

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

ISSN 1807-779X | Edição 216 - Agosto de 2018

A portrait of Des. Thompson Flores, a middle-aged man with dark hair, wearing a grey suit, white shirt, and a red patterned tie. He is looking directly at the camera with a serious expression. The background is a blurred bookshelf filled with books.

DES. THOMPSON FLORES, PRESIDENTE DO TRF4
HOMENAGEM E
RECONHECIMENTO DO TRF2

EDITORIAL: CELEBRAÇÃO HISTÓRICA



Atuação do Judiciário face as deficiências do sistema prisional

José Vidal de Freitas Filho | Juiz de Direito TJPI

Como é público e notório, o sistema prisional brasileiro enfrenta, há muitos anos, diversos problemas, que vêm se agravando na última década, causados por diversos fatores.

Alguns desses problemas, todavia, decorrem de deficiências estruturais de estabelecimentos penais, como a falta de berçário, seção para gestante e parturiente e creche para abrigar crianças maiores de

6 meses e menores de 7 anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada, cuja responsável estiver presa, em penitenciárias femininas.

Há, também, outras deficiências estruturais, como a superlotação, que prejudicam o adequado funcionamento dos estabelecimentos penais, a exigir a atuação do Judiciário, inclusive para cumprimento da atribuição fixada no art. 66, VII, da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal.

Uma forma de exigir do estado o cumprimento de suas obrigações para a correção de tais deficiências é a propositura de ação civil pública.

Em geral, na contestação, nessa ação, o estado, não refutando os fatos, ademais que públicos e notórios, alega o seguinte:

I – o princípio da separação de poderes, não podendo o Judiciário imiscuir-se no âmbito do mérito do ato administrativo, por implicar evidente usurpação de competência e, conseqüentemente, violação do princípio da independência e harmonia entre os poderes;

II – necessidade de previsão orçamentária, portanto, por implicar gasto não previsto na lei de diretrizes orçamentárias, a providência requerida colidiria com expressa proibição constitucional;

III – a existência do orçamento público, subordinado aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, os quais são impostos ao administrador na aplicação dos recursos públicos; e

IV – limites ao dever de prestar assistência: a reserva do possível, por conseguinte, estando a questão trazida a juízo afeta ao princípio da reserva do possível dentro das limitações orçamentárias do Poder Executivo, não é passível de solução mediante ordem judicial deferida em sede de ação civil pública, sob pena de infração ao princípio da separação de poderes e às normas constitucionais que dispõem acerca de finanças públicas.

Ora, quanto a tais alegações, convém recordar que o que se busca é conciliar a responsabilidade do Estado com a limitação orçamentária, econômica e orgânica do ente político, conforme ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, que assim se manifestaram sobre o tema, na obra: *Direito Administrativo*, 11ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2006:

É diante de situações concretas, sempre no contexto de uma relação meio-fim, que devem ser aferidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, podendo o Poder Judiciário, desde que provocado, apreciar se as restrições impostas pela Administração Públicas são adequadas, necessárias e justificadas pelo interesse público; se o ato implicar limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (além da medida) deverá ser anulado.

É inquestionável que os recursos de que dispõe o Estado são escassos. Contudo, é a harmonização entre tais recursos e responsabilidade estatal que mostrará, no caso concreto, se o princípio da reserva do possível deve ser aplicado ou não, o que evidencia a ideia de razoabilidade e proporcionalidade.

Mostra-se
perfeitamente cabível a
ação do Judiciário, em sede
de ação civil pública, para
determinação ao Executivo
de realização de obra para
adequação estrutural de
estabelecimento penal à Lei
de Execução Penal.”

Nesse sentido, é a decisão infra:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em idéia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e

simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social. (...) 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público - onde se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania

- a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n. 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76.10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. STJ, Segunda Turma, REsp 1185474 / SC, nº 2010/0048628-4, relator Min. Humberto Martins, DJ: 20/04/2010.

Destarte, apenas por tal jurisprudência, já restaria indiscutível o não cabimento do princípio da reserva do possível e seus corolários, alegados pelo ente público, para sustentar a impossibilidade da atuação do Judiciário, a fim de determinar a correção das deficiências estruturais dos estabelecimentos penais, eis que: “a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas.

Essa jurisprudência, aliás, foi suplantada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 592581, com repercussão geral, em que o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, concluiu seu voto da seguinte forma:

A tese de repercussão geral que proponho seja afirmada por esta Suprema Corte é a seguinte: “É



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

Consta do voto, ainda o que segue:

Assim, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, penso que não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio

Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Nesse contexto, não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.

Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, su-

postamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

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

Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.

Ora, sem a menor sombra de dúvida, a situação de flagrante desrespeito a direitos fundamentais dos presos e, no caso das penitenciárias femininas, também os direitos de seus filhos, demanda a pronta ação do Judiciário, a fim de recompor a ordem jurídica violada.

A atuação do Judiciário, nestes casos, não viola o princípio da separação de poderes, uma vez que não se está determinando a implantação de políticas públicas no sistema carcerário, mas, garantindo direitos fundamentais dos homens e mulheres presas e dos filhos destas, menores de 7 anos.

Semelhantemente, o princípio da reserva do possível somente seria aplicável se ficasse demonstrado, objetivamente, um justo motivo a afastar a aplicação dos ditames constitucionais.

Quanto à alegação de necessidade de previsão orçamentária, recordem-se as decisões seguintes do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 2. A controvérsia objeto destes autos possibilidade, ou não, de o Po-

der Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 642536 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 27.2.2013)

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AI 734487 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 20.8.2010)

Assim, a ausência de previsão orçamentária, de previsão no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias não é capaz de impedir decisão de efetivação, pelo ente público, dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

De igual modo, não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade, eis que não há direitos mais fundamentais dos que os direitos à vida e à saúde.

Dessa forma, mostra-se perfeitamente cabível a ação do Judiciário, em sede de ação civil pública, para determinação ao Executivo de realização de obra para adequação estrutural de estabelecimento penal à Lei de Execução Penal. 