

**XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI GOIÂNIA – GO**

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

BARTIRA MACEDO MIRANDA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos

Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-769-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
de Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

O XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiania, teve por tema “CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO INCLUSIVO” e, dentre os grupos de trabalho, houve o “GT 3. Criminologias e política criminal II”, com apresentações de trabalhos que contemplaram temas concernentes à crise do sistema punitivo e o estado de coisas inconstitucional; as políticas penais restritivas do acesso à Justiça; a política da intolerância; audiências de custódia; reconhecimento da diversidade étnica na execução penal; a seletividade e a ausência de cientificidade na tipificação de organização criminosa; limitação do poder punitivo estatal, no âmbito da aplicação de medidas de segurança; a vitimização indireta do feminicídio; castração química; a ressignificação da punição; justiça restaurativa; e a teoria dos diálogos institucionais.

Foram feitas as seguintes apresentações no GT 3:

- 1 – Roberto Carvalho Veloso – A crise do sistema punitivo: Uma análise do panóptico sob a visão de Jeremy Bentham e Foucault e o Pós-panóptico de Bauman;
- 2 – José Cristiano Leão Tolini e Rogério Pereira Leal – Habeas corpus – À contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário;
- 3 – Taise Rabelo Dutra Trentin – Audiência de custódia: Benefícios e dificuldades na sua implementação;
- 4 – Waldilena Assunção – Direitos culturais na execução penal: Entre políticas hegemônicas e reconhecimento à diversidade étnica;
- 5 – Gabriel de Castro Borges Reis – Da tipificação de organização criminosa: Uma criminalização não científica e seletiva;
- 6 – Wanessa Oliveira Alves – O sistema prisional Brasileiro: A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Conselho Nacional de Justiça e a terceirização com a finalidade de reverter o estado de coisas inconstitucional;

7 – Laís Freire Lemos – A limitação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito em face do princípio da separação dos poderes: Uma análise do recurso especial 580.252/MS;

8 – Marcelo Matos de Oliveira e Sérgio Henriques Zandona Freitas – A medida de segurança e os direitos humanos: A periculosidade à luz da lei 10.216/2001 e da necessidade de limitação do poder punitivo do Estado;

9 – Valdir Florisbal Jung – Órfãos do feminicídio: Vítimas indiretas da violência contra a mulher;

10 – Andressa Tanferri Sentone – A política da intolerância e os discursos repressivos justificadores da pena;

11 – William Rosa Miranda Vitorino – Castração química no Brasil: Uma abordagem epistemológica;

12 – Alanna Caroline Gadelha Alves – Entre o castigo e a penitência: Fundamentos comportamentais para uma ressignificação da punição no sistema prisional brasileiro;

13 – Victor Fernando Alves Carvalho – Que consenso é esse? Problemática da Justiça Criminal “consensual” na perspectiva da justiça restaurativa; e,

14 – Débora Gonçalves Tomita – O fracasso da prisão: ADPF 347 e a teoria dos diálogos institucionais.

Os debates foram intensos e com grande profundidade, tanto no recorte da criminologia, quanto no da política criminal. Ganhou destaque a crise do sistema prisional brasileiro, sendo mesmo destacado se efetivamente está em crise ou se está cumprindo seu papel. Os referenciais teóricos apresentados pelos participantes representavam uma gama de pesquisadores que garantiram profundidade aos textos elaborados e às apresentações realizadas. As pesquisas desenvolvidas pelos participantes são das mais relevantes para a sociedade contemporânea, principalmente no que concerne ao tema central do Encontro do Conpedi, quanto à criminologia e às políticas criminais.

Goiânia, 28 de junho de 2019.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP

Prof. Dra. Bartira Macedo Miranda Santos – UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A LIMITAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DE
MÉRITO EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA
ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 580.252/MS**

**THE LIMITATION OF THE SUPREME COURT FEDERAL IN THE JUDGMENT
OF MERIT IN FACE OF THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS:
AN ANALYSIS OF THE SPECIAL REMEDY 580.252/MS**

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais ¹
Lais Freire Lemos ²

Resumo

O objetivo da presente pesquisa é indagar as reais funções das políticas públicas estatais e a efetividade das medidas tomadas para o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. O tema central do estudo é a responsabilização do Estado pelas violações de direitos fundamentais dos presos, por intermédio da análise do RE 580.252/MS. O método é o descritivo e analítico, a partir do qual foi possível fazer a conceituação do princípio da separação de poderes, ativismo judicial e judicialização das políticas públicas, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. O estudo conclui pela inefetividade da pena privativa de liberdade.

Palavras-chave: Direitos humanos, Separação de poderes, Supremo tribunal federal, Políticas públicas, Sistema prisional brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this research is to investigate the real functions of state public policies and the effectiveness of the measures taken to effectively serve the custodial sentence. The central theme of the study is the accountability of the State for violations of prisoners' fundamental rights, through the analysis of RE 580.252/MS. The method is descriptive and analytical, from which it was possible to make the conceptualization of the principle of separation of powers, judicial activism and judicialization of public policies, in accordance with the Brazilian legal system. The study concludes that the sentence of deprivation of liberty is ineffective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Separation of powers, Federal court of justice, Public policy, Brazilian prison system

¹ Professor na Faculdade de Pará de Minas (graduação) e na Universidade de Itaúna (graduação e pós-graduação stricto sensu), especialista em Ciências Criminais, mestre e doutor em Teoria do Direito (Pucminas).

² Advogada, Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (2011), Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade da Itaúna.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) na efetivação e resguardo dos direitos fundamentais, ao julgar o mérito das demandas submetidas à sua apreciação, pertencentes originariamente às esferas dos Poderes Legislativo e Executivo, em conjugação com os princípios constitucionais, em especial, o princípio da separação de poderes¹, previsto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

O estudo se baseia em postulados da Constituição de 1988, tais como a prevalência dos direitos humanos, a judicialização das políticas públicas², como também em relação ao ativismo judicial³ em contraponto à teoria da autorrestrição, conjugando-se as competências precípuas inerentes a cada poder.

Por *ativismo judicial*⁴ entende-se, no presente estudo, o papel ativo do Poder Judiciário, no que se refere à autonomia de julgamento por partes dos magistrados na construção do caso e na tomada de decisão.

Parte-se da égide do Estado Democrático de Direito, que confere aos indivíduos o resguardo de seus direitos e garantias fundamentais conquistados e adquiridos ao longo dos séculos, passando pelo Estado Liberal, onde se reconheceram as liberdades individuais,

¹ A teoria da separação dos poderes relaciona-se com o constitucionalismo, muito embora não tenha sua origem nele. Nuno Piçarra explica que o princípio da separação dos poderes é expressão normativa de algumas das ideias mais enraizadas na filosofia política ocidental, e que sofrera profunda evolução nos últimos dois séculos (XIX e XX), “de par com a igualmente profunda evolução do Estado constitucional e das suas funções”. (PIÇARRA, 1989, p. 13). As origens remotas da doutrina da separação dos poderes estão na teoria da constituição mista da Antiguidade Clássica, e suas origens mais próximas se encontram na monarquia mista da Idade Média.

² Importante destacar que “as teses sobre a judicialização no Brasil enfrentaram desde cedo evidências contrárias, pois a atuação do STF não correspondia às potencialidades intervencionistas inferidas da letra do texto constitucional. Os ministros definiram de modo muito restritivo os processos constitucionais criados pela Constituição de 1988 e eram seletivos no uso dos seus poderes. Assim, a caracterização do STF como ativista era discutível e se evidenciava a heterogeneidade de suas decisões”. (KOERNER, 2013, p. 75).

³ O ativismo judicial é um fenômeno relativamente novo, que se projetou fortemente em vários países após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Profundamente relacionado com o constitucionalismo, o ativismo judicial tem sua porta de entrada na revisão judicial – o controle de constitucionalidade das leis. Não há uma definição precisa ou um conceito rígido do fenômeno, uma vez que ele se expressa de diversas formas, via decisões judiciais. O que há em comum, em suas diferentes manifestações, é o fato de o Poder Judiciário ir além de sua função precípua jurisdicional e, de certa forma, interferir em decisões políticas e em criações legislativas – abandonando a faceta positivista de legislador negativo para assumir um papel de legislador positivo, à sua maneira.

⁴ A observação de Andrei Koerner deve ser apresentada, desde o início: “ativismo judicial é um termo que tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. O termo tem distintas designações, como modelo ou programa para a decisão judicial, atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto. Tal como o seu oposto, a contenção judicial, ele tem sido criticado por sua ambiguidade, dificuldades de utilização para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa. As controvérsias sobre sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em diversas disciplinas”. (KOERNER, 2013, p. 69). Assim, é importante ressaltar ser o termo conceitualmente polêmico.

caracterizando os direitos de primeira dimensão; o Estado Social, onde se reconheceram direitos econômicos, sociais e culturais, ditos como de segunda dimensão e o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a solidariedade, fraternidade, integração, busca pela paz, meio ambiente equilibrado, dito como terceira dimensão de direitos.

No Estado Democrático de Direito, de acordo com o texto constitucional brasileiro, existem três poderes, cada qual com suas funções precípua, independentes e harmônicas entre si, sendo eles: Executivo, Legislativo e Judiciário.⁵

O sistema constitucional brasileiro adotou expressamente a tripartição dos poderes, de modo que é admissível um poder interferir no campo de atuação de outro. Assim, o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora e edita leis. O Poder Executivo sanciona ou veta os projetos de lei. Por sua vez, o Poder Judiciário, a aplica ao caso concreto, face aos fatos apresentados.

Com crescente invocação do Poder Judiciário para dirimir questões atinentes à proteção e efetivação dos direitos fundamentais, tem-se um fenômeno denominado “judicialização”, que ocorre quando o Poder Judiciário é chamado a decidir demandas de considerável repercussão política ou social, ao invés de serem elas discutidas em suas instâncias originárias, quais sejam: o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Uma das questões de repercussão envolvendo alocação de recursos, questões sociais e políticas, foi discutida e julgada no plenário do Supremo Tribunal Federal, por intermédio do Recurso Extraordinário 580.252/MS, consolidando-se o entendimento de que o Estado é responsável pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência da violação de sua dignidade provocados pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes, sendo esta uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas.⁶ (BRASIL, 2018c).

A decisão gerou bastante polêmica no âmbito jurídico, principalmente pela questão agravante de que, o Supremo Tribunal Federal ao estabelecer que o detento tem o direito de ser ressarcido pelos danos sofridos no cárcere, decidindo matéria atinente à esfera do Poder

⁵ Constituição da República de 1988 – “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 2019).

⁶ É importante destacar ter o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADPF 347, declarado o *estado de coisas inconstitucional* no sistema prisional brasileiro. Conforme magistério de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), são requisitos necessários para se reconhecer o estado de coisas inconstitucional: *i*) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; *ii*) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; *iii*) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e *iv*) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

Executivo, uma vez que envolve finanças públicas, poderá, diante da possível proliferação de demandas com o mesmo objetivo, trazer sérias consequências e comprometer o orçamento público, em razão da intervenção dos órgãos jurisdicionais na elaboração e implementação de políticas públicas.

De outro lado, tem-se o argumento da defesa dos direitos fundamentais, que não podem sofrer restrição em relação a questões orçamentárias, sob pena de se ofender o princípio da dignidade humana.

Diante desse cenário controverso, cabe então a discussão: *teria o Poder Judiciário legitimidade para atuar na solução de demandas que interfiram diretamente no campo de atuação dos outros poderes para efetivação e resguardo dos direitos fundamentais? Ainda assim, seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes esculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?*

Em contraponto à judicialização de políticas públicas, analisa-se o ativismo judicial e a teoria da autorrestrição judicial, a qual defende que as questões políticas devem ser enfrentadas pelas suas instâncias originárias e poderes eleitos.

O problema que permeia a pesquisa vem à tona quando se perquire se há limitação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito envolvendo demandas que atinjam diretamente a autonomia dos Poderes Legislativo e Executivo, e, havendo, quais seriam os limites frente ao resguardo dos direitos fundamentais do indivíduo no Estado Democrático de Direito.

A hipótese da pesquisa é a de que, sempre que houver uma lesão ou ameaça a um direito, ainda que a atribuição da proteção seja de outro Poder, objetivando resguardar os direitos fundamentais, em consonância com o Estado Democrático de Direito, pode o Poder Judiciário ser invocado.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é analisar a judicialização de políticas públicas, face ao princípio da separação dos poderes, como também os limites a serem observados pelo Poder Judiciário ao decidir matérias de competência dos poderes Legislativo e Executivo para resguardo e efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do estudo baseou-se no método descritivo e analítico, a partir do qual foi possível fazer a conceituação do princípio da separação de poderes, ativismo judicial, autorrestrição e judicialização, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Utilizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, almejando angariar elementos de convicção suficientes para perquirir e analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no

juízo de mérito em demandas atinentes à esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Estruturalmente, o estudo está dividido em introdução, conclusão e mais 3 seções temáticas no desenvolvimento. Na primeira seção, intitulada *O princípio basilar da separação dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro*, realizou-se o estudo do princípio da separação de funções tendo como foco o ordenamento jurídico brasileiro. A seção seguinte, que recebeu o título *Aspectos legais da judicialização de políticas públicas no Brasil*, foi locus da discussão acerca da judicialização de políticas públicas como forma de resguardo de direitos fundamentais, como também sobre o ativismo judicial e sua necessidade diante dos entraves democráticos, como também a autorrestrição judicial como limitador da jurisdição constitucional.

Por fim, na terceira seção temática do desenvolvimento, denominada *A judicialização no sistema penitenciário: análise do mérito no Recurso Extraordinário 580.252/MS*, houve o enfrentamento direto da problemática do estudo.

2 O PRINCÍPIO BASILAR DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao se tratar de decisões judiciais, principalmente as que referem ao campo de atuação dos poderes Legislativo e Executivo, versando sobre questões de interesse social, é imperioso trazer à tona a violação do princípio da divisão ou separação dos poderes, uma vez que há interferência em decisões administrativas ou legislativas.

A Constituição de 1988 instituiu o princípio da separação dos poderes no artigo 2º, segundo o qual: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 2019).

Buscando as bases teóricas da tripartição dos poderes, volta-se à antiguidade grega, onde Aristóteles (384a.C.-322a.C.) por intermédio da obra “Política” (1999), considerava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, sendo elas a de editar normas gerais a serem observados por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais aos casos concretos.

Apesar de Aristóteles descrever as três funções distintas de poder, as concentrava em uma única pessoa: o soberano, que detinha o poder incontestável de mando. Era ele

quem editava o ato, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, julgava os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei.

Pelo contexto histórico da época em que vivia, Aristóteles (1999) considerava que deveria prevalecer o equilíbrio social e não a organização formal do Estado em si. Deste modo, o homem estava inserido numa sociedade haja vista ser um animal político-social (*zoon politikon*).

Posteriormente, Thomas Hobbes (1588-1679), por intermédio da obra “O Leviatã” (2008), considerou que o poder deveria estar concentrado nas mãos do soberano, sendo contraposto pelo pensamento de John Locke (1632-1704), que apontava a necessidade de separar a titularidade do poder de editar leis da titularidade dos recursos e meios de governo, incluindo o poder de coação sobre os indivíduos.

Para Locke (2001), quando o homem saía do “estado de natureza” e passava a instituir a sociedade política, necessitava de um legislador racional, um juiz certo e imparcial e um poder executivo com a força necessária para fazer cumprir as sentenças.

Seguindo os posicionamentos de Locke, Montesquieu (1689-1755), em sua obra “O Espírito das Leis” (1998), trouxe à tona a clássica divisão dos poderes hoje conhecidos como Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Considerava que o poder deveria refrear o poder, estabelecendo limitações recíprocas, de modo que, para ele, só assim, poderia se garantir a liberdade política dos indivíduos.

No constitucionalismo moderno, a divisão dos poderes apresenta duas dimensões complementares, além da clássica de legislar, executar e julgar, dividindo-se em negativas e positivas. Segundo Montesquieu (1998), a dimensão negativa está relacionada com a limitação dos poderes “*checks and balances*”, visando assegurar a liberdade dos cidadãos frente ao Estado, prevenindo uma expansão totalitária e um exercício incontrolado do poder.

Por sua vez, conceitua-se a dimensão positiva dos poderes como uma função de promover a adequada ordenação das funções do Estado, atuando como gerenciadora das funções específicas atribuídas a cada órgão estatal, os quais devem atuar conforme suas funções próprias.

Sob este aspecto, discute-se a judicialização, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, que ocorre quando o Poder Judiciário é chamado a dizer o direito e solucionar lides atinentes a determinada matéria inserida no âmbito de atuação do Poder Legislativo e/ou Executivo, sob o escopo de buscar a efetividade e resguardo dos direitos fundamentais, quando os poderes legitimados para os assegurar se mostram omissos, insuficientes ou ineficazes.

Sob este espeque, considerando que o crescimento da importância dos tribunais se deu não apenas no sentido quantitativo, mas também qualitativo, onde têm com maior frequência se manifestado sobre questões políticas centrais e de extrema importância para a sociedade, redesenha-se as funções dos Poderes Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, que tem tratado de muitas das questões políticas como constitucionais. (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Em contraponto à judicialização de políticas públicas, analisa-se o ativismo judicial e a teoria da autorrestrrição judicial, a qual defende que as questões políticas devem ser enfrentadas pelas suas instâncias originárias e poderes eleitos, buscando por fim, ao conjugar tais teorias e entendimentos, um embasamento científico sobre o tema.

3 ASPECTOS LEGAIS DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

O termo *judicialização de políticas públicas* tem sido cada vez mais utilizado nos tribunais brasileiros em virtude da proliferação de demandas no Poder Judiciário que dizem respeito ao campo de atuação precípua dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso define *judicialização* nos seguintes termos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididos por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2018).

Uma das maiores causas da judicialização nos tribunais brasileiros se refere à questão da prevalência da vida e da garantia dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana quando os poderes originários são falhos, omissos ou insuficientes em sua missão de resguardá-los e protegê-los.

Por intermédio da judicialização, torna-se possível que, questões atinentes ao Poder Executivo ou Legislativo, sejam discutidas pelo Poder Judiciário, transferindo aos juízes e tribunais competência para tanto, e, via de consequência, causando alterações no modo de decidir e na participação da sociedade na tomada de decisões políticas.

As consequências na participação da sociedade dizem respeito à forma de investidura no Poder, uma vez que, a judicialização confere aos juízes e tribunais poderes para decidir questões que deveriam ser discutidas no campo do Poder Legislativo e Poder Executivo,

poderes estes, representativos da vontade do povo que a manifesta por intermédio de seus membros escolhidos por soberania popular.

Nesse sentido, Barroso (2018) utilizando a expressão de Alexander Bickel de “*dificuldade contramajoritária*”, aponta que se argui a ilegitimidade do Poder Judiciário para invalidar decisões daqueles que representam o povo, sufragando a soberania popular.

Diz ainda que, de acordo com o modelo institucional brasileiro, a judicialização apresenta três grandes causas, sendo a primeira, a redemocratização do país que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, fazendo com que se recuperassem as garantias da magistratura, e deixando o Poder Judiciário de ser um órgão técnico especializado, para se tornar um poder político, garantindo a supremacia da Constituição, inclusive em face dos outros poderes.

Como segunda causa, aponta a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição matérias que antes não eram por ela abrangidas, ficando a cargo da legislação ordinária. Por fim, como terceira causa, aponta o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que faz com que qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada pelo Supremo Tribunal Federal.

3.1 A judicialização no âmbito de políticas públicas como forma de resguardar os direitos fundamentais

Após a análise da judicialização em aspecto geral, almeja-se voltar o estudo à judicialização de políticas públicas como forma de se resguardar e assegurar a prevalência dos direitos fundamentais, sendo desta forma coletiva, um meio que a Constituição da República pretende a efetivação de tais direitos.

Políticas públicas podem ser definidas como metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos poderes públicos, buscando a realização de tais metas de forma efetiva, em especial na área social como emprego, saúde, moradia, assistência social. São direitos que dizem respeito à sociedade como um todo, e não de forma individualizada, atendendo às necessidades de cada um.

Por intermédio das garantias constitucionais de acesso à justiça, e, sobretudo, pela busca da efetivação e resguardo dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário passou a ser invocado na solução de conflitos que fogem de sua alçada, via de regra, de competência dos Poderes Legislativo e/ou Executivo.

O escopo principal para dar ensejo à judicialização tem como fundamento principal o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988 (BRASIL, 2018), que prevê no rol dos direitos e garantias fundamentais que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.⁷

A partir do momento em que a CRFB/88 estabeleceu que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, trouxe para o Poder Judiciário a sujeição de controle, eis que se trata de matéria constitucional (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Em que pese o entendimento da legitimidade do Poder Judiciário em intervir para ver efetivadas as políticas públicas, deve-se ressaltar que essa função precípua pertence aos Poderes Executivo e Legislativo, sendo cabível que o Judiciário intervenha apenas quando provocado, e mediante a inércia, omissão ou insuficiência desses.

3.2 O ativismo judicial como modelo específico e proativo de interpretar a Constituição

Ao lado da judicialização, aparece o *ativismo judicial*⁸, que se afigura como um modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, buscando uma participação mais ampla e efetiva do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo em maior escala no campo de atuação de outros poderes.

⁷ Art. 5º, XXXV, Constituição da República de 1988 assim prevê: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

⁸ A origem do termo é atribuída a Arthur Schlesinger, que o utilizou pela primeira vez no ano de 1947 em artigo publicado na revista *Fortune*. (KOERNER, 2013). Conforme resalta Keenan Kmiec (2004), as ocorrências do termo *ativismo judicial* na produção acadêmica passaram de poucas unidades nas décadas de 1950-1960 para a ordem de centenas nas décadas seguintes. De acordo com Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Ana Maria Guimarães Gaudio (2017), a primeira decisão em que a Suprema Corte se afirmou historicamente perante os Poderes Legislativo e Executivo, ao julgar questão eminentemente política porém posta à Corte pela via judicial, foi *Marbury v. Madison*, em 1803. Nesse famoso caso, o Chief Justice Marshall, integrante da Suprema Corte, nomeado para o cargo em 1801, proferiu perspicaz voto ao julgar inconstitucional lei federal incompatível face à Constituição. Essa decisão inaugura o *judicial review*, equivalente, no sistema brasileiro, ao controle de constitucionalidade. Sucintamente sobre o caso, William Marbury propôs *writ of mandamus* diretamente na Suprema Corte, em face do Secretário de Estado James Madison, requerendo seu direito de ser empossado no cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, para o qual havia sido nomeado pelo Presidente John Adams no final do ano anterior, nos últimos dias de seu mandato presidencial (que se findara em 1801). A Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 previa competência originária da Suprema Corte para julgar o caso; porém, o artigo terceiro da Constituição determinava que esse tipo de demanda somente chegaria à Suprema Corte em sede de recurso. A Corte, em conformidade com a Constituição, decidiu não possuir competência originária para julgar o *mandamus* e declarou a lei federal inconstitucional. Essa foi a decisão que inaugurou uma nova era e elevou o status da Suprema Corte norte-americana, que, desde então e até os dias atuais, possui relevante papel político e social nos Estados Unidos da América.

Como destacado alhures, o conceito de ativismo judicial é polêmico. De acordo com Andrei Koerner:

O caráter polêmico do termo “ativismo judicial” não impediu seu uso. Pelo contrário, ele é crescentemente usado desde sua emergência nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Ele foi incorporado ao debate brasileiro após 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e mais recentemente nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF). (KOERNER, 2013, p. 70).

Deste modo, como frisado na introdução, para o presente estudo, adota-se a concepção de ativismo judicial se relacionando sobre o papel apropriado do Poder Judiciário no Estado Democrático, como também sobre o modelo de decisão judicial e o comportamento dos juízes, no que se refere à problemática da autonomia de julgamento na construção do caso e na tomada da decisão.

Tradicionalmente, a visão do Poder Judiciário era a de um poder com missão e forma de atuação claramente definidos: “a solução de litígios concretos e a interpretação das leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular. Esse modelo implicaria a contenção dos juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras”. (KOERNER, 2013, p. 71). Neste sentido, Koerner apresenta a tradicional crítica ao *ativismo judicial*:

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial – o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo – produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito. (KOERNER, 2013, p. 72).

Deste modo, resumindo a crítica, os juízes passariam a fazer lei e não mais a interpretá-la, violando, desta feita o princípio da separação de poderes, provocando a mudança da Constituição sem a alteração do seu texto, conforme observa Elival da Silva Ramos (2010).

Fato é que, o ativismo judicial perpassa o processo político majoritário quando ele se mostra inerte, deficiente, omissos ou insuficiente, sendo incapaz de produzir consenso, de modo a buscar trazer uma satisfação ao direito postulado.

Nesse cenário, o protagonismo do Judiciário nas questões de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo deve ser entendido não quanto à participação política de seus

membros, mas sim ao desenvolvimento e expansividade dados por eles à lei discutida, que, em muitas das vezes, podem ter uma interpretação e aplicação diversa da originalmente pretendida.

Para Barroso (2018), o Poder Judiciário não atua por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular, o que acarretaria a sua ilegitimidade.

Assim, é possível perquirir se a judicialização, como também o ativismo judicial, envolvem riscos para a legitimidade democrática, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, e, nessa medida, o que julgam não dizem respeito à vontade da maioria popular. Lado outro, aponta-se a judicialização como causa necessária para efetivação e resguardo dos direitos fundamentais.

3.3 A autorrestrrição judicial como forma de limitar a jurisdição constitucional: um conceito entre deferência e prudência

A teoria da autorrestrrição judicial surgiu em um cenário onde prevalece a preocupação em se limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender ser uma violação à separação dos poderes e à soberania dos poderes eleitos em detrimento de um poder técnico, onde prevalece a ausência de discricionariedade.

Numa concepção procedimental de Constituição, deve-se ter confiança na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas, o que justificaria a limitação da jurisdição constitucional sobre os assuntos deliberados. (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Nesse sentido entende-se que, caso haja dúvidas sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma legal, deve ser a dúvida suscitada em sua instância originária, ou seja, no Poder Legislativo, de modo que, a intervenção do Poder Judiciário nesta seara, extrapolaria seus limites jurisdicionais e caracterizaria uma afronta à deferência ao Legislativo.

Não obstante a abordagem da teoria da autorrestrrição judicial, o Poder Judiciário brasileiro tem cada vez mais atuado na solução de questões políticas de relevância, referentes a interesses sociais, como exemplos: ADI – 4277 e APDF 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo; ADI 3510, que liberou a pesquisa com células tronco embrionárias; HC 126.292, ADC 43 e ADC 44, que versam sobre a execução provisória da pena após decisão de segunda instância; ADI 5.540, que dispõe sobre a desnecessidade de autorização da Assembleia Legislativa para receber denúncia contra Governador de Estado

por crime comum; ADC 41, que dispõe sobre a constitucionalidade da reserva de vagas a cidadãos negros em concursos públicos; RE 580.232/MS, objeto de análise neste estudo, onde se reconheceu que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais comprovadamente causados aos indivíduos presos em decorrência da violação de sua dignidade, decorrentes da superlotação prisional e do encarceramento em situação desumana e degradante.

Nesse sentido, é possível afirmar que cada vez mais, o Poder Judiciário brasileiro tem assumido a tomada de decisões políticas em questões centrais para a sociedade, quando suas instâncias originárias são omissas, falhas ou insuficientes para atender aos anseios sociais.

Diante de tal cenário, tem-se que a teoria da autorrestrrição judicial no contexto da Constituição da República de 1988 não se sustenta, principalmente por preceituar expressamente no artigo 5º, XXXV da CRFB/88, que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direitos.

Assim, não há aplicabilidade da teoria da autorrestrrição no âmbito constitucional brasileiro, devendo ser o princípio da separação dos poderes analisado a partir da Constituição, com a ideia de controles recíprocos entre os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre eles, de modo a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais.

4 A JUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: análise do mérito no Recurso Extraordinário 580.252/MS

O início do ano de 2017 foi marcado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, no Recurso Extraordinário 580.252 (Mato Grosso do Sul), que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência da violação de sua dignidade, provocados pela superlotação prisional e encarceramento em situação desumana e degradante.

O Recurso Extraordinário 580.252 foi interposto pela Defensoria Pública desse Estado em virtude do descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas de encarceramento.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul condenou o Estado a arcar com o pagamento a título de danos morais ao Recorrente no valor pecuniário de 2 mil reais, em decorrência do encarceramento em condições degradantes e da superlotação.

Na oportunidade, o Tribunal decidiu também pela aplicação da cláusula da reserva do possível, reconhecendo a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao setor prisional, o que, exigiria disponibilização de verba orçamentária.

Sendo voto vencido, o Ministro Luís Roberto Barroso votou pela substituição da indenização pecuniária, utilizando a compensação dos danos sofridos com a remição da pena na proporção de um a três dias para cada sete dias cumpridos em condições degradantes.

Diante de tantas disfunções e deficiências enfrentadas no setor prisional e a efetiva lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao cárcere, a questão antes pertencente às esferas do Poder Legislativo e Executivo, veio agora à apreciação do Poder Judiciário.

Ao se rechaçar as penas aflictivas e corporais, bem como a espetacularização da pena, não admitindo mais sua ocorrência, o Estado trouxe para si a responsabilidade pela punição, sendo o único detentor do direito de punir, afastando qualquer hipótese de autonomia privada.

Juntamente ao seu dever de punir, *jus puniendi*, trouxe para si o dever de resguardar a integridade física e moral dos presos, bem como pela consecução das finalidades pedagógica e ressocializante da pena.

Ao restringir a liberdade do indivíduo, o Estado deve lhe garantir e resguardar direitos fundamentais, como o direito à vida digna, educação, saúde e educação. Ressalte-se que o Estado pode restringir a liberdade apenas como forma de repreensão, reeducação e punição pelo crime praticado, e não a dignidade, como se tem vivenciado na maioria dos presídios brasileiros.

Segundo dados do Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimento Penais (CNIEP), disponível no sítio no Conselho Nacional de Justiça (2009), existem atualmente 602.207 pessoas presas em regime fechado no Brasil.

Desse contingente de pessoas privadas de liberdade, aponta o relatório que 241.090 indivíduos estão presos sem condenação, correspondendo ao percentual de 40,03%, 148.472 indivíduos estão presos provisoriamente, o que totaliza 24,65%, e, apenas 211.107 pessoas estão presas em cumprimento de pena, com condenação definitiva, ou seja, 35,05% do percentual carcerário no país.

Conforme frisou o Ministro Marco Aurélio (APDF 347/MC DF), o Judiciário ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática o que denomina de “cultura do encarceramento”, que agrava a superlotação carcerária, e não diminui a insegurança social, tanto nas cidades quanto na zona rural. No que concerne à violação aos direitos fundamentais, aduz que:

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade. (Ministro Marco Aurélio APDF 437/MC DF).

Ao analisar o mérito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, julgada em 09 de novembro de 2015, o Relator, Ministro Marco Aurélio, reconheceu que a maior parte dos detentos insertos no sistema prisional brasileiro estão sujeitos a situações de superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas insalubres, sujeitos à proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho.

Rogério Greco (2015) ao discorrer sobre o atual colapso penitenciário, apontou ser o ambiente carcerário, deplorável, com más instalações, má qualidade na alimentação, superlotação e ambiente favorável a prática de crimes, tonando-se uma verdadeira escola de transgressores. Acrescentou ainda, ser a situação degradante em que se encontra o sistema penitenciário a responsável pelas rebeliões e fugas.

O escopo primordial da pena é ressocializar, reeducar e reinserir o indivíduo em sociedade, restringindo por um determinado período de tempo sua liberdade, assumindo o Estado o direito de puni-lo, mas, em contrapartida, o dever de fazer a pena cumprir sua função social.

Conceitua Greco (2005), ao ser exposto às situações degradantes e precárias, o preso cria em seu íntimo uma situação de revolta, o que faz eclodir em tentativas de fuga, violência contra outros presos e rebeliões. A junção de todas essas situações, aliada à falta de políticas públicas ao setor penitenciário, acaba por propiciar também um alto número de reincidência criminal, uma vez que o indivíduo ao deixar o presídio não encontra condições de se reinserir na sociedade, e acaba por voltar à criminalidade.

Fatalmente, essa situação não é de forma isolada e pontual. Ela afeta a maior parte do sistema prisional brasileiro, denotando consideráveis problemas estruturais e sistêmicos, que resultam nas graves deficiências e disfunções vividas.

Ao contrário do que é idealizado, de acordo com Rogério Greco (2015), a imagem do presídio como uma verdadeira escola do crime, no qual os presos são amontoados com outros que cometeram os mais variados tipos de crimes, de diferentes idades e temperamentos, faz

com que, o objetivo de ressocialização seja infrutífero, o que acaba por, consequentemente, gerar a reincidência criminosa.

O discurso da ressocialização e da prevenção é falacioso, escondendo a cultura de segregação reinante na sociedade brasileira, que não consegue superar aspectos históricos (ainda decorrentes) da sociedade fundante.

Diante de tamanhas deficiências e ineficiências enfrentadas pelo sistema prisional, a fim de se resguardar e efetivar a proteção aos direitos fundamentais, as políticas públicas voltadas ao cárcere e suas implementações, passaram a ser discutidas no Poder Judiciário, uma vez que, os legitimados para tanto (Poderes Legislativo e Executivo), se mostraram ineficazes, omissos ou insuficientes para solução dos problemas.

O Judiciário, por si só, não pode intervir nas competências dos outros poderes, mas somente quando provocado por um legítimo interessado, para impedir uma lesão ou a reparação a um direito, sendo tais poderes, considerados implícitos.

Sendo assim, conclui-se que, apesar de o Poder Judiciário não ser dotado de discricionariedade e do princípio da separação dos poderes, pode sim intervir nas políticas públicas, em especial pelo disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988, que preceitua que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Portanto, sempre que houver uma lesão ou ameaça a um direito, mesmo sendo seu dever de resguardo atribuído a outros poderes, a fim de resguardar os direitos fundamentais, pode haver a judicialização e intervenção do Poder Judiciário.

4.1 Possibilidade de aplicação da cláusula da reserva do possível e afastamento da responsabilidade civil do Estado

A cláusula da reserva do possível significa aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, para serem satisfeitos seus direitos sociais e fundamentais indisponíveis. Deste modo, de um lado está presente o argumento da reserva do possível, de outro, o mínimo existencial como condição para exercício da dignidade da pessoa humana.

A principal questão atinente à reserva do possível consiste no fato de se arguir se o destinatário da imposição de cumprir o direito prestacional possui condições reais de disponibilidade financeira e orçamentária, sendo, portanto, uma condicionante à efetivação dos direitos sociais pleiteados.

A problematização da efetivação dos direitos fundamentais se liga a questões relativas à esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo a discussão se o

Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nessa seara ou se seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes, esculpido na Constituição de 1988 à categoria de cláusula pétreia.

A atuação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem direitos sociais prestacionais, ligados à reserva do possível, dar-se-á em maior ou menor grau, observando sempre a natureza e complexidade da demanda, e, jamais deve ser desconsiderada sua participação, considerando apenas argumentos repetitivos de que um poder não deve interferir em outro.

Assim sendo, não fere o princípio da separação dos poderes, o fato de o Poder Judiciário decidir sobre questão atinente à alocação de recursos públicos que dizem respeito aos direitos fundamentais.

O Estado não pode se valer da cláusula da reserva do possível para se eximir de sua responsabilidade civil, atribuindo a culpa de sua ineficácia a outros poderes ou a decisões políticas, que foram incompetentes ou negligentes na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias e não priorizaram os recursos devidos a cada setor.

No julgamento do RE 580.252/MS, o Ministro Roberto Barroso, asseverou que:

A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de recursos, O Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. [...] Por sua vez, no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa. Exige-se, assim, uma relação de equivalência entre o dano sofrido e a reparação atribuída. (RE 580.252/MS – Voto do Ministro Luis Roberto Barroso).

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 proferida pelo Ministro Celso de Mello, entendeu-se que a cláusula da reserva do possível não poderia ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar de suas obrigações constitucionais, principalmente quando essa conduta resultar em nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais (APDF 45).

Admitir a cláusula da reserva do possível nas demandas que versam sobre direitos fundamentais, seria o mesmo que anular a existência desses direitos e atribuir ao Estado o poder de infringi-los.

O fato de não se conceder a indenização ao indivíduo preso com fundamento na aplicação da cláusula da reserva do possível não confere a garantia de implementação de

políticas públicas direcionadas ao setor, tampouco, que o valor que lhe seria atribuído a título indenizatório seja destinado a melhorias do sistema, sendo, portanto, indevida sua aplicação.

5 CONCLUSÃO

O sistema penitenciário brasileiro está em crise, com inúmeras deficiências apontadas, sejam elas de natureza estrutural, material ou sistêmica, motivando a judicialização das políticas públicas voltadas ao sistema prisional, caracterizando um *estado de coisas institucional*.

Simbolicamente, o Estado busca oferecer à sociedade uma resposta de que está cumprindo seu efetivo papel e punindo os criminosos. Porém, não tem aparato para fazer os reclusos cumprirem com dignidade a pena a eles imposta, não lhes propiciando o mínimo existencial, como saúde, educação e principalmente, segurança, sendo largados à própria sorte e obedientes à lei do mais forte dentro de um sistema prisional carcomido, que reflete parte das mazelas do Estado brasileiro.

De que adianta o Estado cercear a liberdade do indivíduo com o escopo de fazê-lo pagar pelo crime cometido e assim dar uma resposta à sociedade, se não oferece condições mínimas para que a pena cumpra efetivamente seu papel ressocializador? Ao trazer para si o *ius puniendi*, o Estado ficou incumbido de aplicar a lei penal, lhe sendo permitido restringir a liberdade e a dignidade dos encarcerados.

Se houvesse (realmente) políticas públicas capazes de sanar esse grave problema penitenciário, não haveria altos índices de reincidência, rebeliões, violência, moléstias, e absurdamente, os massacres, que vitimaram milhares de presos ao longo da história do sistema prisional brasileiro, o que, justifica a judicialização da matéria e sua discussão por parte do Poder Judiciário.

Apesar de muito se discutir acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e orçamentárias, em uma análise um pouco mais aprofundada sobre o tema, pode-se extrair que a Constituição de 1988, apesar de não ter lhe dado expressamente poderes, o faz de modo implícito à medida que estabelece que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.

O principal desafio a ser enfrentado pela judicialização de políticas públicas está em superar as barreiras colocadas à atuação do Poder Judiciário, que pretendia limitar a atuação do juiz no texto normativo, de modo a restringir sua atuação.

A judicialização das políticas públicas expande a atividade judicial não só no sentido quantitativo, mas também qualitativo, trazendo questões sociais de larga repercussão à apreciação jurisdicional, buscando a efetivação e resguardo aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Assim, ainda que se reconheça que a formulação e execução de políticas públicas devam ser feitas por seus poderes originários, nos casos em que sua inércia acabar por tornar letra morta o texto constitucional no que diz respeito à garantia e resguardo de direitos fundamentais, haverá uma afronta ao texto constitucional, sendo, portanto, plenamente justificável a atuação do Poder Judiciário.

O ativismo judicial não pode ser observado sob a vertente do desrespeito, extrapolação das funções do Poder Judiciário. Do contrário, trata-se do cumprimento da lei por parte desse Poder.

Sempre que houver lesão ou ameaça a direito, ainda que a atribuição de sua proteção caiba a outro Poder, a fim de resguardar os direitos fundamentais, em consonância com o Estado Democrático de Direito, pode o Poder Judiciário ser invocado, o que comprova a hipótese da pesquisa.

Referências

ARISTÓTELES. **A política**. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katia. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica da OAB**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL – Conselho Nacional de Justiça - **Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimento Penais (CNIEP)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL – **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 28 ago. 2018a.

BRASIL. **Lei n.º 7.210/84**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 28 ago.2018b.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/MC DF – Relator Ministro Marco Aurélio**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 28 ago. 2018c.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/MC DF**. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 28 ago. 2018d.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580.252/MS – Relator Ministro Alexandre de Moraes**, Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em: 28 ago. 2018e.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580.252/MS – Relator Ministro Alexandre de Moraes, Voto do Ministro Luis Roberto Barroso**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987>>. Acesso em: 02 out. 2018f.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 22. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói-RJ: Ímpetus, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2008.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 96, jul. 2013, p. 69-85.

KMIEC, Keenan. Origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, out. 2004, 1441-1477.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MAURICIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAIS, MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA; GAUDIOSO, Ana Maria Guimarães. O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL? considerações propedêuticas ao estudo da atividade criadora dos juízes à luz da teoria constitucional da separação dos poderes. In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de *et al.* (Org.). **Fronteiras público-privadas e níveis essenciais de prestação social.** Pará de Minas-MG: Virtualbooks, 2017, v. 1, p. 102-127.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU – **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 28 ago. 2018.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHIMTT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e controle de constitucionalidade.** Tese de Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2006.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.