

1 INTRODUÇÃO

A crise do Sistema Penitenciário Brasileiro está em evidência por afetar gravemente a segurança pública do país. A Constituição Federal, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica e em especial a Lei de Execução Penal, nº 7.210, de 11 de julho de 1984 disciplinam o Sistema Prisional Brasileiro.

Todavia, o mesmo encontra-se sob um paradigma caótico e exige medidas sérias e urgentes que visem atenuar o cenário atual. Um dos principais problemas do Sistema Prisional é a superlotação das penitenciárias, que acarreta em desdobramentos que geram outros problemas. O site da Globo.com¹ constatou em janeiro de 2014 que o Brasil sofre um déficit de 200 mil vagas no sistema penitenciário, mostrando que a população carcerária representa 563.723 presos e, somente há 363.520 vagas nas unidades prisionais do país.

Com a superpopulação, outros problemas aparecem e se destacam, como a má alimentação nos presídios, a ausência de tratamento médico, falta de higiene adequada, tanto dos detentos quanto dos estabelecimentos prisionais, falta de assistência jurídica e social ao preso, ociosidade, segregação, dentre outros problemas, que provocam rebeliões e insegurança pública.

A aplicação da pena, notadamente a privativa de liberdade, tem a função de disciplinar condutas e comportamentos, bem como punir o criminoso pelo crime cometido, visando coibir novas infrações, privando-o de sua liberdade e dos direitos conexos a ela. A pena funciona para retirar o indivíduo desvirtuado da sociedade, ressocializá-lo e devolvê-lo de forma íntegra ao convívio social. Pelo menos deveria ser assim.

Conquanto o objetivo fundamental seja a ressocialização do preso, o arcabouço atual apresentado pelo sistema carcerário demonstra que tal finalidade tem sido totalmente ineficaz, e isso não só no Brasil, mas também em várias partes do mundo.

Faremos um breve resumo do sistema carcerário, com base em pesquisa doutrinária, denotando algumas de suas características, o que nos ajudará na análise a respeito da judicialização de políticas públicas sobre o tema.

¹ REIS, Thiago; VELASCO, Clara. **Brasil tem hoje déficit de 200 mil vagas no sistema prisional**. Publicado em 15/01/2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/brasil-tem-hoje-deficit-de-200-mil-vagas-no-sistema-prisional.html>>. Acesso em 16 de outubro de 2014.

Poderia o judiciário intervir na administração pública a fim de promover políticas capazes de buscar soluções para a crise carcerária e agindo dessa forma o juiz irá ferir o poder discricionário da Administração pública?

Esta é a indagação que pretendemos responder ao final desta pesquisa, dada a relevância social que o tema evidencia.

2 O SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional é a junção da estrutura física e administrativa utilizada pelo Estado para fazer cumprir as penas privativas de liberdade. O Estado precisa de um local e de um sistema operacional para separar os indivíduos que apresentam perigo à sociedade e que conseqüentemente, já foram devidamente julgados condenados pelas práticas de seus atos pelo Poder Judiciário.

Esse sistema é também denominado de sistema carcerário e recolhe à sua estrutura, pelo tempo que estiver determinada a pena, os indivíduos que cometeram crimes, com a finalidade de resguardar o maior bem jurídico tutelado, que é a vida, bem como visa a ressocialização dos mesmos.

Mas como ressocializar o indivíduo se o ambiente em que ele está não contribui para tal fim? Não é difícil concluir que uma estrutura física inadequada, profissionais mal preparados, um poder público por vezes omissivo, a descrença em futuro melhor, uma vez que o condenado não deixa o sistema prisional em melhores condições em que ingressou, além do estigma que carregará ao longo da vida, são fatores que influenciam diretamente na ineficiência do sistema.

Transformar um sistema falido em um sistema funcional é talvez um dos maiores desafios do Estado e fazê-lo não será tarefa fácil.

2.1 Conceito

A Lei de Execuções Penais, Lei 7.210 de 11 de julho de 1984², disciplina que o objetivo da execução penal é executar a decisão criminal, propiciando integração harmônica entre o condenado e sua reclusão perante a sociedade.

A decisão criminal que sentencia um indivíduo a pena privativa de liberdade precisa de mecanismos para ser executada. Nesse cenário verifica-se a presença do estabelecimento prisional apresentado de forma geral no título IV, capítulo I da lei referendada. O artigo 82 trata da destinação do estabelecimento penal, como também estabelece ambientes diferentes à mulher e aos idosos, visando efetivar a segurança do sistema. A lei exige ainda espaços reservados para serviços assistenciais, de educação, trabalho, recreação e prática esportiva, nos termos do caput do artigo 83. Corroborado a segurança, verifica-se mais alguns requisitos dispostos nos artigos 84³ e 85⁴.

Observa-se com as citações acima, uma congruência entre a exigência da segurança do sistema prisional e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana para com os detentos. A teoria estrutural do sistema carcerário garante os direitos básicos de um indivíduo, embora na prática não sejam exatamente utilizados.

A Lei de Execuções penais distingue ainda as modalidades de estabelecimentos. O artigo 87 da Lei de Execução Penal classifica a penitenciária como aquele local destinado ao condenado à pena de reclusão em regime fechado. Completando, o artigo 88 estabelece as condições penitenciárias, exigindo como requisito básico a salubridade do ambiente e condicionamento térmico adequado à existência humana.

Infelizmente verifica-se que na maioria das penitenciárias e demais estabelecimentos prisionais o ambiente é demasiadamente precário, mal iluminado, com aeração insuficiente, com população que excede em muito a capacidade do local, tornando-o susceptível à proliferação de doenças.

² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

³ “Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. § 1º O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes. § 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada”. BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

⁴ “Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades”. BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

O capítulo ainda conceitua e separa a penitenciária feminina e masculina. Conforme artigo 89: “Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa”⁵.

Por fim, o artigo 90 determina que a penitenciária dos homens deve ser construída em local afastado do centro urbano, de forma, todavia, a não impedir a visita, certamente com vistas a não prejudicar o contato do detento com sua família e amigos.

2.2 Breve Histórico

Na antiguidade o que vigorava era a lei do mais forte. Destarte, na iminência de um conflito de interesses, o vencedor era sempre aquele que detinha mais força física e poder. Surgiu então a figura do Estado, que realizava o papel de interventor e decidia o litígio.

O Direito Penal, concomitantemente, foi criado com a intenção de coibir e punir a prática criminal.

A vingança e tortura eram formas corriqueiras de punições, que precisavam ser cessadas em prol de um futuro Estado Democrático de Direito. A primeira Constituição do Brasil, criada em 1824⁶, já previa a criação de um Código Criminal, bem como a pena de prisão.

O Código Penal da República, de 1890⁷, já previa diversas modalidades de prisão, como a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, sendo cada modalidade cumprida em estabelecimento penal específico.

Em 1940, foi publicado o Código Penal Brasileiro⁸, através de Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, apresentando o poder punitivo por parte do Estado de forma mais

⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

⁶ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XVIII. Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (Constituição de 25 de março de 1824). **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 22 de abril de 1824. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

⁷ BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº. 847 de 11 de outubro de 1890. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 11 de outubro de 1840. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

moderada. Nessa época, a situação carcerária já demonstrava problemas, como a superlotação e o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os problemas, embora ainda não solucionados no todo, culminaram na aplicação de novas medidas punitivas, mais proporcionais às infrações cometidas, conhecidas como as penas restritivas de direito, ainda utilizadas na atualidade.

A superlotação tornou-se uma grave realidade do sistema prisional e, o que se verifica hoje é a necessidade que o sistema carcerário tem de se valer de políticas públicas de adequação, para diminuir os efeitos negativos da prisão, propiciando a ressocialização do preso e um regime progressivo.

3 A REALIDADE CARCERÁRIA

O sistema carcerário, conforme demonstrado pela Lei de Execuções Penais é o estabelecimento penal, representado pelo conjunto das repartições de regime aberto, fechado e semi-aberto, masculinas e femininas, incluindo as cadeias públicas, locais de reclusos que ainda não foram condenados.

Na teoria, disciplinada por lei, o sistema prisional deveria ser um ambiente adequado à ressocialização do indivíduo que cometeu um crime, para que o mesmo possa retornar a sociedade sem desvirtuamento, dotado de segurança jurídica e garantias constitucionais.

Segregar o indivíduo pode ser necessário, mas nunca devemos perder de vista as garantias fundamentais essenciais para uma vida digna. Mesmo condenado por uma conduta ilícita, o indivíduo deve manter direitos fundamentais, conquistados tão duramente ao longo da história.

Nas palavras de Robert Alexy⁹ “os direitos fundamentais são direitos de defesa do cidadão contra o Estado, pois visam proteger o indivíduo contra as intervenções dos Poderes Públicos”.

Todavia, não é esse o cenário encontrado no Brasil. Júlio Fabbrini Mirabete¹⁰ explica que o sistema de repressão é um sistema falido, o que caracteriza um dos maiores problemas

⁸ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei n°. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria e Direito Público: Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da SILVA. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pag. 433.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

do Brasil, já que a tentativa de ressocialização é frustrada, devolvendo o condenado à sociedade mais marginalizado e desprezado do que antes.

3.1 Superlotação das Penitenciárias

O sistema prisional tem como problema mais grave a superlotação de seus estabelecimentos. Conforme dados apresentados anteriormente, verifica-se um déficit aproximado de 200 mil vagas no Brasil. Nesse cenário de superlotação, as prisões não garantem ao preso o mínimo de dignidade e, de nada adianta a aplicação de medidas mitigadoras, se estas não forem voltadas à construção de novas penitenciárias, pois o abismo entre a capacidade penitenciária e o número de reclusos só aumenta.

O problema se agrava ainda mais, ao verificar que a superpopulação carcerária tem impedido a utilização diferenciada dos estabelecimentos, ou seja, é difícil encontrar estabelecimento destinado exclusivamente aos presos que aguardam julgamento.

Conforme estatísticas apresentadas pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos¹¹, o governo manifestou, embora não seja a única alternativa, que a construção de novos presídios resolverá o problema de vagas e garantirá um ambiente propício para a ressocialização dos internos. Para a comissão o atual governo está consciente sobre a insustentável situação, apresentando os seguintes objetivos:

Seus objetivos a curto prazo são: 1) criar novos estabelecimentos e aumentar o número de vagas, utilizando para tanto recursos do Fundo Penitenciário Nacional; 2) apresentar projeto de lei com a introdução de sentenças alternativas às penas privativas de liberdade para os crimes não-violentos; e, a médio prazo, 3) incentivar a agilização dos procedimentos judiciais para reduzir o número de detentos à espera de julgamento.

Outra solução mitigadora é encontrada na Lei 9.099 de 1995¹², que institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais com a finalidade de substituir as penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direito, diminuindo a compressão sobre o sistema penitenciário brasileiro e colaborando para a rápida reconstrução dos internos.

¹¹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil. Capítulo IV. As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro.** Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm#N_25>. Acesso em 30/09/2014.

Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 27 de setembro de 1995. D¹² BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2014.

A falta de investimento público é fator referencial da situação insustentável apresentada.

Não acreditamos que a simples construção de presídios, por si só, ajudará na solução da superlotação, mas pelo menos é medida necessária para atenuar a crise instalada.

3.2 Ambiente Insalubre – Higiene e saúde

Outro problema grave da superlotação carcerária é a precária higienização do ambiente, acarretando em um ambiente insalubre e prejudicial à saúde, conforme já dissemos.

Corroborando a superlotação das celas, a alimentação também é um fator crítico do sistema prisional. Ora, não poderia ser diferente, uma vez que a superpopulação consome o orçamento atribuído ao estabelecimento prisional. Outrossim, são fatores maléficis à saúde do detento o sedentarismo, o uso excessivo de drogas, a má higiene pessoal, que facilitam a proliferação de doenças, agravando uma situação já bastante desfavorável.

A Comissão Interamericana dos Direitos Humanos também apresenta manifestações, quanto ao ambiente prisional, demonstrando que os próprios presos declararam que, em caso de brigas entre eles ou doenças, são eles próprios quem tratam dos feridos ou enfermos.

Os presos ainda se queixaram:

“da insuficiência da comida que lhes era servida, de que passavam frio, de que quando chovia se molhavam e não tinham muda de roupa, sendo obrigados a ficar com a roupa molhada e úmida por muitos dias”¹³.

A situação é mais grave do que se pode imaginar. O depoimento angariado pela comissão sobre a comercialização dentro das penitenciárias torna o ambiente vulnerável, senão vejamos:

Da mesma forma, foi-nos informado que os presos que possuem recursos podem conseguir mais comida e agasalho. Chamou ainda a atenção da Comissão, de acordo com os estudos realizados sobre a questão e com os depoimentos por ela recebidos, a frequência com que nos centros penitenciários ocorre o "desvio de comida". Nesses casos, a comida é comercializada pelos guardas ou por outros que podem ser subornados, fora do estabelecimento, o que acarreta um aumento no clima de violência no interior dos presídios, com as conseqüências trágicas que são apresentadas neste capítulo.

¹³ Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil. Capítulo IV. As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro.** Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm#N_25>. Acesso em 30/09/2014.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário - PNSSP foi instituído pela Portaria Interministerial nº 1777, de 09 de setembro de 2003¹⁴ e, destina prover a atenção integral à saúde da população prisional confinada. Todavia, verifica-se que a atuação do PNSSP não é plena, não sendo difícil entender os motivos, visto que a saúde pública em todo o território brasileiro também não consegue ser, seja por falta de dotação orçamentária, ou qualquer outro motivo relevante

Apoiado à ineficiência do Plano por motivos públicos, constata-se um problema ainda maior, qual seja, a corrupção realizada pelos próprios agentes penitenciários responsáveis pelo zelo dos detentos, conforme observado na citação anterior.

Destarte, mais uma vez verifica-se a necessidade da interveniência do Poder Judiciário e das Políticas Públicas de correções para o Sistema Prisional, respeitando os direitos constitucionais resguardados.

3.3 Direitos dos Detentos

A Constituição Federal de 1988 é a supremacia da consolidação democrática no Brasil, resguardando garantias e direitos fundamentais a todos os indivíduos, incluindo àqueles que estão sob a guarda do Estado.

O artigo 1º da Carta Maior determina em seu inciso III que o Brasil é um Estado de Direito Democrático e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, princípio mais abrangente e dos mais importantes do ordenamento jurídico. Consoante o princípio da dignidade da pessoa humana, que se aplica a todo e qualquer indivíduo, incluindo o preso, o artigo 5º¹⁵ estabelece ainda outros direitos fundamentais específicos aos detentos, como por exemplo, a proibição da tortura e do tratamento desumano degradante.

A Constituição tem o dever de resguardar aos presos os direitos constitucionais, exigindo do Estado a garantia dos mesmos sob pena de aplicação dos remédios constitucionais cabíveis, visando o cumprimento das garantias. Dadas as circunstâncias, é plausível o esclarecimento de Guilherme de Souza Nucci:

¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial nº 1777, de 09 de setembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/reintegracao-social-1/anexos-reintegracao-social/2003portaria1777.pdf/view>>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

¹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição de 1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2014.

Na esteira do preceituado pelo art. 5º, XLIX, da Constituição, e pelo art. 38 do Código Penal, o sentenciado deve conservar todos os direitos não afetados pela sentença condenatória. Quando se tratar de pena privativa de liberdade, restringe-se apenas o seu direito de ir e vir – e os demais a ele conexos, como, para quem está preso, sob tutela e vigilância do Estado diuturnamente –, mas o mesmo não se faz no tocante aos demais direitos individuais, como a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade de crença e culto, entre outros.¹⁶

Os direitos dos detentos não estão elencados apenas na Carta Magna. A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica¹⁷, do qual o Brasil é Signatário, bem como a Lei de Execução Penal garantem todos os direitos reservados aos presos.

Na visão de Fábio Konder Comparato o primeiro propósito da ciência jurídica é a proteção da dignidade humana¹⁸. O Pacto São José da Costa Rica garante os Direitos Humanos no âmbito internacional, permitindo com isso que os países seguidores da convenção intercedam e interfiram no país, também signatário do pacto, que descumprir a garantia preceituada.

Outrossim, a Lei de Execução Penal, especialmente em seus artigos 40 a 43¹⁹ dispõe dos direitos, impondo a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, garantindo ainda, direito à alimentação suficiente e vestuário, assistência material, à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa.

Embora haja um arcabouço de normas legislativas para resguardar os direitos dos detentos, o que se percebe de forma generalizada é que os mesmos não são efetivos como deveriam ser. Verifica-se especialmente uma lentidão nos requerimentos dos benefícios dos presos, conforme é apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que recebeu queixa dos presos “com relação à lentidão da tramitação burocrática quando requerem os benefícios a que tem direito por lei e à complexidade dos processos judiciais para consegui-los”²⁰, o que se agrava com a falta de assistência legal adequada.

¹⁶ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010. Pag. 993.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 09 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos, *Direitos Humanos Visões Contemporâneas*, 2001, São Paulo, ed. Método.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

²⁰ Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil. Capítulo IV. As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm#N_25>. Acesso em 30/09/2014.

Robert Alexy²¹ se posiciona dizendo que os “direitos e procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva”, sendo, portanto, condição para a proteção jurídica efetiva, protegendo os direitos fundamentais envolvidos. A ausência da proteção jurídica efetiva reflete na má administração do sistema prisional que recai na inconstância de se alcançar os benefícios solicitados.

Esses benefícios são, entre outros, “a transferência para regimes abertos e semi-abertos, a redução ou compensação da pena e, ainda mais grave, a decisão de libertar os reclusos depois de terem cumprido suas respectivas penas”.²²

As penitenciárias, em sua maioria, ainda revelam muitas falhas e mais uma vez a superlotação dos estabelecimentos prisionais prejudicam a efetivação das garantias constitucionais, tornando necessária uma discussão ampla acerca do tema, no sentido de buscar medidas eficazes. Para tanto, a sociedade deve ser envolvida para contribuir com os órgãos competentes, definindo as políticas públicas necessárias, valendo-se, inclusive do poder judiciário.

3.4 Reabilitação dos Detentos

O sistema prisional tem varias finalidades, devendo a pena privativa de liberdade alcançar principalmente o condão de reabilitação do indivíduo, visando sua reinserção de maneira mais próxima possível da sociedade. Para tanto, uma das medidas adotadas é o trabalho dentro das penitenciárias, que se faz produtivo e estimulador aos detentos, tendo em vista o instituto da remissão da pena, onde cada três dias trabalhados representam um dia a ser subtraído na pena.

Vale ressaltar, todavia, que a prática profissional dentro dos estabelecimentos prisionais não ocorre com precisão. Segundo a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, “o censo penitenciário revelou que 89% dos presos não desenvolvem qualquer trabalho, pedagógico ou produtivo, sendo esse um dos fatores mais decisivos para as tensões e revoltas nas penitenciárias”²³.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria e Direito Público: Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da SILVA. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pag. 488.

²² Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil. Capítulo IV. As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm#N_25>. Acesso em 30/09/2014.

²³ Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil. Capítulo IV. As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro**.

Outro fator importantíssimo na reabilitação é o envolvimento da sociedade com os internos e a superação do preconceito para com os mesmos. O artigo 4º da lei nº 7.210/84 determina que “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”²⁴.

Sabe-se que o preconceito contra aquele que cumpre uma pena ainda é enorme, conforme já dissemos, prejudicando o envolvimento da comunidade. Conquanto haja barreiras, percebe-se que parte da sociedade trabalha em prol dos condenados. As Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC existentes desde 1974 são provas disso.

Para a reabilitação e sequente ressocialização do preso é necessário também que o Estado apresente parcerias e programas de apoio, como dispõe o artigo 25 da Lei de Execução Penal. O serviço de assistência social funciona como meio colaborativo para a obtenção de trabalho fora da penitenciária. Tem acesso a ele o liberado definitivo pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento ou o liberado condicional durante o período de prova, conforme determina o artigo 26 da lei supracitada.

A assistência ao egresso é um programa de apoio necessário, que deveria ser utilizado com maior esforço, já que visa diminuir o abismo entre detendo e sociedade, ocasionado durante o tempo que o condenado permaneceu preso e alheio a sua liberdade.

Um fator positivo para a mudança desse panorama é a aplicação das penas restritivas de direito em substituição as penas privativas de liberdade, disciplinadas pela Lei dos Juizados Especiais, nº 9.099/95, que inclusive incorpora a prestação de serviços à comunidade, propiciando a ressocialização prévia.

4 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS APLICÁVEIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES

As políticas de segurança compõem uma modalidade de políticas públicas, cujos objetivos se delineiam em manter a lei e a ordem, preservar a vida, a liberdade e a segurança das pessoas.

Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm#N_25>. Acesso em 30/09/2014.

²⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

Assim leciona Oswaldo Canela Junior: “por políticas estatais – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas”²⁵. Trata-se, ainda segundo CANELA de um conjunto de normas, atos e decisões advindos respectivamente do poder legislativo, executivo e judiciário que visam a realização dos fins primordiais do estado.

A Constituição Federal atribui à segurança pública um meio de impedir a violação do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Com a crise no sistema prisional a questão da segurança pública passou a ser considerada problema fundamental, desafiando o Estado a solucioná-lo. O aumento da criminalidade, da sensação de insegurança, a violência policial, a ausência de reforma dos estabelecimentos e da administração da justiça criminal, a superpopulação nos presídios, a morosidade judicial, entre outros problemas representam a crise carcerária no Brasil.

Paula Guimarães Ferreira apresenta algumas sugestões de políticas públicas que acredita serem viáveis:

(...) faz-se necessário a adoção de políticas públicas que visem solucionar problemas estruturais em sua origem, quais sejam, valorização da educação, incentivo a prática de esportes, acesso à cultura e programas de formação e aperfeiçoamento profissional de jovens e adultos, sobretudo das populações de baixa renda. (...) Os censos realizados periodicamente pelo Ministério da Justiça apontam que entre 90 e 95% dos internos do sistema penitenciário brasileiro são classificados como absolutamente pobres. Assim, a melhoria de suas condições acaba por reduzir a possibilidade de ingresso na criminalidade.²⁶

Na mesma linha, embora de forma mais genérica, Antônio Roberto Xavier²⁷ exemplifica o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP como uma alternativa de política pública por adotar ações complementares para a administração criminal e penitenciária, com vistas a regulamentar com eficiência a administração da justiça criminal na execução das penas e de medidas de segurança aos presos, de forma a prevenir a violência dentro dos presídios. O conselho ainda propicia fiscalização dentro dos estabelecimentos

²⁵ CANELA JUNIOR, Oswaldo. **A Efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo jurisdição**. Trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado. Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 129.

²⁶ FERREIRA, Paula Guimarães. **A estrutura do sistema prisional brasileiro frente aos objetivos da teoria da pena**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12093&revista_caderno=3>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

²⁷ XAVIER, Antônio Roberto. **Política Criminal Carcerária no Brasil e Políticas Públicas**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 6, p. 67-73, fevereiro/2010. Disponível em <<http://www.reid.org.br/arquivos/00000140-05-antonioR.pdf>>. Acesso em 23 de outubro 2014.

prisionais, evitando que os condenados comandem ações criminosas internas e externas às penitenciárias.

A implantação das políticas públicas no sistema penitenciário brasileiro deve ser direcionada especialmente à população carcerária que se encontra sob a custódia do Estado, a fim de concretizar o modelo eficaz de Estado Democrático de Direito.

Corroborando as políticas de segurança, o Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional de Segurança Pública possui o Plano Nacional de Segurança Pública – PNSP²⁸, com vistas a uma integração entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e demais setores da sociedade.

Caracterizado como outra política pública, o PNSP objetiva, conforme premissa das Secretarias de Estado da Defesa Social, aperfeiçoar o sistema de segurança pública, através de propostas que agreguem políticas de segurança, sociais e ações comunitárias, de forma a reprimir e precaver o crime, com o objetivo de reduzir a impunidade, aumentar a segurança e a tranquilidade do cidadão brasileiro.

O Termo de Referência do Plano Nacional de Segurança Pública apresentado pelo Ministério da Justiça promove as seguintes metas:

- Promover a expansão do respeito às leis e aos direitos humanos;
- Contribuir para a democratização do Sistema de Justiça Criminal;
- Aplicar com rigor e equilíbrio as leis no sistema penitenciário, respeitando os direitos dos apenados e eliminando suas relações com o crime organizado;
- Reduzir a criminalidade e a insegurança pública;- controlar o crime organizado;
- Eliminar o poder armado de criminosos que impõem sua tirania territorial a comunidades vulneráveis e a expandem sobre crescentes extensões de áreas públicas;
- Bloquear a dinâmica do recrutamento de crianças e adolescentes pelo tráfico;
- Ampliar a eficiência policial;
- Reduzir a corrupção e a violência policiais;
- Valorizar as polícias e os policiais, reformando-as e requalificando-as, levando-os a recuperar a confiança popular e reduzindo o risco de vida a que estão submetidos

NUCCI²⁹ apresenta algumas medidas de segurança pública ao dizer que o presídio deve ser compatível com a sua estrutura e finalidade, por meio do controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e penitenciária. Conquanto demonstre que precise haver a compatibilidade, informa que a mesma ainda é falha, estarrecendo o sistema

²⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Plano Diretor do Sistema Penitenciário: diagnóstico, ações e resultados**. Brasília (DF), 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 14 de outubro 2014.

²⁹ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010. Pag. 1017.

carcerário brasileiro: “se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado”.

Outra alternativa, também apresentada por NUCCI³⁰ é que se faça cumprir a autorização já estabelecida em lei para que o condenado cumpra a pena em unidade federativa diversa da que foi sentenciado quando esta estiver com excesso de detentos. Ademais é autorizado à Administração Pública construir unidades para abrigar sentenciados quando a medida seja justificada no interesse da segurança pública ou do próprio condenado, bem como para abrigar presos considerados perigosos.

A aplicação das políticas de segurança como métodos afirmativos nem sempre surtem efeito, ora por não serem criadas, ora por não serem executadas, necessitando judicializar as políticas públicas por meio da intervenção do Poder Judiciário. Poder este que deve ser o último requisitado para que não haja interferência nos Poderes, mas que deve ser prorrogado sempre que se fizer necessário cumprir uma determinação legal.

Para esclarecer a possibilidade dessa intervenção necessário se faz explicar o princípio da Separação dos Três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário garantindo aos mesmos que sejam exercidos de forma autônoma e harmônica.

Montesquieu³¹ já havia condicionado a liberdade por meio da separação das funções judicial, legislativa e executiva, criando a teoria da separação dos três poderes e reafirmando que a reunião desses poderes permite o surgimento de leis igualmente exequíveis.

De acordo com Paulo Magalhães da Costa Filho³², é preciso analisar a separação dos poderes “não de um ponto de vista rígido e estático, senão dinâmico, dialético e histórico, com referenciabilidade a outros princípios constitucionais de igual dimensão axiológica, como por exemplo, o da conformação dos atos à Constituição”.

A separação dos poderes é um princípio que garante organizar a estrutura política de um Estado, distribuindo o poder pelos órgãos, embora não exclusivo, possibilitando a mútua fiscalização e controle, manifestado pelo artigo 2º da Constituição: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”³³.

³⁰ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010. Pag. 1017.

³¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro V, cap. II, apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 125.

³² COSTA FILHO, Paulo Magalhães da. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

³³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição de 1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2014.

José Afonso da Silva se posiciona:

Profere o seguinte excerto, ad litteris: A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que a exercem [...]. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e judiciária) a órgãos diferentes [...]. A divisão de poderes fundamenta-se, pois em dois elementos: a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função [...]; b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente do outro, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações de poder.³⁴

A separação independente e harmônica dos três poderes é a permissão da intervenção, mesmo que mínima, de um Poder no outro. Ada Pellegrini³⁵, ao discorrer sobre o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas no Brasil, afirma que os tribunais determinaram por muitos anos seus limites, não podendo intervir no mérito do ato administrativo, até a criação da ação popular, exigindo do Judiciário a apreciação do mérito do ato administrativo.

Ada Pellegrini completa dizendo que os poderes precisam ser harmônicos, para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados, e durante aula ministrada no curso de Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, na Universidade de Itaúna, ressaltou que é necessário haver uma maior comunicação entre os poderes, a fim de otimizar as medidas e políticas a serem adotadas, sem perder de vista as garantias constitucionais, o que pode ser realizada mediante audiências públicas, possibilitando que haja discussão entre os órgãos competentes, a sociedade, a comunidade jurídica, enfim, entre todos que possam contribuir.

Assim leciona mais a frente Oswaldo Canela Junior:

Como toda atividade política (políticas públicas exercida pelo legislativo e pelo executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao poder judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas” sob o prisma do atendimento aos fins do Estado. Diante dessa nova ordem, denomina-se judicialização da política.

A intervenção do Poder Judiciário para a efetivação das políticas públicas tem sido reconhecida pelos tribunais brasileiros de forma graduada. Ada Pellegrini demonstra que os tribunais estão se mostrando preparados na intervenção do Poder Judiciário pelos demais poderes. Prova disso é a Apelação Cível nº 994.06.045878-5 (538.193-5/6-00)³⁶ julgada pela

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Pag. 109.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 126.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Público de São Pedro. Apelação Cível nº 994.06.045878-5 (538.193-5/6-00). Plenário. Relator: Desembargador José Santana. Sessão de 29/09/2010. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, SP, 29 set. 2010.

8ª Câmara de Direito Público de São Pedro, estado de São Paulo que julgou o recurso com pedido de afronta ao artigo 2º da Constituição Federal improcedente. O tribunal entendeu que o tratamento conjunto dos Poderes Judiciário e Executivo, não ocasiona violação ao princípio da separação dos poderes, já que o artigo 2º obsta o acolhimento da pretensão deduzida no presente processo.

No mesmo viés Hermes Zaneti Junior³⁷ demonstra que o argumento de que a estrutura do Poder Judiciário é inadequada para prover recursos, planejamento e implantação de políticas públicas não passa de uma restrição inadequada, já que o mesmo tem o poder e o dever de exigir que se garanta os direitos e garantias fundamentais.

Destarte, verifica-se a possibilidade da intervenção harmoniosa entre os Poderes, garantindo ao Poder Judiciário a competência, quando provocado, para intervir com veemência nos cenários críticos do sistema prisional, homologando decisões a serem cumpridas judicialmente.

Evidentemente a judicialização de políticas públicas deve ser realizada quando for realmente necessária, seja para implementar os programas, ou mesmo para corrigi-los.

Diante de uma realidade onde a política carcerária não se apresenta como prioridade na maioria dos governos, o judiciário encontra amplo campo de atuação para que lei seja cumprida, ou noutras palavras, para que os mandamentos constitucionais sejam respeitados.

Assim, a separação dos poderes não deve servir como óbice para a apreciação, pelo poder judiciário, das pretensões que visem o cumprimento de políticas públicas, podendo o juiz determinar as medidas que julgar necessárias ao cumprimento destas políticas.

5 DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO SISTEMA PRISIONAL

A Lei de Execução Penal atribui ao preso garantia à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, bem como exige, às autoridades, o respeito à integridade física e moral dos presos já condenados e aos provisórios. O condenado perderá o direito à liberdade e os direitos conexos a ela, entretanto deverá ser garantido um tratamento digno, sem violência física e moral.

³⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia**. Apud **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

A Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, bem como a Convenção dos Direitos Humanos são alguns dos instrumentos legais para garantir todos os direitos reservados aos presos e para coibir as práticas abusivas cometidas contra eles.

O que se observa, entretanto, na maioria dos estabelecimentos prisionais é a má administração do Estado e o descaso com esse grupo emergente. Para tanto, criam-se as políticas públicas que tratam os problemas concretos de forma pontual.

Na visão de Ricardo Wahrendorff Caldas e Silvério Crestana, políticas públicas são entendidas como: “o conjunto de decisões e ações de um governo para solucionar problemas que em um dado momento os cidadãos e o próprio governo de uma comunidade política consideram prioritários ou de interesse público”³⁸.

Mesmo a participação do Ministério Público é salutar, uma vez que os membros desta respeitada instituição possuem contato direto com o problema carcerário e vivenciam na prática essa situação.

A intervenção do Ministério Público é legal, e conforme constata NUCCI³⁹, o órgão é parte do processo executório e, busca efetivar a pretensão executória do Estado, que surge com a sentença condenatória transitada em julgado. Isso porque o mesmo atua como custos legis, fiscalizando de forma imparcial a correta aplicação da lei, garantindo ao sentenciado o devido respeito dos seus direitos.

Registre-se em primeiro lugar, a necessidade de atuação dos três poderes. O Poder Legislativo tem a obrigação de normatizar leis que protejam os interesses dos egressos direcionados ao sistema penitenciário. O Poder Executivo se obriga a efetivar as normas por meio do cumprimento da legislação existente, como por exemplo, a aplicação da Lei de Execução Penal.

Luís Francisco Aguilar Cortêz⁴⁰ explicita que a função jurisdicional está diretamente ligada às transformações decorrentes dos direitos humanos, princípios e valores fundamentais que compõem a constituição. Para o autor, o texto constitucional democrático de 1988 faz com que a “denominada judicialização da política, com a invasão do direito sobre áreas até então intocáveis, assumam proporções ainda não plenamente analisadas”.

³⁸ CALDAS, Ricardo Wahrendorff; CRESTANA, Silvério. **Políticas Públicas Municipais de Apoio às Micro e Pequenas Empresas**. São Paulo: Sebrae-SP, 2005. Disponível em: < <http://www.biblioteca.sebrae.com.br> >.. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

³⁹ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010. pag. 1016

⁴⁰ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. **Outros Limites ao Controle Judicial de Políticas públicas**. Apud **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 285/286.

A tutela jurisdicional é um direito fundamental, e ainda na opinião de Cortêz, “na medida em que é necessária para dar efetividade aos demais direitos fundamentais, cabendo ao judiciário assegurar tal tutela, sem prejuízo dos outros meios de atuação democrática”.

A administração ineficiente dos Poderes abordados resulta na necessidade de atuação do Poder Judiciário, devendo ser órgão atuante no cumprimento das normas constitucionais. Isso porque o magistrado tem o poder e o dever de fazer valer a ordem constitucional violada.

A constituição Federal de 1988, em seu art. 5^a, XXXV, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o que na opinião de Juliana Maia Daniel⁴¹, legitima a possibilidade de intervenção do juiz, caso provocado.

Diante de um sistema ineficiente e precário como o nosso, prossegue a autora afirmando que :

“Diante dessa realidade, torna-se necessária uma atuação mais presente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais sociais, afastando as atuações da Administração que se desviam das prioridades deixando de assegurar tais direitos aos cidadãos. Por essa razão é que o Judiciário, no controle de políticas públicas, deve ser visto como uma das funções da soberania do Estado em ação, atuando no suprimento da ausência do legislador ou da Administração”.

Todavia, sua atuação não se restringe à provocação, se verificado omissão do administrador na realização dos deveres e na garantia dos direitos previstos.

O sistema carcerário precisa garantir o mínimo existencial, isso porque já se exige essa garantia na Constituição Federal. A partir dessa consideração, Ada Pellegrini apresenta o dever de garantir o mínimo existencial que se aplica ao sistema prisional brasileiro. A autora considera as condições mínimas de existência humana digna, que devem ser resguardadas pelo Estado: “é nesse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las”⁴².

Corroborado a manifestação de Ada Pellegrini, Odete Medauar⁴³ determina a expressão ‘controle jurisdicional da administração’ como amplo, “pois abrange a apreciação

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 109.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Pag. 132/133.

⁴³ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. Pag. 159/160.

jurisdicional não somente dos atos administrativos, mas também os contratos, das atividades ou operações materiais e mesmo da omissão ou inércia da administração”.

Nesse norte, verifica-se que o administrador público não pode mais frustrar a aplicação de políticas públicas determinadas pelo judiciário sem uma fundamentação razoável. A reserva do possível, quase sempre citada como fator impeditivo, não serve mais como desculpa, devendo o administrador apresentar ao juiz um plano para o cumprimento da ordem judicial, o que deve ser analisado, não só pelo juiz, como também pelos demais envolvidos, para as devidas adequações, caso seja necessário.

Neste sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover⁴⁴:

“O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso do descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública. Para tanto, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a ‘reserva do possível’ pode levar o judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e, em seguida a inclusão, a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”.

Sendo assim, ao se verificar a inobservância do mínimo necessário a um estabelecimento prisional, deverá haver a imediata judicialização dos direitos, independente de lei ou ato da administração pública. Isso porque passa a ser dever do Poder Judiciário exigir que se garanta o mínimo preceituado por lei. Essa exigência, portanto, não usurpa a competência dada ao órgão responsável, em razão de sua omissão ou má atuação

Outro lado de atuação do Poder Judiciário é quanto a não criação das políticas de segurança. Ada Pellegrini ressalta que a Administração justifica sua omissão quanto a criação das políticas públicas no planejamento e na falta de orçamento ou disponibilidade financeira. Para a autora: “o juiz deve ser responsável pelo controle do cumprimento de sua sentença e poderá (...) cuidar do cumprimento das obrigações que determinou”.

Um judiciário atento às necessidades da sociedade pode contribuir positivamente para que elas sejam satisfeitas a contento.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Judiciário. O processo – estudos e pareceres. 3. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. P. 47.

6 CONCLUSÕES.

O maior problema enfrentado pelo Sistema Prisional que acarretou na crise carcerária brasileira é o espaço físico, reconhecido como estabelecimentos prisionais, que culmina em todos os outros problemas enfrentados. Mas está longe de ser o único.

Além do espaço físico, verifica-se outro problema gravíssimo, que está relacionado com a vontade política, que se exercida corretamente propiciaria treinamento de qualidade aos agentes penitenciários e demais profissionais diretamente e indiretamente ligados ao sistema, reformas e novos estabelecimentos prisionais, alimentação e higiene de qualidade e suficiente ao atendimento de todos os detentos, dentre inúmeras outras medidas que, se não solucionadas em curto prazo, pelo menos abrandariam os problemas.

Nesse viés, embora não muito discutido ainda, podemos destacar também a criação de Penitenciárias Público-Privadas, de segurança máxima, porém, que estimulassem o contato dos detentos com a comunidade e familiares, o trabalho, a capacitação profissional e assistência jurídica de qualidade.

Obviamente que outras medidas são igualmente necessárias, como uma melhor distribuição de renda, oportunidades de trabalho, educação de qualidade, políticas habitacionais, de saúde, segurança, que em conjunto possam levar a uma diminuição do crime.

Maria Pádua Dallari Bucci⁴⁵ explora as políticas públicas dizendo que as mesmas são hoje instrumentos de ação do governo, fixando metas temporais para suas ações. Para a autora a função do Estado de ordenar as “ações públicas e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais”.

A aplicação das políticas públicas eficientes diminuiria a atuação coercitiva do Poder Judiciário, embora a mesma seja continuamente autorizada pela Constituição.

No entanto, o que se verifica atualmente é uma fase de implantação e não de gozo destas garantias. Ainda há muito que se galgar para alcançar um modelo prisional adequado e eficiente que garanta a sua real finalidade. Enquanto os estudos e projetos avançam, embora não se saiba ao certo com que velocidade, o Brasil precisa se valer efetivamente do Poder Judiciário para dirimir os conflitos não solucionáveis à visão do Estado, necessitando de

⁴⁵ BUCCI, Maria Pádua Dallari. **As Políticas Públicas e o Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. Vol 13. São Paulo, Malheiros, 1996. Pag. 135.

decisão homologada por magistrado para se fazer cumprir o que determina a lei e seus direitos e garantias.

Determinar que a Administração Pública realize as políticas necessárias ao cumprimento e garantia de direitos fundamentais, e neste caso, direitos dos detentos, não afronta a discricionariedade da Administração Pública em escolher suas prioridades, atuando o judiciário como órgão de controle dessas políticas.

Afronta ao princípio da separação dos poderes, alegação da reserva do possível, a deturpação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não podem mais sustentar a não intervenção do judiciário na esfera das políticas públicas.

Caracterizando-se omissão ou desvirtuamento na conduta da Administração Pública deve o judiciário intervir, verificando as razões alegadas, observando se o orçamento está comprometido e caso seja necessário, ordenando a inclusão da verba necessária e o posterior cumprimento da obrigação.

Por estas razões, concluímos que judicialização de políticas públicas é recomendada e altamente salutar, evidentemente realizada com bom senso e seriedade, sobretudo face à omissão da Administração Pública frente ao Problema Carcerário.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria e Direito Público: Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da SILVA. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Público de São Pedro. Apelação Cível nº 994.06.045878-5 (538.193-5/6-00). Plenário. Relator: Desembargador José Santana. Sessão de 29/09/2010. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, SP, 29 set. 2010.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei nº. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Decreto nº. 847 de 11 de outubro de 1890. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 11 de outubro de 1840. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (Constituição de 1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 05 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2014.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (Constituição de 25 de março de 1824). **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 22 de abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2014.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Senado, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional. Plano Diretor do Sistema Penitenciário: diagnóstico, ações e resultados. Brasília (DF)**, 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 14 de outubro 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial nº 1777**, de 09 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/departamento-penitenciario-nacional/reintegracao-social-1/anexos-reintegracao-social/2003portaria1777.pdf/view>>. Acesso em 10 de outubro de 2010.

BUCCI, Maria Pádua Dallari. **As Políticas Públicas e o Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público. Vol 13. São Paulo, Malheiros, 1996. Pag. 135.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff; CRESTANA, Silvério. **Políticas Públicas Municipais de Apoio às Micro e Pequenas Empresas**. São Paulo: Sebrae-SP, 2005. Disponível em: <<http://www.biblioteca.sebrae.com.br>>.. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

CANELA JUNIOR, Oswaldo. **A Efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo jurídico**. Trabalho apresentado à USP para qualificação de doutorado. Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Cf. MARX, K. **O Capital**. Livro I, quarta seção, cap. XIII, apud FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

Comissão interamericana de direitos humanos. **Relatório Sobre a Situação dos Direitos Humanos No Brasil. Capítulo IV. As Condições de Reclusão e Tratamento no Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm#N_25>. Acesso em 30/09/2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos, Direitos Humanos Visões Contemporâneas**, 2001, São Paulo, ed. Método.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. **Outros Limites ao Controle Judicial de Políticas públicas**. Apud **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA FILHO, Paulo Magalhães da. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Paula Guimarães. **A estrutura do sistema prisional brasileiro frente aos objetivos da teoria da pena**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12093&revista_caderno=3>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Judiciário. O processo – estudos e pareceres**. 3. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Livro V, cap. II, apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010.

REIS, Thiago; VELASCO, Clara. **Brasil tem hoje déficit de 200 mil vagas no sistema prisional**. Publicado em 15/01/2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/brasil-tem-/-hoje-deficit-de-200-mil-vagas-no-sistema-prisional.html>>. Acesso em 16 de outubro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

XAVIER, Antônio Roberto. **Política Criminal Carcerária no Brasil e Políticas Públicas**. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 6, p. 67-73, fevereiro/2010. Disponível em

<<http://www.reid.org.br/arquivos/00000140-05-antonioR.pdf>>. Acesso em 23 de outubro 2014.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia.** Apud **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe – 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.