestação* que se dirigem, primeiramente, ao Poder Legislativo. A este, incumbe o *dever de editar as leis de regulamentação*, também chamadas de *normas de garantia*.<sup>108</sup>

Depreende-se, assim, dessas premissas garantistas que o Poder Legislativo deve ser considerado como o *primeiro locus de concretização*<sup>109</sup> ou o *primeiro nível de concretização* dos referidos direitos.

Já foi visto que, em caso de inadimplemento, o Judiciário poderá ser acionado, no direito brasileiro, mediante as garantias secundárias da ação de inconstitucionalidade por omissão ou do mandado de injunção. Note-se, porém, que, em tais ações, não é possível ao Poder Judiciário impor aos demais poderes a realização de prestações específicas voltadas ao atendimento do direito violado.

<sup>105</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 215.

<sup>106</sup> NOVELINO, *Curso de Direito Constitucional*, 2020, p. 287.

<sup>107</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 17.

<sup>108</sup> FERRAJOLI, *Principia iuris*, 2007, p. 651.

<sup>109</sup> "Locus de concretização" é expressão contida na obra: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45.

Mesmo a decisão proferida no mandado de injunção deve ser limitada, no entender de Ferrajoli, a suprir a lacuna, mediante uma regulamentação *inter partes* e sob condição resolutiva.

Neste ponto, poder-se-ia confrontar a doutrina de Ferrajoli, no que diz respeito à exigência do preenchimento das lacunas de garantia somente pela lei, invocando-se o próprio texto constitucional brasileiro, notadamente o artigo 5º, §1º, segundo o qual “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, ainda, o inciso XXXV, do mesmo dispositivo, o qual reza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>110</sup>

A essa objeção, seguramente, a resposta de Ferrajoli é a de que, em nenhum desses dispositivos, a Constituição autorizou ao juiz usurpar as prerrogativas do legislador. Nesse sentido, anotam Sérgio Urquhart de Cademartori e Carlos Luiz Strapazzon que: “[...] para o nosso autor, por força da separação de poderes, a garantia jurisdicional não pode avançar até a usurpação da função legislativa”.<sup>111</sup>

Adverta-se que Ferrajoli não advoga nenhuma subversão da ordem hermenêutica baseada na supremacia da Constituição sobre a lei, tampouco se curva ao retrocesso de uma compreensão puramente literal das normas jurídicas: “certamente, os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais”.<sup>112</sup> Reconhece também a possibilidade de se extraírem “direitos implícitos do sistema de direitos estabelecidos”<sup>113</sup> e a capacidade de as normas constitucionais, mesmo quando dependentes de normas de garantia, sempre invalidarem atos que lhe sejam contrários. Não olvida ainda que os juízes devem aplicar “diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação”.<sup>114</sup>

Prosseguindo-se, então, na análise da cadeia de concretização, tem-se que, caso o legislador cumpra devidamente o seu múnus, editando a lei de regulamentação, estando essa em conformidade com o texto constitucional, passa-se ao *locus* de concretização seguinte, que é de atribuição do Poder Executivo. A este incumbe o dispêndio das verbas públicas e a materialização das prestações determinadas pelas normas de garantia. Cuida-se do *segundo nível* de efetivação dos direitos sociais ou à prestação.

<sup>110</sup> BRASIL, 1988.

<sup>111</sup> CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial, 2012, p. 210.

<sup>112</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 34.

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 34.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, 2012, p. 34.



Todavia, havendo o inadimplemento no nível do Poder Executivo, ou seja, caso não realizadas pela Administração as prestações definidas em lei, somente então o Poder Judiciário poderá acionado com *força injuntiva plena*, entendido aqui o termo “injunção” como uma ordem precisa e determinada. A sentença poderá constranger a Administração (ou quem lhe fizer às vezes) ao adimplemento específico de cada prestação material determinada pela legislação de garantia, sem risco de violação ao princípio da separação dos poderes.

Isso se justifica porque o centro de deliberação da política pública não se desloca para o Poder Judiciário. O juiz não assume a paternidade, tampouco elabora a política pública. A atividade jurisdicional permanece submetida a leis gerais, abstratas e preexistentes, sem prejuízo para a previsibilidade e para a segurança jurídica indispensáveis ao Estado de Direito. A decisão judicial não desborda do seu papel tradicional de “conservação e de aplicação da ordem jurídica existente”.<sup>115</sup>

Desse modo, dentro das premissas teóricas do garantismo, o Poder Judiciário deve ser compreendido como *o terceiro e último locus de concretização* dos direitos dependentes de prestações dos poderes públicos. A atuação judicial em plenitude, até a efetiva satisfação do direito, fica, assim, condicionada à verificação da omissão no nível imediatamente anterior.

Caso seja observada essa *concretização em cadeia*, ou *sucessiva*, ou *em etapas*, evita-se, além da violação à separação dos poderes, que os direitos subjetivos estejam dependentes do voluntarismo, decisionismo ou protagonismo dos magistrados. Afinal, não se poderia ter por saudável ao regime democrático o modelo de jurisdição na qual os juízes recebessem convidativo espaço para externar, nas decisões, suas convicções políticas.

Outro malefício a ser evitado com o aqui denominado de método de *concretização sucessiva de direitos fundamentais à prestação* é este: uma vez editadas as normas de garantias pelo Poder Legislativo,<sup>116</sup> *não é possível* buscar justificar o seu não atendimento a partir de *argumentação externa ao direito*, salvo se a própria lei condicionar expressamente sua aplicação a questões de conveniência e oportunidade política. Essa é uma consequência direta do princípio garantista da *submissão dos juízes somente à lei*. Em outras palavras: evita-se que se forme a cultura jurídica da “lei permissiva” ou da “lei para inglês ver” ou “lei retórica ou poética”, igualmente inadmissível ao Estado de Direito, que desconhece a figura de uma lei destituída de cogência.

Bem a propósito, a ordem jurídica se distingue das demais ordens deonticas exatamente pela sua coercibilidade. Assim como a moral e os costumes, o direito

<sup>115</sup> FERRAJOLI, O constitucionalismo garantista e o estado de direito, 2012, p. 237.

<sup>116</sup> Ou, excepcionalmente, por um órgão administrativo, quando a lei lhe conferir capacidade regulatória.

produz expectativas, mas a diferença é que, no campo jurídico, as *garantias* são capazes de transformar as expectativas em efetivos direitos subjetivos.<sup>117</sup>

É oportuno citar alguns exemplos de aplicação do modelo de *concretização sucessiva de direitos fundamentais sociais ou de caráter prestacional*.

Considere-se o direito à proteção à maternidade e à infância do *caput* do artigo 6º do texto constitucional e a previsão do artigo 5º, L, segundo a qual “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Em regulamentação a esse direito, o Poder Legislativo (primeiro nível de concretização) instituiu *normas de garantia*, as quais podem ser encontradas: no artigo 89 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal),<sup>118</sup> que determina que “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos”; bem como na Lei Complementar nº 79/94,<sup>119</sup> a qual instituiu o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) e, em seu artigo 3º, incisos I e XV, determinou que os recursos do fundo serão destinados, dentre outras finalidades, à “construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais” e à “implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente”.

Assim, em estabelecimentos onde o artigo 89 da Lei de Execução Penal (LEP) esteja sendo desatendido (violação no segundo nível), o Judiciário poderá impor, por sentença, obrigações específicas de reforma ou construção voltadas ao atendimento das prestações determinadas em tal norma de garantia (concretização no terceiro nível). Inclusive, a *técnica de criação de um fundo específico* para o caso dos presídios deve ser encarada com um *reforço de garantia* que bem poderia ser replicada para o atendimento de vários outros direitos à prestação.

Raciocínio semelhante aplica-se ao *direito à acessibilidade*, assegurado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de

<sup>117</sup> “La especificidad del derecho respecto a los demás sistemas deónticos reside en el hecho de que, como veremos más adelante, él dispone de un conjunto de ‘garantías’ jurídicas – como la previsión de obligaciones o prohibiciones, que llamaré ‘garantías primarias’ em el § 10.6, y la sancionabilidad y la anulabilidad de sus desobediencias como actos ilícitos o inválidos, que llamaré ‘garantías secundarias’– dirigidas a asegurar la efectividad de las modalidades y las expectativas jurídicas mediante técnicas adecuadas para remover, reparar o prevenir su ineffectividad” (Cf. *Principia iuris. Op. cit.* p. 159). Em harmonia com esse ensinamento: “Por um lado, o direito pode bem ser lido como um sistema deóntico semelhante aos demais (moral e costumes) já que, como qualquer sistema, produz *expectativas*, isto é, expectativas jurídicas de atuação ou de omissão; de outro, deve ser lido como um sistema peculiar porque contempla *modalidades* que *possibilitam* comportamentos (faculdades) e também é formado por *modalidades* jurídicas que são *imperativas* (obrigações e proibições)” (Cf. CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun., 2010).

<sup>118</sup> BRASIL, 1984.

<sup>119</sup> BRASIL, 1994.

julho de 2008,<sup>120</sup> em conformidade com o procedimento previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal. Esse direito veio regulamentado (primeiro nível de concretização) em diversos dispositivos da Lei nº 13.416/15,<sup>121</sup> dentre os quais podem ser citados, *verbi gratia*, o artigo 32 (nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos a pessoa com deficiência ou seu responsável goza de prioridade para a aquisição do imóvel, sendo garantidas as unidades habitacionais no piso térreo ou a instalação de elevadores para o acesso aos demais pisos); e o artigo 57 (que garante a instalação de equipamentos de acessibilidade em edificações públicas e privadas). A efetivação de tais garantias segue o mesmo modo que as anteriores.

Mas, se a lei regulamentadora reclama cumprimento efetivo, resta investigar se eventuais limites orçamentários podem ser levantados contra o atendimento dos direitos sociais ou à prestação.

#### 4 Reserva do possível e controle orçamentário

A conhecida exceção da *reserva do possível*, apresentada comumente em ações nas quais o poder público é demandado, traduz, em linha de princípio, a ideia de que a atuação material do Estado somente pode ser prestada dentro dos limites que derivam dos seus recursos orçamentários. À primeira vista, essa parece ser uma tese inafastável, porém, analisada mais a fundo, a reserva de cofres cheios pode implicar, na prática, um direito fundamental ou uma norma de garantia totalmente destituída de vinculação jurídica. Tal situação, que já seria inadmissível em um dado exercício financeiro, chegaria às raias da teratologia acaso fosse postergada indefinidamente.

Note-se bem: normalmente, quando o Estado é acionado para atender a uma determinada prestação material prevista em lei, a omissão que se visa debelar já vem se estendendo por tempo significativamente relevante ou por sucessivos exercícios financeiros. Somente isso já seria suficiente para afastar a defesa do ente público. Do contrário, como alerta Ingo Sarlet, haveria uma inversão axiológica, privilegiando-se a legislação orçamentária em detrimentos de prioridades definidas pela própria Constituição e pela legislação de regência.<sup>122</sup>

<sup>120</sup> BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008*. Decreto que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo Facultativo. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>121</sup> BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>122</sup> SARLET, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, 2010, p. 34.

Por isso é que, no modelo ora proposto, a reserva do possível não pode, via de regra, justificar o não atendimento de uma lei de garantia. Não seria ousado dizer que tal forma de defesa deveria ser interpretada como um elemento externo ao direito e incapaz de afastar a força das garantias.

Apenas excepcionalmente a reserva do possível poderia produzir efeitos jurídicos, quando viesse acompanhada de prova da efetiva incapacidade econômico-financeira do ente público, diante da situação específica do orçamento vigente. Mas essa prova, ressalte-se, não pode ter o condão de preterir a força da Constituição e da lei indefinidamente. Permanece para o Estado a obrigação do atendimento das prestações no exercício financeiro seguinte, sendo possível, portanto, que a sentença determine a respectiva inclusão na peça orçamentária subsequente, sem prejuízo, quando possível, da aplicação do mecanismo dos créditos orçamentários suplementares ou especiais.<sup>123</sup>

Há que se observar, a esse respeito, a natureza especial das leis orçamentárias. Ricardo Lobo Torres, partindo de ensinamentos de Laband, na Alemanha, e de Gaston Jêze e Leon Duguit, na França, ensina que elas são *leis em sentido formal*, ou seja, preveem as receitas e autorizam as despesas, mas não criam direitos subjetivos e não alteram ou revogam leis materiais (como as leis tributárias), apesar de aprovadas nos termos do processo legislativo.<sup>124</sup>

Desse modo, as leis orçamentárias distinguem-se das normas de garantia. As primeiras são essencialmente peças autorizativas de despesas para o atendimento das finalidades previamente estabelecidas pelas segundas. É nestas últimas que o Legislativo atua com amplo espaço de conformação do direito. Já, ao

<sup>123</sup> Lei nº 4.320/64: “Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: I – suplementares, os destinados a reforço de dotação orçamentária; II – especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III – extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina [rectius interna] ou calamidade pública” (BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Lei que estatui normas gerais de Direito Financeiro e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm). Acesso em: 30 jun. 2020).

<sup>124</sup> “A teoria de que o orçamento é lei formal foi desenvolvida inicialmente na Alemanha, por Laband, que entendia tratar-se de simples autorização do Parlamento para a prática de atos de natureza administrativa [...]. As ideias iniciais de Laband influenciaram os autores franceses, sendo de notar que entre eles sobressaiu a figura de Gaston Jêze [...], que defendia o ponto de vista de que orçamento jamais é uma lei [...]. A teoria de que o orçamento é *lei formal*, que apenas *prevê* as receitas públicas e *autoriza* os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se *adapta* ao direito constitucional brasileiro; e tem sido defendida, principalmente sob a influência da obra de Jêze, por inúmeros autores de prestígio, ao longo de muitos anos e sob várias escrituras constitucionais. [...]. Também Duguit [...] tem posição especial, ao defender que o orçamento tem natureza administrativa ou ato-condição no que respeita à despesa, sendo lei material quando autoriza a cobrança de tributos [...]” (Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Revonar, 2011, p. 177-178).

aprovar leis orçamentárias, a liberdade do legislador é limitada à obediência das normas de garantia. Pode-se dizer que a autorização orçamentária da despesa é uma decorrência necessária dos efeitos da lei de regulamentação, ao menos naquilo que diz respeito ao atendimento em grau coletivo dos direitos sociais.

A jurisprudência e a doutrina brasileira vêm evoluindo para ampliar o controle jurisdicional sobre os orçamentos públicos.

Na apreciação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 MC/DF, o Ministro Celso de Mello assentou que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais voltadas ao atendimento do chamado mínimo existencial.<sup>125</sup> Seguindo a mesma *ratio decidendi*, no julgamento do Recurso Especial nº 1.389.952/MT, de relatoria do Min. Herman Benjamin, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a possibilidade de se impor ao Estado, por sentença, a obrigação de incluir previsão orçamentária para o custeio de obras em estabelecimentos prisionais, ao fundamento de que estas se destinavam ao atendimento do mínimo existencial.<sup>126</sup>

Mas é preciso evoluir o raciocínio para que o controle jurisdicional possa abranger todos os direitos sociais já devidamente regulamentados por normas de garantia. Há de se conferir, como defende Élide Graziane Pinto, uma prioridade absoluta aos direitos sociais no orçamento público, atendendo-se, em cada período

<sup>125</sup> “[...] 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” (STF, ADPF nº 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decisão proferida em 29.04.2004, DJE 04 de maio de 2004).

<sup>126</sup> “[...] 8. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos. 9. In casu, o pedido formulado na Ação Civil Pública é para, exatamente, obrigar o Estado a ‘adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária e realizar ampla reforma física e estrutural no prédio que abriga a cadeia pública de Mirassol D’Oeste/MT, ou construir nova unidade, de modo a atender a todas as condições legais previstas na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), bem como a solucionar os problemas indicados pelas equipes de inspeção sanitária, Corpo de Bombeiros Militar e CREA na documentação que instrui os presentes autos, sob pena de cominação de multa’. 10. Como se vê, o pleito para a adoção de medida material de reforma ou construção não desconsiderou a necessidade de previsão orçamentária dessas obras, de modo que não há falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/64” (STJ, REsp nº 1.389.952/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, decisão proferida em 03.06.2014, DJE 07 de nov. de 2016).

fiscal, à demanda por direitos sociais já regulamentados, independentemente de restrições financeiras.<sup>127</sup>

## 5 Julgamento do RE nº 592.581/RS

Quanto ao tratamento específico da omissão do Poder Executivo, destaca-se, na jurisprudência do STF, a decisão de mérito proferida no RE nº 592.581/RS, relatado pelo Min. Rel. Ricardo Lewandowski.<sup>128</sup>

A demanda versou sobre recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual havia reformado sentença de primeiro grau que determinava a execução de obras na Casa do Albergado Estadual no município de Uruguaiana. Na espécie, já haviam sido constatadas, através de inspeções, quais obras seriam necessárias para a adequação da estrutura às exigências legais. Não obstante, o Tribunal Estadual entendeu que o Judiciário não poderia impor à Administração a obrigação de implementar essas obras, pois tal providência implicaria violação ao princípio da separação de poderes e à reserva do possível.

Não obstante, ao apreciar o recurso ministerial, o Plenário, por unanimidade, firmou a tese nº 220 de Repercussão Geral, assentando a possibilidade de o Judiciário impor obrigações onerosas ao Poder Público, consistentes em realizar obras voltadas a assegurar a dignidade dos detentos, independentemente de limitações orçamentárias.<sup>129</sup>

O Min. Relator, ao abordar a questão da reserva do possível, expressamente consignou em seu voto que ela não poderia vir desacompanhada de prova da efetiva impossibilidade econômico-financeira, bem como que “a inexistência de recursos no orçamento vigente – demonstrável objetivamente – não afasta a possibilidade de atendimento do direito em tela”.<sup>130</sup> Asseverou ainda o Min. Ricardo Lewandowski: “nesta perspectiva, é possível a inclusão da respectiva dotação no

<sup>127</sup> PINTO, Élide Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Portal da Escola Superior do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo*, 2020, São Paulo. Disponível em: [http://esmp.sp.gov.br/Eventos\\_Pontuais/Eventos\\_Material\\_Apoio/MA\\_ENCONTRO\\_Orcamento\\_ESMP\\_ELIDA\\_G\\_PINTO.pdf](http://esmp.sp.gov.br/Eventos_Pontuais/Eventos_Material_Apoio/MA_ENCONTRO_Orcamento_ESMP_ELIDA_G_PINTO.pdf). Acesso em 30 jun. 2020.

<sup>128</sup> STF, RE nº 592.581/RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão proferida em 18 de março de 2014, *DJE* 01 de fev. de 2016.

<sup>129</sup> “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” (STF, RE nº 592.581/RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão proferida em 18 de março de 2014, *DJE* 01 de fev. de 2016).

<sup>130</sup> STF, RE nº 592.581/RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão proferida em 18 de março de 2014, *DJE* 01 de fev. de 2016.

orçamento do ano seguinte (art. 165, §5º, c/c art. 167, I, ambos da Constituição da República)”; e complementou: “é imperativa a determinação da inclusão no orçamento seguinte, bem como o início da execução da reforma, em certo prazo, após essa inclusão”.<sup>131</sup>

A partir dessas razões, o STF confirmou a sentença de primeiro grau que havia determinado ao Executivo a realização de obras no estabelecimento prisional – em uma de suas decisões que mais atenção prestou ao princípio da máxima efetividade dos direitos sociais. Embora partindo de premissas que não coincidiram rigorosamente com os postulados garantistas, o Supremo chegou, neste aresto, a conclusões semelhantes às que ora estão sendo expostas.

De fato, não há violação à separação dos poderes se o Judiciário impôs à Administração a realização de prestações voltadas a adequar a estrutura do estabelecimento às especificações que são estabelecidas em lei; e não é possível que o Poder Público, ao ser demandado, crie um obstáculo artificial, como é a reserva do possível, para tentar justificar o não atendimento de obrigações decorrentes de direitos à prestação.

Uma vez previsto constitucionalmente o direito de cunho social, fica o Legislativo obrigado a editar a respectiva lei regulamentadora; e, implementada essa etapa, resta a Administração obrigada a criar os pressupostos fáticos necessários ao efetivo exercício do direito.

## Considerações finais

Dessarte, à luz do pensamento de Luigi Ferrajoli, a missão de introduzir garantias no ordenamento jurídico é exclusiva do legislador, não podendo ser suprida por meio de sentença judicial. Fundado nos princípios da *legalidade*, da *separação de poderes*, da *submissão dos juízes somente à lei* e da *natureza cognitiva da jurisdição*, Ferrajoli repudia a tese de que a sentença judicial possa ser fonte primária do direito, não podendo suprir a omissão legislativa em caso de ausência das leis de regulamentação dos direitos sociais.

O presente trabalho se propôs a aplicar as premissas garantistas a outro tipo de omissão que, do mesmo modo que a legislativa, pode prejudicar a efetividade de direitos sociais. Cuida-se da omissão administrativa, consistente na não implementação das condições fáticas necessárias ao usufruto dos direitos constitucionalmente assegurados. Um problema dessa natureza foi verificado na falta

<sup>131</sup> STF, RE nº 592.581/RS, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão proferida em 18 de março de 2014, DJE 01 de fev. de 2016.

de adequação estrutural dos presídios brasileiros. Mesmo diante de uma plêiade de normas tratando minuciosamente sobre as especificações técnicas dessas unidades e mesmo diante da existência de um fundo específico para o custeio de obras e para a construção de novas unidades, a maior parte dos encarcerados brasileiros permanece recolhida em condições degradantes e até subumanas, como reconheceu a própria jurisprudência do STF.

A aplicação das premissas garantistas ao controle da omissão do Poder Executivo conduziu à construção do método de *concretização sucessiva de direitos fundamentais sociais*. Nesse, o Legislativo, responsável pelo primeiro nível de concretização, tem a missão de introduzir no ordenamento as normas de garantia. O Executivo, no segundo nível, deve materializar as prestações determinadas em lei; e o Judiciário, por fim, deve assegurar a efetividade das garantias primárias e das normas de garantia, ao ser acionado mediante a instrumentalização das garantias secundárias.

Acaso devidamente observada a ordem de concretização, o Judiciário poderá atuar com força injuntiva plena, impondo obrigações de fazer consistentes nas prestações determinadas em lei e intervindo na política pública, sem risco para o princípio da separação dos poderes. Afinal, o centro de deliberação da política pública não se desloca para o Poder Judiciário. O juiz não assume a paternidade, tampouco elabora a política pública. A atividade jurisdicional permanece submetida a leis gerais, abstratas e preexistentes, sem prejuízo para a previsibilidade e para a segurança jurídica inerentes ao Estado de Direito. A decisão judicial não desborda do seu papel tradicional de conservação e de aplicação da ordem jurídica existente.

Nas demandas judiciais em que for discutida a omissão administrativa, a conhecida exceção da reserva do possível, via de regra, não poderá ser acolhida, haja vista que não se concebe direito fundamental ou norma de garantia destituída de vinculação jurídica. Excepcionalmente, quando acompanhada da efetiva comprovação da impossibilidade econômico-financeira do atendimento das prestações, em face da situação específica do orçamento vigente, a sentença poderá determinar a inclusão da dotação no orçamento seguinte, sem prejuízo, quando possível, da aplicação do mecanismo dos créditos orçamentários suplementares ou especiais.

Vale ressaltar, finalmente, que as leis orçamentárias, segundo entendimento predominante em doutrina, são leis em sentido formal, de caráter autorizativo, não se confundindo com as leis de regulamentação (dos direitos sociais). Ao aprovar o orçamento, a liberdade do legislador está submetida ao atendimento destas últimas, que são normas de garantia.

Com a superação da cultura que enxerga na legislação regulamentadora um documento puramente retórico, uma das posturas políticas a serem conquistadas



é a priorização, na elaboração do orçamento público, em cada exercício financeiro, pelo atendimento das demandas geradas por direitos sociais já regulamentados, independentemente de restrições financeiras.

---

**Guarantee and control of the administrative omission in concreteing social rights – Repercussions in face of the inadequacy of Brazilian prisons**

**Abstract:** The work aims to analyze the control, by the Judiciary, of the administrative omission in the fulfillment of fundamental social rights, in the light of the premises established by Ferrajoli's Guarantee Theory, notably: the predominantly cognitive nature of the jurisdictional function and the reserved role only the Legislative to introduce guarantee rules in the planning. Ferrajoli presents the problem of legislative omission, which occurred when, due to the absence of regulatory laws, the unfeasibility of realizing social rights arises. He understands that, in this situation, *interpositio legislatoris* is indispensable, and it is not possible for judges to suppress it by their decision. In the article, we seek to complement these studies in order to analyze another problem, common in the national legal scenario, consisting of the failure by the Executive to give concrete to social rights, even when the Legislative has edited the regulatory laws. This situation occurs, at a dramatic level, in the context of precarious conditions in Brazilian prisons, which will be analyzed as a case study. Through exploratory research, the model for successive implementation of fundamental rights will be proposed, in which the Judiciary may impose obligations on the Administration without assuming the paternity of public policies.

**Keywords:** Guarantee. Control. Administrative omission. Social rights. Prison system.

**Summary:** Introduction – **1** Guarantee premises – **2** Inadequacy of Brazilian prisons: a problem of administrative omission – **3** Successive realization of fundamental rights – **4** Reserve of the possible and budget control – **5** Judgment of RE No. 592.581/RS – Final considerations – References

---

## Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2010, v. 254. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Lei que estatui normas gerais de Direito Financeiro e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994*. Lei que cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008*. Decreto que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo Facultativo. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015*. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, de 31 de agosto de 1955*. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Comissão de Direitos Humanos e Minorias, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *Relatório final da CPI Sistema Carcerário*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 2009, Centro de Documentação e Informação Coordenação de Biblioteca. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 01 abr. 2020.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. *Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia*. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 11. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro. *Portal do CNMP*, 2013, Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/244-relatorios/5990-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-o-sistema-prisional-brasileiro>. Acesso em: 13 abr. 2020.

DAMASCENO, Renan. Massacres em presídios já deixaram mais de 250 mortos no Norte e Nordeste desde 2017. *Estado de Minas – Nacional*, 30 de jul. de 2019. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/07/30/interna\\_nacional,1073310/massacres-em-presidios-deixaram-mais-de-250-mortos-no-norte-desde-2017.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/07/30/interna_nacional,1073310/massacres-em-presidios-deixaram-mais-de-250-mortos-no-norte-desde-2017.shtml). Acesso em: 01 abr. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HUNT, Lynn. *A Invenção dos Direitos humanos: uma história*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 [recurso eletrônico].

LUNARDI, Fabrício Castagna. A hermenêutica dos direitos fundamentais na pós-modernidade: do positivismo ao paradigma pós-positivista e neoconstitucionalista. *Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 6, n. 20, p. 173-207, jul./set. 2012.

MARTINS, Luíza. “Presídios do país são masmorras medievais”, diz Ministro da Justiça, *Estadão*, 05 de nov. de 2015. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais-diz-ministro-da-justica,10000001226>. Acesso em: 01 abr. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, junho de 2019. 19 de mar. de 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjZlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQONGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 01 abr. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOSENA, Maurício; BOSCATTO, Muriele De Conto. Democracia versus Direito. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 133-150, jan./jun. 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed., rev. atualizada e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as “condições de possibilidade dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINTO, Élica Graziane. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Portal da Escola Superior do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo*, 2020, São Paulo. Disponível em: [http://esmp.sp.gov.br/Eventos\\_Pontuais/Eventos\\_Material\\_Apoio/MA\\_ENCONTRO Orcamento\\_ESMP\\_ELIDA\\_G\\_PINTO.pdf](http://esmp.sp.gov.br/Eventos_Pontuais/Eventos_Material_Apoio/MA_ENCONTRO Orcamento_ESMP_ELIDA_G_PINTO.pdf). Acesso em: 30 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêutica jurídica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2017.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 45/DF, 0003880-63.2003.0.01.0000, Medida Cautelar, Relator Ministro Celso de Mello. *DJE* 04 de maio de 2004. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 30 jun. 2020.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 347/DF, 0003027-77.2015.1.00.0000, Medida Cautelar, Relator Ministro Marco Aurélio, *DJE* 14 de set. de 2015. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 30 jun. 2020.

STJ. Recurso Especial: REsp nº 1.389.952/MT, 2013/0192671-0, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin. *DJE*, 07 de nov. de 2016. Portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP&processo=1389952&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 jun. 2020.

STF. Recurso Extraordinário: RE nº 592.581/RS, Plenário, Relator Min. Ricardo Lewandowski, *DJE*, 01 de fev. de 2016. Portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>. Acesso em: 30 jun. 2020.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

WORD PRISON BRIEF. *Institute for Crime & Justice Policy Research (ICPR)*. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org>. Acesso em: 03 maio 2020.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA JÚNIOR, Francisco Elnatan Carlos de; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Garantismo e o controle da omissão administrativa na concretização dos direitos sociais – Repercussões para a inadequação dos presídios brasileiros. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 273-308, jan./jun. 2022.

---

Recebido em: 03.08.2020  
Pareceres: 02.07.2021; 06.07.2021  
Aprovado em: 21.07.2021