

# POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Ana Cláudia Ribeiro Tavares<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho de pesquisa dedica-se à análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 592.581, fixando a tese de que “É lícito ao Judiciário impor à administração pública a obrigação de fazer medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurar aos detentos o respeito da sua integridade física e moral”. A decisão foi no sentido de que o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em caso de violação de direitos fundamentais, analisando os conceitos básicos sobre ativismo judicial, judicialização da política e reserva do possível.

## PALAVRAS-CHAVE

Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Direitos Fundamentais.

---

<sup>1</sup> Advogada, Especialista em Direito Penal e Processual Penal, Mestranda em Direito na Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” – UNIVEM de Marília/SP. E-mail: ana.2612@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de agosto de 2015, julgou o Recurso Extraordinário nº 592.581, decidindo que o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. A decisão foi tomada em Recurso Extraordinário interposto em processo de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra o Estado do Rio Grande do Sul para que este promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reformando a decisão de primeira instância, negou o pedido do MPE-RS, por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, “sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração”. Com repercussão geral reconhecida, a tese definida neste Recurso Extraordinário aplica-se a todos os recursos que tratam da matéria em trâmite na Justiça.

Por unanimidade, a Suprema Corte decidiu que o Executivo não pode justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. Isto porque, como aduziu o Ministro Luís Roberto Barroso, “a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite ao Estado não cumprir direitos fundamentais”.

De acordo com o julgado, fixou-se a tese de que “É lícito ao Judiciário impor à administração pública a obrigação de fazer medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurar aos detentos o respeito da sua integridade física e moral”.

A decisão do STF, que pode ser considerada um marco, poderá refletir em todos os casos em que se questiona o descumprimento de direitos fundamentais com base na reserva do possível, não somente nos casos de reforma de estabelecimentos prisionais, embora sua fundamentação seja no sentido que toda determinação ao Poder Público deverá atentar para as circunstâncias do caso em concreto.

O objetivo da pesquisa foi discorrer sobre a distinção entre ativismo e judicialização da política, bem como o fato de que a “reserva do possível” não poderá ser utilizada como fundamento para se deixar de cumprir direitos fundamentais.

Para os direitos fundamentais, embora existam as normas constitucionais programáticas, deve-se entender como sendo permitido o acesso ao Judiciário para assegurar seu cumprimento. Isto é, os direitos fundamentais devem ser respeitados, observados e garantidos. Em caso de falha dos Poderes Executivo ou Legislativo, poderá o Poder Judiciário determinar que sejam observados, sem que isso configure,

necessariamente, como ativismo judicial. Devido à natureza do tema, a investigação foi essencialmente em caráter bibliográfico, além da análise de jurisprudenciais, periódicos especializados, visando uma análise qualitativa dos tópicos abordados, utilizando-se de método dedutivo, analisando-se as informações obtidas através de pesquisas, bem como o método comparativo.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Inicialmente, pode-se definir ativismo judicial como a postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

Não existe consenso entre os estudiosos do Direito quanto à definição do termo “ativismo judicial”. Cita-se com origem da postura ativista a jurisprudência da Suprema Corte norteamericana que criou o controle judicial da constitucionalidade das leis federais.

Verifica-se, atualmente, uma confusão conceitual entre “ativismo judicial” e o fenômeno de “judicialização da política”.

A judicialização da política decorre, em grande parte, do mau funcionamento do sistema político. As falhas dos poderes executivo e legislativo fazem com que o Poder Judiciário seja chamado a decidir sobre questões que deveriam ser resolvidas fora do âmbito judicial.

Questões de ordem político-sociais que acabam sendo judicializadas em razão do aumento da litigiosidade e por não terem sido resolvidas no âmbito político (Legislativo e Executivo).

Contribui para a judicialização o desprestígio dos agentes públicos, que corriqueiramente se envolvem em casos de corrupção, ao lado do fato de que não prezam pela eficácia dos direitos fundamentais, fazendo com que o Poder Judiciário seja o palco para a solução desses conflitos. Cita-se como exemplo as ações visando o fornecimento de remédios de alto custo.

A esse respeito, relata Cambi que:

O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social. (CAMBI, 2008, p. 98).

A partir do momento em que o cidadão precisa se socorrer do Poder Judiciário para implementar um direito constitucionalmente assegurado, cuja prestação poderia e deveria ter sido prestada pelo poder executivo, como no exemplo dos medicamentos, entende-se que se trata de judicialização. Isto não representa um *mal em si*. Ela pode se tornar inconveniente quando encontrada em níveis elevados, mas se mostra necessária em vários âmbitos que caracterizam a sociedade contemporânea.

Se existisse um bom funcionamento do sistema político, haveria um menor índice da judicialização.

Discute-se a obediência necessária ao princípio da separação dos poderes. Mas, por outro lado, também é princípio constitucional a inafastabilidade da jurisdição. O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Desse modo, em sendo violado um direito fundamental, seja pela inércia ou pela atuação dos Poderes Executivo ou Legislativo, o cidadão pode pleitear ao Poder Judiciário que exerça a jurisdição para o fim de efetivar o direito assegurado constitucionalmente.

Outro ponto a ser observado é o fato de que, quando existem normas infraconstitucionais a respeito do direito a ser pleiteado e essas normas não são cumpridas pelos demais poderes, a atuação do Poder Judiciário será típica e não pode ser considerada como ativismo. Ou seja, existe a previsão legal para a implementação do direito, que é apenas descumprida pela administração.

Mas é importante frisar a diferença entre ativismo e judicialização. Vejamos:

[...] a judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2010, p. 372)

No entanto, a implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, pode ser considerada como ativismo judicial, algo que não é aceito pela doutrina e jurisprudência justamente por violar a repartição dos poderes.

Segundo os ensinamentos de Barroso

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de

atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Apesar da crítica ao ativismo judicial, muitos dos casos em que se diz ter havido ativismo são na realidade casos de judicialização da política e, no contexto sócio-político atual do Brasil, não é possível cogitar de efetivação de direitos sociais sem a intervenção do Poder Judiciário. O fato é que, apesar das críticas há situações em que o ativismo judicial é plenamente justificável.

### 3. A RESERVA DO POSSÍVEL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Reserva do Possível pode ser conceituada como um elemento externo, capaz de limitar ou até restringir o acesso dos titulares a um direito fundamental social específico, face à limitação orçamentária do Estado.

Esclarece Souza (2013) que:

A teoria da Reserva do Possível foi “importada” para o Brasil e interpretada unicamente como a Reserva do Financiamento Possível, eis que é considerada como limite à concretização dos direitos fundamentais sociais tão somente a existência ou não de recursos públicos disponíveis.

No entanto, a reserva do possível não deve ser aplicada como obstáculo ilegítimo para frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência digna da pessoa humana, anulando-se os direitos fundamentais, inseridos na Constituição.

Também importa saber se as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais são normas programáticas, que dependeriam de políticas públicas. Luis Roberto Barroso (2009) divide as normas constitucionais da seguinte forma: Normas constitucionais de organização, normas definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. As primeiras seriam aquelas que possuem o objetivo de organizar o exercício do poder político. As normas definidoras de di-

reitos, por outro lado, teriam o objetivo de fixar os direitos fundamentais dos indivíduos. Por último, as normas constitucionais programáticas seriam aquelas que teriam por objetivo traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado. De imediato, no entanto, geram os seguintes efeitos: revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos.

De outro lado, Elival da Silva Ramos faz a divisão das normas constitucionais em dois grupos: Normas de eficácia plena e limitada. As primeiras seriam aquelas que não dependeriam de complementação legislativa, já que possuem sua total eficácia desde a sua criação. Já, as normas de eficácia limitada se dividiriam em preceptivas ou programáticas. Essas últimas, além de concretização legislativa, dependem também do exercício da função de governo (escolha de políticas públicas), da função administrativa e da existência de condições econômicas favoráveis.

O Estado Constitucional, nos dizeres de Wilson Donizeti Liberati (2011), “ao reconhecer os direitos fundamentais como imprescindíveis para a satisfação integral da pessoa humana, em sua dignidade, considera-os como limitadores do poder público.”

Entre os direitos fundamentais, nos interessa o disposto no Art. 5º, XLIX da Constituição Federal, que assim dispõe: “*é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.*”

Este direito, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, é sistematicamente violado pelo Estado quando se trata das pessoas que se encontram cumprindo pena privativa de liberdade. Todos os relatórios apontam nesse sentido. Citam-se como exemplo as prisões super lotadas e sem condições básicas de higiene e salubridade.

O princípio da humanidade no direito penal consagrou-se com o iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, defendendo os direitos inerentes à condição humana e com proibição de penas degradantes.

A Constituição Federal de 1988 expressamente o adota, em vários dispositivos, assegurando “aos presos o respeito à integridade física ou moral” (artigo 5º, XLIX), bem como no inciso XLIX, ao proibir as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou penas cruéis.

Não poderia ser diferente. Sendo fundamento da Constituição Federal a dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade, é importante limitação ao direito de punir do Estado.

Isso porque “o princípio da humanidade está estreitamente ligado ao prin-

cípio da dignidade humana, que na verdade encontra nele seu fundamento substancial último” (PRADO, et. al., 2011, p. 21-22). E completam esses autores que:

o princípio da humanidade deve orientar toda ação estatal voltada ao condenado, não só na feitura da lei e no âmbito do cumprimento efetivo da pena, como também na aplicação da sanção administrativa e no resgate do condenado como pessoa humana.

A lei de execução penal proíbe o emprego de celas escuras e prevê as condições mínimas de higiene e salubridade, e, ainda, mesmo em se tratando de sanção disciplinar, para aqueles sentenciados que cometem falta disciplinar e podem ser colocados em isolamento celular como sanção, as punições estas não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado (artigo 45, §1º e 2º da LEP).

Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica. (SARLET, 2002, p. 22)

Liberati esclarece que:

No Estado Constitucional a dignidade da pessoa humana torna-se, ao mesmo tempo, fundamento e instrumento limitador do poder público, pois ela obriga o Estado a tomar atitudes legislativas para tornar exequível a satisfação de todos os direitos fundamentais, com o fim precípua de sustentar a dignidade da pessoa humana. (LIBERATI, 2011)

Veja-se que a Constituição de 1988 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III). Deste modo, resta impedida a violação, por qualquer dos poderes do Estado, da dignidade dos indivíduos. E isto não se dá apenas de modo pragmático, mas de modo concreto. Veja-se:

A atividade estatal está obrigada a reger toda a sua atuação pelas normas constitucionais e toda a sua atividade deve dirigir-se à realização das metas e propósitos estabelecidos na Constituição. O poder de escolha do Estado encontra limites na própria norma que o instituiu e, primordialmente, nas normas constitucionais. Dentre estas, o princípio da dignidade humana relete sua soberania. (LIBERATI, 2011)

Significa dizer que, em havendo violação da dignidade da pessoa humana, poderá o Poder Judiciário intervir.

Por outro lado, deve ser levado em consideração que, em se tratando dos direitos da dignidade da pessoa encarcerada, existem várias disposições legais, além das que estão expressas na Constituição Federal, sobre as condições mínimas para o tratamento penitenciário.

O que se verifica no Brasil, e isto restou comprovado por relatórios e mencionado na decisão do STF, é que existe uma situação de calamidade nos estabelecimentos prisionais brasileiros, que acabam sendo considerados brasileiras “verdadeiros depósitos de pessoas”, o que impede a reinserção social dos condenados, principal finalidade da pena privativa de liberdade, ferindo afrontosamente a dignidade da pessoa humana, o que justifica a intervenção do Poder Judiciário, como se verá.

#### **4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581**

A questão que se levantou nos autos do Recurso Extraordinário nº 592.581 foi a seguinte: O Poder Judiciário pode obrigar a União ou governos estaduais a realizar obras em presídios para garantia constitucional da integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária, ou tal determinação seria uma ingerência de um poder da República sobre outro?

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário, consolidou a tese de que:

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

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPE-RS) ajuizou uma ação civil pública contra o Estado do Rio Grande do Sul para que promovesse uma reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana. Entretanto, ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido do MPE-RS, por considerar que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize

obras em estabelecimento prisional, “sob pena de ingerência indevida em seara reservada à administração”.

Por outro lado, o Ministério Público defendeu que o dever de assegurar a integridade física e moral dos presos não depende de prévia dotação orçamentária, uma vez que se trata de direito de natureza fundamental e, por essa razão, recorreu contra a decisão do TJ-RS.

Inúmeras foram as questões debatidas no voto do ministro relator. Algumas delas serão aqui mencionadas. Mas o fato é que o posicionamento do STF, ao afastar a alegação de que a “reserva do possível” seria aplicada ao caso, pode não só repercutir nas demais ações semelhantes a essa, onde se discute a violação dos direitos fundamentais dos detentos, mas também poderá ser utilizada a decisão em todos os processos onde se discute a necessidade de respeito aos demais direitos.

O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, aduziu que:

existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado. A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema. (Recurso Extraordinário nº 592.581)

Fica evidenciado no voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski sua preocupação em deixar claro que não se está, com essa decisão, invadindo a seara administrativa, que seria considerada por muitos como ativismo judicial. Veja-se o teor do item 18 do Voto.

#### **“18. Limites à prestação jurisdicional**

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar

que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmutando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete “*impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada*”.

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contra-majoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.”

Interessante também a menção ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que assim aduziu:

Há três perguntas envolvidas neste caso. A primeira é se o Judiciário pode ou não intervir em situações como essa. A segunda é qual é o papel da cláusula da reserva do possível em situações como esta. E a terceira é: em se entendendo que o Judiciário possa intervir, que tipo de intervenção é legítima ao Judiciário nessas situações.

E a resposta a essas perguntas foram, resumidamente, nos seguintes termos: à primeira pergunta, respondeu o Ministro Barroso que o Poder Judiciário ao só pode como deve intervir no caso de determinar a realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana. Esclareceu que as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Que a judicialização, quando ela ocorre – como é o caso do julgado –, não substitui a política. Mas que em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. Que o STF está atuando para proteger os direitos de uma minoria (os presos) e porque Judiciário tem a legitimidade de intervir para superar um quadro crônico, histórico, atávico de omissão do Poder Executivo nessa matéria.

Sobre a questão do papel da cláusula da reserva do possível neste caso, aduziu o Ministro Luís Roberto Barroso que esta não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Mas, com brilhantismo, asseverou o Ministro que “a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais; é um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos.”

Mas o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. (Barroso, voto no RE 592.581)

Por fim, quando fala de que tipo de intervenção seria possível ao Poder Judiciário nessas situações, o Ministro Barroso é claro em afirmar que, no caso dos autos, a solução apontada pelo Relator seria a correta, porque já havia uma solução de reforma do presídio apontada nos autos e que não foi executada pelo Governo. Mas esclarece ele que, em outros casos, não competirá ao Poder Judiciário determinar como se dará esta ou aquela reforma. Para Barroso:

o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário - isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: “há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano”; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais.

(...)

Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho - diagnóstico, projeto e monitoramento da execução -, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta

adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou. Dessa forma, aqui não faltava propriamente uma política pública, porque o Executivo já tinha definido o que era preciso fazer, qual obra era preciso fazer. Eles apenas não executaram o que já estava pré- traçado. Assim, considero que esta era uma situação excepcional, uma situação emergencial para a realização de uma obra pontual e não para uma reforma sistêmica. (BARROSO, voto no RE 592.581)

Algumas considerações podem ser feitas sobre o julgado. Sem sombra de dúvidas, não se tratou de ativismo judicial.

Primeiro porque as regras sobre o tratamento adequado, que deveria ter sido dispensado aos detentos, já estavam previstas na legislação. Bastava o seu cumprimento. As condições mínimas de salubridade das penitenciárias e casas do albergado estão previstas na Lei de Execução Penal, em conformidade com o disposto na Constituição Federal.

Em segundo lugar, porque o Poder Judiciário tem o dever de zelar pela regular cumprimento da pena privativa de liberdade, inclusive interditando estabelecimento prisional que estiver funcionando em condições inadequadas, nos termos do artigo 66 da Lei de Execução Penal. Ademais, porque já havia, nos autos da Ação Civil Pública, laudos e orçamentos sobre a reforma e deveria ter sido executada pelo Estado.

Não se tratava, portanto, de discricionariedade do administrador, ou ainda, de política pública a ser implementada, mas sim de observâncias aos dispositivos legais sobre os estabelecimentos prisionais. Até porque, como constou no julgado, “No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”.

Veja, não foi o caso de determinar ao Executivo a construção de estabelecimento prisional, como até seria justificável em várias circunstâncias no Brasil, pela evidente superlotação e pela falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento das penas em regimes semiaberto ou aberto, por exemplo.

O que o STF determinou, através do julgado, e pela tese formulada em razão da repercussão geral, é que “É lícito ao Judiciário impor à administração pública a obrigação de fazer medidas ou obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e assegurar aos detentos o respeito da sua integridade física e moral”.

Medidas ou obras emergenciais, ao que parece, e de acordo com a funda-

mentação do julgado, não poderão ser confundidas com implementação de políticas públicas. Trata-se, portanto, de judicialização da política, o que é absolutamente aceitável em nosso contexto sócio-político atual.

## 5 CONCLUSÕES

Os condenados, que cumprem pena privativa de liberdade, apesar de sua situação jurídica, continuam merecedores de todos os direitos e garantias fundamentais, embora com a liberdade de locomoção tolhida, em especial o respeito à sua condição de pessoa humana, que deve ser tratada com dignidade. A ofensa a esse direito fundamental, pelo encarceramento em condições sub-humanas, por desprezar a Constituição Federal, merece a intervenção do Poder Judiciário.

O Poder Público não poderá justificar sua omissão em cumprir o que manda a Constituição com argumentos baseados na conveniência da administração. A reserva do possível não poderá justificar a violação dos direitos fundamentais do condenado encarcerado.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal aprovou por unanimidade a tese de repercussão geral apresentada pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, nos autos do Recurso Extraordinário nº 592.581 nos seguintes termos:

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

Portanto, fica evidente que preservar aspectos mínimos da dignidade da pessoa humana não é uma escolha política, é uma imposição da Constituição, e que não está sujeita à reserva do possível.

Embora a reserva do possível possa ser um fundamento legítimo para postergar obrigações quando elas dependam de decisão política, não é a reserva do possível um aspecto suficiente para postergar obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista da Escola de Magistratura Regional Federal, v. 1, p. 389-406, 2010.

\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e Eficácia das Normas**; Ed. Renovar; 9ª edição, 2009

\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.581**, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, J. 13.08.2015.

CAMBI, Eduardo. **Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais**. In: Direitos fundamentais revisitados. Andrea Bulgakov Klock *et al.* (orgs.). Curitiba: Juruá, 2008.

CASTRO, Marcos Faro. **O STF e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **A dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional**. In: VINCENZI DI AGOSTINHO, Luis Otávio; HERRERA, Luiz Henrique Martim. (Org.). Tutela dos direitos humanos fundamentais Ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. 01ed. Birigui/SP: Boreal, 2011, v. 01, p. 25-44.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2015.

PRADO, Luiz Regis. et. al. **Direito de execução penal**. 2. ed. ampl. e reform. da obra de execução penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos**; São Paulo: Saraiva, 2010

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 29, p. 205-225, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

VIEIRA, José Ribas. **Verso Reverso - A judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil**. Estação Científica (Juiz de Fora. Impresso), v. 1, p. 45-58, 2009.