



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Direito

WILSON ROBERTO QUEIROZ COSTA

**O ATIVISMO JUDICIAL NA IMPOSIÇÃO DE REFORMA NO PRESÍDIO
CENTRAL DE PORTO ALEGRE – RS**

Brasília

2016

WILSON ROBERTO QUEIROZ COSTA

**O ATIVISMO JUDICIAL NA IMPOSIÇÃO DE REFORMA NO PRESÍDIO
CENTRAL DE PORTO ALEGRE – RS**

**Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.**

Orientador: Prof. Dr. César Binder.

Brasília

2016

WILSON ROBERTO QUEIROZ COSTA

**O ATIVISMO JUDICIAL NA IMPOSIÇÃO DE REFORMA NO PRESÍDIO
CENTRAL DE PORTO ALEGRE – RS**

**Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.**

Brasília, 28 de outubro de 2016

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. César Augusto Binder

Examinador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Examinador: Prof. Dr. Rodrigo Pereira Martins Ribeiro

RESUMO

O presente trabalho trata do ativismo judicial e a possibilidade de o Poder Judiciário impor a realização de obras no presídio central de Porto Alegre, tendo em vistas dificuldades financeiras que estão presentes na realidade brasileira. O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como principal argumento para realização de reforma em presídios, bem como a máxima efetividade da Constituição, tendo em vista a situação precária em que os detentos se encontram. Em sentido contrário, a separação de poderes fundamenta a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário em matéria reservada à Administração Pública, juntamente com a falta de verba orçamentária. Assim, a tensão entre as duas correntes será o ponto principal de discussão deste trabalho.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Separação de poderes. Ativismo Judicial. Presídio. Reforma. Dignidade da pessoa humana. Poder Judiciário. Administração Pública.

ABSTRACT

This study deals with the judicial activism and the ability of the Judiciary to impose the execution of works in the central prison of Porto Alegre, in view financial difficulties that are present in the Brazilian reality. The principle of human dignity is presented as the main argument for carrying out reform in prisons, and the maximum effectiveness of the Constitution in view the precarious situation. On the other hand, the separation of powers underlying the intervention inability of the judiciary in matters reserved for Public Administration, along with the lack of budget funds. Thus, the tension between the two currents will be the main point discussion of this study.

Keywords: Separation of Powers. Judicial Activism. Prisons. Reform. Dignity of human person. Judicial Power. Public Administration. Federal Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 SITUAÇÃO DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE E O ATIVISMO JUDICIAL.	8
1.1 Situação dos presídios (dados)	8
1.2 Noções acerca do Ativismo Judicial e a origem do Poder Judiciário	11
1.3 Princípios constitucionais relevantes	18
1.3.1 Mínimo existencial	18
1.3.2 Dignidade da pessoa humana	21
1.3.3 Máxima efetividade da Constituição	23
2 PREPARAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPOR REFORMAS EM PRESÍDIOS E A VIABILIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA.	25
2.1 Conhecimento técnico do Judiciário	25
2.2 Verba (ordem orçamentária) / Reserva do possível	30
2.3 Separação dos Poderes / Ingerência indevida em seara reservada à Administração	35
3 (I) LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA REFORMA DE PRESÍDIOS.	39
3.1 Área de atuação exclusiva da Administração Pública?	49
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O problema no sistema carcerário assombra todo o Estado Brasileiro. Além de não cumprir sua função de ressocialização, as penitenciárias apresentam-se com superlotação e muitas vezes em situações precárias. A despeito do número de vagas em presídios no Brasil ser de 376.669 de pessoas, a população prisional brasileira é de 607.731 pessoas.¹

O presídio central de Porto Alegre será o objeto de análise neste trabalho, com o intuito de visualizar no caso concreto a verdadeira realidade deste presídio. Nessa linha, tendo em vista a precariedade do presídio central de Porto Alegre, este trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de o Poder Judiciário impor que a Administração Pública realize reforma neste presídio, sem que resulte em uma violação à separação de poderes.

Para tanto, mister que se proceda a análise de alguns dos princípios que embasam a possibilidade de intervenção judiciária, bem como os argumentos contrários. Assim, a dignidade da pessoa humana e a separação de poderes, dentre outros pontos, serão colocadas em conflitos, a fim de delimitar a atuação do Poder Judiciário.

Dessa forma, o primeiro capítulo trará os principais aspectos que fundamentam a imposição, pelo Poder Judiciário, de realização de reformas no presídio central de Porto Alegre. Assim, serão abordados conceitos como ativismo judicial, além do princípio da dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e a máxima efetividade da Constituição. Ademais, neste momento será exposto, de forma breve, o surgimento do Poder Judiciário, bem como movimentos que favoreceram para formação de decisões ativistas.

No segundo capítulo, por outro lado, conterà argumentos que não permitem a intervenção do Judiciário na reforma de presídios, sob o fundamento de que caso assim o fizesse, haveria uma ingerência em área reservada a Administração Pública. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes e a falta de verba orçamentária/ reserva do possível encontram seu lugar no presente trabalho. Não obstante, será discutido neste momento o conhecimento técnico do Poder Judiciário para determinação de reforma em presídios.

¹ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

Por fim, o terceiro capítulo abordará o escopo do presente trabalho. Assim, será posto em conflito os argumentos expostos nos capítulos anteriores, a fim de se ponderar sobre a melhor solução ao caso concreto. Afinal, pode o Poder Judiciário determinar que a Administração Pública realize reformas em presídios?

1 SITUAÇÃO DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE E O ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Situação do presídio central de porto alegre

A evolução na aplicação de penas, com a reforma do Direito Penal, trouxe consigo uma forma de humanização no modo de sua aplicação. Antes de tal reforma, as penas eram voltadas para punição corporal do indivíduo, com o objetivo de castigá-lo. Assim, era comum a utilização da tortura como forma de pena.²

Com a evolução no sistema prisional, foram criados novos meios para tratar aqueles que praticavam crimes, sem que houvesse a utilização de penas desumanas. A Constituição de 1988 garante aos presos penas que não envolvam a tortura ou qualquer meio cruel. Entretanto, ainda com tais direitos previstos, diversas vezes é possível perceber violações por parte do próprio Estado. Exemplo de violações de direitos ocorreu no “Massacre do Carandiru”, em que 111 presos foram assassinados por policiais que tentavam controlar a rebelião no presídio.³

Nos últimos 4 anos, o Governo Federal investiu mais de 1 bilhão de reais em reforma de presídios. Entretanto, ainda com a implementação de verba para melhorias dos presídios, a situação atual não é satisfatória. Nesse sentido, muitos alegam que se deveria buscar medidas alternativas diversas do sistema prisional como solução para tal problema. Porém, o objetivo deste trabalho é verificar a legitimidade do Poder Judiciário para implementar reforma nos presídios.⁴

Contudo, as violações de direitos e implemento de penas de caráter cruel por parte do Estado, muitas vezes não resultam de uma atitude comissiva, mas sim de uma ausência de prestação de serviços que deveriam ser implementados pelo ente estatal. Assim, diversas vezes é comum nos depararmos com notícias de presos sofrendo abusos em presídios por parte de outros

² ENGRUCH, Werner e SANTIS, Bruno Moraes di. *A evolução histórica do sistema prisional do estado de são paulo*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145> Acesso em: 8 mar. 2016.

³ ENGRUCH, Werner e SANTIS, Bruno Moraes di. *A evolução histórica do sistema prisional do estado de são paulo*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145> Acesso em: 8 mar. 2016.

⁴ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

detentos, situação que, em tese, deveria ser reprimida com uma atitude da Administração Pública.⁵

O problema da situação carcerária brasileira é uma questão de enorme complexidade, não demandando responsabilidade apenas da Administração Pública. É necessário que os Três Poderes da esfera Estatal, em todos os níveis da Federação, se mobilizem a respeito do tema para que se possa chegar em algum resultado eficiente.⁶

Dentre vários problemas, o relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) aponta o perfil daqueles que se encontram nos estabelecimentos prisionais, dentre sua maioria, jovens negros que não possuem um nível básico de escolaridade e de baixa renda. Entretanto, ainda que este seja um grande problema a ser enfrentado, tratar desse tema fugiria do escopo deste trabalho. Nesse liame, não haverá necessidade de abordar qual a razão de a pessoa estar presa, tendo em vista que, para este trabalho, a importância demonstra-se na realidade das pessoas que se encontram detidas em estabelecimentos prisionais.⁷

Assim, não se verifica ser relevante tratar neste trabalho sobre quais “tipos” de pessoas que se encontram em estabelecimentos prisionais, mas sim das condições em que tanto as pessoas e os presídios se encontram. Ora, a situação do presídio interfere diretamente nas condições que os detentos possuem.⁸

Assim, deve-se, previamente, antes de adentrar em questões jurídicas, analisar a situação atual daqueles que se encontram no Presídio Central de Porto Alegre, bem como a situação deste estabelecimento. O Depen, o órgão realizador de estatísticas de sistemas carcerários, realiza estudos com a finalidade de facilitar a realização de políticas públicas de acordo com a realidade brasileira.⁹

⁵ ENGRUCH, Werner e SANTIS, Bruno Morais di. *A evolução histórica do sistema prisional do estado de são paulo*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145> Acesso em: 8 mar. 2016.

⁶ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁷ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁸ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁹ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

Dito isso, partindo-se para uma abordagem de dados de uma forma geral, de acordo com os dados obtidos pelo Depen, a população prisional brasileira é de 607.731 pessoas, incluindo-se as secretarias de segurança/ carceragens de delegacias (27.950 pessoas) e o Sistema Penitenciário Federal (358 pessoas). Entretanto, o número regular de vagas nos presídios é de 376.669, demonstrando, assim, um déficit de 231.062 vagas.¹⁰

Comparando o sistema prisional brasileiro em âmbito mundial, o Brasil encontra-se em quarto lugar quando se trata da população carcerária, ficando atrás apenas dos EUA, China e Rússia. Ainda nessa linha, salienta-se que, enquanto esses países abaixam sua taxa de aprisionamento, o Brasil, de 2008 a 2014, teve um aumento de 34%.¹¹

O sistema prisional brasileiro, entre os anos de 2000 e 2014 quase triplicou número de vagas dos presídios. Entretanto, ainda com tal aumento no número de vagas, durante esse período, o déficit de vagas praticamente dobrou. Assim, demonstra-se o enorme crescimento na população carcerária brasileira.¹²

Abordando o tema de forma específica, o Presídio Central de Porto Alegre foi projetado com uma capacidade de abrigar 1905 presos masculinos. Entretanto, a lotação atual do presídio é de 4448 pessoas.¹³

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, em inspeção penal realizada no presídio, constatou-se que existem apenas 240 vagas oferecidas para estudos dentro da unidade prisional, e 783 vagas para trabalho interno.¹⁴

Verificou-se, ainda, que não estão sendo atendidas as necessidades de distinção quanto ao sexo e a idade dos detentos. Ademais, presos provisório não ficam separados de presos

¹⁰ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

¹¹ DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

¹² DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

¹³ JUSTIÇA, conselho nacional. *Recibo de cadastro de inspeção*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=presos>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁴ JUSTIÇA, conselho nacional. *Recibo de cadastro de inspeção*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=presos>. Acesso em: 15 jan. 2016.

condenados por sentenças transitadas em julgado, bem como não há separação do preso primário para o reincidente.¹⁵

Nessa realidade, torna-se comum encontrar armas em presídios brasileiros, não sendo exceção o presídio central de Porto Alegre. O relatório de inspeção utilizou o termo “Péssimas”, quando respondido o quesito acerca das condições do estabelecimento prisional. Em face da administração do presídio, o relatório do CNJ atesta a existência de apenas cinco agentes penitenciários no estabelecimento prisional de Porto Alegre.¹⁶

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o Presídio Central de Porto Alegre segue sem condições de recolhimento de presos. A Polícia Militar efetua a administração do local, devido à rebelião ocorrida em tempos atrás, razão pelo qual existem apenas cinco agentes penitenciários no local. Assim, o controle das galerias do Presídio é feito pelos próprios presos, que fazem a segurança interna.¹⁷

Uma vez estabelecida a realidade encontrada no presídio, passa-se à análise de questões que merecem destaque.

1.2 Noções acerca do ativismo judicial

O Termo “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez por Arthur M. Chlesinger Jr., em 1947. A utilização do termo surgiu após a Suprema Corte adotar uma posição mais ativa em prol do bem-estar social, limitando a competência do Executivo e do Legislativo.¹⁸

Cumprido dizer que não é uma tarefa fácil definir um conceito para o termo ativismo judicial. Nesse sentido, explica Marcelo Caon Pereira em uma visão inicial sobre o tema:

¹⁵ JUSTIÇA, conselho nacional. *Recibo de cadastro de inspeção*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=presos>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁶ JUSTIÇA, conselho nacional. *Recibo de cadastro de inspeção*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=presos>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁷ JUSTIÇA, conselho nacional. *Recibo de cadastro de inspeção*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=presos>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁸ PEREIRA, Marcelo Caon. *Ativismo Judicial e a Democracia*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, n° 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

...do que exatamente falamos quando tratamos de ativismo judicial? A resposta não é fácil de ser entregue imediatamente, mas já é possível prevermos que ela passa necessariamente por uma análise dos padrões de comportamentos de juízes nas suas sentenças, ou em outras palavras, pela sua premissa de saber quais os melhores ou mais adequados fundamentos a serem utilizados pelos juízes nos processos de decisão dos casos que lhe são submetidos.¹⁹

A discussão sobre o ativismo judicial atingiu os Estados Unidos da América quando a Suprema Corte passou a tomar decisões que, de certa forma, iam além de suas competências, porém, em prol do bem-estar social, o que acarretou significativas evoluções. Por outro lado, o ativismo judicial não chegou a ser muito discutido na Europa, já que suas Cortes não adentravam no mérito de questões de competência dos outros Poderes, o que também resultou em um avanço social, porém, sem a necessidade de grandes intervenções por parte do Judiciário.²⁰

O ativismo judicial é observado de diferentes formas pelos juspositivistas e neoconstitucionalistas, de modo que estes, ao tratarem do tema, admitem a atuação do judiciário de forma mais ativa, sem, contudo, exigir justificativas rígidas. Aqueles, por outro lado, são adeptos de que é possível uma atuação mais ativa do judiciário em face de interpretações, tendo em vista que existem casos que não se adequam perfeitamente à norma, exigindo-se, contudo, uma postura mais rígida em relação a sua motivação.²¹

O surgimento do Neoconstitucionalismo trouxe consigo uma maior aproximação entre o direito e a moral, e com isso uma necessidade de uma maior atividade do Poder Judiciário para a promoção dos direitos fundamentais. Assim, o magistrado não deve se limitar à interpretação da norma de forma estrita, mas sim de maneira que observe todo o contexto histórico para chegar a uma solução justa.²²

Existe ainda quem diga que a atuação de forma ativa do Judiciário, em relação às políticas públicas e questões de direitos fundamentais, não constitui um desrespeito ao princípio da separação dos poderes, mas apenas uma nova realidade do Poder Judiciário. Entretanto, as

¹⁹ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 311, 2011.

²⁰ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

²¹ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

²² FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

críticas ao Neocostitucionalismo apontam, dentre outras, o caráter não democrático e participativo do Poder Judiciário. Assim, questões que deveriam ser decididas por representantes do povo (Legislativo e Executivo), passam a ter suas competências “usurpadas” pelo Poder Judiciário.²³

No caso do Presídio de Porto Alegre, em uma análise prévia, não se percebe qualquer problema em decisões do Judiciário para implementar reformas no estabelecimento prisional. Considerando a situação do presídio, a atuação de forma mais ativa do Judiciário, à primeira vista, é a medida necessária para solução do problema.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade, sem dúvida, contribuíram para tal atividade do Judiciário, de modo que são os instrumentos utilizados para aplicação de decisões que exorbitem sua competência. Ferramentas como o Mandado de Injunção, ADI, ADI por omissão, ADPF, são exemplos de controles que concedem ao Órgão Julgador um amplo acesso à competência dos outros Poderes.²⁴

Assim, o Judiciário torna-se um intérprete da moral do direito brasileiro, incumbindo a ele a tarefa de estabelecer os padrões a serem seguidos pela sociedade.²⁵

Luís Roberto Barroso determina três formas de se observar a postura ativista por partes dos juízes e tribunais: A) pela aplicação da Constituição em situações não amparadas por leis. B) pela declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo utilizando como fundamento critérios sem maior rigidez. C) “imposição de condutas ou abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”.²⁶

Barroso salienta, ainda, que o ativismo judicial está ligado à uma atuação de forma mais intensa pelo Poder Judiciário, de modo que não caracteriza uma ruptura na separação dos

²³ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

²⁴ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo judicial e a democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

²⁵ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, in atualidades Jurídicas Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, v. 4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

poderes, mas apenas uma mera intervenção em algumas funções do Executivo e do Legislativo. Nesse sentido, afirma:²⁷

Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.²⁸

A crise na democracia representativa aparece do lado dos outros pontos que contribuíram para o surgimento do ativismo judicial. Com a crise no Legislativo, causada por diversos fatores, somadas à lentidão do Congresso Nacional em legislar sobre matérias, principalmente de normas Constitucionais não exequíveis, a solução apresentada é recorrer ao Judiciário para sanar tais omissões.²⁹

Assim, uma vez não solucionado o problema da situação do presídio de Porto Alegre pelo Executivo ou pelo Legislativo, caberia ao Judiciário impor uma saída, ainda que atuasse, de certo modo, além de suas competências.

Por fim, como outra principal condição que favoreceu o aparecimento do ativismo judicial, menciona-se a judicialização dos fatos da vida. Ora, a Constituição brasileira abrange diversos fatos da vida, o que torna possível recorrer ao Judiciário todas as vezes em que haja violação desses direitos. Ou seja, qualquer fato da vida estará resguardado.³⁰

Na linha do ativismo judicial, Gilmar Mendes, em um de seus votos proferidos atuando como Ministro do Supremo Tribunal Federal estabeleceu que:

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5o , XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1o). Essa consideração traz repercussões acerca do papel institucional a ser desempenhado por esta Corte no processo de fiscalização de constitucionalidade das omissões legislativas. A esse respeito, Joaquín Brage Camazano esclarece as dificuldades normativas que se impõem

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, in atualidades Jurídicas Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, v. 4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, in atualidades Jurídicas Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, v. 4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> , pag. 18

²⁹ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

³⁰ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

para a realização de direitos fundamentais e propõe uma superação da formulação kelseniana segundo a qual a função da Corte Constitucional deveria se limitar à de um “legislador negativo”.³¹

Percebe-se, portanto, que, ao se falar de ativismo judicial, mister tratar da origem do Poder Judiciário e suas funções, típicas e atípicas, estabelecidas pela Constituição. Assim, parte-se para uma breve análise das teses de Locke (Segundo tratado do governo civil), e Montesquieu (O espírito das leis).

Para Locke, a função judicial era dispensável, não sendo necessária a estruturação de um poder, tendo em vista que, em caso de solução dos conflitos, o próprio poder legislativo o faria. Nesse sentido, não se deve mencionar o Poder Judiciário quando se tratar de Locke.³²

Com uma visão que mais se aproxima ao constitucionalismo moderno, Montesquieu defende, em sua obra de 1748, que a separação dos poderes deve ocorrer em Legislativo, Executivo e Judiciário, todos independentes e harmônicos entre si. Tal visão é demonstrada expressamente na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, umas das razões pela qual sua teoria apresenta-se bastante semelhante com o constitucionalismo moderno. Montesquieu procura, em sua obra, atribuir uma solução para o abuso do Poder na França, apresentando como solução a divisão tripartite, em que prevalece a ideia de freios e contrapesos, evitando Poderes absolutistas. Entretanto, parece ignorar que, naquela época, a França possuía um chefe do executivo, e não um monarca.³³

A fim de estabelecer as principais diferenças entre as teses de Locke e Montesquieu, este coloca o Poder Judiciário como um poder independente, enquanto aquele sustenta que cabe ao Legislativo a função de julgador. O intuito de tal separação era, em suma, impedir a concentração dos poderes em apenas um ente, para que se evitasse abusos e garantisse a liberdade política dos indivíduos. A aplicação do modelo de Montesquieu àquela época visava a liberdade

³¹ MENDES, Gilmar. Voto. In: Brasil. *Mandado de injunção 670-9 espírito santo*, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> Acessado em: 10 set. 2015

³² Apud. FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

³³ Apud. FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

da burguesia e seu desenvolvimento, sem que houvesse opressões por parte de um monarca, diferente do que ocorria com o modelo inglês.³⁴

Embora Montesquieu apresente em seu sistema a criação de um Poder Judiciário independente, sustentava que sua concepção deveria ser temporária. O Legislativo, ainda que não deva abarcar a função de Judiciário, é o poder que emana da vontade do povo, que o exerce por meio do executivo. Assim, ante o fato de o Poder Judiciário não derivar da vontade do povo, deve ser reconhecido em curtos períodos.³⁵

Nesse aspecto, o constitucionalismo moderno utilizado atualmente não segue tal corrente, uma vez que detém um Poder judiciário permanente e cada vez mais ativo. No mais, além de o Poder Judiciário ser estabelecido de forma temporária, Montesquieu definia sua função como apenas de enunciar a lei.³⁶

Ainda na visão de Montesquieu, o Poder Legislativo, por ser aquele que expressa a vontade do povo, deve estabelecer vetos em face do Poder Executivo, e este em face daquele, ocorrendo o chamado sistema de freios e contrapesos, evitando com isso que o poder se concentre em apenas um órgão.³⁷

Embora não devesse haver desequilíbrio entre eles, no Século XX observa-se uma predominância do Poder Legislativo em face dos outros. Essa predominância se deu ante o fato de o Estado participar na concretização dos direitos fundamentais.³⁸

Mais tardar, o Legislativo vê-se em uma crise de eficiência, em que não consegue emanar a vontade de todas as classes da sociedade. Assim, com um Estado-social, o Legislativo

³⁴ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

³⁵ Apud. FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 4.

³⁷ Apud. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 254.

³⁸ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

aumenta a produção de leis. Com o surgimento dessa crise de eficiência do Legislativo, o Poder Executivo passa a agir de forma mais ativa, usurpando a tarefa de legislar. Na seara do direito brasileiro, tal usurpação pode ser observada na criação de diversas medidas provisórias pelo Executivo, que de certa forma enfraquece o Legislativo, e com isso, se distancia do modelo clássico, ora criado por Montesquieu.³⁹

Ao mencionar essa enorme criação de leis, a situação do presídio de Porto Alegre encontra-se abarcado, assim como todos os presídios, por inúmeras normas que regulamentam o tratamento a ser estabelecido nesses locais. Entretanto, embora haja a previsão legal, não ocorre seu cumprimento, na maioria das vezes, por omissão do Poder Executivo.

Nessa linha, Vitor Martins Dias aborda o comportamento do Estado Social, responsável pelo efetivo cumprimento das leis:

Ao contrário do paradigma de intervenção mínima, nessa nova concepção de Estado, deveria assumir, também, a responsabilidade de determinados setores da economia e outros serviços públicos. Em disparidade ao que existia no liberalismo, o financiamento e a sustentação da atividade econômica passariam agora a ser assumidos pelo Estado.⁴⁰

Restando demonstrada uma forte tendência do Executivo em legislar, o papel do Poder Judiciário em controlar esses atos e definir sua validade, torna-se indispensável. Surge assim uma forte tendência ao constitucionalismo, e uma necessidade de um controle de constitucionalidade, que corroborou para o aumento de poder do Judiciário.⁴¹

Ponto importante que deve ser observado e que trouxe um desequilíbrio na teoria tripartite de Montesquieu foi a criação de princípios fundamentais amplos e abertos a interpretações. Assim, atribuiu-se apenas ao Judiciário a função de interpretar essas normas e aplicá-las com discricionariedade.⁴²

³⁹ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁴⁰ DIAS, Barbara Lou da C. Veloso e DARWICH, Ana. *Direito e democracia estudo sobre o ativismo judicial*. 1ed. Editora método. 2011, p. 335.

⁴¹ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁴² FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível

Lise Tupiassu-Merlin levanta uma importante discussão acerca do tema:

Discute-se então, a manutenção do modelo de Estado Democrático de Direito em face da crescente expansão dos poderes constitucionais conferidos ao judiciário, que podem até mesmo suplantar os conferidos ao Legislativo. Alega-se que inexistem elementos suficientes para responsabilização do judiciário frente a sociedade, não sendo os juízes os legítimos representantes democráticos do povo.⁴³

Nos dias atuais, o Poder Judiciário se tornou um ente permanente e necessário, na medida que o Executivo e o Legislativo estão em constantes conflitos. As disposições constitucionais e infralegais apresentam-se com sentidos bastante amplos e colidentes. Dito isso, o Judiciário é obrigado a assumir uma postura mais ativa, o que causa grande discussão por parte da doutrina sobre qual o limite de suas atribuições, uma vez que se distancia cada vez mais do conceito clássico estabelecido por Montesquieu.⁴⁴

Deparando-se com a situação atual do Presídio Central de Porto Alegre, em uma análise prévia, a implementação de medidas por parte do Judiciário não aparenta acarretar em malefícios à sociedade. Dessa forma, àqueles que se encontram no estabelecimento prisional em questão, sofrem, diariamente, diversas violações em seus direitos fundamentais.

Dito isso, a Constituição Federal estabeleceu princípios norteadores, que são quebrados e esquecidos quando se trata da situação do estabelecimento prisional de Porto Alegre. Assim, para que se possa fundamentar uma decisão ativa por parte do Judiciário, faz-se necessário uma análise de alguns princípios relevantes.

1.3 Princípios constitucionais relevantes

1.3.1 Mínimo existencial

Tratando-se da Constituição brasileira de 1988, é de suma importância a observação de objetivos fundamentais para nortear a ação do Poder Público. Entretanto, grande parte das

em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁴³ DIAS, Barbara Lou da C. Veloso e DARWICH, Ana. *Direito e democracia estudo sobre o ativismo judicial*. 1ed. Editora método. 2011, p. 185

⁴⁴ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

infringências desses objetivos fundamentais são provocadas pelo próprio ente que as deveria implementar. Assim, a atuação do Judiciário, diversas vezes, é submetida à uma análise decorrente de omissão por parte do Estado, seja na falta de implementação de políticas públicas essenciais ou em na criação de normas regulamentadoras.⁴⁵

Entretanto, em uma análise literal ao texto Constitucional, todas as normas que tratam de garantias fundamentais são exigíveis de forma imediata, não podendo o Poder Público negar sua aplicação.⁴⁶

A prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana vem atrelado a esse dever do Estado de realizar políticas públicas, superando a ideia de um Estado Liberal, em busca apenas de direitos fundamentais de primeira geração (liberdades negativas). Logo, impõe-se ao Estado não somente uma restrição em sua atuação, mas também objetivos de um Estado Social, assegurando aos cidadãos prestações positivas por parte do Estado (direitos de segunda geração).⁴⁷

Assim, pondera Ada Pellegrini Grinover que:

No Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.⁴⁸

A Constituição de 1988, dentre as atribuições incumbidas ao Poder Judiciário, inclui-se o controle de constitucionalidade de leis, e atividades dos demais órgãos estatais. Assim, como consequência, o controle de políticas públicas acaba se tornando parte da competência do Judiciário, com o objetivo de garantir a implementação dos mandamentos constitucionais. Surge, com isso, a dificuldade de se determinar quais os direitos fundamentais que podem ser objeto de controle pelo Judiciário.⁴⁹

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 - 225

⁴⁶ LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 - 225

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, P. 215

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

Apenas a fim de esclarecimentos, ressalta-se, ainda, que além dos princípios expressos no texto Constitucional, aqueles que se encontram presentes, porém de forma implícita, merecem a mesma importância daqueles. Isso porque esses princípios decorrem de toda a lógica sistemática estabelecida pelo ordenamento jurídico, não podendo ser, portanto, desconsiderados ou tratados de forma desigual.⁵⁰

Ada Pellegrini defende que, tendo em vista a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais sociais, estes são, por sua vez, direitos sujeitos à tutela jurisdicional, mesmo sem que haja, anteriormente, aprovação de política pública pelo Legislativo ou Executivo.⁵¹

Kazuo Watanabe assim corrobora:

A adoção do conceito de “mínimo existencial” é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da “reserva do possível”.⁵²

Continua o autor:

Admitir-se que em relação ao “mínimo existencial” possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material, invocando a cláusula da “reserva do possível”, será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição, que é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º inciso III).⁵³

Na possibilidade de o Judiciário impor ao Estado a implementação de políticas públicas, faz-se necessário que sejam observados critérios de prioridade, tendo em vista a escassez de recursos públicos disponíveis. Assim, dentre todos os ramos da sociedade que necessitam de auxílio por parte do Estado, aqueles que foram excluídos da convivência social são colocados muitas vezes, no final desta fila de prioridades, sofrendo diversos abusos que resultam, claramente, em uma situação de indignidade. Entretanto, no caso em tela, alguns autores manifestam-se no sentido de que não se trata de implementação de políticas públicas a imposição

⁵⁰ LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 149

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218

pelo Judiciário de reforma em presídios, mas apenas de um cumprimento de normas constitucionais e, portanto, não há o que se falar em óbice para implementação.

De todo modo, cumpre-se dizer que nem todos os direitos sociais são passíveis de apreciação direta pelo Judiciário, ou seja, sem aprovação prévia do Legislativo ou do Executivo.⁵⁴

O Presídio Central de Porto Alegre, evidentemente, encontra-se em uma situação deplorável, submetendo aqueles que foram excluídos da vida em sociedade a situações proibidas expressamente pela Constituição. O esquecimento de tal presídio por parte do Estado resulta em diversas lesões a direitos fundamentais sociais, ferindo expressamente a dignidade da pessoa humana. Assim, seguindo a lógica do argumento exposto, à medida que se impõe é a imediata apreciação por parte do Judiciário, mesmo sem ponderação prévia dos demais Poderes.

Reforça-se que foram abolidas as penas cruéis, sendo necessário que o Constituinte deixasse expresso no texto constitucional tal proibição. Assim, o art. 5º, III, determina que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante.⁵⁵

Logo, ainda que não se possa alegar a cláusula da reserva do possível quando se diga em mínimo existencial, não se pode negar a impossibilidade de implementação de reforma no presídio, uma vez que não há verba disponível. Assim, Ada Pellegrini Grionover afirma que, além da alegação de reserva do possível, é necessário que se tenha a comprovação de insuficiência de recursos, para que se resulte somente no diferimento da obrigação estatal, não sendo possível a rejeição do pedido de tutela jurisdicional.⁵⁶

1.3.2 Dignidade da pessoa humana

Ao se falar em dignidade da pessoa humana, especialmente se referindo àqueles que se encontram no estabelecimento prisional em análise, a Constituição trata do direito à integridade física. Nesse sentido, entende-se por que a lesão corporal é tipificada no Código

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ed. São Paulo: Malheiros editores. 2014. p. 199.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

Penal. Indo mais além, como forma de garantir maior efetividade da norma, o Legislador, observado o histórico do Brasil, assegurou, expressamente, o respeito à integridade física dos presos (art. 5º XLIX). Tal especificação decorreu das graves violações de direitos que essas pessoas sofreram na história do país, como exemplo da utilização torturas para obtenção de informações, situação vislumbrada inclusive nos dias atuais.⁵⁷

Ainda na seara dos direitos individuais derivados da dignidade da pessoa humana, a Constituição garante o direito à integridade moral, estabelecendo que, uma vez violado, é passível indenização. Assim, novamente, com o objetivo de garantir maior efetividade, a Constituição dispôs especificamente sobre a garantia do respeito à integridade moral dos presos (art.5º XLIX).⁵⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana, o qual determina uma vida digna para todas pessoas, é composto pelo mínimo existencial. O mínimo existencial reconhece um conjunto de prestações mínimas por parte do Estado, de modo que, apenas estas podem ser objeto de análise judicial de forma direta. Logo, a dignidade da pessoa humana funciona como um tipo de medidor de necessidades, na medida que o mínimo existencial se limita à Dignidade. Assim, apenas as pessoas consideradas “indignas” (ausência de dignidade da pessoa humana) possuem legitimidade para buscar o Judiciário em busca de um mínimo existencial. Dificuldade surge em definir o que seria esse mínimo existencial, ou em qual situação deve estar a pessoa para ser considerada “indigna”.⁵⁹

Dito isso, o dispositivo Constitucional remete à realidade brasileira. A situação atual do Presídio Central de Porto Alegre é visivelmente conflitante com a garantia prevista acerca da integridade física e moral dos presos. Logo, havendo expressa violação de norma constitucional, cabe ao Poder Judiciário intervir, a fim de garantir a máxima efetividade da Constituição.⁶⁰

Ademais, uma vez violados tais direitos, a Constituição garante ainda direito à indenização, o que parece, em primeira vista, inegável aos pesos que sofreram violação ao seu

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ed. São Paulo: Malheiros editores. 2014. p. 199.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ed. São Paulo: Malheiros editores. 2014. p. 200.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ed. São Paulo: Malheiros editores. 2014. p. 202.

direito, o que causaria enorme despesa aos cofres públicos. Entretanto, tal discussão não se trata do objeto deste trabalho.⁶¹

A questão que se impõem é: devido à violação de norma constitucional, o Judiciário possui legitimidade para interferir na administração pública do Presídio Central de Porto Alegre?

1.3.3 Máxima efetividade da constituição

Inicialmente, antes de adentrar no princípio da máxima efetividade da Constituição e suas consequências, é necessário abordar o conceito de Constituição. Nesse sentido, de forma muito breve, Ferdinand Lassalle, com uma acepção sociológica, define Constituição como a soma dos fatores reais de poder, estabelecendo que a Constituição escrita não passaria de uma mera folha de papel. Por outro lado, Carl Schmitt, com sua visão política, em suma, estabelecia que a Constituição seria um produto de decisões políticas fundamentais.⁶²

Hans Kelsen, adotando a concepção jurídica de Constituição, definiu o plano lógico-jurídico (norma hipotética) e o jurídico-positivo (norma posta), de modo que a norma posta encontraria como fundamento para sua validade a norma hipotética, que por sua vez, encontra-se interiorizada por todos os membros de uma comunidade política.⁶³

Dito isso, Manoel Jorge e Silva Neto discorrem acerca dos conceitos expostos:

pensávamos nós que as acepções essencialista, política e jurídica erram por vincularem a constituição a uma única realidade. Não obstante, a plurisignatividade do conceito conduz a constatação de que, “todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos de sua história, uma Constituição real e efetiva”, consoante a teoria de Lassalle, promanada de uma “decisão política fundamental” (Carl Schmitt), servindo, a um só tempo de fundamento de validade normativa de todo o sistema (constituição jurídica positiva) e fundamento transcendental para validar a constituição positiva, já que assente e pacífico o obediência incondicionado da sociedade a tudo quanto emanada constituição, sendo ela norma suposta, hipotética (constituição lógico-jurídica).⁶⁴

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ed. São Paulo: Malheiros editores. 2014. p. 203.

⁶² JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O Princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTR 1999. p. 20

⁶³ Apud. JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*, São Paulo LTR 1999. p. 23

⁶⁴ JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*, editora LTR São Paulo 1999. Pag. 22

Ultrapassada a conceituação de Constituição, surge o dever do Estado de fazer cumprir os direitos ali presentes. Assim, dentre os demais princípios presentes no Texto Constitucional, destaca-se o da Máxima Efetividade. Diversos autores destacam-no como sendo o princípio de maior importância, uma vez que visa garantir os efeitos esperados pelo constituinte originário. Manoel Jorge e Silva Neto entendem que “o princípio da máxima efetividade não é apenas mais um postulado dentro do complexo principiológico da ciência do direito constitucional.”⁶⁵

Em face deste princípio, qualquer ação ou omissão que não tome como ponto de partida as garantias fundamentais previstas na Constituição, ocasionaria em um enorme descumprimento da vontade do constituinte originário. Assim, seguindo a lógica do sistema, a Constituição brasileira estabelece como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, que por sua vez, deve ser concretizada, sob pena de a norma Constitucional tornar-se sem efeito, fugindo de todos os conceitos de constituição acima mencionados.⁶⁶

Entretanto, a realidade brasileira impede, de certo modo, a concretização total desse princípio. Nesse sentido, Kazuo Watanabe aponta algumas dificuldades em fazer valer as normas Constitucionais:

Porém, num país como o Brasil, com enormes dívidas sociais, com problemas de pobreza, de marginalização, de desigualdades sociais e regionais, de desenvolvimento nacional, de falta de moradia, de distribuição desigual de rendas e outros mais, pretender que todos os direitos fundamentais sociais sejam implementados de uma só vez, inclusive com a intervenção do Judiciário, é um sonho idealista que esbarra em resultados práticos intransponíveis.⁶⁷

Relacionando com a situação precária do Presídio Central de Porto Alegre, o descaso com os cuidados mínimos que se deve ter em um sistema prisional fere, nitidamente, a dignidade da pessoa humana, revelando assim, um inegável descumprimento de norma Constitucional. Entretanto, torna-se uma questão mais complexa a análise sobre o que deve ser feito para solução do problema.

⁶⁵ JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*, editora LTR São Paulo 1999. Pag. 35

⁶⁶ JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*, editora LTR São Paulo 1999.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 222.

Nota-se uma enorme tensão entre o cumprimento das normas Constitucionais e a realidade brasileira, o que remete ao princípio da máxima efetividade, que é tratado com bastante relevância em face da interpretação da constituição. Nesse liame, o princípio da máxima efetividade, na opinião de diversos autores, é suficiente para impor a concretização dos direitos fundamentais mínimos estabelecidos pela Constituição.⁶⁸

O Estado possui o dever de aplicar as normas constitucionais em todo o âmbito nacional, não sendo possível que se justifique a o descumprimento fundamentos constitucionais sob o mero fundamento de insuficiência de verba.

Devido à grave situação do presídio, qualquer adepto, ainda que de forma mínima, ao princípio da máxima efetividade, concordaria com a imposição de reforma no presídio por parte do Judiciário, já que este, na figura do STF, possui função garantidora das normas Constitucionais.

Entretanto, ainda que se leve em consideração que há, evidentemente, um descumprimento de norma constitucional, deve-se observar a realidade social. Ora, a Constituição trata do Brasil na forma do “dever ser”, o que permite ao Judiciário, quando em situação conflitante, estabelecer uma ponderação entre as normas Constitucionais, tendo em vista impossibilidade do cumprimento de todas elas, enquadrando-se no mundo do “ser” (realidade social).

Nesse aspecto, em observância ao princípio da máxima efetividade, surge a questão: o Judiciário, deparando-se com uma situação de iminente descumprimento de norma Constitucional relevante, possuiria legitimidade para agir, a fim de garantir seu efeito?

2 PREPARAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPOR REFORMAS EM PRESÍDIOS E A VIABILIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA.

2.1 Conhecimento técnico do Judiciário

⁶⁸ JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*, São Paulo LTR, 1999. p. 36

A análise do Poder Judiciário pode ser dividida em dois momentos. O primeiro, no final do século XIX, anteriormente à Constituição de 1988, em que atuava nas soluções de conflitos; e um segundo momento, em face ao incremento do controle de constitucionalidade, adota uma posição que vai além de estabelecer soluções para casos concretos, o qual passou a ser chamado de ativista.⁶⁹ Assim, esta segunda fase será melhor abordada neste capítulo.

Além do controle de constitucionalidade, a posição de forma ativista por parte do Judiciário pode ser visualizada, também, no âmbito de execução de políticas públicas, função estabelecida pela Constituição ao Poder Executivo.⁷⁰

Aliomar Barreiro, em meados do século 60, já estabelecia a participação do STF de uma forma mais ativa, sob o fundamento de que o legislador jamais conseguiria estabelecer leis que não houvesse lacunas ou omissões.⁷¹

Nesse ponto, levando em consideração o enorme número de conflitos interpessoais, o que gera enorme número de demandas, o Judiciário, preocupando-se com outras funções estatais que deveriam ser amparadas pelos demais Poderes, atua de forma ativa, acarretando em uma sobrecarga deste Poder.⁷²

Nesse sentido, Aurélio Wander Bastos aborda o tema:

O congestionamento judiciário não está apenas vinculado ao crescimento quantitativo das demandas judiciais (inputs), mas, também, à absorção de conflitos sociais sobre os quais o Judiciário não está qualitativa ou funcionalmente apto a decidir.⁷³

⁶⁹ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 – 88, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁷⁰ BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*, editora: Lumem Juris, Rio de Janeiro 2001. p. xviii

⁷¹ Apud, FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 – 88, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁷² BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*, editora: Lumem Juris, Rio de Janeiro 2001. p. xviii

⁷³ BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*, editora: Lumem Juris, Rio de Janeiro 2001. p. xviii

Por outro lado, João Mendes de Almeida Junior, em uma visão mais restritiva, define que incumbe ao Poder Judiciário a função pura e simplesmente de dizer o direito, restando a função de criar leis ao Poder Legislativo, bem como a de executá-las ao Administrativo.⁷⁴

Com isso, o Poder Judiciário, que a princípio apenas realizava o julgamento de litígios na forma concreta, passa a adotar uma posição que aborda questões políticas e legislativas, assumindo um caráter que, de certa forma, causa um desequilíbrio na divisão dos poderes.⁷⁵

Com o surgimento desse novo Poder Judiciário, deve-se perceber dois pontos: a Constituição de 1988, que trouxe normas abertas, que permite o Poder Judiciário adentrar em questões políticas; e a ampliação do controle de constitucionalidade. É nesse aspecto que o Poder Judiciário atual se distancia do modelo criado por Montesquieu.⁷⁶

No que tange à interferência do Judiciário em políticas públicas, é necessário que seja observada a formação deste Poder para estabelecer sua capacidade técnica de solucionar as demandas da melhor forma possível. Assim, a Constituição Federal determina que o Poder Judiciário será composto por órgãos. Expõe o artigo 92 da Magna Carta:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

⁷⁴ Apud, FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 – 88, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁷⁵ BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*, editora: Lumem Juris, Rio de Janeiro 2001. p. 225

⁷⁶ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 – 88, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.⁷⁷

Compreende-se, com isso, que aqueles que possuem poder de decisão dentro do Judiciário são juristas, responsáveis por apresentar uma solução aos conflitos da sociedade. Entretanto, o conhecimento desses magistrados limita-se, muitas vezes, ao conhecimento técnico legal, uma vez que a formação acadêmica exigida para a ocupação deste cargo público é, em regra, o bacharelado em direito.

Dito isso, surge a pergunta se o Poder Judiciário é o órgão capacitado para tomar decisões que podem influenciar não apenas no âmbito legal, mas em questões econômicas, médicas, dentre outras, que podem causar danos a todo o país.

Nesse aspecto, o conhecimento técnico do Judiciário é, em sua maioria, legalista. São poucos aqueles que, além da formação jurídica, possuem conhecimento adequado sobre outros ramos da sociedade civil. Porém, de fato, decisões ativistas irão repercutir em outras áreas da sociedade. Essa incidência deve ser analisada sob o ponto de vista prático, não podendo ficar estagnado apenas no mundo do “dever ser”.

Não se pode negar que a economia é um dos grandes desafios do país, que enfrenta problemas com a fome, falta de escolas, hospitais, lixo, dentre outros. Além desses problemas, o alto índice de criminalidade acarreta superlotação dos presídios, onerando ainda mais o ente estatal.

Assim, é no ponto da reforma do Presídio Central de Porto Alegre que se encontra o escopo deste trabalho. Ora, dentre este problema e os demais setores vivenciados pela sociedade (saúde, educação...), qual seria o beneficiado com a verba disponível do Estado? De fato, ocorre um esquecimento daqueles que não seguem as normas estabelecidas pela sociedade. Porém, tal ponto será aprofundado no próximo tópico.

Aqui, deve-se lembrar que o Judiciário não possui conhecimento técnico suficiente para adentrar em matérias específicas, não sabendo o que uma decisão de imposição de reforma em determinado presídio pode acarretar nos outros ramos da sociedade. Seu conhecimento

⁷⁷ BRASIL, Constituição Federal, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acessado em: 01/06/2016.

técnico limita-se ao conhecimento jurídico, razão pela qual é criticado quando interfere na esfera do Poder Executivo.⁷⁸

Eber Meira Ferreira aponta alguns aspectos que corroboram e fundamentam a intervenção do Judiciário nos demais Poderes:

O Poder Judiciário avança às trincheiras dos Poderes Legislativo e Executivo em grande parte pela ineficiência destes órgãos no cumprimento das metas herdadas de uma geração de direitos sociais e prestações estatais as quais foram erigidas por meio de Constituições escritas como verdadeiras promessas revestidas com a natureza de normas jurídicas.⁷⁹

José Paulo Bisol, opina sobre a omissão do Judiciário em determinada época da história, demonstrando algumas consequências da ausência de intervenção deste Poder:

A omissão inicial do Poder Judiciário, seu silêncio perante a ditadura militar de 64, foi uma das responsáveis pela sucessão posterior de perseguições, torturas, mortes e desaparecimentos políticos. À maioria dos juízes faltou coragem. Alguns magistrados chegaram a assinar mandados de prisão em branco, para preenchimento pelos militares com nomes de pessoas a serem presas.⁸⁰

No mesmo sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao proferir seu voto no julgamento do Mandado de Injunção 670-9 do Espírito Santo, cita diversos exemplos de prejuízos causados pela omissão do Poder Legislativo e a não intervenção do Judiciário em demandas consideradas relevantes. Menciona-se, dentre os exemplos, a paralisação dos controladores de voo, a greve dos servidores públicos do Estado de São Paulo, ou dos peritos do INSS; ou seja, todos os casos trazendo prejuízo devido à ausência de regulamentação do direito de greve, que poderia ter sido evitada pela intervenção do Poder Judiciário.⁸¹

Ora, percebe-se que a ausência de intervenção do Judiciário pode, também, causar prejuízos à sociedade. Assim, a pergunta que deve ser respondida é se mesmo com a ausência de conhecimento técnico, o Poder Judiciário deve intervir em questões “*a quem* de sua

⁷⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 133

⁷⁹ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 – 88, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁸⁰ JÚNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. *A democratização do poder judiciário*, editoração eletrônica, Porto Alegre 1998. p. 121.

⁸¹ MENDES, Gilmar. Voto. In: Brasil. *Mandado de injunção 670-9 Espírito Santo*, 2007, p. 30. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> Acessado em: 10 set. 2015.

competência”, a fim de evitar maiores prejuízos ou desumanidades que, certamente, serão lembradas pela história?

2.2 Verba (ordem orçamentária) / Reserva do possível

Afim de trazer uma breve contextualização, a expressão “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen) ganhou destaque especialmente na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal determinou que a imposição de limitações para que estudantes ingressassem nas universidades alemãs somente seria possível após a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes.⁸²

Como já dito, o Brasil sofre com problemas financeiros, os quais não podem ser esquecidos para que se atinja o objetivo deste trabalho. Para que não fique apenas em uma abordagem no plano teórico, deve-se observar as circunstâncias que dificultam as reformas no Presídio Central de Porto Alegre.

Assim, chega-se à falta de verba orçamentária, que no âmbito jurídico é tratada como o princípio da reserva do possível. A Constituição de 1988 trouxe consigo diversas normas com efeitos que se propagam no tempo, ou seja, metas a serem atingidas com o passar dos anos e, assim, mantidas. Nesse ponto, visando um mundo perfeito e um mínimo para todos, a Carta Magna estabeleceu diversos princípios que, quando entram em conflito, deve-se procurar um método de ponderação para que se obtenha um resultado equilibrado.

Assim explica Rafael José Nadim de Lazari:

Países em fase de desenvolvimento, como é o caso do Brasil e de outras repúblicas sul e centro-americanas, p. ex., tendem a prever no bojo de seus textos constitucionais direitos fundamentais sociais em demasia, como medida salutar à manutenção de suas recentes e/ ou frágeis democracias.⁸³

Nessa linha, os direitos sociais e normas programáticas previstas na Constituição, quando relacionados à verba orçamentária disponível, deparam-se com um problema. Desse modo, tendo em vista a escassez de recursos e uma demanda muito grande, surge o princípio da

⁸² MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível, uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum 2011 p. 55.

⁸³ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Editora: Juruá, Curitiba, 2012 p. 55.

reserva do possível, com o objetivo de justificar a ausência de prestação de serviços por parte do Estado.

Entretanto, como já dito em momento diverso, devendo ser aqui lembrado, Ada Pellegrini indica que apenas se pode alegar reserva do possível quando efetivamente comprovada a insuficiência de verba. Ficando assim comprovada, a obrigação estatal não é extinta, mas sim diferida para o momento oportuno, ou seja, quando surgir verba orçamentária.⁸⁴

Sobre o assunto, explana Rafael José Nadim de Lazari:

Com isso, fica desenhado o itinerário objeto das maiores discussões no campo do Direito Público, nos dias atuais. Veja-se passo a passo: 1º) a Constituição prevê e o Estado não fornece; 2º) Alguém procura o Poder Judiciário que, sob o manto do ativismo judicial, manda o Estado fornecer, independentemente da programaticidade das normas constitucionais; 3º) O Estado diz que não tem recursos orçamentários para tal (Reserva do Possível); 4º) O Poder Judiciário persiste em seu comando.⁸⁵

Ora, a negativa por parte do Poder Executivo a um direito fundamental que está previsto no Texto Maior é facilmente revisto pelo Poder Judiciário, uma vez que este é responsável por garantir o cumprimento da Magna Carta. Assim, conforme expôs Lazari, após o indeferimento do Executivo, ao Judiciário impõe o cumprimento do direito, que é rebatido pelo princípio da Reserva do Possível.

Nesse sentido, deve-se estabelecer qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais, levando em consideração a economia do país. De qualquer forma, não se pode negar o esquecimento por parte do Estado dos condenados que se encontram em estabelecimentos prisionais.

Por outro lado, também deve-se reconhecer que os recursos auferidos pelo Estado através de tributação são escassos, enquanto as necessidades humanas são ilimitadas. Assim, tem-se que procurar fazer o melhor uso desses recursos para que se atinja o maior número de pessoas.⁸⁶

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

⁸⁵ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Editora: Juruá, Curitiba, 2012 p. 55.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: livreria do advogado, 2013 p. 53.

Porém, a realidade é que, ao ter de escolher entre priorizar uma obra em um Hospital e a reforma um presídio, qual escolha seria feita pelo chefe do Executivo? Ora, nenhum representante do povo quer ser lembrado por priorizar a reforma de um presídio. O fato é que a construção de uma escola ou hospital seria mais bem vista do que o investimento do dinheiro público em estabelecimentos prisionais.

Além da falta de recursos, o interesse político é outro fator determinante nas escolhas de onde será priorizada a aplicação da verba disponível. Não obstante, pode-se dizer que se trata do conflito de direitos fundamentais, porém, colidindo em âmbitos diferentes. Melhor explicando, de um lado tem-se a dignidade da pessoa humana, no que diz respeito aos detentos do presídio Central de Porto Alegre; e do outro, depara-se com a mesma dignidade da pessoa humana, porém, agora em face da população que não se encontra encarcerada.

Cabe lembrar que aqueles que possuem sentença condenatória transitada em julgado, de acordo com a própria Constituição Federal, tem seus direitos políticos suspensos. Significa dizer que o preso que cumpre pena (diferente do preso provisório), não tem direito de escolher seu representante político.

Ou seja, qual a razão de um político fazer sua campanha visando a melhoria das condições de um presídio? Dentre os que se encontram detidos em estabelecimentos prisionais, não são todos que possuem familiares dispostos a pugnar por realização de reformas nesses locais.

Nota-se que, na prática, existe essa divisão entre condenados e não condenados, que é fruto de interesses políticos e ausência de verbas orçamentárias. Afinal, como já exposto, qual político quer arriscar a perda de seus eleitores proporcionando reforma em presídios?

Entretanto, embora grande parte da população não apoiar a utilização de verbas para melhoria em presídios, a pergunta que se faz é, pode a população carcerária ser esquecida e ter seus direitos fundamentais retirados para a preservação do direito daqueles que não se encontram detidos?

Ana Caroline Lopes, em seu livro direitos sociais fundamentais, salienta:

Viola a reserva do possível a pretensão que, se satisfeita, pode gerar um desequilíbrio o sistema jurídico, afetando inclusive o princípio da igualdade material e do Estado Social. Não é que os direitos vigem “sob uma reserva do

possível”, mas que em determinados casos específicos, sua satisfação pode comprometer outros bens juridicamente relevantes, de modo que a obrigação estatal somente será juridicamente reconhecida, depois de ponderados os interesses em conflitos.⁸⁷

Entretanto, em que pese a afirmação da autora, o problema também se caracteriza quando os interesses em conflito são os mesmos, porém, em “parte diferentes” da sociedade, o que, de certa forma, dificulta ainda mais a ponderação destes interesses. Por exemplo, o problema da saúde dentro dos presídios e a saúde fora dos presídios.

A Constituição impõe deveres jurídicos prestacionais ao Estado, que encontra dificuldades em exercê-los, devido ao desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, somados ainda à corrupção. Ora, como agradar todos os lados e todos os interesses populacionais em meio à essas dificuldades?⁸⁸

Porém, a melhor solução encontrada para solucionar a colisão de princípios e direitos fundamentais é a utilização do método da ponderação, devendo-se analisar as circunstâncias do caso concreto e o peso de cada princípio. Entretanto, como afirma Luciano Benetti Timm, sempre haverá escolhas trágicas a serem feitas. Ora, com a escassez de recursos alguma necessidade social ficará prejudicada (educação, saúde, lazer, segurança).⁸⁹

Outrossim, ao aplicar a ponderação quando dois princípios fundamentais colidem, leva-se em consideração, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Esse princípio inspirou a criação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, sendo dever do Estado respeitá-lo e protegê-lo, uma vez que consta expressamente no Texto Constitucional. Assim, diga-se que a dignidade da pessoa humana não é merecida, mas trata-se de um princípio inerente a vida e, portanto, um direito pré-estatal.⁹⁰

No caso do Presídio Central de Porto Alegre, a segurança é o direito social que se procura garantir. Assim, permite-se que parcela da sociedade fique restrita ao ambiente prisional. Por outro lado, para manter esse direito social, atrelado com a escassez de recursos, o Estado faz

⁸⁷ OLSEN, 2008 Apud. MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível, uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum 2011 p. 84.

⁸⁸ SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013 p. 60.

⁸⁹ SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013 p. 60.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 194

com que sejam violados os direitos sociais desses detentos. Logo, para garantir um direito social, acaba-se violando outros, ou seja, o direito da parcela excluída do convívio social.

Com isso, pode-se afirmar que o princípio da reserva do possível, embora não seja visto com bons olhos, trata-se de um princípio necessário. Assim, necessariamente, sacrifícios deverão ser feitos, tendo em vista que sempre haverá um cenário de imperfeição.⁹¹

Isso porque o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988 obriga o Estado a prestar serviços públicos à sociedade. Logo, a realização de políticas públicas visa cumprir uma obrigação estatal. Luciano Benetti Timm afirma, então, que a melhor forma de redistribuir riquezas e garantir a implementação de políticas públicas é pela tributação da renda.⁹²

Não obstante, Rafael José Nadim determina que a utilização de tal princípio deve se limitar de acordo com fatores temporais e econômicos:

Seria muito mais plausível, ao invés de se negar a vigência do Princípio da Reserva Legal nestes casos, condicioná-lo a fatores temporais e econômicos, isto é, quanto melhor a condição financeira do país, p. ex., mais restrito deve ser o seu uso. Parece, inclusive ser outra saída possível para a vigência do instituto mesmo porque a situação financeira atual do país, mesmo com combate constantes de juros e ameaça de crise vindo do exterior, é muito melhor que aquela pós-redemocratização, na qual a inflação avançava a níveis galopantes. Lá, pois, teria a reserva do possível maior razão para existir do que atualmente.⁹³

Confirmando o pensamento adotado por Ada Pellegrini, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no julgamento de recurso extraordinário (RE) que trata da reforma do albergue de Uruguaiana. Assim, no julgamento do RE 592.581, o Ministério Público destacou que o Poder Executivo não pode utilizar como fundamento o princípio da reserva do possível para deixar de cumprir o disposto na Constituição e na Lei de Execuções Penais. Assim, continuou no sentido de que tal princípio deve ser afastado quando houver a violação no núcleo essencial dos direitos fundamentais constitucionais.⁹⁴

⁹¹ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Editora: Juruá, Curitiba, 2012 p. 55.

⁹² SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013 p. 62.

⁹³ LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Editora: Juruá, Curitiba, 2012 p. 86.

⁹⁴ Recurso Extraordinário 592581. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592581%2ENUME%2E+OU+592581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mcyx84r>. Acessado em 05/06/2016.

Logo, deve-se ter em mente que, apesar de ser um poder discricionário da Administração, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma leviana e sem fundamentação. Mister que se tenha a efetiva ausência de recursos, bem como sua comprovação.⁹⁵

2.3 Separação dos Poderes / Ingerência indevida em seara reservada à Administração

Neste tópico, cabe dizer de forma inicial que, de acordo com o artigo 2º do Texto Maior, os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o que não significa uma ruptura total. Ou seja, esses Poderes possuem funções tanto típicas quanto atípicas.

A separação dos poderes é um aspecto essencial para que uma sociedade possua uma constituição, juntamente com a garantia dos direitos fundamentais. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a separação dos poderes deve ser observada no âmbito, principalmente, de Locke e Montesquieu, nos quais representam uma visão inglesa e francesa.⁹⁶

Assim, tendo em vista que tal análise já foi feita em momento oportuno (vide tópico 1.2), aqui, também abordando o tema ativismo judicial, será discutida a Separação de Poderes no ponto de vista prático, bem como as consequências de seu rompimento.

Com o advento da Emenda Constitucional 16 de 1965, o Poder Judiciário passou a analisar o controle em abstrato das leis, por meio das ações diretas de inconstitucionalidades, que em regra teria um efeito *erga omnes* e declaração *ex tunc*. Assim, o Poder Judiciário passou a poder atribuir efeitos vinculantes e *erga omnes* às inconstitucionalidades por ele julgadas, sem a necessidade de aprovação do senado federal.⁹⁷

A Constituição de 1988 trouxe um aumento no rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como admitiu a participação do *amicus curiae*. Além

⁹⁵ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra: livraria almeida, 1995, p. 131

⁹⁶ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁹⁷ LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104

dessas mudanças, a Constituição previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como o mandado de injunção.⁹⁸

Além disso, a Constituição Social trouxe consigo uma série de obrigações ao Estado, determinando a todos os Poderes a máxima efetividade dos direitos fundamentais previstos na Magna Carta. Nesse sentido, os direitos sociais passaram a ser obrigação do Estado Democrático de Direito, vinculando, assim, todos os Poderes.⁹⁹

Ao mandado de injunção, a priori, não adotou um caráter concretista, fazendo com que o Judiciário apenas declarasse a mora do Poder competente para criar a respectiva lei. Entretanto, adotando uma posição mais ativa, o Poder Judiciário, no julgamento dos mandados de injunção n° 712/PA, 708/DF e 670/ES, adotou a posição concretista, de modo que determinou a aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.¹⁰⁰

Assim, percebe-se que o Judiciário, com o passar dos anos, aderiu à uma posição diferente daquela prevista por Montesquieu, que determinava apenas a função julgadora desse Poder.¹⁰¹

Nessa seara, o STF deixa de ser apenas o órgão máximo do Poder judiciário, e passa a adotar um caráter que, proporcionado pela Constituição de 1988, permitiu sua atuação no campo de questões políticas e legislativas.¹⁰²

Após uma breve análise sobre quais os institutos permitem que o Poder Judiciário “invadir” a seara do Poder Legislativo, deve-se, com objetivo principal desse trabalho, perceber como ocorre invasão na esfera do Executivo.

⁹⁸ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf)

161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

⁹⁹ MOYSES, Natalia Hallit. Controle judicial de políticas públicas: violação da separação dos poderes?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27891>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

¹⁰⁰ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf)

161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

¹⁰¹ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra: livraria almeida, 1995, p. 105

¹⁰² FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf)

161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

Ora, a falta de obras no Presídio Central de Porto Alegre decorre exclusivamente por omissão do Poder Executivo, tendo em vista que existe legislação que regulamenta o assunto, faltando apenas o efetivo cumprimento da lei. Pode-se dizer que o Estado exige o cumprimento da Lei por parte dos detentos, porém, esse mesmo Estado não cumpre suas obrigações determinadas pelo regramento jurídico.¹⁰³

Para que se possa então entender se o Judiciário realmente interfere na esfera da Administração Pública, mister sua participação em políticas públicas. Assim, pergunta-se qual é o limite da intervenção do Judiciário na esfera reservada à Administração Pública?

No julgamento do Recurso Extraordinário 592.581, em que se discutia a imposição de reforma no albergue de Uruguaiana, mencionou-se o parecer emitido pelo Ministério Público Federal, manifestando-se pelo provimento do respectivo recurso, apontando, em suma, os seguintes fundamentos:

A reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal. A referida cláusula apenas é aplicável em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais.¹⁰⁴

A fim de utilizar o parecer como base para definir o limite da atuação do Poder Judiciário, denota-se que o limite por ele determinado seria uma aplicação errônea de determinado princípio ou a expressa violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por outro lado, neste mesmo julgado mencionado, no julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu seu acórdão em sentido contrário ao parecer do Ministério Público. Na ementa, o tribunal entendeu que a realização ou não de reforma em presídio trata-se de poder discricionário da Administração, não possuindo o Judiciário legitimidade para interferir, sob pena de ingerência indevida.

Não obstante, diferente do que se afirmou acerca do princípio da reserva do possível, o Tribunal entendeu que este princípio, no que tange às normas de eficácia programática, trata-se

¹⁰³ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra: livraria almeida, 1995, p. 110

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

de poder de disposição por parte do Administrador (Poder Executivo), razão pela qual não se pode interferir em sus decisões discricionárias.

Por fim, no mesmo sentido do tópico que trata da qualificação dos juízes, o Tribunal asseverou:

Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.¹⁰⁵

Cabe lembrar que a pena possui caráter de ressocialização, o que não acontece no Presídio Central de Porto Alegre na situação em que se encontra.

Entretanto, em que pese a posição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, de forma diversa. Assim os Ministros entenderam que o Poder Judiciário possui legitimidade para impor à Administração obrigação de fazer, não sendo possível a alegação do princípio da reserva do possível e nem mesmo a separação de poderes.

O controle de constitucionalidade do Poder Judiciário não se limita apenas ao legalista, ou seja, à análise formal de Leis. Esse controle abrange também políticas públicas, quando ocorre uma violação expressa à Constituição. Logo, sempre que algum dos Poderes infringirem direitos fundamentais, coletivos ou individuais, deve haver a intervenção do Poder Judiciário.¹⁰⁶

Com isso, denota-se que a posição adotada pelo Supremo é justificada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como do efetivo cumprimento das normas constitucionais. Não obstante, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski cita a inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º XXXV, da Constituição Federal, como uma das cláusulas indispensáveis de

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

¹⁰⁶ MOYSES, Natalia Hallit. Controle judicial de políticas públicas: violação da separação dos poderes?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27891>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que impede que violações à direitos fiquem impunes.¹⁰⁷

Entretanto, não se pode permitir uma intervenção do Judiciário a qualquer imposição feita pelo Poder Executivo. A intervenção nessa esfera deve ser limitada ao princípio da razoabilidade, sem comprometer a liberdade dos demais Poderes. Melhor dizendo, o Judiciário deve agir em casos específicos e limitados, apenas quando houver extrema necessidade, com o devido cuidado para que não se neutralize qualquer um do Poderes.¹⁰⁸

3 (I) LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA REFORMA DE PRESÍDIOS.

Assim, chega-se ao ponto principal e ao escopo deste trabalho. Afinal, pode o Judiciário fomentar reformas em presídios?

O Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se sobre o assunto no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592581, em 15 de agosto de 2015, decidindo que o Poder Judiciário se encontra legitimado para determinar que a Administração Pública realize reforma em presídios, quando constatado o caráter emergencial da situação. Nessa linha, o STF fundamentou sua decisão na garantia dos direitos fundamentais dos presos, tomando como exemplo a integridade física e moral.¹⁰⁹

O processo que deu origem ao referido recurso especial foi iniciado por uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, no qual se pleiteava a reforma do albergue de Uruguaiana. Apesar de o juiz de primeiro grau ter julgado procedente a pretensão ministerial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a sentença, sob o fundamento, em síntese, que não cabe ao Poder judiciário adentar em matéria típica da Administração Pública, em que deve ser observado o critério de conveniência e oportunidade do

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

¹⁰⁸ MOYSES, Natalia Hallit. Controle judicial de políticas públicas: violação da separação dos poderes?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27891>>. Acesso em: 6 jun. 2016

¹⁰⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>

administrador. Seguindo o processo, o Ministério Público recorreu da decisão, resultando no RE 592581, o qual foi julgado, com repercussão geral, procedente.¹¹⁰

Assim, tendo em vista a importância de tal julgado, passa-se para uma análise mais profunda dos principais fundamentos apresentados no acórdão proferido pelo STF.

De início, observa-se a ementa proferida pelo plenário do Supremo Tribunal federal, bem como os principais argumentos apresentados:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - 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.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.¹¹¹

A decisão do Supremo foi unânime no sentido de afirmar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de reformas nos presídios. Assim, a base da decisão foi o princípio da dignidade da pessoa humana. Percebe-se também a impossibilidade de se invocar a

¹¹⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

reserva do possível à decisão judicial, bem como o princípio da Separação dos Poderes. Dito isso, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.¹¹²

Entretanto, entende-se que existem outros pontos que merecem melhor atenção antes de determinar a legitimidade de imposição de reforma pelo Judiciário. Conforme já exposto no presente trabalho, não é possível deixar de lado questões financeiras, o que remete à colisão entre direitos fundamentais com pessoas que não se encontram nos presídios. Porém, antes de adotar uma posição fixa sobre o tema, deve-se lembrar os principais argumentos das correntes demonstradas nesta obra.

Inicia-se abordando os argumentos daqueles que são adeptos à possibilidade de o Judiciário determinar as reformas.

O princípio da dignidade da pessoa humana surge como o principal fundamento dessa corrente, tendo em vista ser o princípio base dos direitos fundamentais, entendendo grande parte da doutrina, ser àquele que derivou a formação dos demais princípios fundamentais.¹¹³

Uadi Lammêgo Bulos reforça a importância deste princípio:

A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade humana.¹¹⁴

Ademais, não se pode esquecer da supremacia da Constituição, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, bem como sua aplicabilidade imediata.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 194

¹¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 385.

Por conseguinte, menciona-se ainda questões políticas envolvidas quando se trata de reforma em presídios. Como já dito anteriormente, nenhum político fará sua campanha eleitoral baseada em reforma em presídios. Isso gera o esquecimento da população que se encontra detida em estabelecimentos prisionais, uma vez que seus direitos políticos se encontram suspensos (art. 15 da Constituição Federal).

Ricardo Lewandowski manifesta-se sobre o tema em seu voto no julgamento do RE 592.581/ RS:

Eu lamento dizer que vejo que não há qualquer política, seja ela por parte do Governo federal, seja por parte dos entes federados. Já houve uma importante autoridade, do próprio Executivo, que designou a situação dos presídios brasileiros como verdadeiras masmorras medievais. Portanto, a situação é caótica.¹¹⁵

Menciona-se, ainda, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, sendo o pedido no mínimo plausível, não pode o Judiciário omitir-se.¹¹⁶

Assim, esses são, em síntese, os principais pontos a serem observados nesta corrente. Por outro lado, a corrente oposta também apresenta fortes argumentos em desfavor da imposição da reforma nos presídios por parte do Judiciário.

Como principal tese dessa corrente, apresenta-se o princípio da separação dos poderes, sob o fundamento de que a determinação, pelo Judiciário, de imposição de reforma em presídios invade a esfera de atuação do Poder Executivo. Assim, a competência para estabelecer políticas públicas nessa esfera seria do Poder Executivo, responsável por determinar a melhor aplicação do dinheiro público, uma vez que seu chefe é escolhido democraticamente pelo povo.¹¹⁷

Não obstante, além da falta de qualificação por parte do Judiciário, esta corrente apresenta ainda como fundamento, a falta de verba orçamentária. Logo, tendo em vista que à

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

¹¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 481.

¹¹⁷ PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.

decisão do STF foi atribuída repercussão geral, caso uma grande quantidade de juízes de primeira instância decidam por determinar a reformas em presídios, poderia resultar em uma crise econômica em todo o sistema brasileiro.

Por fim, em decorrência da falta de verba orçamentária (realidade da situação atual do Brasil), forma-se, como já exposto, a colisão de direitos fundamentais entre os detentos e a população livre, uma vez que, na prática, existe tal divisão social. Assim, ao se determinar a reforma de um presídio por um Poder que não se encontra preparado tecnicamente e não conhece a situação social do Estado, poderia priorizar a concretização dos direitos fundamentais dos que desrespeitaram as regras do próprio Estado. Logo, ante a escassez de recursos, o Estado deve buscar a melhor forma de aplicá-los.¹¹⁸

Percebe-se que não se trata de uma decisão simples ou muito menos fácil. A dificuldade em ponderar os direitos fundamentais em conflitos é intensa. Isso porque, conforme fora demonstrado, existe uma divisão da sociedade entre os detentos e os que vivem em liberdade.

Uma vez determinado os principais argumentos das duas correntes acerca do assunto, faz-se necessário estabelecer conceitos que serão considerados para solução da problemática. Assim, antes de adentrar na legitimidade do Poder Judiciário para determinar tais medidas, passa-se para questões que precisam ser definidas.

Em que pesem posições em sentido oposto, ao se falar em ativismo judicial, este autor entende, de forma breve, tratar-se de decisões do Poder Judiciário que utilizam de métodos de interpretação de normas constitucionais para solucionar conflitos que, em regra, deveriam ser sanados pelos demais Poderes. Desse modo, fica claro que essas decisões se afastam do modelo estabelecido por Montesquieu. Ainda, entende-se que as decisões ativistas não apresentam qualquer grau de inconstitucionalidade, uma vez que devem respeitar os limites estabelecidos pela Constituição, sob pena de corromper todo o sistema de tripartição de Poderes.¹¹⁹

¹¹⁸ SALET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013 p. 53.

¹¹⁹ Apud. FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 12 - 45 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015

Logo, a função moderna do Judiciário não é apenas de dizer o direito, aplicando necessariamente a literalidade da lei, já que jamais se poderá prever todos os fatos da vida. Este Poder pode e deve aplicar tais normas utilizando diversos meios de interpretação. Assim, as decisões tomadas pelo Judiciário que seguem essa metodologia, até os dias atuais, aparentam estar de acordo com as normas Constitucionais, não atingindo o núcleo fundamental do sistema.

Desse modo, a decisão pelo Poder Judiciário que determina a imposição de reforma em presídios, apesar de aparentar uma violação ao princípio da separação de poderes, entende-se que se trata de métodos de interpretação das normas constitucionais, proporcionadas por princípios amplos e abstratos, viabilizando um maior grau de liberdade ao Judiciário. Assim, a decisão proferida pelo Judiciário determinando a reforma em presídios pode ser considerada como ativista, o que não a torna sinônimo de inconstitucionalidade.

Ademais, o distanciamento do modelo previsto por Montesquieu não deve ser visto como um retrocesso, mas sim como uma adaptação a realidade brasileira, a qual necessita desse tipo de decisões para evoluir e impedir violações a direitos.

Uma vez definido, para este autor, o conceito de ativismo judicial, a próxima questão a se definir é se a reforma em presídio apresenta caráter de política pública.

O ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto no julgamento do RE 592.581/RS, afirma:

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível.¹²⁰

Porém, entende-se que a reforma em presídios, claramente, trata-se de fomentação de políticas públicas. Entretanto, o simples fato de se tratar de política pública não obsta a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista a amplitude dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, bem como sua aplicabilidade.

A previsão constitucional do Princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a imposição da máxima efetividade da Constituição, correlacionadas com a aplicação imediata dos

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

direitos fundamentais, tornam possível que o Poder Judiciário adote uma posição mais ativa, sem que, com isso, resulte no rompimento da separação dos poderes. Claro que tais formas ativistas de interpretação da Constituição apenas devem ser feitas em casos extremos.

A previsão de normas programáticas na Constituição faz com que diversos casos possam ser levados ao Poder Judiciário, uma vez que sempre haverá violações de direitos constitucionais no âmbito social, já que a perfeição se encontra apenas no mundo jurídico (dever ser). Assim, para que haja legitimidade, na opinião deste autor, além de as decisões ativistas ocorrerem apenas excepcionalmente, as violações das normas constitucionais devem ser de forma clara e absurda.

No caso específico dos presídios, deve-se lembrar que ocorre um esquecimento por parte do Poder Executivo. Assim, salienta-se que questões políticas devem ser lembradas quando forem tomadas decisões ativistas. Por isso, optar por uma decisão ativista dessa magnitude, o magistrado deve ter em mente todas as questões sociais do local que será afetada por sua decisão.

Logo, no caso do presídio central de Porto Alegre, demonstra-se uma violação clara e absurda aos direitos e garantias fundamentais dos detentos. Assim, ante a situação deplorável em que essas pessoas convivem, entende-se como legítima a interferência do Poder Judiciário, a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Vale lembrar que, conforme adotado pelo modelo brasileiro, a pena não possui mero caráter punitivo. No Estado Democrático de direito busca-se para a pena uma função de ressocialização. Assim, ainda que possua um caráter punitivo, a pena deve ser capaz de reinserir o detento a sociedade. Dito isso, é nessa linha que se faz necessária a reforma no presídio central de Porto Alegre.

Não obstante, ainda que não esteja expresso no Código Penal sobre qual teoria se adotou sobre a finalidade da pena no Brasil, grande parte da doutrina defende a presença do caráter retributivo, preventivo e reeducativo. Dessa forma, o caráter educativo da pena encontra-se previsto no art. 1º da Lei de Execuções Penais:¹²¹

¹²¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 397

A execução Penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.¹²²

Entretanto, quanto à possibilidade de a Administração Pública não poder alegar a cláusula da reserva do possível, tal posicionamento merece atenção. Na tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, estabeleceu-se a impossibilidade de alegação por parte da Administração Pública da cláusula da reserva do possível.¹²³

Porém, é claro que em determinadas situações o Estado não terá verba para realização de reformas. Assim, a melhor solução seria adotar a corrente ora exposta por Ada Pellegrini Grionover. A autora salienta que tal cláusula pode ser alegada quando devidamente comprovada a inexistência de verba orçamentária. A solução, então, seria o enquadramento da reforma no próximo exercício orçamentário.¹²⁴

Apesar da tese firmada pelo pleno do STF possuir tal redação, nos fundamentos da decisão é possível perceber a mesma linha de raciocínio. Veja-se a divergência apresentada pelo Ministro Edson Fachin à tese inicialmente proposta:

Se Vossa Excelência me permite, do ponto de vista da enunciação da tese, entendo que, à luz do que sugere o Ministério Público, a cláusula ou a reserva do possível somente seria oponível se objetivamente verificado o justo motivo que tenha sido suscitado. Sugeriria, na redação da tese, quando esse debate chegar no momento oportuno, mas me permito - se Vossa Excelência adentrar à própria formulação da tese, que reputo extremamente pertinente e coerente com as premissas do voto - na dicção, tal como proposto: é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública a 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 a sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal - até aí acompanhamos a proposição de Vossa Excelência -; e a frase a seguir, Vossa Excelência formulou dizendo: não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível, nem o princípio de separação dos Poderes. Eu tomaria a liberdade de suscitar uma redação nos termos afirmativos, ou seja: sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível somente em decorrência de justo motivo,

¹²² CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 397

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

¹²⁴ GRIONOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 – 225.

objetivamente aferido, colocaria um ponto e não me referiria ao afastamento do princípio da reserva dos Poderes.¹²⁵

Reforça-se que se deve ter em mente, ainda, as consequências de decisões que interfiram no lado econômico do Estado.

Nessa linha, sempre que o magistrado necessitar proferir decisões ativistas que interfiram de forma significativa em questões econômicas, é imprescindível que este jurista observe, além das questões jurídicas, questões de direito econômico, devendo estes ramos caminharem sempre em conjunto. Assim, não se pode proferir uma decisão de tal magnitude sem definir quais serão suas consequências.

Assim, Armando Castelar Pinheiro ensina sobre o assunto:

Além disso, não se pode ignorar que todo sistema jurídico ou econômico está umbilicalmente ligado ao sistema político. E o nosso sistema político privilegiou a confusão reinante entre direito e economia. Por exemplo, até por considerar os nossos tribunais superiores não como Cortes da federação com a função de controlar o sistema constitucional, mas como simples tribunais de justiça de terceira ou quarta instância às partes, o sistema judicial brasileiro apresenta uma disfunção intrínseca grave. Num sistema democrático, resolver (e reformar) tal estrutura de solução de conflitos é imperativo e urgente.¹²⁶

Concluindo seu pensamento, continua o autor afirmando a importância de se observar, em decisões judiciais, os efeitos econômicos:

Se o Judiciário tem o condão de aumentar custos do Estado, em especial quando julga sem considerar a extensão de suas decisões no plano econômico, tal situação, em especial no Supremo Tribunal Federal se agigantou. O problema é insolúvel porque por um lado se é preciso garantir que a justiça seja feita no plano individual, por outro não se pode chegar ao ponto de falir o Estado (e a sociedade) para tanto.¹²⁷

No caso do presídio central de Porto Alegre, verifica-se ser legítimo o Poder Judiciário determinar que sejam feitas reformas no estabelecimento. Tendo em vista o estado extremamente precário deste presídio, atrelados com as condições de vida dos presos, denota-se um caso emergencial. Logo, não pode o Judiciário permitir que tamanha violação de direitos continue, em observância, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.

¹²⁶ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 5.

¹²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 5.

Esse princípio, além de assumir uma dimensão fundamentadora, ou seja, núcleo basilar do sistema jurídico positivo, é responsável para aferir a legitimidade do órgão estatal que pratica determinada conduta (dimensão crítica). Assim, os Poderes devem sempre observar em suas decisões ou omissões a incidência deste princípio, sob pena de não possuir legitimidade para prática do ato.¹²⁸

Afinal, a dignidade da pessoa humana é a base de todo o ordenamento jurídico, representando um complexo de direitos inerentes a pessoa humana e diferenciando o ser humano das coisas, *res*.¹²⁹

Nesse sentido Uadi Lammego Bulos disserta sobre o assunto ao tratar da exegese constitucional:

A dignidade da pessoa humana, enquanto vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, consiga um *sobreprincípio*, ombreado os demais pórticos constitucionais, como o da legalidade (art. 5º, II), o da liberdade de profissão (art.5º, XIII), o da moralidade administrativa (art. 37) etc. Sua observância é, pois, obrigatória para exegese de qualquer norma constitucional, devido à força centrípeta de possui. Assim, a dignidade da pessoa humana é o cargo chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque impregnou-lhe com a intensidade de sua força. Nesse passo, condicionou a atividade do intérprete.¹³⁰

Com isso, tratar os presidiários de forma diversa daquela prevista em lei, violando seus direitos fundamentais, é puni-lo com penas mais graves do que àquelas estabelecidas nas sentenças condenatórias, ou seja, um excesso de execução.

Por conseguinte, o Estado, ao aprisionar tais pessoas, assume uma responsabilidade ainda maior em garantir o mínimo existencial, uma vez que retira qualquer possibilidade do detento de manter seu próprio sustento ou de progredir para uma situação melhor. Não se fala aqui em garantir qualquer conforto ao preso, uma vez que a pena também assume um caráter punitivo, mas apenas em garantir um mínimo para possibilitar condições de sobrevivência.

¹²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 389

¹²⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2014, p. 124.

¹³⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 390

Assim, o Estado possui a obrigação de manter a segurança desses detentos, tanto em relação aos demais presidiários, quanto em relação aos próprios agentes penitenciários, que muitas vezes praticam atos de violência que extrapolam os limites legais.¹³¹

Ora, manter essas condições sub-humana seria o mesmo que concordar com a pena de morte precedida de tratamentos cruéis (torturas), o que se mostra incompatível com a presença da Constituição federal de 1988. Em um primeiro momento, aparenta ser exagerada fazer tal comparação. Porém, ao analisar o respectivo caso concreto, demonstra-se que, de fato, o presídio central de Porto Alegre apresenta-se nessas condições.

3.1 Área de atuação exclusiva da Administração Pública?

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581/ RS, os Estados envolvidos, bem como a Advocacia Geral da União, alegaram que reformar presídios é matéria exclusiva da Administração Pública, não podendo o Judiciário adentrar no mérito da causa

Entretanto, não há o que se falar em invasão a área reservada a seara da Administração Pública. Embora o administrador possua critérios de conveniência e oportunidade, nesses casos, sua discricionariedade deve respeitar o princípio legalidade, e logo, a Constituição Federal, uma vez que não há ato jurídico totalmente discricionário. Salienta-se, assim, que atos omissivos, como no caso concreto, geram violações graves a direitos fundamentais, devendo, portanto, existir a intervenção do Poder Judiciário.

Ora, atos discricionários não podem ser vistos como sinônimos de atos arbitrários, já que estes representam um abuso e violação ao direito. Logo, os atos praticados pela Administração Pública, tanto os comissivos como os omissivos, devem observar o princípio da legalidade, uma vez que, quando praticados fora dos ditames legais, geram ilegitimidade do administrador.¹³²

Nesse sentido, ainda que se alegue que os juízes não são capazes de ter uma visão geral da segurança pública como um todo, por outro lado, não se pode permitir violação de

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 01-09-2016.

¹³² CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: Juspodvm, 3ª ed. 2016, p. 62.

direitos fundamentais, submetendo os detentos à diversas formas de tortura e tratamentos desumanos.¹³³

Afinal, a determinação de reforma por parte do Judiciário visa a garantia do Texto Constitucional, impedindo que questões meramente políticas resultem em violação grave de direitos. Dessa forma, quando a Administração Pública não garante o mínimo existencial, a consequência é a possibilidade de intervenção do Judiciário, tendo em vista o desvio de finalidade do ato administrativo.¹³⁴

A reforma no presídio central de Porto Alegre trata-se de ato discricionário da Administração Pública, não podendo, pois, o Judiciário intervir em seu mérito. Entretanto, ainda que seja atos discricionário, seus limites se pautam pela Lei. Dito isso, denota-se que a Administração encontra como limite as disposições normativas, não podendo os motivos de conveniência e oportunidade violar preceitos legais.¹³⁵

Ademais, como já foi dito previamente, a atuação do Poder Judiciário, nesse caso concreto, trata-se de mera interpretação constitucional, na qual resulta em implementação de políticas públicas.

Por fim, deve-se reforçar que a interferência do Judiciário apenas é possível em caráter excepcional, e sempre observando o lado econômico, bem como suas consequências práticas. Portanto, caso o presídio central de Porto Alegre não apresentasse uma violação extrema a direitos fundamentais, a atuação do Judiciário demonstrar-se-ia ilegítima, já que uma simples e ínfima violação de direitos existe em toda parte da população e sempre existirá, sendo papel do Poder Executivo escolher quais áreas deve priorizar.

¹³³ ROVER, Tadeu. *Supremo decidirá se justiça pode obrigar executivo a reformar presídios*. 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-nov-10/stf-decidira-justica-obrigar-executivo-reformar-presidios

¹³⁴ ROVER, Tadeu. *Supremo decidirá se justiça pode obrigar executivo a reformar presídios*. 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-nov-10/stf-decidira-justica-obrigar-executivo-reformar-presidios

¹³⁵ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: Juspodvm, 3ª ed. 2016, p. 238

CONCLUSÃO

O presídio central de Porto Alegre encontra-se em situação de extrema precariedade. Fatores como a superlotação da população carcerária e a falta de agentes penitenciários contribuem para a grave violação de direitos fundamentais dos presidiários. Assim, conclui-se que o respectivo presídio necessita de reforma para garantir o mínimo de condições de vida aos detentos.

Incumbe, em regra, à Administração Pública a implementação de reformas no presídio central de Porto Alegre, uma vez que possui discricionariedade acerca da melhor maneira de se utilizar os recursos públicos disponíveis. Porém, entende-se que essa discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade, uma vez que se encontra limitada pelo princípio da legalidade. Assim, os atos praticados pela Administração Pública, bem como aqueles que resultam de omissão, devem respeitar a legislação.

A Constituição Federal prevê direitos e garantias fundamentais que orientam todo o ordenamento jurídico. Em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, derivam, dentre outros, o direito a integridade física e moral dos presos.

No caso concreto, observa-se que o esquecimento do presídio pela Administração Pública resulta em graves violações a direitos fundamentais e, portanto, caracteriza violação ao princípio da legalidade, que limita a discricionariedade. Mostra-se, pois, necessária a intervenção judicial para garantir a efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais violadas.

Porém, é certo que, na realidade brasileira sempre haverá violações a direitos, em especial, àqueles que dependem de verba orçamentária e manifestação estatal. Assim, a competência para determinar a melhor forma de se utilizar o dinheiro público seria do Poder Executivo, não devendo o Judiciário intervir.

No entanto, a grave e absurda violação de direitos fundamentais deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. A dignidade da pessoa humana legitima este Poder para determinar que a Administração Pública realize reforma em presídios. Desse modo, não se pode permitir que razões políticas resultem em omissões que caracterizem extrema violação a direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana mostra-se como princípio basilar da Constituição Federal. A fim de garantir a eficácia desse princípio fundamental, o Judiciário deve intervir na realização de políticas públicas. Entretanto, tal atuação deve ser feita de forma cautelar e excepcional. Portanto, para que se preserve a legitimidade do Poder Judiciário, a violação aos direitos fundamentais deve ocorrer de forma grave e evidente. Ora, caso se tratasse de violações "aceitáveis" na realidade brasileira, não haveria falar em intervenção judicial, tendo em vista que incumbe ao Poder Executivo a administração dos recursos públicos.

Não obstante, sempre será necessário que o magistrado, ao proferir decisões dessa magnitude, observe a situação econômica do Estado, não podendo assim, se distanciar do direito econômico.

Ademais, ainda que a realização de reforma no presídio central de Porto Alegre caracterize fomentação de políticas públicas, o Poder Judiciário encontra-se legítimo para determinar sua reforma. Nessa linha, a realização de políticas públicas, por si só, não obsta a atuação judiciária.

Deve-se concluir, portanto, que a interpretação da norma constitucional legitima o Judiciário para determinar tal reforma. O princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a máxima efetividade da Constituição fundamentam a intervenção, não havendo que falar em violação à separação de poderes. A imposição de reforma é mera consequência de interpretação constitucional, visando garantir direitos fundamentais básicos (mínimo existencial).

Por fim, em que pese posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal, este autor entende ser possível a alegação da cláusula de reserva do possível por parte da Administração Pública, tendo em vista que haverá situações em que o Estado não possuirá verba orçamentária disponível. Entretanto, tal alegação, quando devidamente comprovada, apenas permitirá o adiamento da realização da reforma para o exercício orçamentário anual subsequente, momento em que não mais seria possível arguir a reserva do possível.

Ante todo o exposto, denota-se ser possível a intervenção do Poder Judiciário para determinar a realização de reformas no presídio central de Porto Alegre, tendo em vista a grave violação de direitos fundamentais. Assim, a interpretação constitucional, no caso concreto, não violaria a separação de poderes.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional. 8ª ed.* Rio de Janeiro: forense, 2014, p. 124.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, in atualidades Jurídicas Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, v. 4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>
- BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*, editora: Lumem Juris, Rio de Janeiro 2001. p. xviii
- BRASIL, Constituição Federal, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acessado em: 01/06/2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/ RS. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>. Acessado em 06-06-2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 385.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo.* Salvador: Juspodvm, 3ª ed. 2016, p. 62.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral.* 4ª ed. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 397
- DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias.* 2014. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.
- DIAS, Barbara Lou da C. Veloso e DARWICH, Ana. *Direito e democracia estudo sobre o ativismo judicial.* 1ed. Editora método. 2011, p. 335
- ENGRUCH, Werner e SANTIS, Bruno Moraes di. *A evolução histórica do sistema prisional do estado de são paulo.* Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=145> Acesso em: 8 mar. 2016.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010. p. 133
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais de direito constitucional.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 4

- FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. 150 f. Dissertação de mestrado. Direito, Faculdade de direito da universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2014. p. 45 - 88 Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_EBER_DE_MEIRA_FERREIRA.pdf> Acessado em: 17 set. 2015
- GRINOVER, Ada Pelegrini e WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 - 225
- <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>
- JORGE, Manoel e NETO, Silva. *O Princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTR 1999. p. 20
- JÚNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. *A democratização do poder judiciário*, editoração eletrônica, Porto Alegre 1998. p. 121
- JUSTIÇA, conselho nacional. *Recibo de cadastro de inspeção*. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=presos>. Acesso em: 15 jan. 2016.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Editora: Juruá, Curitiba, 2012 p. 55.
- LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.
- MENDES, Gilmar. Voto. In: Brasil. *Mandado de injunção 670-9 Espírito Santo*, 2007, p. 30. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> Acessado em: 10 set. 2015.
- MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível, uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum 2011 p. 55.
- MOYSES, Natalia Hallit. Controle judicial de políticas públicas: violação da separação dos poderes?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27891>>. Acesso em: 6 jun. 2016.
- OLSEN, 2008 Apud. MOREIRA, Aline da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível, uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum 2011 p. 84.
- PEREIRA, Marcelo Caon. Ativismo Judicial e a Democracia. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. V. 52, nº 1; 2, p. 305 – 352, 2011.
- PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 5.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão. *Dos princípios constitucionais, consideração em torno das normas principiológicas da constituição*. 1 ed São Paulo: Malheiros, 2003, p. 194

Recurso Extraordinário 592581. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>

?s1=%28592581%2ENUME%2E+OU+592581%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=
<http://tinyurl.com/mcyx84r>. Acessado em 05/06/2016.

ROVER, Tadeu. *Supremo decidirá se justiça pode obrigar executivo a reformar presídios*. 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-nov-10/stf-decidira-justica-obrigar-executivo-reformar-presidios

SALET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2013 p. 53.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ed. São Paulo: Malheiros editores. 2014. p. 199.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais*. Coimbra: livraria almeida, 1995, p. 131