

POLÍTICA CARCERÁRIA E DIREITOS HUMANOS: REFLEXOS DA SUA JUDICIALIZAÇÃO

PRISON SYSTEM AND HUMAN RIGHTS: REFLECTIONS OF JUDICIALIZATION

Guilherme Nogueira Soares¹

Renata Mantovani de Lima²

RESUMO

O presente artigo objetiva, primeiramente, contextualizar historicamente os direitos humanos, os sistemas Global, Interamericano (regional) e brasileiro de proteção desses direitos. Após uma breve digressão histórica demonstra, por meio da análise de situações concretas de violações a direitos humanos em presídios, especialmente os fatos relativos à Casa de Detenção José Mário Alves, vulgarmente conhecida como presídio Urso Branco (Porto Velho-RO), a realidade da afamada judicialização das políticas públicas, bem como suas críticas. Tal tema, em voga tanto no direito brasileiro, quanto na agenda de outros países, especialmente tocante às políticas públicas carcerárias, apesar de todo o apelo constitucional constitutivo da matéria, ainda não é considerado solucionável pela atuação proativa do poder judiciário, permanecendo, portanto, no âmbito da conveniência e oportunidade administrativas. Apesar da Corte Interamericana de Direitos Humanos ter imposto ao Estado Brasileiro severas sanções sobre a temática, muitas vezes descumpridas, importa, também, analisar o reflexo da questão na jurisprudência brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Violações; Sistema Carcerário; Judicialização.

ABSTRACT

This article aims, first, historically contextualize human rights, Global, Inter (regional) and Brazilian systems of protection of these rights. After a brief historical digression demonstrates, through the analysis of concrete situations of human rights violations in prisons, especially the facts relating to the House of Detention José Mário Alves, commonly known as Urso Branco (Porto Velho-RO), the reality of famed judicialization of public policy, as well as his criticism. This theme, in vogue both in Brazilian law, as in other countries' agenda, especially regarding public policies to prison, despite all the constitutional appeal constituent of matter, yet it is not to be solvable by the proactive role of the judiciary, remaining therefore within the administrative convenience and opportunity. Although the Inter-American Court of Human Rights to the State have imposed severe sanctions on the subject, often unfulfilled, it is also important to analyze the reflection of the issue under Brazilian law.

KEYWORDS: Human Rights, Violations; Prison System; Judicialization.

¹ Advogado, especialista em direito privado pela Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, aluno do Programa de Mestrado da Universidade de Itaúna/MG, com concentração no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, linha de pesquisa Organizações Internacionais.

² Advogada, Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, tendo realizado suas pesquisas na Universidade de Pisa-Itália, Professora da Graduação e Mestrado da Universidade de Itaúna/MG, Membro do Jurídico do Grupo Ânima Educação.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, tendo em vista os acontecimentos políticos e midiáticos que têm tomado conta dos noticiários nacionais, o tema relativo à judicialização das políticas públicas tem tido grande relevância nos debates em todo o território nacional, vez que a legitimidade, competência e lisura dos políticos brasileiros, não de hoje, vêm sendo colocadas em xeque em razão dos escândalos de corrupção que assolam o país. Nesse diapasão, o poder Judiciário tem recebido os holofotes da mídia em face da sua atuação, não apenas por exigir a realização de julgamentos dos políticos envolvidos nos ditos escândalos, mas, sobretudo, ao ser conclamado prestar sua tutela acerca de matérias que versem sobre políticas públicas jurisdicionalizadas.

Tradicionalmente, a separação dos poderes (art. 2º, CR/88), no modelo clássico proposto por Charles de Secondat, determina ao judiciário a solução dos conflitos levados ao seu crivo, como principal meio de garantir a realização dos direitos fundamentais, não detendo entre suas funções precípua as funções de legislar e administrar. Contudo, a conjuntura atual não se compatibiliza mais a esse tipo de separação estanque entre os poderes constituídos, de forma que esse modelo não pode ser óbice ao controle judicial de políticas públicas, pois o poder de um Estado é uno e indivisível, não podendo essa “mística” da teoria dos “freios e contrapesos” impedir a consecução dos misteres constitucionalmente previstos.

Essa a lição de Hermes Zaneti Jr.:

Atualmente, não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora ela seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário (ZANETI JR, 2011).

Na mesma linha, Dirley da Cunha Jr.:

Atualmente, entre nós, a separação dos poderes se sustenta na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político. Isto significa que, não obstante a independência orgânica, no sentido de não haver, entre eles qualquer subordinação, ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição instituiu

um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (CUNHA JÚNIOR, 2008).

Todavia, há de se registrar que existem fortes correntes doutrinárias, principalmente alienígenas, que questionam a intromissão judicial nas decisões políticas a serem tomadas, não somente apontando como *ratio decidendi* a intangível repartição de poderes, mas sim sob o aspecto da legitimidade e da operacionalidade. Frise-se que, decerto, ao menos no modelo brasileiro, não há como negar que o modelo representativo é o modelo mais democrático possível, de modo que espelha exatamente a vontade do povo, que exerce seu direito de forma direta na eleição de seus representantes políticos, nos termos do art. 1º, § único da CR/88. De outra sorte, os membros que compõe o Poder Judiciário são, via de regra, servidores públicos que prestaram concurso, não espelhando a vontade popular, vez que alcançou tal cargo pelo mérito no certame.

Ensina John Hart Ely:

Nossa sociedade não tomou uma decisão constitucional em direção a um sufrágio quase universal para que os valores dos juristas de primeira classe prevalecessem sobre as decisões populares (ELY, 1980).

Inobstante as severas críticas a essas substituições de papéis no cenário político, existe, de outro lado, o dever, não só do Estado, mas o dever universal de propiciar e proteger afirmativamente os direitos humanos. Isso decorre do processo de internacionalização dos direitos humanos, movimento iniciado no pós Segunda Guerra Mundial, e consequente elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com o fito de que se assegurem parâmetros de dignidade e proteção de direitos humanos, dos quais não cabe qualquer derrogação.

É este o pontapé inicial do sistema global de proteção de direitos humanos. Neste ângulo enfoca Piovesan:

A Carta Internacional dos Direitos Humanos inaugura, assim, o sistema global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção, nos âmbitos europeus, interamericano e, posteriormente, africano (PIOVESAN, 2007).

2. A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA GLOBAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente é de se destacar que apontar ou delimitar, efetivamente, o marco inaugural desses direitos é tarefa árdua. Também, de mesma sorte, não se é possível, com certeza, apontar a consagração inicial da ideia de tais em textos constitucionais. Pela análise de documentos e marcos históricos percebe-se que o surgimento de referidos direitos encontra-se antes dos marcos constitucionais, ao se verificar que no antigo Egito e na Mesopotâmia, em torno de 3000 a.C., aponta-se a existência de mecanismos para proteção individual em relação ao Estado, a exemplo do Código de Eshnunna, que traz em seu bojo matérias relativas ao direito civil e penal, contemplando a responsabilidade civil, direito de família e etc (PINTO, 2003). O Código de Hammurabi (1690 a.C) já apresentava um rol de direitos a todos os homens, tais como vida, propriedade, honra, dignidade, família.

Atrelado ao aspecto constitucional há referência como marco inaugural do surgimento da previsão de direitos e garantias fundamentais na Magna Charta Libertatum inglesa, de 1215, com a previsão da cláusula do devido processo legal, como aponta parcela da doutrina abalizada (NERY JÚNIOR, 2010).

Séculos depois, ante aos anseios das Treze Colônias Norte Americanas em se livrarem das taxações abusivas apresentadas pela Grã-Bretanha, esse fato se tornou o estopim para Revolução Norte Americana, que levou à concretização dos direitos humanos em documentos históricos, por exemplo: a Declaração de Direitos da Virgínia, que aconteceu em 12 de junho de 1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos em 17 de setembro de 1787. Nesta linha, apesar de todo o conteúdo histórico anterior a este período, afirma-se que a concretização dos direitos humanos deu-se com este evento e, posteriormente, na Europa com a Revolução Francesa, onde se firmaram os direitos da burguesia mercantilista, na perspectiva do Estado liberal.

Justamente neste período na América do Norte surge a primeira Declaração de Direitos, responsável por prescrever que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres, independentes e portadores de certos direitos inerentes à sua condição, quais sejam, vida, que é o maior dos direitos fundamentais, propriedade, segurança, entre outros.

O estabelecimento desses direitos inaugurou uma ideia, mesmo que incipiente, da igualdade entre todos os seres humanos, delimitando o surgimento dos direitos de primeira geração, conhecidos como liberdades públicas que, em filosofia, designa a ausência de submissão, de servidão e de determinação. Em outras palavras, qualifica a independência do ser humano e a abstenção do Estado, na medida em que não se admite sua intervenção. De maneira positiva, liberdade é a autonomia e a espontaneidade de um sujeito racional. Isto é, qualifica e constitui a condição dos comportamentos humanos voluntários. As liberdades públicas são direitos à proteção do cidadão contra arbitrariedade do Estado e de particulares.

O advento do modelo contemporâneo de direitos humanos deu-se posteriormente a Segunda Guerra Mundial, momento em que a comunidade internacional percebeu a necessidade de implementação de organismos internacionais com escopo de controlar o respeito e a efetividade da tutela dos Direitos Humanos. Iniciado o movimento de internacionalização dos direitos humanos pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH), por meio da adoção da Resolução 217 A-III das Nações Unidas, diversos organismos regionalizados foram sendo criados para a fiscalização e observância desses direitos, com o intuito de promover e garantir sua efetividade. Certamente, a regionalização manteria os órgãos mais próximos dos territórios em que se perpetrassem violações a essa categoria de direitos.

Modernamente, e na visão de Fernando Gonzaga Jayme, direitos humanos seriam entendidos:

Devem ser entendidos como um conceito aberto, respectivos a novos conteúdos, que venham incorporar as evoluções e transformações que ocorrem na sociedade, com a finalidade de aperfeiçoar a existência humana com dignidade (JAYME, 2005).

Tal conceituação atende às necessidades presenciadas em uma ordem mundial globalizada, sendo que não permite o engessamento de tal conceito, partindo do pressuposto

de que se trata de uma categoria jurídica dinâmica, aberta à necessidade de evoluir, segundo ordena o desenvolvimento universal.

Deve-se frisar que, todavia, esse processo de internacionalização dos direitos humanos somente foi exitoso a partir da superação do modelo clássico de soberania estatal, onde há o dever por parte de Estados soberanos e organizações internacionais em não intervir na esfera de jurisdição interna de um Estado soberano ou comunidade política independente (BULL, 1984).

Nesses Termos, o modelo de soberania estatal que mais se adequaria aos anseios da comunidade internacional seria o modelo proposto pelo Ex-Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, citado por Marcelo Böhlke, *in verbis*:

(...) o conceito de soberania está sendo redefinido pelas forças da globalização e da cooperação internacional. ... os Estados são instrumentos a serviço de seus povos. Portanto, a soberania estatal inclui, além de direitos (nas relações internacionais), uma série de responsabilidades dos Estados em relação aos indivíduos (BÖHLKE, 2011).

Por sua vez, a professora Flávia Piovesan apresenta a melhor fundamentação terminológica para proteção universal dos direitos humanos, erigindo esta categoria a condição de interesse de toda a comunidade mundial, formando um amplo espectro legitimador para verificar a sua preservação e proteção, *in verbis*.

Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva (PIOVESAN, 2007).

O processo de internacionalização dos direitos humanos, somado ao novo modelo de soberania estatal, culminou na inserção do indivíduo como sujeito de direito internacional. Assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Humanitário foram fatores de condensação do Direito Internacional Público no sec. XX, de forma que a retomada do ser humano ao núcleo do Direito Internacional, retirando a sua perspectiva de objeto do direito,

tornando o próprio sujeito do Direito Internacional foi fator de transformação da perspectiva deste, imprimindo uma releitura à luz do direito natural, atribuindo-se limites mínimos dos quais o direito internacional não poderia mais se divorciar de garantir à perspectiva dos direitos humanos, desvencilhando-se do obsoleto modelo apenas interestatal das relações internacionais.

Essa é a lição da professora Flávia Piovesan, *in verbis*:

Diante desse universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou, ainda, de alcance geral ou especial. Vale dizer, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. A título de exemplo, o direito a não ser submetido à tortura é, concomitantemente, enunciado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 7º), pela Convenção Americana (art. 5º), pela Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e ainda pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Cabe, assim, ao indivíduo a escolha do instrumental mais favorável à proteção de seu direito, já que, no domínio da proteção dos direitos humanos, a primazia é da norma mais favorável à vítima (PIOVESAN, 2007).

Esse reconhecimento dá-se a partir da derrubada dos dogmas do dualismo de sujeitos no plano interno e internacional e do Estado como único agente de direito internacional, que, por esta razão, acabou por condicioná-lo a, ao mesmo tempo, figurar como juiz e parte nas demandas em que era submetido, chegando-se, por esta razão, a esta incrível condição. Essa perspectiva mais afastava a possibilidade de tutela dos interesses humanos discutidos nesta seara voluntarista interestatal. Não havia a supremacia do direito internacional.

A partir da apresentação da origem dos direitos humanos e da apresentação do sistema global, aliados à posição do indivíduo nos sistema de proteção dos direitos humanos, passa-se ao sistema interamericano e ao modelo brasileiro.

3. O SISTEMA INTERAMERICANO E O MODELO BRASILEIRO

Relativamente aos países integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi firmada a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), conhecida

como Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR), em 22 de novembro de 1969, sujeitando tais países à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos³. Em razão do fator histórico que engloba a situação destes países, percebe-se que se trata de uma região em processo de desenvolvimento democrático, exatamente pelo fato de contar com Estados em processo de (re)democratização ou que ainda não conseguiram implementar tal proposta.

O Brasil, desde o fim do regime ditatorial e o período de transição democrática, destaca-se pela proposta de inserir-se na agenda do programa regional e internacional de proteção dos direitos humanos, tendo ratificado e aderido a alguns tratados tanto de perspectivas globais, regionais. Relativamente à última perspectiva, o país aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1992, tendo reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 1998. Assim, desde o ano de 1989, aderiu e ratificou diversos outros documentos regionais de proteção e tutela dos Direitos Humanos, tais como: 1ª) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (em 1989); 2ª) a Convenção para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher (em 1995); 3ª) o Protocolo de São Salvador e o Protocolo da Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolição da Pena de morte (em 1996); 4ª) a Convenção Interamericana para Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (em 2001).

O processo de fortalecimento da Corte Interamericana seria de suma importância para o alcance dos ditames presentes no Pacto de São José da Costa Rica, exercendo as decisões da Corte verdadeiro papel para exigir e orientar promoção de políticas públicas e legislativas em nações menos democráticas, servindo como incentivo para o efetivo processo democrático.

Infelizmente, mesmo levando-se em consideração os dispositivos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), relativos ao *pacta sunt servanda*, o desrespeito aos tratados de direito humanos pode ocorrer, e na realidade ocorre, tanto por parte de seus signatários, quanto por aqueles que não os integram. No entanto é de se destacar que a norma relativa aos direitos humanos deverá ser observada por todos, independentemente de adesão ou não ao tratado.

Neste contexto, Cançado Trindade:

³ Artigo 33, 'b' do PSJCR.

Em razão da coexistência de instrumentos internacionais de proteção dotados de bases jurídicas distintas [...], todos os Estados (inclusive os que não ratificaram os tratados gerais de direitos humanos) encontram-se hoje sujeitos à supervisão internacional no tocante ao tratamento dispensado às pessoas sob sua jurisdição (CANÇADO TRINDADE, 1988).

Tomando-se como parâmetro as disposições do Pacto de São José da Costa Rica acerca da efetividade das sanções determinadas pela Corte Interamericana e dados colhidos na literatura pertinente (BASCH, 2010), é alarmante o grau de descumprimento das decisões emanadas da Corte IDH, sendo que 50% das decisões não são cumpridas, 14% tem cumprimento parcial e apenas 36% das decisões são cumpridas totalmente (BASCH, 2010). Assim, parte-se para a análise dos fatos ocorridos na Casa de Detenção José Mário Alves, que em muito ilustra a situação até então apresentada.

4. DA PROMESSA À BARBÁRIE

Construída no final da década de 90, a Casa de Detenção José Mário Alves tinha como finalidade servir de abrigo para presos provisórios, ou seja, aqueles ainda não condenados por sentença transitada em julgado, para, se for o caso de condenação, serem posteriormente encaminhados a uma penitenciária. Com capacidade de abrigar uma média de 420 internos, distribuídos em celas de cerca de cinco metros quadrados, a realidade vivenciada foi diametralmente oposta ao projeto estabelecido. Desde a sua construção, o Estado de Rondônia passou a utilizar a casa de detenção como penitenciária, abrigando juntamente aos presos provisórios, presos condenados. Tal situação contribuiu, e muito, para um acréscimo significativo de reincidência entre os apenados, como se infere dos dados colhidos pela Secretaria de Administração Penitenciária do estado de Rondônia⁴.

Por óbvio, a Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) restou frontalmente violada, *in verbis*:

⁴ Informações constantes nos documentos “Sistema Nacional de Informações Penitenciárias – estabelecimento: Dr. José Mário Alves da Silva “Urso Branco”, fornecidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito das medidas provisórias, disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_ro_urso_branco_2007.pdf.

Art. 82 Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso (...)

§ 2º O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

Art. 84 O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

O Brasil responde, desde 2002, a processo na OEA por não respeitar as normas internacionais de direitos humanos na Casa de Detenção Urso Branco, devido a massacres de presos, superlotação carcerária, instalações deficientes, dentre outras violações. A situação no presídio não mudou entre o período de 2002 a 2006, segundo denunciou, em agosto de 2006, o diretor do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, Maurício Kuehne⁵.

Desde 2000, quando uma rebelião levou à morte três internos e deixou 30 feridos, a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho, responsável por (apresentar três denúncias à Corte da OEA, por violações aos direitos humanos pelo governo brasileiro) vem acompanhado a situação da penitenciária.

Em 2001, os detentos assassinaram seis companheiros. No ano seguinte, o presídio ganhou espaço na mídia nacional e internacional devido ao assassinato de 27 presos, cometido por colegas de cela. No mesmo ano, outros dez assassinatos isolados foram registrados. Já em 2004, uma rebelião deixou quinze mortos – cinco decapitados –, além de centenas de feridos e 80% das instalações destruídas. Um ano depois, nova rebelião fez 200 reféns e dez mortos⁶.

Após tais fatos, a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e a Justiça Global enviaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos representação face ao Estado brasileiro sobre de violação de direitos humanos dos apenados, sejam eles direito à vida e integridade física dos internos do presídio Urso Branco (artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos), e dos direitos às garantias judiciais (artigos 8º e 25 da Convenção), uma vez que os responsáveis pelas mortes, até aquele momento, não haviam sido processados e julgados pelas instâncias competentes. Dentre à proteção à integridade física está a adequação das condições da unidade a padrões dignos de cumprimento da pena, como condições sanitárias adequadas das celas, acesso à água (limitado a três vezes ao dia) e banhos de sol frequentes, que ocorrem apenas uma vez por semana por período de duas horas.

⁵ Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_ro_urso_branco_2007.pdf.

⁶ Idem.

Aos 10 de agosto de 2007, a Procuradoria Geral da República expediu vários ofícios que veicularam cobranças em face das autoridades rondonienses, na expectativa de obter respostas sobre as mais de cem mortes de presos do Urso Branco, após os fatos de 2002. Os ofícios foram expedidos para o Governo do Estado, Procuradoria do Estado, Conselho de Direitos Humanos entre outros.

Atualmente o presídio conta com 815 vagas, mas sofre com a superlotação. Em 2013, o Depen informou que 1.200 detentos ocupavam as dependências da Urso Branco. Estima-se que até os dias atuais vários detentos ainda são vítimas das mais distintas formas de tortura.

Assim, após essa detida análise concreta da situação de um dos presídios mais violentos do Brasil que acabou despertando a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, passa-se à análise da realidade da judicialização de políticas públicas no Brasil e suas consequências.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ATIVISMO JUDICIAL

Não surpreende a atual condição acometida ao poder Judiciário. A discussão está longe de ser resolvida, sendo que a doutrina mais abalizada apresenta proposta onde se reduz a atividade jurisdicional, no que tange a tomada de decisões sobre políticas públicas, Peter Häberle (2009) ensina que aos poderes executivo e legislativo são deferidas as obrigações de se promover e realizar as políticas necessárias à promoção da justiça social. Todavia, essa atuação condiz relativamente aos direitos fundamentais clássicos / negativos, não com a atual condição da democracia pluralista, onde as Cortes devem aprimorar suas técnicas avaliativas, buscando atuar, em definitivo, sobre novas questões judicilizáveis, como as políticas públicas.

Percebe-se, após todos os pontos levantados acerca da legitimidade da prestação jurisdicional sobre políticas públicas, que apesar da resistência à tutela jurisdicional acerca da matéria, não há como impedir o pronunciamento do poder judiciário sobre o tema. Primeiro, deriva a sua judiciabilidade da própria força normativa da constituição⁷, que, pela teoria dos

⁷ STF – AI (AgR) 555.806/MG, rel. Min. Eros Grau (01.04/2008).

direitos fundamentais, objeto das demandas relativas à judicialização sobre políticas públicas, espelha o dever do Estado em reforçar a sua efetivação, sendo erigidos, esses direitos à categoria de normas constitucionais de eficácia plena e aplicação imediata, exigíveis e exercitáveis prontamente, devendo tal poder zelar pela sua observância, haja vista a volatilidade destes direitos que encontram-se em permanente evolução; segundo que isso decorre do próprio princípio da inafastabilidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, CR/88.

Decorre, como se deve observar da provocação do poder judiciário para prestar tutela jurisdicional nesses aspectos, o surgimento do alcunhado “ativismo judicial”, que trata do papel proativo de magistrados e dos tribunais no processo de elaboração do direito, com a transposição dos limites impostos legal e constitucionalmente e o uso de mecanismos jurídico-argumentativos que estendem, da jurisdição, o poder de adaptação dos casos fáticos ao ordenamento. Nos países adotantes do sistema legislado *civil Law*, esta conduta do poder judiciário poderia ser considerada como a maior violação do sistema clássico de separação de poderes, eis que o magistrado, inúmeras vezes, extrapola sua atividade costumeira, inveterando-se em seara não sua e, muitas vezes, extrapolando até mesmo os limites objetivamente delineados na demanda, chegando a pronunciar, muitas vezes, *extra petita*.

Nessa linha Lucas Seixas Baio:

Os eloqüentes argumentos lembram a inabalável importância do processo eleitoral nas democracias representativas, e por reflexo, retratam a realidade de países de tradição romanística, como o Brasil, nos quais direito legislativo é o referencial elementar do trabalho dos juristas. Por esta razão, a prática ativista é tratada, em tais sistemas, como disfunção, consagrando um espectro de ilegitimidade (BAIO, 2012).

Na mesma linha ensina Luis Roberto Barroso:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao

Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008).

Assim, superados esses eventuais empecilhos à atividade jurisdicional acerca da legitimidade do poder judiciário no exercício de suas funções nessa seara, passa-se à discussão acerca dos limites ao exercício dessa atividade, que, como se pode observar, não é ilimitado, sob pena de se suprimir os demais poderes da república, reduzindo-se atividade estatal a uma temível ditadura do Poder Judiciário.

6. DOS LIMITES À ATIVIDADE JURISDICIONAL NA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como se depreende do próprio modelo de Estado em que vivemos, a separação de poderes é fundamental, vez que veda a possibilidade de um dos poderes se sobrepor aos outros, impossibilitando, com isso, qualquer tipo de autoritarismo entre estes, ao mesmo tempo em que viabiliza o equilíbrio entre os Poderes do Estado. Com efeito, nesse tocante é necessário enfatizar a necessária limitação à atividade jurisdicional no que tange à judicialização das políticas públicas. *Ab initio*, necessário consignar que não se trata de atividade primordial afeta ao poder judiciário administrar, dever afeto ao poder executivo, muito menos criar leis, que incumbe ao poder legislativo. Assim, a ausência de uma política pública relacionada a determinada situação ou a falta de uma lei que regule uma situação qualquer não são preocupações do poder judiciário.

Além disso, necessário lembrar que os recursos orçamentários são geralmente escassos, sujeitos a dotações orçamentárias prévias, estabelecidas antecipadamente pelo Plano Plurianual, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e pela Lei Orçamentária Anual, que previamente direcionados à adoção de certa política pública, pois destinadas a uma política que se desenvolva a longo prazo, e as necessidades humanas infinitas, haja vista a vastidão de direitos existentes e o sem-número de situações que podem ensejar a intervenção jurisdicional. Esses limites apresentados dão origem à famigerada teoria da “reserva do possível”, que retrata exatamente essa ponderação supra: escassez de recursos *versus* necessidades ilimitadas.

Nessa linha, Cesar Augusto Alckmin Jacob:

No Brasil, hoje, a “reserva do possível” vem sendo usada como defesa do Estado principalmente após a Carta de 1988. De um modo geral, ao vasculhar a melhor doutrina e as decisões judiciais mais notórias, encontram-se três posições básicas adotadas a respeito: (1) os defensores do argumento, seja qual for o direito discutido, velando pelo cumprimento rigoroso dos orçamentos, (2) os que não aceitam tal alegação em hipótese alguma, por entenderem se tratar de questão de somenos importância diante da realização dos direitos humanos, e, por fim, (3) quem aceite o argumento com reservas, nos casos em que, por um exercício de ponderação de valores, o direito pleiteado não deva se sobrepor à necessidade de previsão orçamentária da despesa decorrente de sua concessão (JACOB, 2011).

De outro lado há a teoria do “mínimo existencial”, que visa a estabelecer um núcleo mínimo de condições para a realização da personalidade à luz da dignidade da pessoa humana. Quer dizer, há uma imposição na observância do denominado de "mínimo social", enfatizando, que a doutrina procura atenuar a teoria do grau ínfimo de efetividade dos direitos à prestação material, com a garantia do mínimo social. A Constituição da República, expressamente, reconheceu esta garantia em seu corpo, insculpida no art. 205, § 2º, que estabelece o salário-mínimo como piso dos benefícios previdenciários. Assim, estar-se-á frente à uma obrigação de prestação material que gera imediato direito subjetivo para os titulares.

Esse chamado “mínimo existencial”, como adiantado, é o parâmetro para a realização da pessoa humana dignamente. Tal teoria decorre da interpretação oferecida pela moderna teoria pós-positivista, que, nas palavras de Luis Roberto Barroso, consiste em:

(...) um conjunto difuso de ideias, que incluem a volta dos valores ao direito, a formulação de uma teoria da justiça e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana (BARROSO, 2001).

Para corporificar o conceito de dignidade da pessoa humana, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2001).

O valor dignidade da pessoa humana situa-se como pedra angular da ordem jurídica brasileira, vez que concebe a valorização da pessoa humana como marco teórico fundamental, tanto à estruturação do Estado brasileiro, quanto para o próprio direito. O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, à dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988.

Corroborando o entendimento, Ingo Sarlet:

Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.(...) Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica (SARLET, 2001).

Contudo, tendo em vista os rigorosos parâmetros demonstrados acerca da limitação da atividade jurisdicional relativamente à possibilidade de atuação do poder judiciário nas demandas sobre políticas públicas, percebe-se uma grande dificuldade na busca de se pacificar o que seria matéria onde haveria a possibilidade de ação razoável do poder judiciário e o que seria remetido à discricionariedade de atuação dos demais poderes. Quer dizer, apesar de todo esforço doutrinário em narrar a qualidade substancial dos direitos fundamentais tuteláveis (previstos, não taxativamente, no art. 5º, CR/88), a sua condensação depende da atuação estatal na densificação dos direitos previstos no art. 6º e seguintes da CR/88, os chamados direitos sociais e, ao que parece, essa função fora acometida aos Tribunais Superiores do país desenvolverem a teoria do mínimo existencial tutelável em sede de ação, talvez mais em razão do caráter dinâmico (WATANABE, 2011) em que se insculpe o instituto. Assim, passa-se à análise da jurisprudência afeta ao tema.

7. A POLÍTICA CARCERÁRIA E SUA JUDICIALIZAÇÃO

Não resta dúvida de que o fundamento dignidade da pessoa humana reflete sobre a situação dos presídios e prisões brasileiros. Se o objetivo de uma pena não for apenas a retribuição do mal feito, segundo a teoria absoluta da pena, responsável por preconizar que quer dizer que a pena se esgota na ideia de pura retribuição, tendo como fim a reação punitiva, ou seja, responde ao mal constitutivo do delito com outro mal que se impõe ao autor do delito, não se pode dissociar uma coisa da outra: o sistema carcerário tem que ser fundado na dignidade da pessoa humana. Assim, não é desnecessária uma sistematização dos princípios constitucionais relativos à pena.

Como primeiro princípio, corolário da dignidade da pessoa humana, surge o princípio da humanidade das penas (Art. 5º, XLVII, CR/88), que visa a tratar da qualidade das penas. Este princípio diz que a pena do direito criminal tem que ser humana, não pode ser uma pena que ofenda a dignidade da pessoa, portanto não pode ser uma pena que corporalmente exclua da pessoa um órgão, não ofenda sua dignidade física, moral nem social da pessoa. Deve respeitar os valores fundamentais insculpidos na nossa constituição, que estão secularmente presentes insculpidos nos principais tratados sobre direitos humanos.

O segundo princípio a que se faz referencia constitucionalmente, princípio da individualização da pena (Art. 5º, XLVI, CR/88), consequência da adoção, pela CR/88, da concepção pela qual a função da pena é, no tocante ao condenado, a prevenção especial, ou seja, a pena tem por objetivo, em relação ao condenado, recuperá-lo, ressocializá-lo, fazer com que ele retorne ao convívio social e, para tanto, é preciso, na fase da cominação da pena, na fase de aplicação da pena e na fase de execução da pena, individualizá-la, ou seja, observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da adequação.

Caráter preventivo da pena e seus destinatários, segundo a CR/88 trata a pena fundamentalmente como instrumento de caráter preventivo. O objetivo é recuperar o condenado. Por isso deve-se individualizar a pena, para que esta possa, o quanto mais possível, se aproximar da ideia preventiva, tornado-a ideal.

Na lição magna de Cesare Beccaria:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida (BECCARIA, 1997).

Percebe-se uma ligação umbilical entre o dever do Estado em prestar condições dignas que levem à consecução dos fins a que se propõe a pena criminal e os ditames constitucionais e das convenções e tratados sobre direitos humanos. Todavia, como ventilado alhures, restou, relativamente ao direito brasileiro, à jurisprudência o papel principal frente à construção das matérias que poderiam ser concretizadas pela via de ação, na construção do ideal “mínimo existencial”.

No tocante à judicialização das políticas públicas carcerárias, os Tribunais Superiores não vêm dando a devida atenção de imprescindibilidade como o dispensado a outras matérias como a educação e a saúde, mesmo após denúncias feitas à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violações de direitos e condições ambientais nos presídios. Quer dizer, o tema não se insere no núcleo que compõe a agenda “mínimo existencial” que permitiria uma intervenção concreta do poder judiciário na política, permanecendo na seara da conveniência e oportunidade da administração pública, relativamente à implementação de qualquer política sobre o tema.

Percebe-se que não se trata de uma teoria aprofundada, assim como propõe a doutrina no debate acadêmico, para se definir as razões da impossibilidade da judicialização do tema. As decisões acerca do tema têm como fundamento, quase sempre, a impossibilidade de ingerência de um poder na discricionariedade do outro. Em sede de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre o tema. Sob a justificativa de violação do art. 144, *caput*, CR/88⁸, primeira parte, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA tratou o tema como norma constitucional programática, situando-se dentro do programa a ser implementada pelo Estado. Todavia, o Tribunal Excelso, independentemente do status dado à norma (programática ou de eficácia contida), deveria ser lida à luz da separação dos poderes, sendo que esta garantia republicana permaneceria como a

⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.

baliza sobre a temática⁹. Como traçado no corpo do aresto, apesar de nobre a proposição ministerial, não cabe ao poder judiciário substituir a função precípua atribuída ao poder executivo no desiderato de estabelecer quais serão as políticas públicas a serem implementadas.

Dessa forma impende salientar que o tema permanece em construção, mas as balizas serão feitas pelo próprio poder judiciário, vez que, sustentado na ideia de não se imiscuir em programa de outro Poder instituído, cria um bloco de matérias em que permite a sua atuação, a exemplo da saúde e da educação, rechaçando a possibilidade de adentrar em outras situações, como no exemplo proposto, mesmo com respaldo na Corte interamericana de Direitos Humanos, a situação da política carcerária no país.

8. CONCLUSÃO

Não há como desconsiderar a necessária atenção à problemática trazida pela matéria vez que engloba vários aspectos polêmicos, principalmente a independência entre os poderes e a construção constitucional da matéria acerca do mínimo existencial, já que parece que o tema foi relegado à batuta da jurisprudência dos Tribunais Superiores para a sua delimitação. Não se pode olvidar que à doutrina, a quem deveria ser endereçada a temática, continua ampliando o debate, mas a atividade jurisdicional parece suplantar o seu papel.

Apesar de tais posições dos órgãos jurisdicionais terem como sustentáculo o cenário político que envolve a discussão sobre o conteúdo a ser firmado a permitir a ingerência jurisdicional (princípio da conformidade funcional), deve-se analisar alguns princípios de direito constitucional à luz da nova hermenêutica constitucional, sendo esta o pós-positivismo. O princípio da máxima efetividade é invocado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, orientando a interpretação constitucional a permitir a máxima efetivação de tais direitos, que têm aplicação imediata. Como dito acima, os direitos relativos aos encarcerados não admitem interpretação restritiva ou supressão de direitos, sendo que a própria L. 7.210 e sua exposição de motivos (ver art. 41, e dispositivos 94 e segs.) determinam as condições em que se construirá o sistema penitenciário (de uma inspiração Neokantista latente), deforma a possibilitar a ressocialização do apenado.

⁹ STF – RE 365.299/sc, rel. Min. Carlos Veloso (16.11.2005).

Infelizmente, mesmo com todo o movimento pela universalização dos direitos humanos, as inúmeras denúncias apresentadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente no que tange à barbárie ocorrida no Presídio de Urso Branco, o modelo clássico de soberania parece ainda reinar nesse cenário tão triste da realidade brasileira, onde não se respeita as decisões do Órgão Interamericano, bem como a jurisprudência pátria não dá a necessária atenção ao tema, que pede socorro diuturnamente aos Tribunais, mas sempre rechaçado.

Nessa linha, percebe-se que a questão afeta à política carcerária, no âmbito de sua judicialização, ainda não entrou na agenda da jurisprudência como matérias solucionáveis pela atuação proativa do poder judiciário, permanecendo no âmbito da conveniência e oportunidade administrativas, não engrossando o conteúdo garantista “mínimo existencial”, apesar de todo o apelo constitucional constitutivo da matéria, exemplo expressivo da realização da dignidade da pessoa humana em um de seus graus mais remotos, qual seja, as condições sub-humanas em que são dispostos os apenados e todos os efeitos degradantes decorrentes do cumprimento de pena no Brasil, que destoa completamente do principal objetivo da pena, qual seja, a ressocialização do apenado.

REFERÊNCIAS

BAIO, Lucas Seixas. *Ativismo E Legitimidade: Província Democrática Para A Criação Judicial Do Direito*. 2012 – disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_10_5881_5923.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática*. 2008. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 18 de setembro de 2013.

BASCH, Fernando. *A Eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Abordagem Quantitativa sobre seu Funcionamento e sobre o Cumprimento De suas Decisões*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 7. n. 12. São Paulo: Conectas, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. De Flório de angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BÖHLKE, Marcelo. *A proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BULL, Hedley (Ed.). *Intervention in world politics*. Oxford: Claredon, 1984.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review*. 13. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de Aplicação da Verba*. Em *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe*. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2010.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direito Nas Sociedades Primitivas*. in WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos De História De Direito*. organizador. - 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1998.

WATANABE, Kazuo. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANETI JR, Hermes. A Teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia. *In: O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas / coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe*. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.