

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO¹

Davidson Jahn Mello²

SUMÁRIO

Introdução; 1 O Estado Democrático De Direito; 2 Políticas Públicas: Políticas De Segurança Pública E Sistema Prisional Brasileiro; 3 Judicialização Das Políticas Públicas: Discussão A Respeito Dos Limites Impostos Ao Controle Judicial Das Políticas De Segurança Pública; 3.1 Legitimação E Competência Do Poder Judiciário; 3.2 Princípios Da Reserva Do Possível E Do Mínimo Existencial; 3.3 Princípio da separação dos poderes; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

O presente artigo trata de discutir a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no que concerne à efetivação das políticas de segurança pública, principalmente no tocante ao sistema prisional brasileiro. Observa-se que o Estado Democrático de Direito fundamenta-se em uma Constituição que, muito mais do que expressar a organização do Estado e elencar os direitos e deveres constitucionais, deve ser cumprida pelos Poderes, a fim de efetivar tudo o que nela está prescrito, concretizando-se as políticas públicas. Assim, o controle judicial das políticas públicas encontra seu fundamento no princípio da supremacia da Constituição, desde que relativizado, em face do princípio da reserva do possível, este limitado pelo princípio do mínimo existencial, não havendo que se falar, ainda, em ilegitimidade ou incompetência dos membros do Poder Judiciário para tal atividade e, muito menos, em afronta ao princípio da separação dos poderes, visto ser dever inarredável do Poder Judiciário o controle das políticas públicas, já que é o responsável pela concretização da vontade constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Estado Democrático de Direito. Políticas públicas. Princípios constitucionais. Reserva do possível. Mínimo existencial. Separação dos Poderes. Legitimidade.

¹ Artigo foi elaborado sob a supervisão e orientação do Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, professor permanente dos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

² Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina desde 1998, atuando na Comarca de Joinville; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Associação Catarinense de Ensino – ACE, Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

ABSTRACT

The present article discusses the possibility of intervention of the Judiciary Power concerning the enforcement of public security policies, principally in regard to the Brazilian prison system. It may be seen that the Democratic Legal State is founded on a Constitution which, much more than expressing the organization of the State and listing the constitutional rights and responsibilities, must be carried out by the Powers so as to bring into effect everything that is prescribed in it, making public policy concrete. Thus, judicial control of public policies is based on the principle of supremacy of the Constitution, provided that it is made relative in view of the principle of the reserve of the possible, which is limited by the principle of the existential minimum, and, furthermore, not having to speak of illegitimacy or incompetence of the members of the Judiciary Power for such activity, and even less of opposition to the principle of separation of powers, since control of public policies is the inseparable duty of the Judiciary power, as it is responsible for making the constitutional intent concrete.

KEY WORDS: Democratic Legal State, Public policies, Constitutional principles, Reserve of the possible, Existential minimum, Separation of powers, Legitimacy.

INTRODUÇÃO

A constante mudança no cenário político e econômico vem exigindo uma reformulação do papel do Direito e das instituições jurídicas no campo social, o que acarreta a transformação do espírito liberal do Estado em um espírito de Direito, voltado mais ao atendimento dos anseios sociais.

Tal transformação está refletida principalmente na Carta Magna de 1988, que fez florescer os direitos e garantias individuais, que estão sendo perseguidas, com mais afinco, pelos sujeitos e cobradas daqueles que detém o poder/dever de colocá-las em prática: eis aí o anseio da sociedade pelo efetivo cumprimento das políticas públicas.

Neste diapasão, através da aplicação da hermenêutica jurídica, pretende-se no presente artigo, abordar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões atinentes à efetivação e, ao cumprimento das políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cuja atividade, além de estar limitada pela lei de forma substancial - validade e eficácia - deve ser desempenhada observando-se

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

os princípios constitucionais.

Dessa forma, serão abordados os aspectos mais importantes do Estado Democrático de Direito, principalmente porque está fundamentado em uma Constituição que garante, expressamente, os direitos fundamentais e exige a sua concretização.

No que se refere às políticas públicas, será feito um apanhado geral do seu conceito e sucinta abordagem a respeito das políticas de segurança pública quanto ao sistema prisional brasileiro. Serão, ainda, analisadas as teorias procedimentalista e substancialista, que embasam a discussão acerca da judicialização das políticas públicas. Para a primeira teoria tal intervenção deve ser mínima, enquanto que, para a segunda, discorrendo a respeito da reserva do possível e do mínimo existencial, entende que os cidadãos são destinatários de direitos e, por isso, tais direitos não podem ser negados.

Assim, se buscará apresentar os argumentos que se contrapõem à possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas, representados pelos seguintes pontos: legitimidade e competência do Poder Judiciário, princípios da reserva do possível e do mínimo existencial e, o princípio da separação dos poderes.

Analisando sob a óptica da hermenêutica jurídica, através de um estudo dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a referida pesquisa encontra seu fundamento.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A organização política e jurídica de uma nação se encerra na expressão *Estado* por isso, Filomeno³ colaciona o seguinte entendimento:

[...] a organização política de uma nação, oferecendo, muito embora, em

³ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2000, p. 55.

sua realização prática, as modalidades mais diversas, conforme as condições físicas, biológicas, psicológicas, econômicas, intelectuais, morais e jurídicas do meio em que se produz, gira sempre em torno de um mesmo fato capital: a existência de um governo, de um poder de coação, de uma autoridade, que mantenha, mediante o emprego da força, o respeito às normas de direito [...].

Neste diapasão, impende mencionar que a sociedade, organizada cultural e politicamente, caracteriza-se pela dinâmica de seus integrantes. Inicialmente, formam-se famílias, seguindo-se, então, em projeção evolutiva, na constituição de clãs que, agrupados formam a nação.

O Estado, por sua vez, surgirá quando houver uma definição do núcleo do poder da sociedade, ou seja: "quando o poder for institucionalizado", conforme palavras de Filomeno⁴.

Quanto ao Estado de Direito, é considerado resultado da Revolução Inglesa, de 1688; Revolução de Independência Norte-Americana, de 1776; e Revolução Francesa, de 1789, este nasceu para limitar o poder do Estado pela estipulação de normas de conduta. Por isso, Díaz⁵ considera indispensáveis ao Estado de Direito, as seguintes características:

[...] a) o império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) a divisão de poderes: legislativo, executivo e judiciário; c) a legalidade da administração: atuação segundo a lei e com suficiente controle judicial; d) os direitos e as liberdades fundamentais: não só a garantia jurídico-formal, mas também, a efetiva realização material.

Kelsen⁶ procurou definir o Estado como um puro fenômeno jurídico, ou seja, uma pessoa jurídica ou corporação, que, por sua vez, seria definida através de um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, possuidora de direitos e deveres jurídicos que dizem respeito ao interesse dos membros da corporação. O mesmo autor ainda ensina que:

[...] é considerada uma pessoa porque nela a ordem jurídica estipula

⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**, p. 62.

⁵ DÍAZ, 1998, apud BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. V. 1. São Paulo: Mariale. 2005, p. 11-12.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes. 1995, p. 197 e seguintes.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

certos direitos e deveres jurídicos que dizem respeito aos interesses dos membros da corporação, mas que não parecem ser direitos e deveres dos membros e são, portanto, interpretados como direitos e deveres da própria corporação. Tais direitos e deveres são, em particular, criados por atos dos órgãos da corporação.

Desta forma, conceituar o Estado de Direito é de fundamental importância para se distinguir os regimes autocráticos e democráticos, uma vez que, para Figueiredo⁷, “Estado de Direito, é aquele Estado, aquela organização erigida pelo Direito, que respeita o Direito”.

Neste sentido, Carraza⁸ adverte que:

[...] no Estado de Direito pelo contrário, os governantes (tanto quanto os governados) sujeitam-se ao império da lei. Nele, o Poder Público age *secundum legem* e, em suas relações com os governados, submete-se a um *regime de direito*, vale dizer, pauta sua conduta por regras que, por outorgarem e garantirem os chamados direitos individuais, apontam os meios que ele poderá empregar, para a consecução de seus fins [...].

Vale colacionar também a lição de Bobbio⁹, quando, ao conceituar Estado de Direito, menciona que:

Na doutrina liberal, Estado de Direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípios ‘invioláveis’. Desse ponto de vista pode-se falar em Estado de Direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de Direito em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de Direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelsiano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (e a própria noção de Estado de Direito perde toda força qualificadora).

Conclui-se, portanto, que o Estado de Direito prescreve a supremacia da lei sobre a administração, podendo apresentar-se como liberal, social ou

⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria geral do estado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 89.

⁸ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 215.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense. 1998, p. 19.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

democrático, conforme lecionam Streck & Moraes¹⁰.

Assim, na visão de Afonso da Silva¹¹, o Estado Liberal de Direito seria:

[...] um Estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença sobre seu conteúdo [...] o Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei [...].

Já o Estado Social de Direito, para Afonso da Silva¹², “revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”.

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional, como chama Bester¹³, não se restringe ao espírito paternalista e provedor do Estado Social de Direito nem à característica desgarrada com que se apresenta o Estado Liberal de Direito, mas ultrapassa qualquer formulação de ambos os estados aí referidos, uma vez que se qualifica pela participação efetiva do povo sobre todos os seus elementos constitutivos e sobre toda a ordem jurídica.

Ressalte-se, entretanto, que esta atividade se dará quando da formação das normas de conduta que se concentram numa Constituição, que é a lei fundamental, possuidora de parâmetros que deverão ser acatados por todas as leis inferiores que lhe sobrevierem, traduzindo, assim, a democracia como um ideal “transformador da realidade”, conforme preceitos expostos por Streck & Moraes¹⁴. Os mesmos autores prosseguem lecionando sobre os princípios do Estado Democrático de Direito, que são:

a – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a

¹⁰ STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 89.

¹¹ AFONSO DA SILVA, José. **Estado democrático de direito**. Revista da PGE. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 61.

¹² AFONSO DA SILVA, José. **Estado democrático de direito**, p. 65.

¹³ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**, p. 13.

¹⁴ STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**, p. 93.

uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; **b** – Organização Democrática da Sociedade; **c** – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; **d** – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; **e** – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; **f** – Divisão de Poderes ou de Funções; **g** – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; **h** – Segurança e Certeza Jurídicas.

Neste sentido, Ceneviva¹⁵ ressalta que o traço marcante do Estado Democrático de Direito “é a possibilidade de substituir o governante pelo voto em períodos predeterminados”.

Entretanto, Dal Bosco¹⁶ adverte que o Estado Democrático de Direito ainda não se solidificou, encontrando-se em uma fase não concluída, que deve ser corrigida a fim de que se possa acrescentar, conforme leciona o mesmo autor:

[...] o matiz social [...] sendo necessário, para isso, atender a alguns pressupostos: eliminar a rigidez formal, o que significa evitar um modelo único para todos os tempos e lugares, pois os valores fundamentais podem ser diferentes em cada povo e época; garantir a supremacia da vontade do povo, determinada por uma vontade livremente formada, com ampla divulgação de todas as idéias, e também externada de forma livre de todo o vício ou coação; preservar a liberdade, dando-se ênfase não mais a quantidade, mas à qualidade, de modo que as liberdades dos indivíduos não fiquem isoladas, uma vez que se entrelaçam na realidade social; e garantir a igualdade, de forma a haver equivalência de possibilidades, nesta, admitindo-se a existência de desiguais relativos, representados por diferenças de mérito individual, podendo-se aferir esta questão conforme a contribuição que cada qual oferece à sociedade.

Da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é possível perceber, já em seu preâmbulo, a instituição de um Estado Democrático Brasileiro que visa assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, indicando como objetivos fundamentais da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), que prima pelo respeito e

¹⁵ CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 43.

¹⁶ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionabilidade em políticas públicas**: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá. 2007, p. 44.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

pela aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais positivados logo no prólogo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dessa forma, para o Estado Democrático de Direito não basta mera previsão constitucional de direitos e deveres, mas é necessário que tais direitos e deveres se concretizem através de políticas públicas as quais deverão ser formuladas com a efetiva participação popular.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

É cediço que as funções de administrar, gerir, organizar e direcionar os recursos financeiros são de competência da Administração Pública, competindo, portanto, aos Poderes - Legislativo e Executivo, a consecução das metas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, seja no âmbito constitucional ou no infraconstitucional.

Impende frisar que esta atividade desempenhada pela Administração Pública, se dá através da imposição de uma previsão legal e do cumprimento de políticas públicas, tudo com vistas à efetivação dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.

Bucci¹⁷ define políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Assim, quando se fala em políticas públicas, cria-se uma relação jurídica entre o Estado e a sociedade, na qual o Estado tem o dever de efetivar os direitos fundamentais, através da consecução das políticas públicas, e a sociedade tem o direito de exigir o cumprimento destas políticas.

¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva.

Nesse sentido, Comparato¹⁸ trouxe lições esclarecedoras:

A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudencia* romana [...].

Denota-se, portanto, que a política se distingue das normas e atos, pois estes compõem o seu núcleo essencial. Assim, pode-se afirmar que política se traduz num conjunto de normas e atos, unidos em torno de uma mesma finalidade: a realização e concretização dos direitos fundamentais.

No que se refere às políticas de segurança pública, mais precisamente àquelas destinadas ao sistema prisional brasileiro, é notório o vilipêndio com que são tratadas, principalmente, quanto à capacidade de re-socialização e assistência ao apenado, conseqüência do despreparo da máquina estatal e das desigualdades sociais.

Observa-se que o estado em que se apresentam as prisões – em condições de saúde deploráveis, ambientes superlotados, ausência de atividades laborais e educativas, aliados aos baixos salários e ausência de treinamento dos agentes carcerários, entre outras deficiências, espirra diretamente sobre a sociedade, que reflete, desde o planejamento familiar até nas questões de ordem econômica, no desleixo da concretização das políticas de segurança pública.

Indaga-se, portanto, como fazer valer os direitos fundamentais estampados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de garantir segurança à sociedade e condições de re-socialização aos apenados, sem a atuação concreta e efetiva dos Poderes Legislativo - com a edição de leis eficazes e válidas e, Executivo – com implantação e concretização das políticas legalmente estipuladas.

2002, p. 241.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. Ano 86. Nº. 737. Março. São Paulo: 1997, p. 18.

Nesta seara é que se encontra a problemática da possibilidade do controle judicial sobre a atuação dos referidos órgãos. Em que pese o Estado Democrático de Direito não aceitar que o Poder Judiciário formule e implemente políticas públicas, é de bom alvitre ressaltar que, em casos excepcionais, quando os Poderes Legislativo e Executivo forem omissos e vierem a comprometer a eficácia e integridade dos direitos individuais ou coletivos, caberá ao Poder Judiciário, através de instrumentos jurisdicionais eficazes, controlar e determinar a execução das políticas públicas em respeito aos preceitos fundamentais.

A discussão aqui apresentada, a respeito da possibilidade ou não do controle judicial das políticas de segurança pública, deve girar em torno de três limites que são impostos à judicialização das políticas públicas e geral, que são: a ausência de legitimação e competência do Poder Judiciário, os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial e, o princípio da separação dos poderes.

3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: discussão a respeito dos limites impostos ao controle judicial das políticas de segurança pública

Cumprido, antes de adentrar na discussão individualizada dos limites impostos ao controle judicial das políticas públicas, fazer menção às correntes que, no âmbito doutrinário, vêm discutindo o assunto *in comento*: as correntes - procedimentalista e substancialista.

Nas palavras de Santos¹⁹, a primeira corrente - procedimentalista, baseada nas idéias de Jürgen Habermas, entende que:

[...] o incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista. De tal sorte, favorece a desagregação social e o individualismo, dado que o indivíduo, enquanto simples sujeito de direitos fica totalmente dependente do Estado. Torna-se um cidadão-cliente e o Judiciário, o seu fornecedor de serviços. Portanto, não representa situação desejada, mas situação crítica, correlata a uma

¹⁹ SANTOS, Marília Loutido dos. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

crise institucional que precisa ser superada [...].

Portanto, de acordo com a corrente procedimentalista, havendo o controle judicial das políticas públicas, o cidadão tomaria uma posição passiva perante o Estado, tornando-se mero destinatário do direito.

Neste sentido, Vianna²⁰ assevera que:

A democratização social, no andamento descrito por Marshall, teria como conseqüências perversas a perda da democracia, significando a estatalização dos movimentos sociais, a decomposição da política, a erosão da lei como expressão da soberania popular, a politização da razão jurídica e sua contraface necessária: a judicialização das políticas públicas. A invasão da política e da sociedade pelo direito, e o próprio gigantismo do Poder Judiciário, coincidiriam com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos.

Assim, para os procedimentalistas, a Constituição deve antes de tudo, gerar mecanismos para que os cidadãos possam, por si só, criar seu próprio direito. Caso contrário, o controle judicial representaria um mero indicador de que a justiça teria se tornado o "último refúgio de um ideal democrático desencantado", consoante registrou Garapon²¹.

A corrente substancialista, que se sustenta, principalmente, no pensamento jurídico e político de Mauro Cappelletti & Ronald Dworkin, prevê a necessidade da redefinição das atribuições do Poder Judiciário, a quem caberá a função de assegurar a implementação dos direitos fundamentais. Portanto, o Estado evoluiu de um Estado de leis para um Estado de políticas públicas.

Para os defensores da teoria substancialista, "o poder judiciário não deve assumir uma postura passiva diante da sociedade, constituindo-se em verdadeiro guardião /garantidor da efetividade constitucional", conforme afirma Marcellino Júnior²².

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 1999, p. 24.

²¹ GARAPON. *Apud* VIANA, Luis Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan. 1999, p. 25.

²² MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, (des)encontro entre economia e direito. Florianópolis: Hábitus. 2008, p. 165.

Em que pese à existência das duas correntes acima mencionadas, vale frisar que a judicialização das políticas de segurança pública encontra seu fundamento no princípio da supremacia da Constituição, já que o Poder Judiciário estará garantindo a prevalência da Constituição na medida em que exerce o controle judicial sobre a concretização dos direitos fundamentais,

Na realidade brasileira, vale reprimir as palavras de Marcellino Junior²³, que entende que o Poder Judiciário deve ter uma postura interventiva, aplicando-se, portanto, a teoria substancialista, como ensina:

Há que se reconhecer, por conseqüência, que uma concepção procedimentalista da Constituição da República, ainda que enalteça a necessidade de acordos intersubjetivos consensuais, torna-se incompatível com a realidade sócio-econômica-cultural de países periféricos como o Brasil [...]. Num país como o nosso, onde não se socializaram as *promessas modernas*, e cujo povo (massa ignara e faminta) é relegado à condição de consumidores descartáveis diante do levante neoliberal de nossa atualidade – que revela um outro dilema, contrapondo um *neoconstitucionalismo econômico* a um *constitucionalismo político* – faz-se necessária a existência de um Judiciário atuante e interventor, que legitime e consuma (ou pelo menos tente) o Estado Democrático de Direito, e que, numa postura *garantista*, diminua a distância abissal existente entre a lei e a sociedade

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm consolidando posição favorável ao controle judicial das políticas públicas, adotando, portanto, a teoria substancialista. Por isso, torna-se relevante analisar os argumentos que representariam óbice ao perfazimento da judicialização das políticas públicas.

3.1 Legitimação e competência do Poder Judiciário

Um dos aspectos polêmicos que diz respeito ao tema aqui discutido, é a legitimação e competência do Poder Judiciário para a implementação de políticas públicas.

Sabe-se que compete ao Poder Judiciário a função jurisdicional do Estado, aplicando a lei e distribuindo a justiça. Neste diapasão, pergunta-se se os magistrados têm legitimidade para interferir no campo das políticas públicas, já

²³ MARCELLINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontro entre economia e direito, p. 165.

que não estão submetidos ao processo eleitoral.

Entretanto, impende frisar que a legitimação dos magistrados para tal interferência advém da própria Constituição, que lhes confere uma legitimação técnica e outra substancial. A primeira, porque somente bacharéis em direito, aprovados em concurso público, poderão compor o rol dos magistrados, e, a segunda, porque aos magistrados compete a guarda da Constituição.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu, não só ao Poder Judiciário como também aos demais poderes, a função de garantir formalmente os direitos fundamentais e, principalmente, possibilitar condições materiais para que os indivíduos possam usufruir de tais direitos, o que demonstra que o Poder Judiciário possui legitimidade e competência na consecução das políticas de segurança pública, desde que observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.2 Princípios da reserva do possível e do mínimo existencial

Um segundo aspecto que é levantado quando a questão é a judicialização das políticas públicas, é a teoria da reserva do possível, que configura a principal justificativa do Poder Executivo: a não implementação de uma determinada política pública.

Cumprir salientar, inicialmente, que toda implementação ou fomentação de política pública depende de custos, planejamento de despesas e percepção de renda, cabendo ao Poder Executivo, em consonância com o Poder Legislativo - que aprova as leis orçamentárias, administrar e gerir tais recursos públicos, a fim de cumprir com o estabelecido na Constituição, principalmente, no que pertine aos direitos fundamentais.

Assim, o Poder Executivo se vale da insuficiência de recursos financeiros para justificar a impossibilidade material da realização de uma determinada despesa. Tal situação gera colisão de interesses, ou seja: a dotação orçamentária do Poder Público para ser despendida em prol da concretização das políticas públicas e, a

efetivação dos direitos fundamentais.

Não obstante tal afirmação resta ressaltar que tal justificativa não pode ser usada dolosamente pelo Estado, a fim de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais. É o que assevera o Ministro Celso Mello²⁴ em seu voto proferido no julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 45, julgada em 04 de maio de 2004, como segue:

[...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentabilidade.

De outro norte, há também o princípio do mínimo existencial, que impõe limites ao princípio da reserva do possível, já que mesmo diante da indisponibilidade de recursos financeiros, o Poder Público deve garantir aos indivíduos condições mínimas de existência, em respeito ao princípio da dignidade humana.

Conforme ressalta Soares da Silva²⁵, o princípio do mínimo existencial se apresenta como:

[...] a parcela mínima de direitos que um Estado deve observar para caracterizar-se como Estado de Direito material, assegurando, pelo menos, condições materiais mínimas para a existência digna da pessoa humana. É o verdadeiro núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo impossível de ser suprimido sem que se ofenda frontalmente o ordenamento jurídico.

3.3 Princípio da separação dos poderes

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estipulou como princípio fundamental, a separação dos poderes, com o objetivo de evitar o surgimento do absolutismo, já que a concentração de poder leva ao arbítrio.

Assim, em seu artigo 2º, a Constituição da República Federativa do Brasil de

²⁴ Nota de jurisprudência.

²⁵ SOARES DA SILVA, Alessandra Obara. **Políticas públicas**: condições e possibilidades de controle judicial. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/>> Acesso em: 02 maio 2008.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

1988 tripartiu os Poderes da União em Legislativo, Executivo e Judiciário. Previu, também, que esses poderes seriam independentes e harmônicos entre si, o que representa que o funcionamento de um deles não obstaculiza o exercício da função dos outros.

Como dito anteriormente, essa tripartição tem a finalidade de evitar que o poder fique à mercê de um único poder. Tal concepção remonta as idéias de Aristóteles, Kant e Montesquieu²⁶, valendo reprimir as palavras deste último, "quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois, que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente".

A separação dos poderes é manifestada em todos os movimentos constitucionalistas e vista no meio daqueles que procuram a democracia através de seus ditames constitucionais como sistema de freios e contrapesos, conforme leciona Figueiredo²⁷, a seguir:

[...] nele, os poderes encontram-se repartidos, equilibrados, ajustados o quanto possível, de tal forma a impedir que nenhum deles ultrapasse os limites da Constituição, sempre com vistas à contenção do poder, a melhor governabilidade, à limitação da autoridade (que sempre tende ao arbítrio se não controlada) e, finalmente, preocupada [...] em garantir as liberdades individuais.

Assim, em uma análise superficial da questão, se poderia afirmar que o controle judicial das políticas de segurança pública representaria uma afronta ao princípio fundamental da separação dos poderes, visto que o Poder Judiciário estaria extrapolando sua esfera, intervindo em questões que seriam da competência dos Poderes - Executivo e Legislativo.

Entretanto, vale registrar que num Estado Democrático de Direito, não há que se conceber o princípio da separação de poderes como uma imposição de afastamento de qualquer interferência entre os três Poderes, já que, conforme

²⁶ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva. 1996, p. 165.

²⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria geral do estado**, p. 19.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ressalta Cristóvam²⁸, “com os atuais contornos traçados pelo Estado constitucional não mais parece adequado falar em diferentes poderes. Em verdade, o que existem são funções públicas desempenhadas por diferentes órgãos, todos voltados ao implemento da Constituição”.

Desta forma, o controle judicial das políticas públicas nem de longe representa uma afronta ao princípio da separação dos poderes, visto que reflete a supremacia da Constituição sobre as leis e os atos administrativos.

Ademais, denota-se que, sendo vedado à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consoante prega o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a legitimidade do Poder Judiciário em interferir quando da omissão dos demais Poderes na consecução das políticas públicas, ressaí, expressamente, do texto constitucional, não podendo ali encontrar óbice.

CONCLUSÃO

As explanações feitas ao longo deste artigo demonstram a importância do debate a respeito da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização e efetivação das políticas de segurança pública, principalmente no que pertine ao sistema prisional brasileiro, pois a realidade fática é bem diversa da pretendida pela Constituição e leis infraconstitucionais.

Tem-se de um lado, o clamor da sociedade por mais segurança e melhores condições aos apenados, com projetos que venham não só punir, mas ressocializar o preso. De outro lado, as limitações orçamentárias do Estado no perfazimento das políticas públicas, o qual se acoberta pela justificativa de insuficiência de recursos financeiros para exonerar-se das obrigações que lhe são inerentes no texto constitucional.

²⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves comentários sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 07 maio 2008.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Entende-se que a concretização de políticas públicas no setor prisional brasileiro, na atual conjuntura, exige do Estado certo dispêndio. Entretanto, vale frisar que a situação calamitosa do sistema somente chegou a esse ponto porque, em outros momentos da história brasileira, não foram efetivadas as políticas públicas, nem respeitados os princípios estampados na Constituição.

Não obstante, o princípio da reserva do possível representar um óbice à atuação estatal no sentido de implementação de políticas públicas, há que se ressaltar que tal limite não é absoluto, pois o Estado tem o dever de oferecer e garantir condições mínimas de subsistência digna da pessoa humana, com vistas a atingir o objetivo do Estado Democrático de Direito.

Evidente que tal interferência deve respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de garantir um equilíbrio entre os anseios da sociedade e as possibilidades efetivas do Estado em prestar-lhe assistência. De outra banda, não há que se falar aqui em afronta ao princípio da separação dos poderes e muito menos em ilegitimidade ou incompetência dos integrantes do Poder Judiciário.

Como bem salientou Comparato²⁹, “O Estado não designa um poder que age, mas uma autoridade que zela pela tranqüilidade e segurança da sociedade”. Portanto, o controle das políticas de segurança pública é dever do Poder Judiciário, porquanto a este compete concretizar a vontade constitucional, em busca da paz social.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AFONSO DA SILVA, José. **Estado democrático de direito**. Revista da PGE. São Paulo: Saraiva, 1988.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

²⁹ COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**, p. 15.

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Brasília, DF: 04 de maio de 2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>.
Acesso em: 13 de nov. 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. Ano 86. Nº. 737. Março. São Paulo: 1997.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. Jus Navigandi. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7254>>. Acesso em: 07 de maio de 2008.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria geral do estado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontro entre economia e direito**. Florianópolis: Hábitus, 2008.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Marília Loutido dos. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. Jus Navigandi. Disponível em:

MELLO, Davidson Jahn. O estado democrático de direito e o controle judicial das políticas de segurança pública no sistema prisional brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 13 de nov. 2008.

SOARES DA SILVA, Alessandra Obara. **Políticas públicas:** condições e possibilidades de controle judicial. Disponível em: <<http://www.congressoprocuradores.com.br/>>. Acesso em: 02 de maio 2008.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.