

**JUDICIÁRIO E
POLÍTICAS
PÚBLICAS: ANÁLISE
SOBRE A
SEPARAÇÃO DOS
PODERES NO
ESTADO SOCIAL E A
EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS
FUNDAMENTAIS
AOS PRESOS**

*JUDICIARY AND PUBLIC
POLICIES: ANALYSIS OF
THE SEPARATION OF
POWERS IN THE
WELFARE STATE AND
THE PRISONERS
FUNDAMENTAL
RIGHTS' REALIZATION*

Gianpaolo Poggio Smanio¹

Professor do Programa de Pós-
graduação da Universidade
Mackenzie

Orly Kibrit²

Doutoranda em Direito da
Universidade Mackenzie

Resumo

O presente artigo trata da necessidade de efetivação da cidadania no Estado Social. Aborda a necessidade de formulação de políticas públicas com esse objetivo, demonstrando a superação do modelo de Estado Liberal. A partir dessa ideia, mostra que a formulação e execução de políticas públicas competem, de acordo com a teoria clássica da separação de poderes, aos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, no Estado Social, em que os direitos fundamentais são constitucionalmente assegurados, ao Poder Judiciário é permitido interferir nessas funções, diante de omissão dos demais Poderes, a fim de fazer valer tais direitos. Pela análise de recente julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, pretende demonstrar que tal possibilidade é assegurada em nosso ordenamento jurídico, sendo plenamente válida a atuação do Poder Judiciário para fazer valer os

¹ Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Subprocurador Geral Institucional do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo – SP, Brasil, direito.pos@mackenzie.br

² Doutoranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora no Damásio Educacional. Assessora criminal na Procuradoria Regional da República da 3ª Região.

direitos fundamentais diante da omissão dos outros poderes estatais.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Estado Social. Cidadania. Políticas Públicas. Presídios. Omissão.

Abstract

This article discusses the need for the citizenship's promotion in the Welfare State. It addresses the need for formulation of public policies for this purpose, demonstrating the overcoming of the liberal state model. From this idea, showing that the formulation and implementation of public policies compete, according to the classical theory of separation of powers, to Legislative and Executive. However, the Welfare State, where fundamental rights are constitutionally guaranteed, the Judiciary is allowed to interfere in these functions, in case of omission by the other Powers in order to enforce these rights. By analysis of a recent decision handed down by the Supreme Court, aims to demonstrate that such a possibility is provided in our legal system, being fully valid the Judiciary's action to assert fundamental rights against the omission of other state powers.

Keywords: Separation of powers. Welfare State. Citizenship. Public Policies. Prisons. Omission.

Introdução

Com o advento do Estado Social, restou superado o liberalismo que pregava a abstenção estatal

em relação aos indivíduos. Nesse novo modelo, o Estado é responsável pela promoção do bem-estar dos cidadãos, pela concretização dos seus direitos, na busca por uma sociedade materialmente livre, justa e igualitária. Tal responsabilidade, no Brasil, encontra previsão no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, vinculando, portanto, a atuação estatal em todas as esferas.

Nesse contexto, as políticas públicas ganharam destaque, sendo de competência dos Poderes Legislativo e Executivo a sua formulação e execução. O Poder Judiciário, pela divisão tradicional dos poderes estatais, não poderia intervir na atuação dos demais Poderes.

Ocorre que, como as políticas públicas envolvem a concretização de direitos e diante da supremacia da Constituição Federal, o Poder Judiciário ganha destaque nesse assunto, sendo permitida a sua intervenção no caso de omissão dos demais poderes.

Assim, por meio do presente artigo, pretendemos demonstrar que a necessidade de promoção de políticas públicas para o resguardo dos direitos dela decorrentes, inclusive quanto à segurança pública, tornou imprescindível a superação da visão clássica da separação de poderes, tal como corroborado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581.

1 Estado Social e a efetivação da cidadania

Diferentemente do que ocorria na Idade Antiga, em que a liberdade era correspondente à participação direta na gestão da coisa pública, com a obrigatoria obediência ao coletivo na vida privada, no mundo moderno a liberdade passou a corresponder a um estado de passividade, de “não ser molestado abusivamente pelo Estado na vida privada” (COMPARATO, 1993).

Diante da neutralidade do Estado Liberal, não se satisfazia materialmente a

exigência de liberdade e igualdade reais; só havia igualdade jurídica, mas desigualdade social e econômica, inibindo-se o reconhecimento da justiça social (PEREZ LUÑO, 2003, p. 223).

No século XX, a partir da obra “Cidadania, classe social e status”, de Marshall, a cidadania liberal foi superada e o instituto passou a ser classicamente entendido como um conjunto de direitos civis, políticos e sociais.

Segundo o sociólogo,

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos

civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais. (MARSHALL, 1967, p. 63-64)

A importância dessa visão social da cidadania justifica-se diante da constatação de que o individualismo e a neutralidade do Estado Liberal não logravam satisfazer as exigências de liberdade e igualdade reais. De fato, com o liberalismo, havia igualdade jurídica,

teórica, formal, mas desigualdade social, inibindo-se o reconhecimento da justiça social (a esse respeito: PEREZ LUÑO, 2003, p. 223; BARACHO, 1995, p. 2-3).

Nesse sentido, Marshall destaca que “o status uniforme da cidadania ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada”, destacando que as desigualdades não decorriam de falhas nos direitos civis, mas sim da falta de direitos sociais (MARSHALL, 1967, p. 80).

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, no século XX, incluindo-se a dimensão social também no conceito de cidadania, superou-se o formalismo positivista, impondo-se ao Estado a realização de fins materiais para uma reforma social e econômica.

Essa superação trouxe a demanda, ao Estado, de “uma enorme gama de atividades para a garantia da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais”,

“significando que o Estado deve realizar políticas ou programas de ação, para atingir determinados objetivos sociais” (SMANIO, 2013, p. 6).

Segundo PEREZ LUÑO (2003, p. 224), o Estado Social

responsabiliza à Administração a tarefa de proporcionar à generalidade dos cidadãos as prestações necessárias e os serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, reconhecida não só através das liberdades tradicionais, senão também a partir da consagração constitucional dos direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural. (tradução livre)

Atualmente, portanto,

Cidadania, direitos humanos e Estado Democrático de Direito são realidades que estão interligadas e se condicionam mutuamente. O Estado de Direito é a forma política em que os poderes atuam autônoma

e independentemente e submetidos ao império de uma legalidade que garante os direitos fundamentais dos cidadãos. Os direitos fundamentais, por sua vez, legitimam o Estado de Direito e o conteúdo da cidadania. (SMANIO, 2009, p. 19)

Essa é a ideia que deve nortear a atuação do Estado brasileiro na busca pelos objetivos previstos na Constituição da República de 1988, especialmente o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I).

Assim, com a Constituição de 1988, pode-se dizer que “Cidadania e Direitos Fundamentais passam a constituir um ‘Núcleo Duro’ do chamado Estado Democrático e Social de Direito, trazendo as políticas públicas para o centro do debate político e jurídico” (SMANIO, 2013, p. 4).

Com efeito, a cidadania é um dos fundamentos de nosso Estado (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal),

mostrando-se imprescindível que a atuação estatal seja pautada pela observância da cidadania em todas as suas dimensões.

Nessa linha,

As políticas públicas a serem desenvolvidas em nosso país devem ter o norte da cidadania em todas as suas dimensões, integrando os diversos aspectos sociais, políticos e econômicos, bem como atendendo às necessidades de inclusão social, pois esta é a determinação constitucional de 1988.

Os valores fundamentais adotados pela Constituição Federal transformam-se em princípios gerais de direito e passam a ser a base racional-filosófica para qualquer exercício dos poderes constituídos do Estado. A cidadania, considerada em todas as suas dimensões, é um destes valores, refletida em princípio geral de direito para a atuação do Estado de Direito brasileiro. (SMANIO, 2008, p. 343)

Como bem pontua Ana Maria D'Ávila Lopes, “somente a partir do momento em que se conceba

a cidadania como um direito fundamental individual de todas as pessoas, que exige uma direta, constante e ampla participação política, poder-se-á afirmar que o caminho para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária foi traçado” (2006, p. 33).

Desta forma, tem-se que

Os valores fundamentais adotados pela Constituição Federal transformam-se em princípios gerais de direito e passam a ser a base racional-filosófica para qualquer exercício dos poderes constituídos do Estado. A cidadania, considerada em todas as suas dimensões, é um desses valores, refletida em princípio geral de direito para a atuação do Estado Democrático e Social de Direito. (SMANIO, 2013, p. 13).

Sob essa perspectiva, de que a cidadania, como fundamento de nosso Estado, deve pautar a atuação estatal na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, analisaremos, a

seguir, a influência da necessidade de efetivação dos direitos da cidadania, a partir das políticas públicas, sobre a teoria clássica da separação dos poderes estatais.

2 A teoria da separação de poderes: de Montesquieu ao Estado Social

A teoria da separação dos poderes estatais é atribuída, classicamente, a Montesquieu, que “condicionara a liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva”, em momento em que “se objetivava o enfraquecimento do Estado e restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual” (GRINOVER, 2013, p. 125).

Nesse momento, portanto, adotou-se o constitucionalismo liberal, com a preocupação de se proteger o indivíduo da ingerência do Estado.

Como bem destaca LEAL (2006, p. 5), “a ideia de dividir ou partilhar o poder em mais de um órgão ou titular adquiriu relevância,

após as revoluções liberais, dentre as várias técnicas de limitação do poder à época aventadas”, com a finalidade de obstar o uso arbitrário ou abusivo do poder.

Ensina SADEK (2013, p. 11) que

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII, essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo. A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder.

Em oposição ao modelo constitucional liberal, em que o Estado era visto como ente estático, no modelo contemporâneo, que é qualificado de “Social”, o Estado tem do dever de

realizar certos objetivos predeterminados e “a atribuição prioritária dos Poderes Públicos torna-se, nesse Estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país” (COMPARATO, 1998, p. 43).

Pode-se afirmar, assim, que o Estado Social é a espécie de Estado Dirigente em que os Poderes Públicos não se contentam em legislar, havendo uma alteração na classificação tradicional desses poderes.

Isso porque, como visto, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, altera-se “o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação desses direitos” (CANELA, 2011, p. 52-53).

Com efeito, se a legitimidade do Estado passa a ser fundada não mais na expressão legislativa da soberania popular, mas na

realização de finalidades coletivas, “o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental” (COMPARATO, 1998, p. 44). A lei, então, passa a ser “mero instrumento de governo” (COMPARATO, 1998, p. 46).

Inclusive, passa-se a dizer que “se o Estado garante a liberdade dos cidadãos, mas não executa os atos materiais necessários para a consecução efetiva da igualdade substancial, não pode ser considerado realmente democrático” (CANELA, 2011, p. 51).

Em nossa Constituição Federal, as normas programáticas referem-se “às normas vinculadas aos objetivos a serem alcançados pelo Estado, por meio de programas articulados e executados por intermédio das políticas públicas”, destinando-se a capacitar o Estado a sua satisfação (CANELA, 2011, p. 63).

Consoante leciona DANIEL (2013, p. 114),

(...) o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de ‘ações’, ‘programas’ ou ‘atividades’ públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização de metas de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional. Logo, não há, a priori, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação dessas políticas, uma vez que (...) a Constituição Federal dá a direção e regular a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Seguindo a divisão dos poderes estatais, a realização das políticas públicas é tarefa dos Poderes Legislativo e Executivo; ao Poder Judiciário, de outro lado, incumbe analisar a compatibilização dos atos com a Constituição – controle de

constitucionalidade. Ao Poder Judiciário não compete a criação de programas ou estabelecer formas de execução dos atos destinados à efetivação dos direitos fundamentais; essas funções são constitucionalmente reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, no Estado Social, o Judiciário passou a ter uma participação mais ampla e intensa na concretização dos direitos constitucionais, “com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, 2009, p. 5), como na imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente na seara das políticas públicas.

Com isso,

(...) o Poder Judiciário assumiu novas funções e teve o seu perfil alterado. A própria sistemática de separação de poderes foi reestruturada, de forma a dar maiores poderes ao Judiciário e instrumentalizá-lo para o desempenho das suas novas tarefas. (COSTA, 2013, p. 453)

Nessa linha, é a partir da omissão do Estado na satisfação dos direitos sociais que nasce o direito de acionar o Judiciário, com o propósito de fazer atender os objetivos estatais, sendo esse, portanto, o papel dos órgãos jurisdicionais. Isso porque “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-lo valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros poderes” (BARROSO, 2009, p. 15).

Portanto, somente se houver “uma ‘disfunção política’ no uso das atribuições de cada poder, deveres-poderes, poderá ser a questão levada ao Poder Judiciário – o qual terá a última palavra em matéria de controle da aplicação do direito” (ZANETTI JR, 2013, p. 49).

Nessa toada, defende CANELA (2011, p. 89) que

Enquanto aos poderes legislativo e executivo cabem atividades

caracteristicamente pró-ativas, ao Poder Judiciário incumbe o exame de constitucionalidade e de legalidade dos atos praticados pelos demais poderes. Trata-se de atividade jurisdicional comitiva, que não emite juízo de valor sobre a ação dos demais poderes, mas apenas de compatibilização com as normas com as normas constitucionais.

Ao Poder Judiciário incumbe o exercício do controle de constitucionalidade das políticas públicas, o que não constitui um “ato de imposição da vontade dos órgãos jurisdicionais sobre as demais formas de expressão do poder estatal” (CANELA, 2011, p. 76).

De fato,

Como não interfere arbitrariamente nos processos de escolha dos caminhos a serem percorridos até a consecução material do bem da vida, mas presta única e exclusivamente atividade jurisdicional, o Poder Judiciário mantém a independência das demais

formas de expressão do poder estatal. E assim o faz em plena harmonia, porquanto simplesmente redireciona as políticas públicas, no limite do necessário para a consecução do princípio da igualdade substancial. (CANELA, 2011, p. 96)

É preciso ter em vista que, de um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a implementação de políticas públicas aptas a concretizá-los, mas, de outro, atribui aos Poderes Legislativo e Executivo as decisões sobre o investimento de recursos e sobre as ações políticas a serem realizadas.

Não obstante, LEAL (2006, p. 33) defende que “com o advento do Estado Constitucional, em que a Constituição se sobrepõe aos poderes públicos, o órgão a que se atribui o poder de fazer o juízo definitivo a respeito da constitucionalidade das leis e, portanto, da interpretação do texto constitucional tem clara primazia sobre os demais órgãos estatais”.

Nessa toada,

A doutrina observa que existe um espaço de discricionariedade reconhecido ao administrador e ao legislador, próprios ao exercício das suas funções. Contudo, este espaço não é de liberdade absoluta, pois o legislador e o administrador devem sempre andar no âmbito dos direitos fundamentais. (...)

Portanto, a presença de discricionariedade no ato administrativo não implica insindicabilidade pelo juiz, pelo contrário, significa que sua análise ocorrerá sempre, com base nas máximas da proporcionalidade, sendo feita com critérios fáticos e jurídicos, dentro de uma compreensão adequada dos direitos fundamentais. (ZANETTI JR., 2013, pp. 60-61).

Destarte, a ideia da “reserva do possível”, comumente usada pelo Poder Judiciário para negar os pedidos de concretização de direitos sociais, não se alinha à principiologia do Estado Social, contrariando o

disposto no artigo 3º da Constituição Federal.

Ora, “à medida que a discricionariedade do agente atinge a escolha das prioridades orçamentárias, essa não pode ser imune ao controle judicial sob o manto dos juízos de ‘oportunidade e conveniência’ ínsitos à Administração”, pois “é a peça orçamentária que permite a existência e o manejo dos recursos necessários à efetivação máxima das políticas públicas” (DANIEL, 2013, p. 116), devendo-se coibir “as atitudes irresponsáveis, as omissões arbitrárias que coloquem em xeque a própria efetividade dos sistemas” (DANIEL, 2013, p. 117).

Assim, é possível concluir que

A interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória nas hipóteses de violação dos direitos sociais. Tal interferência, contudo, não poderá representar a crise econômico-financeira do Estado, mas tão somente a formação

vinculada dos elementos programáticos do orçamento, a fim de que os objetivos estatais sejam efetivamente atingidos no tempo. (CANELA, 2011, p. 111)

A respeito da separação dos poderes e a realização de políticas públicas para a efetivação dos direitos sociais, BARROSO (2006, p. 58) alerta que “o papel do Judiciário, e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso”. Alerta o autor que essa atuação não pode ser abusiva, o que ocorrerá se o Judiciário exercer “preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais”.

Com efeito,

Não se pode esquecer que mesmo a flexibilização da clássica teoria da separação dos poderes (admitindo-se, hoje, o controle jurisdicional)

mantém um núcleo intangível de atribuições específicas para cada ente Estatal, cuja ultrapassagem seria igualmente nociva ao sistema. Realmente, não é tarefa da alçada do Judiciário definir políticas públicas, tampouco substituir o administrador na escolha das prioridades orçamentárias, daí resultando a necessidade de impor limites ao Poder Judiciário ao intervir nas decisões do agente administrativo, não podendo sobrepor-se a este. (DANIEL, 2013, p. 119)

Portanto, no Estado Social, os direitos fundamentais devem ser objeto de atuação estatal, na busca por seus objetivos de uma sociedade justa e igualitária. Para tanto, a ação dos Poderes Executivo e Legislativo é essencial, mas também o Poder Judiciário, no papel de garantir a efetividade desses direitos pelos demais Poderes, é determinante.

3 Estudo de caso: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581

Conforme veremos neste tópico, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS³, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o seu posicionamento de que o Poder Judiciário pode intervir diante da omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas.

No caso, estava em pauta discussão sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais, com finalidade de garantir a observância aos direitos fundamentais dos presos.

Em suma, a indagação feita pela via do Recurso Extraordinário tinha por objetivo esclarecer se, diante das precárias condições materiais das prisões brasileiras e em consideração ao delicado debate

³ Voto do relator disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf]. Acesso em 28 de setembro de 2015.

orçamentário entre a União e os entes federados, estaria o Poder Judiciário autorizado a determinar à Administração Pública a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhes garante, com destaque àquele previsto em seu artigo 5º, inciso XLIX.

Mais especificamente, estava em discussão a situação dos detentos no Albergue Estadual de Araguaiana, notadamente em razão das péssimas condições da fiação elétrica do estabelecimento, que causavam grave risco a suas vidas, e a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário diante da omissão da Administração Pública em investir nas necessárias melhorias.

3.1 A violação a direitos fundamentais nos presídios brasileiros

Sobre a questão em pauta, destacou a Procuradoria Geral da

República em seu parecer⁴ que o estado do sistema carcerário do Brasil viola os direitos fundamentais previstos na Constituição e também diversos instrumentos internacionais a que o país aderiu e que estão em vigor no ordenamento jurídico nacional.

Nesse sentido, o acórdão não apenas menciona todo o arcabouço de normas internas que determinam sejam assegurados aos presos seus direitos fundamentais, implementando-se a execução penal de forma cidadã, mas também ressalta que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da situação degradante dos detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como “Urso Branco”, em Porto Velho, Rondônia.

⁴ Parecer disponível em [<http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/RE-592581.pdf>]. Acesso em 28 de setembro de 2015.

A esse respeito, assinalou o Ministro Relator que

Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte. Lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias.

A Corte Interamericana apreciou também a situação do Complexo do Tatuapé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da integridade física dos recursos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos.

Inclusive, como destacado no parecer ministerial, tal situação é “fonte permanente de reincidência e de violência em detrimento da sociedade”

O acórdão em análise destaca essa situação, afirmando o Ministro Relator que a sujeição dos presos às condições atuais de nosso sistema carcerário

(...) ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.

Em sentido oposto, “dar aos estabelecimentos prisionais e às carceragens condições compatíveis com a humanidade (o que a maioria deles hoje não tem) surtiria efeitos altamente positivos na redução de crimes, ou seja, para diminuição da violência que a própria sociedade sofre”.

Assim, consoante destacou a Procuradoria Geral da República, “a erradicação das condições degradantes de boa parte do sistema carcerário brasileiro tende a reduzir a geração de violência, de criminalidade e de reincidência nos egressos das unidades penitenciárias”, de modo que somente com uma execução penal cidadã seria possível alcançar a segurança pública pela ressocialização dos condenados.

3.2 Segurança pública e execução penal cidadã

A segurança pública, segundo o disposto no artigo 144 da Constituição Federal, é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” e o seu exercício é destinado à “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Nota-se, do teor do dispositivo constitucional, que a segurança pública tem previsão como meio de manutenção da “ordem pública”, como garantia do “direito à segurança”,

identificando-se com os modelos dos regimes autoritários.

A superação da visão dessa segurança pública fundamentada na manutenção da ordem na proteção de um falso direito fundamental à segurança é o desafio imposto ao Estado Democrático de Direito do século XX, pois somente assim será possível, de fato, a concretização de uma “segurança cidadã”, no melhor sentido que essa expressão pode ter (FABRETTI, 2014, p. 69), pela lógica da inclusão e preservação dos direitos de todos os cidadãos (FABRETTI, 2015, p. 24).

Como bem alerta FABRETTI (2014, p. 68), “essa razão, em vez de prover a segurança, tem funcionado como mola propulsora de ações estatais violentas e excludentes, que por sua vez geram mais crimes, mais violência e insegurança, o que acaba por formar um círculo vicioso que se retroalimenta”.

Nessa linha, é preciso superar essa visão de segurança pública, para que

esta seja orientada pelos direitos da cidadania, a qual constitui um dos fundamentos de nossa República (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal).

Realmente, a correta interpretação do artigo 144 da Constituição Federal deve ser feita em consonância com o núcleo axiológico constitucional, levando-se em consideração os princípios e fundamentos nela mesma estabelecidos⁵.

Considerando-se que a cidadania, conforme analisado é fundamento do Estado Social e Democrático brasileiro, deve ser aplicada e considerada também na promoção da segurança pública, inclusive em relação aos presos no sistema carcerário brasileiro.

Ao julgar o recurso em questão, a nossa Corte Suprema afirmou que “tais pessoas, muito embora submetidas à guarda e vigilância do Estado, devem

merecer dele a necessária proteção, inclusive e especialmente contra violências perpetradas por parte de agentes carcerários e outros presos”, de modo a romper “com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de sua liberdade de ir e vir, garantia, de resto, expressa, com todas as letras, no art. 3º de nossa Lei de Execução Penal”.

Verificou-se, portanto, na linha do quanto sustentamos, que em nosso modelo atual de Estado Social também aos presos devem ser assegurados os direitos fundamentais.

3.3 A implementação de políticas públicas no sistema carcerário e a divisão dos poderes

Como visto, a implementação de políticas públicas a fim de se assegurar os direitos fundamentais nos presídios é de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, que, no âmbito de suas atuações legislativas e

⁵ Nesse sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

administrativas devem criar e executar políticas públicas destinadas a implementar a execução penal de forma cidadã.

Ocorre que, nos termos do parecer ministerial, “a incidência de direito fundamental no domínio examinado tem como consequência direta transformar a discussão em jurídica, não mais submetida apenas – ou nem preponderantemente – ao domínio da política”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal destacou que “a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”.

Por óbvio, “não se defende assunção irrestrita de funções do Executivo e do Legislativo por parte do Judiciário, o que levaria a decisões ilegítimas, por indevida superação da vontade popular expressa no

sufrágio, e a desequilíbrio institucional”, mas a atuação do Judiciário é possível diante da constatação, destacada no parecer ministerial, de que “o núcleo essencial do direito fundamental dos presos ao respeito à integridade física e moral é objeto de crônica e continuada violação”.

No caso em análise, a atuação do Judiciário foi justificada pela Suprema Corte na previsão de inafastabilidade da jurisdição, prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, somada à verificação de “clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”.

Diante disso, consignou-se não ser o caso de “indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária”, afastando-se a argumentação de que tal decisão superaria os limites de sua atuação, infringindo a separação dos poderes.

Conforme o entendimento firmado, a hipótese examinada “trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder, que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais”.

Frisou-se, nesse passo, que

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

Por fim, merece destaque a importante análise feita pelo Supremo nesse julgamento em relação ao argumento de que os órgãos públicos têm a sua atuação

vinculada ao orçamento. No caso, a Corte Suprema analisou a verba disponível e demonstrou que a não implementação das devidas ações voltadas à preservação dos direitos dos presos decorre da falta de esforços nesse sentido, e não de indisponibilidade de verbas.

Confira-se o respectivo trecho do acórdão:

(...) consta do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, que, no âmbito federal, a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros é o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ.

Segundo dados do próprio DEPEN, até 2013, por exemplo, foram investidos cerca de R\$1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construções, reformas ou ampliações em estabelecimentos penais, o que

representaria, na projeção por ele realizada, a disponibilização de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentos e quarenta) novas vagas nos sistemas estaduais.

Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecado, até junho de 2015, a considerável importância de R\$2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). É mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEND.

O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos

projetos concebidos pelos entes federados.

(...)

Vê-se, pois, que, embora complexo, o problema prisional tem solução, e especialmente quanto à disponibilidade de verbas, bastando que a União e os Estados conjuguem esforços para resolvê-lo, superando a sua histórica inércia ou, quem sabe, a persistência ausência de vontade política para atacá-lo de frente.

De fato, a falta de articulação entre os órgãos estatais e a não realização de acordos e convênios previstos constituiu um óbice à plena implementação de políticas públicas no sistema penitenciário brasileiro.

A respeito da necessidade de articulação entre os diversos agentes envolvidos na promoção das políticas públicas, bem discorre DUARTE (2013, p. 30) que

O fato é que, no âmbito de um Estado Social e Democrático de Direito, o que se exige, como já destacado, é a atuação coordenada dos Poderes Públicos em prol da

efetivação de direitos, destacando-se, ainda, a atuação da sociedade civil, que deve assumir uma postura ativa não apenas no processo de elaboração das políticas públicas – por meio da sua presença em conselhos de direitos, audiências públicas, além das iniciativas referentes ao chamado “orçamento participativo” –, como também nas instâncias de fiscalização e controle, o que pode ocorrer, justamente, por meio da propositura de ações judiciais.

O Supremo Tribunal Federal, assim, confirmou a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas para o fim de fazer valer os direitos fundamentais dos cidadãos, não havendo que se falar em plena discricionariedade dos demais poderes nesse ponto, inclusive quanto à utilização do orçamento estatal.

Conclusão

Consoante discorremos no presente artigo, diferentemente do modelo do Estado Liberal,

em que se defendia a abstenção estatal, o Estado Social é chamado a concretizar os direitos da cidadania, mediante postura ativa de ações políticas voltadas à efetivação das previsões da lei, a partir da implementação de políticas públicas.

Com isso, mister se faz uma releitura da teoria da separação dos poderes estatais, inicialmente concebida, por Montesquieu, no modelo liberal, para garantir a liberdade dos cidadãos perante o Estado.

Isto porque, apesar de a implementação tais políticas públicas ser de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, há possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nessa seara, com a finalidade de assegurar a plena atuação do Estado Social.

Com efeito, como visto, o Estado não pode se escusar de cumprir os direitos de seus cidadãos sobre o pretexto da discricionariedade administrativa, pois essa conduta viola a Constituição, que prevê como objetivo do

Estado a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Assim, permite-se a interferência do Poder Judiciário em temas que, classicamente, seriam afetos apenas aos demais poderes, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário analisado no presente artigo.

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva: 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade. *Revista atualidades jurídicas*, n. 4, jan./fev.-2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da

Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, jul/dez. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

CÂMARA, Paulo Setti. A política carcerária e a segurança pública. *In Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 1, ed. 1, 2007.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *R. Katál.*, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, jan./jun. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *In Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, abr. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=

S0102-64451993000100005&lng=en&nrn=iso>. Acesso em 11 de fev. de 2015.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

COSTA, Susana Henriques da. O poder judiciário no controle das políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In SMANIO,

Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 30.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Políticas públicas de segurança pública: questionamentos preliminares. In SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. O impacto da educação e do trabalho como

programas de reinserção social na política de execução penal do Rio de Janeiro. In Revista Brasileira de Educação. v. 15, n. 45, set./dez. 2010.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de.; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos,*

estado de derecho y constitucion. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Cidadania e política públicas. In SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Org.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas e Letras Editora e Gráfica, 2015.

_____. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Dimensões da cidadania. In *Novos direitos e proteção da cidadania*. Revista

Jurídica da Escola Superior do Ministério Público. Ano 2 – jan/jun 2009.

_____. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In GRINOVER, Ada Pellegrini;

WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.