

# **CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO PRESO**

## **JUDICIAL CONTROL OF SOCIAL REINTEGRATION POLICY TO PRISONERS**

**Denis Ortiz Jordani  
Lucas de Souza Leheld**

### **RESUMO**

A execução penal passa por uma séria crise de identidade, refletindo uma total ausência de propósito se observadas as condições atuais dos estabelecimentos prisionais. Estuda-se uma forma de efetivação dos direitos dos presos à reintegração social através de políticas públicas elaboradas, a princípio, pelo administrador e em segundo momento, quando este falha em sua missão de efetivação de direitos fundamentais, pelo Judiciário, ante a manifesta possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas. Para tanto, desvendam-se os contornos e principais aspectos dos dois institutos envolvidos: políticas públicas e controle jurisdicional. Quanto às políticas públicas, esclarece-se quais são seus aspectos estruturantes e também se aclara a respeito dos principais institutos de direito financeiro e orçamentário afetos a ela. Por fim, no que diz respeito ao controle jurisdicional, se faz uma abordagem densa e pontual dos seus fundamentos e de suas especificidades. Busca-se estabelecer os pontos de contato entre todos os institutos abordados, materializando, a cada página, um arcabouço de normas, valores e aspectos sociais, que se verte em uma estrutura argumentativa sólida, bastante a sustentar o potencial da tutela jurisdicional no mister de efetivação de políticas públicas dos direitos dos presos.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas; Controle Jurisdicional; Execução Penal

### **ABSTRACT:**

The criminal enforcement goes through a serious identity crisis, reflecting a total lack of purpose is subject to the current conditions of prisons. This study presents an effective form of prisoners' rights to social reintegration through public policies designed at first by the administrator and the second time, when it fails in its mission of effecting fundamental rights, the judiciary, against the clear possibility of jurisdictional control of public policies. To do so, to reveal the outlines and main features of the two institutes involved: public policy and jurisdictional control. Regarding public policy, it is clarified what their structural aspects and also becomes clear about the major financial institutions of law and affection to her budget. Finally, with regard to judicial review, an approach is made dense and off their foundations and their specificities. We seek to establish points of contact between all the institutes covered materializing, every page, a framework of norms, values and social aspects, which is poured on a solid argumentative structure, enough to sustain the potential of the occupation of judicial effectiveness of public policies of prisoners' rights.

**Keywords:** Public Policy; Constitutional Control; Criminal Execution

## **1. Fundo Penitenciário Nacional e a execução orçamentária e de recursos do sistema penitenciário**

O Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN foi criado pela Lei Complementar nº 79 de 1994 e regulamentado pelo Decreto nº 1093 de 1994, sendo idealizado pelo então Ministro da Justiça e posteriormente Ministro do Supremo Tribunal Federal Maurício Corrêa.

Note-se que os problemas vividos pelo sistema penitenciário (superlotação, rebeliões, reincidência, corrupção de agentes, instalações inumanas, tráfico de drogas, atuação de organizações criminosas, apenas para citar alguns) advêm das dificuldades que os governos encontram em arcar com a necessidade constante de recursos e que normalmente sobressaem em muito seu limite orçamentário.

Os recursos destinados ao Fundo têm por finalidade a aplicação em construção, reforma e ampliação de estabelecimentos penais; formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; formação educacional e cultural do preso e do internado; programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes; manutenção dos serviços dos estabelecimentos penais federais e demais ações que visam o aprimoramento do sistema penitenciário em âmbito nacional. Ademais, seus recursos também custeiam seu próprio funcionamento.<sup>1</sup>

Em razão dos altos custos com a manutenção do sistema penitenciário, as Unidades da Federação possuem orçamento escasso para arcar integralmente com a conservação e aprimoramento de seus sistemas prisionais, sendo, portanto, compelidas a fazer uso dos recursos do Fundo quando o assunto é financiamento de vagas, equipamentos de segurança e assistência ao preso e ao egresso, principalmente.

Os investimentos alocados junto ao FUNPEN, realizados em favor dos estados brasileiros, a partir do ano 2000, situaram-se sistematicamente em níveis medianos de R\$ 200.000.000,00. Não há, tanto em relação à União, quanto em decorrência da iniciativa dos governos estaduais, um comprometimento maior em relação às demais despesas orçamentárias em favor dos estabelecimentos penais. A considerar o nível de reincidência dos detentos em relação ao crime, estimado entre 70% ou de 80%, é crível supor que a atenção do Poder Público em favor das políticas públicas voltadas à segurança pública, não vêm

---

<sup>1</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo Penitenciário Nacional em números – 2009 – 2010. p. 6.

correspondendo ao mínimo necessário para uma administração regular e cumpridora dos mandamentos constitucionais.<sup>2</sup>

Da mesma forma, vê-se que, especificamente, ao longo dos anos, os recursos têm se mostrado insuficientes ao cumprimento satisfatório da missão institucional do Departamento Penitenciário Nacional em atendimento ao prescrito pela Lei de Execução Penal. Enquanto a população prisional tem crescido a uma variação, em valores absolutos, de 42.000 presos/ano, a capacidade de financiamento anual de vagas, viabilizada por meio de convênios celebrados com os estados, não superou a casa dos 5.000 presos/ano, conforme dados do DEPEN. A considerar o déficit carcerário existente, estimado em valores superiores a 270.000 vagas, dependendo do período, abrangência e método empregados, e os mais de 550.000 mandados judiciais ainda por cumprir, conforme é noticiado, pode-se avaliar a real dimensão do déficit carcerário.<sup>3</sup>

O resultado dessa ausência financeira por parte estatal é completa inobservância dos preceitos que ao final, poderiam criar condições adequadas à reintegração social do preso. É cediço que nem todos, e talvez a maioria, não deseje ser reintegrado ou tenha a ideia de que já é integrado e conhecedor do pacto social e por isso mesmo optou livremente por ingressar no universo criminoso. Isso não dá direito ao Estado brasileiro desobedecer a Constituição no que tange ao respeito dos direitos humanos fundamentais.

A observância de tais direitos é fundamental para que as condições reintegradoras sejam criadas, haja vista que se o Estado continuar com estabelecimentos penais superlotados, violência por parte dos agentes execucionais, falta de separação de presos reincidentes e primários, inexistência de planos de reintegração justificados por medidas multidisciplinares, ausência de exame criminológico, falta de programas de assistência ao egresso e a sua família deficitários, a perspectiva reintegradora jamais passará da esfera do mítico e utópico para a realidade prática.

A base legal da receita do FUNPEN localiza-se na Lei Complementar nº 79:

Art. 2º Constituirão recursos do FUNPEN:

I - dotações orçamentárias da União;

II - doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras;

III - recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras;

---

<sup>2</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. p. 330.

<sup>3</sup> Idem. Ibidem. p. 331.

IV - recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986;

V - multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado;

VI - fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal;

VII - cinquenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços forenses;

VIII - três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal;

IX - rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN;

X - outros recursos que lhe forem destinados por lei.

Pode-se definir execução orçamentária como sendo a utilização dos créditos consignados na Lei Orçamentária Anual. Já a execução financeira é a utilização de recursos financeiros para atender as ações atribuídas a um determinado Órgão ou Fundo pelo Orçamento. Em outras palavras, o orçamento representa o direito de gastar e o financeiro representa o meio de exercer tal direito.<sup>4</sup>

A tabela seguinte<sup>5</sup> demonstra a utilização dos créditos orçamentários e dos recursos financeiros em milhões de reais do FUNPEN entre 1995 e 2010.

<b>Período</b>	<b>Orçamento Autorizado</b>	<b>Orçamento Utilizado</b>
1995	78.365.041	38.162.047
1996	129.128.010	43.984.935
1997	172.035.697	83.586.047
1998	295.107.209	122.201.952
1999	109.982.582	27.094.231
2000	204.728.125	144.995.971
2001	288.295.914	265.241.208
2002	308.757.559	132.924.494
2003	216.032.429	121.436.104
2004	166.157.349	146.236.958
2005	224.098.871	159.074.050
2006	364.252.144	303.490.675
2007	430.939.081	201.107.529
2008	574.766.381	226.682.622
2009	218.991.984	101.278.954
2010	252.848.591	90.439.164

Nesta tabela, a coluna orçamento autorizado representa a disponibilidade orçamentária dada pela Lei Orçamentária Anual para que o FUNPEN possa realizar gastos atendendo aos reclames de sua lei criadora. O orçamento autorizado pela LOA de 2012 ficou em de R\$ 435.267.845,00. A coluna do orçamento utilizado representa a parcela da dotação orçamentária que foi liquidada dentro do exercício financeiro. É de se observar que em todos

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo Penitenciário Nacional em números – 2009 – 2010. p. 15

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo Penitenciário Nacional em números – 2009 – 2010. p. 16.

os exercícios (salvo o de 2001), a maior parte da dotação orçamentária não foi objeto de utilização, possuindo como razão para tanto dois fatores a saber, o contingenciamento de orçamento e a diferença entre os limites orçamentários e financeiros.

No primeiro caso, todos os anos são realizados por meio do Decreto de Contingenciamento bloqueios no orçamento a fim de limitar a execução orçamentária de forma que não se comprometa a obtenção de superávit primário. Esse decreto dispõe sobre a programação orçamentária e financeira e estabelece o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo.

Nas recentes administrações do Governo Federal, a política de superávit primário tornou-se contumaz. Trata-se de uma espécie de poupança do governo, em que se busca reduzir a proporção da dívida pública em relação ao PIB (Produto Interno Bruto). Essa economia de receitas tem sido usada para pagar os juros desses débitos de modo a impedir seu maior crescimento e sinalizar ao mercado que haverá recursos suficientes para honrá-los. [...] A maioria dos recursos têm sido destinada ao pagamento dos juros escorchantes de uma questionável dívida pública, impossibilitando a realização de investimentos promotores de crescimento econômico ou o desenvolvimento das políticas sociais. As consequências são tão graves para toda a sociedade, comprometendo todos os serviços essenciais de saúde, educação, segurança, moradia, saneamento, reforma agrária, infra-estrutura e demais serviços públicos.<sup>6</sup>

O segundo caso ocorre quando o limite financeiro é bem inferior ao limite orçamentário. Isso ocorre quando existe um descompasso entre o orçamentário e financeiro, ou seja, quando os recursos financeiros são inferiores aos créditos orçamentários consignados na LOA.<sup>7</sup> Devido a isto, os pagamentos devidos são feitos no exercício subsequente ao da possibilidade de utilização do crédito, constituindo-se os chamados Restos a Pagar.<sup>8</sup> Os recursos financeiros auferidos no exercício são empregados para honrar tanto os compromissos assumidos no corrente como aqueles assumidos em anos anteriores. Assim, um valor elevado de Restos a Pagar tende a provocar um patamar elevado de Restos a Pagar também para o exercício seguinte, e assim sucessivamente.<sup>9</sup>

A utilização de todo o limite orçamentário geraria um volume elevado de inscrição em Restos a Pagar, o que comprometeria a execução orçamentária do exercício seguinte. Nesse caso, o gestor pode optar pela utilização parcial do limite orçamentário que, em situações críticas, pode se situar em um patamar muito inferior ao da dotação orçamentária (para que não haja dúvida entre os conceitos,

<sup>6</sup> ROCHA, Alexandre Pereira da. *O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro*. 194 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. Brasília, 2006. p. 126-127.

<sup>7</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. p. 341.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 4.320/64. Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo Penitenciário Nacional em números – 2009 – 2010. p 17.

dotação orçamentaria e o valor constante da Lei Orçamentaria Anual, e limite orçamentário e o valor determinado pelo Decreto de Programação Financeira, o chamado Decreto de Contingenciamento).<sup>10</sup>

Dessa forma, o contingenciamento realizado pelo Executivo e no caso específico da execução penal pelo Ministério da Justiça e a adoção do estratagema dos restos a pagar, vinculam a receita do FUNPEN de tal forma que torna-se impossível pensar num processo de reinserção social adequado e suficiente, digno de respeito aos direitos fundamentais.

Em verdade, para que o orçamento seja viável e atinja aos objetivos de uma nação, é necessário que os governantes planejem a política governamental detectando e elegendo as prioridades da sociedade, dentro das reais possibilidades financeiras do Estado, plano esse que é referendado pela mesma sociedade no momento em que o Parlamento aprova o orçamento, que outra coisa não deve ser senão o espelho das atividades que o governo deseja implementar.<sup>11</sup>

As mazelas do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil não são exclusivamente afeitas a ausência financeira, mas é de se destacar que grande parte do problema deve-se a ausência de recursos capazes de efetivamente tornar aplicáveis os direitos previstos em sede da Lei de Execução Penal, bem como na Constituição e em tratados internacionais como as regras mínimas de tratamento de reclusos da Organização das Nações Unidas.

## **2. Judicialização das políticas públicas e efetivação da execução penal**

Compreende-se políticas públicas como atos coordenados pelo Estado na consecução de fins objetivados pela sociedade, utilizando os veículos normativos do direito como requisito de observância e obrigatoriedade em seu cumprimento.

Para Maria Paula Dallari Bucci,

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, *processo orçamentário*, processo legislativo, processo administrativo, *processo judicial* – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>12</sup> (grifos nossos)

---

<sup>10</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. p. 342.

<sup>11</sup> LÉPORE. Paulo Eduardo. *Direitos fundamentais e processo coletivo: A tutela processual coletiva como instrumento de efetivação de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Ribeirão Preto, 2010. p. 95.

<sup>12</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

Dessa forma, se política pública figura-se como programas governamentais e a racionalização dos processos envolvidos em sua definição, busca-se com ela a coordenação da atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como contando com a participação popular para que os objetivos vislumbrados sejam efetivamente alcançados. Para tanto, a utilização do direito como critério de exigibilidade da atuação estatal na formação das políticas públicas apresenta a lei como veículo de exteriorização dessa plêiade de ações políticas no objetivo último de tornar socialmente efetivos os direitos fundamentais.

As atividades legislativa e jurisdicional envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais. Ao magistrado, por seu turno, cabe aplicar a Constituição, direta ou indiretamente, já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve se dar da maneira que melhor realize os fins constitucionais. [...] Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. Para isso, será necessário implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços.<sup>13</sup>

Isso ajuda na confirmação dos objetivos assumidos pelo Estado como garantidor de direitos de seus integrantes, fundando-se todas as suas ações na garantia de proteção a esses direitos, tomando a forma de “organização dada pela sociedade política nacional para que os direitos sejam promovidos e protegidos”.<sup>14</sup>

A primeira vista, falar da possibilidade de controle de políticas públicas, em regra realizadas sob o manto da discricionariedade administrativa parece impróprio, já que realizados inicialmente no âmbito do Poder Executivo. Entretanto, para que se alcance uma conclusão preliminar, é importante observar qual o momento de atuação deste controle realizado pelo Judiciário, se feito na fase administrativa da formação da política pública ou se feito em sua execução.

Na formulação de políticas públicas o controle é realizado observando-se a compatibilidade dessas políticas com os princípios (assumindo claramente a função de regras, nesse caso) constitucionais e com as regras, assentados sob o manto da dignidade da pessoa

---

<sup>13</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. nº 3. 2006. 17-54, 2006. p. 23.

<sup>14</sup> AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. *In* BUCCI. *Ibidem*. p. 218.

humana. Nos casos do direito à educação escolar, previsto no art. 227, §1º, I<sup>15</sup>, e direito à saúde, previsto no art. 198, §2º<sup>16</sup>, ambos da Constituição Federal, existe uma vinculação obrigatória de receitas, dada por lei e determinada pela própria Constituição para que se executem as políticas públicas relacionadas.

Nestes dois casos, o administrador encontra-se vinculado no momento da formação da política, não cabendo se falar em discricionariedade administrativa, já que possui imposição legal de aplicação mínima de orçamento em cada uma dessas áreas e somente depois da aplicação mínima é que o administrador possuirá discricionariedade para optar por aplicar ou não mais recursos, salvaguardando ainda mais esses direitos.<sup>17</sup>

Em caso de descumprimento dessa obrigação de aplicação de percentual mínimo previsto em lei, é tranquila a possibilidade de controle realizado pelo Poder Judiciário, já que existe uma violação primária da constituição e da legislação infraconstitucional, utilizando-se os entes legitimados do controle concentrado de constitucionalidade, bem como do controle difuso e ainda da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda quanto ao momento da formação de políticas públicas, é importante consignar a possibilidade de controle nas políticas não previstas expressamente no texto constitucional, bem como na legislação correlacionada. Aqui, o administrador justifica sua opção adotando os critérios da discricionariedade administrativa, relacionando-se como mérito do ato administrativo que destina determinada receita prevista no orçamento, materializando a política pública especificada.

Nesses outros casos, inúmeros, diga-se de passagem, assume importância na discussão acadêmica e prática os direitos sociais ou de segunda dimensão, relacionados a normas programáticas. Contudo, nosso foco de atuação reside nos direitos de primeira dimensão relativos à liberdade e condições dignas de vida da pessoa encarcerada, possuindo,

---

<sup>15</sup> § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

<sup>16</sup> § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

<sup>17</sup> GUIMARÃES. Renata Catacci. Controle judicial das políticas públicas e a atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais. *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29191>>. Acesso em: 22 fev. 2012.

conforme dito, aplicabilidade imediata, não podendo olvidar-se que possuem maior efeito vinculante do que àquelas, já que tratam do direito à vida ou integridade física.<sup>18</sup>

Nessa esteira, na formação de políticas públicas não especificadas na Constituição mas que devem ser implementadas objetivando tornar efetivo os direitos fundamentais, a justificativa do administrador para a aplicação de receita em determinada área, quando da execução ou realização das políticas públicas estaria na malfadada discricionariedade administrativa.

O administrador também se utiliza da discricionariedade quando o assunto se trata da execução de políticas públicas, notadamente àquelas não determinadas especificamente pela Constituição e por legislação infraconstitucional. Nesse passo, utiliza-se do campo político e da preponderância de certos interesses, normalmente de caráter eleitoral, para destinar maior aplicação de receitas em áreas específicas, em detrimento de muitas outras também carentes de investimento estatal, incluído especialmente nesta parcela deixada de lado, a execução penal.

Como visto, quando a trestinação orçamentária se der em razão de competência vinculada do administrador, caberá sem maiores delongas o controle realizado pelo Judiciário. Porém, a vendeta se instala quando o assunto é a possibilidade de controle da discricionariedade administrativa.

## **2.1 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**

De início é importante consignar a inafastável possibilidade de submeter uma política pública ao controle jurisdicional, decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A materialização dos direitos fundamentais previstos no bojo da execução penal necessita como todos os outros de financeiro para que sejam atendidos. Isso faz com que o administrador atenda determinados interesses públicos quando da formação da política pública ou de sua execução. Essa opção de atendimento ao interesse fica configurada no rol discricionário do administrador, através do ato administrativo, podendo este optar por investir em determinado setor. A base desse paradigma reside ainda na tripartição de poderes proposta por Montesquieu. Hoje, contudo, ela não deve ser levada ao extremo a pensar que o Executivo

---

<sup>18</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p. 372.

é livre para optar pelo que entender mais relevante e o Judiciário caracterizar-se apenas como a *boca da lei*. “Frise-se, porém, que a preocupação inicial de Montesquieu era, antes, impedir que a mesma pessoa ou o mesmo grupo ocupasse mais de um poder, e não, propriamente, a pretensão contemporânea de que uma separação entre as diversas funções estatais”.<sup>19</sup>

A separação absoluta dos poderes ou funções estatais vem sendo relativizada pelos teóricos, incluindo nessa discussão como forma de amenizar a separação o sistema de *check and balances*<sup>20</sup>, o qual não estabelece funções puras e típicas a cada um dos poderes estatais mas confere, também, funções atípicas, de modo que um controlasse os outros já que estes são órgãos representativos da sociedade possibilitando um controle sobre os excessos que cada um possa vir a cometer.

Por óbvio, o modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um paradigma liberal do direito, pelo qual ao judiciário caberia apenas revelar o direito. Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado.<sup>21</sup>

Quando o administrador não cumpre as determinações da lei orçamentária, por meio de ato administrativo, não aplicando os recursos onde previstos, viola a característica da finalidade, elemento vinculado do ato, o qual possui, sempre, como finalidade geral a satisfação do interesse público e como finalidade específica, o resultado previsto pela *lei*. Não é demais lembrar, que o orçamento é *lei* e como tal possui o requisito de exigibilidade e vinculatividade, em que pese construção doutrinária afirmar o caráter autorizativo do orçamento.<sup>22</sup> Este ato administrativo de aplicação de receita em setor diverso ao proscrito pela lei orçamentária estará eivado de desvio de finalidade, violando a legalidade, sujeito ao controle jurisdicional tendo como consequência a retirada do ordenamento.<sup>23</sup>

É pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia

---

<sup>19</sup> DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm. 2011. p. 275.

<sup>20</sup> Idem. Ibidem. p. 275.

<sup>21</sup> Idem. Ibidem. p. 273.

<sup>22</sup> BARCELLOS. Ibidem. p. 36.

<sup>23</sup> MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 253

última para a contenção do administrador dentro dos limites da liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo<sup>24</sup>

Quanto ao momento da formação da política pública, é que residem os maiores problemas do controle jurisdicional, pois em regra, esta fase é dominada pela discricionariedade ou mérito do ato administrativo, aonde não vem sendo admitido, na maioria das vezes, tal controle.

O mérito administrativo é a valoração feita pelo administrador quando da indicação de qual setor necessitará mais receita, analisando-se a conveniência e oportunidade, presentes nos elementos motivo e objeto do ato administrativo. Vale lembrar, que não há que se confundir mérito administrativo com motivo e objeto, apesar de estar presente neles. O motivo é o pressuposto de fato, enquanto conjunto de circunstâncias fáticas que levaram à prática do ato e o pressuposto jurídico, que é a norma do ordenamento que justifica a realização do ato, enquanto objeto é o resultado prático do ato.<sup>25</sup>

Transpondo isso para o campo das políticas públicas penitenciárias, o motivo do ato representa as razões que justificam a edição do ato, sendo a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente, ou seja, a necessidade de solucionar a manutenção do sistema penitenciário, bem como o atendimento dos proclames da Lei de Execução Penal e da Constituição Federal. Já o objeto do ato é o efeito jurídico imediato na esfera de direitos dos presos, alterando a realidade fática vivida, possibilitando o adequado respeito por parte do Estado e como fim último a possibilidade de alcance da reintegração social.

Contudo, quando estas opções do administrador relacionarem-se a direitos fundamentais e principalmente com a dignidade da pessoa humana, a discricionariedade estará vinculada ao atendimento destes pressupostos, limitando a atuação do administrador ao que a Constituição Federal prevê.

No que diz com relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não-observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais, problema que diz com o controle jurisdicional dos atos administrativos [...].<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 850.

<sup>25</sup> MARINELA. *Ibidem*. p. 245 – 257.

<sup>26</sup> SARLET. *Ibidem*. p. 370.

O administrador não pode e jamais poderá comprometer com opções políticas ou discricionárias a efetivação de direitos fundamentais de primeira dimensão, dada a característica da aplicabilidade imediata, sob pena de violação positiva (quando aplicam as receitas em setores distintos) ou negativa, (quando não as aplicam, impossibilitando a efetivação da Constituição Federal), pelo Poder Público, comprometendo de modo inaceitável a própria ordem constitucional.<sup>27</sup> Difere nesse ponto, das normas programáticas ou dos direitos sociais, que em sua maioria necessitaram de efetiva disposição orçamentária, salvo em casos já colmatados pelo Supremo.

Segundo o Min. Celso de Mello no julgado citado, o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se revestem tais direitos, ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao poder Público, de torná-lo real, mediante a efetivação da garantia da reintegração social, não podem ser menosprezadas pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, a dignidade da pessoa humana, que tem no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva por parte estatal, asseverou STF, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à dignidade da pessoa humana, que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição e tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o administrador disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.<sup>28</sup>

No mesmo sentido, o julgamento paradigmático da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 45<sup>29</sup>,

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere*, gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir

<sup>27</sup> STF, RE 482.611/SC, RTJ 164/158.161

<sup>28</sup> STF, RE 482.611/SC.

<sup>29</sup> AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL nº 45, de 29/04/2004, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br/dj> Acesso em: 30 nov. 2011.

o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

O Poder Judiciário não deve ter por objeto rotineiro o controle de políticas públicas, fato tradicionalmente atribuído ao Poder Executivo. Contudo, não se justifica o descumprimento da Constituição, principalmente em relação a direitos de primeira dimensão baseados em opções discricionárias do administrador. “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito de funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo”.<sup>30</sup>

Assim, os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, *medidas de valoração* decisivas quando a administração tem de densificar *conceitos indeterminados* (<segurança pública>, <sigilo>, <segredo de Estado>, <segurança do Estado>). Da mesma forma, quando a administração pratica actos no exercício de um *poder discricionário*, ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Aqui, dada a frouxa pré-determinação da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração.<sup>31</sup>

Esse encargo de controlar as políticas públicas restará possível ao Poder Judiciário, porém, em casos excepcionais, que se configuram quando os órgãos estatais competentes, descumprindo encargos jurídicos decorrentes de direitos fundamentais de primeira dimensão, comprometem com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e coletivos.<sup>32</sup>

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (*contingenciamento orçamentário*).<sup>33</sup> (grifo nosso)

Quando o Executivo realiza o contingenciamento de verbas destinadas a Execução Penal na Lei Orçamentária Anual para que se atinja o superávit primário, entende-se como violação primária do direito à reintegração social do condenado, tornando impossível a manutenção de um sistema penitenciário hígido e garantidor de direitos fundamentais.

---

<sup>30</sup> STF. ADPF 45. Voto Relator Celso de Mello.

<sup>31</sup> CANOTILHO. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 8 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 446.

<sup>32</sup> STF. ADPF 45. Voto Relator Celso de Mello.

<sup>33</sup> STF. ADPF 45. Voto Relator Celso de Mello.

### **3. Limites à intervenção jurisdicional no campo de políticas públicas e críticas pontuais quanto aos limites**

Da forma como exposto o problema, cabe indagar até onde o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, está habilitado a efetuar o controle de políticas públicas, evitando-se com isso que a exceção venha a se tornar uma regra, locupletando-se, assim, indevidamente, das funções executiva e legislativa.

Conforme exposto por Eduardo Appio<sup>34</sup>, as consequências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição e de implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional por usurpação de funções, traria consequências políticas importantes.

Desta feita e por coerência ao que foi até aqui tratado, deve o Judiciário também encontrar limites à este controle, incluídos neste limite o respeito a outros direitos fundamentais trazidos pela Constituição.

#### **3.1 Reserva do possível como rotineira escusa orçamentária**

A reserva do possível é a escusa mais comum alegada pelo Poder Executivo para a falta de efetivação de direitos fundamentais. Segunda Ana Paula de Barcellos, estas “procuram identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas por eles supridas”.<sup>35</sup>

No que importa ao estudo aqui compreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.  
<sup>36</sup>

Essa colocação traz a baila a contradição existente entre os custos que os direitos possuem ante a sua competente efetivação e a limitação orçamentária estatal. Por óbvio, o orçamento estatal não é infinito e também por isso, nem todos os objetivos a serem cumpridos

---

<sup>34</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2008. p. 150.

<sup>35</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 245.

<sup>36</sup> Idem. Ibidem. p. 245.

pelo Estado podem ser alcançados e tornados plenos. A teoria da reserva do possível utiliza-se exatamente deste ponto, do montante disponível de recursos, dispostos no orçamento estatal, através da Lei Orçamentária Anual, para o que o Estado atue na consecução dos vários fins determinados pelo texto constitucional.

A base desta teoria reside na Alemanha, onde o Tribunal Constitucional alemão asseverou que ao administrado, cabe reclamar apenas o que o indivíduo pode exigir de forma razoável da sociedade, existindo um limite fático ao exercício de direitos fundamentais, justificando na disponibilidade material dos recursos.<sup>37</sup> Isso seria muito razoável se analisado o contexto em qual foi proposta. Na Europa, a estabilidade econômica e a presença estatal são muito mais efetivas do que em nosso contexto tupiniquim.

Andréas Krell<sup>38</sup> aponta que a realidade social alemã torna menos exigível por parte do cidadão, as prestações estatais na realização do *welfare state*, diametralmente oposto de nossas condições, onde nossa carta política elenca dentre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção o bem estar de todos, mas não cumpre, de forma ostensiva, seus próprios objetivos.

Critica-se<sup>39</sup> a atuação de juízes no exercício do controle de políticas públicas, impondo uma conjectura que estes não possuiriam capacidade técnica para apurar as necessidades sociais para a efetivação destas e assim restaria insuficiente a atuação jurisdicional. Contudo, essa crítica perde força quando se analisa que o Poder com conhecimento técnico e material sobre a necessidade de implementação e estruturação de políticas, visando dar efetividade aos direitos fundamentais, o Executivo, por natureza, não realiza um adequado planejamento administrativo, não reservando de antemão o financeiro suficiente ou quando reservado, tredestinando esses recursos sem fins plausíveis e justificáveis sob a ótica constitucional.

Não se torna aceitável, desta forma, que o responsável pela efetivação dos direitos fundamentais priorize outras despesas ou aloque os recursos em outras áreas que não sejam relacionadas com o cumprimento de mandamentos constitucionais. Para isso, a discricionariedade encontra-se vinculada, não podendo argumentar-se na reserva do possível

---

<sup>37</sup> KRELL, Andréas Joachin. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

<sup>38</sup> Idem. Ibidem. p. 52.

<sup>39</sup> “A título de controlar a execução de política pública, os juízes não somente anulam os atos administrativos praticados, mas alteram seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza exclusivamente invalidatória, passando a assumir uma função substitutiva, com o que se pode falar em atividade administrativa do Poder Judiciário”. APPIO, Ibidem. p. 138.

como saída justificativa da ausência de recursos capazes de tornar efetivos os direitos fundamentais.

A argumentação dos governos consiste em afirmar que o Poder Judiciário não pode atuar de forma positiva, considerando que a definição dos valores a serem destinados a um determinado programa social depende da vontade do Poder Executivo, o qual encaminha a lei orçamentária anual, e ao Congresso Nacional que tem a incumbência de aprova-la e mesmo de emenda-la. Ademais, o Poder Judiciário teria de indicar as fontes dos recursos destas novas despesas, o que esbarra na chamada reserva do possível, quando então os gastos dos governos estão previamente limitados por suas receitas.<sup>40</sup>

O que dizer quando o Executivo contingencia anualmente a média de R\$ 200.000.000,00 do orçamento penitenciário e gasta cerca de R\$ 1.179.048.087,86<sup>41</sup> com publicidade, à pretexto de informação sobre suas atividades aos seus cidadãos? Seria possível a argumentação contrária, admitindo-se como correta o gasto em publicidade, secundário e supérfluo, frente aos direitos fundamentais? De forma muito objetiva aponta-se para a inconstitucionalidade destas políticas, já que violadoras cabais da dignidade humana, liberdade e integridade física do indivíduo preso.

Argumente-se ainda o impacto social causado, haja vista que a sociedade como ente difuso, acaba sendo diretamente atingida por essa ausência de efetivação, pois quando o recluso não é exposto ao processo reintegrativo, certamente sairá do *zoológico humano* mais animalesco do que outrora. Isso demonstra a resposta a uma questão quase irrefutável.

Quando o preso está recluso, ele está contido. A grande pergunta é: e quando esse preso, não exposto a qualquer processo reintegrativo, violentado em seus direitos mais básicos e fundamentais conforme exaustivamente narrado, estiver novamente em liberdade, como será o encontro com a sociedade que lhe privara disso? Normalmente, esse encontro acontece no sinal de trânsito e nessa hora, o preso não estará mais contido e sim, estará contigo!<sup>42</sup> Aí é que ocorre a *prestação de contas* sociais.

Observe-se ainda, que inclusive a escassez de recursos públicos deve ser reconhecida pelo Judiciário, a fim de que exista a diferenciação entre o que não é possível ser efetivado, ante a falta de recursos, porém derivado da efetivação de outros direitos

---

<sup>40</sup> Idem. Ibidem. p. 175.

<sup>41</sup> Cf. Dados da Secretaria de Comunicação da Presidência da República. De 2000 a 2009, gastou-se mais de dez bilhões de reais em publicidade governamental. Disponível em <[http://contasabertas.uol.com.br/website/noticias/arquivos/109\\_Investimento%20em%20m%C3%ADdia\\_2000%20a%202009\\_Secom.pdf](http://contasabertas.uol.com.br/website/noticias/arquivos/109_Investimento%20em%20m%C3%ADdia_2000%20a%202009_Secom.pdf)> Acesso em 16/03/2012.

<sup>42</sup> Palestra de Luiz Flávio Gomes, proferida em 02/09/2011 na Universidade do Estado de Minas Gerais. *Sistema penitenciário brasileiro. Bomba relógio anunciada.*

fundamentais e o que não é possível ser efetivado, ante a falta de recursos, mas dessa vez devido aos recursos estarem sendo distribuídos a outros setores de somenos importância, que não direitos fundamentais. Portanto, “impõe-se distinguir um argumento relacionado com a inexistência de recursos necessários a concretização de um dever constitucional, em relação à alocação de recursos procedida contrariamente às disposições constitucionais”.<sup>43</sup>

Ainda como amor ao argumento, os defensores da reserva do possível alegam que quando não há orçamento suficiente disponível para a consecução de alguma política pública, se faz necessário abrir créditos extraordinários para que se atenda a situações não previstas e que isto macularia a possibilidade de concretização de outras áreas.<sup>44</sup> Ainda que esse argumento tenha certa coerência, no caso da execução penal não pode lograr êxito, já que conforme noticiado, o orçamento mínimo necessário já vem previsto na LOA. Contudo, ano a ano, contingenciamento a contingenciamento, este orçamento é dilapidado, restando muito pouco do previsto para a melhora do sistema penitenciário, principalmente a partir dos recursos oriundos do FUNPEN.

Como lembrado por Krell, “onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude mais ativa na realização desses fins sociais [...]”.<sup>45</sup>

Assim, a teoria da reserva do possível não encontra guarida frente ao nosso modelo constitucional de proteção aos direitos fundamentais como forma de impedir e justificar a ineficácia do administrador na concepção e realização de políticas públicas que visem dar cumprimento e tornar efetivos os direitos mais básicos dos privados em liberdade.

### **3.2 O mínimo existencial – Limite ao administrador e ao Poder Jurisdicional**

A dificuldade financeira encontrada pelo Estado para implementar políticas públicas encontra como paradigma orientador o direito ao mínimo existencial de cada ser humano. Esse mínimo serve ainda como parâmetro para que se estabeleçam quais direitos fundamentais, todos exigíveis *prima facie*, devem ser priorizados quando há escassez de recursos.

---

<sup>43</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 241.

<sup>44</sup> APPIO. *Ibidem*. p. 175.

<sup>45</sup> KRELL. *Ibidem*. p. 99.

O fundamento da teoria ao mínimo existencial está em proteger a dignidade da pessoa humana a qual, segundo Bachof<sup>46</sup>, não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana restaria sacrificada.

Canotilho observa que a teoria ao mínimo existencial se associa à necessária efetivação dos direitos prestacionais ou direitos de segunda dimensão que segundo aporte teórico respeitável, aponta-os como direitos que possuem eficácia limitada. Assim,

Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económica-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economics and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.<sup>47</sup>

Com a devida vênia, além da aplicabilidade aos direitos prestacionais a teoria ao mínimo existencial também se aplica, com maior relevância, aos direitos de primeira dimensão, de *status negativus*, como forma de balizamento a atuação do administrador na implementação de políticas públicas, limitando a discricionariedade administrativa e portanto, determinando a aplicação mínima de recursos a tornar plenos estes direitos, mas também, constitui-se como cláusula limitadora à atuação do Judiciário, no sentido de direcioná-lo a determinar que o administrador aplique o mínimo necessário à realização desses direitos, quando no momento excepcional do controle da política pública.

Clémerson Clevé pontua de forma muito precisa,

O conceito de mínimo existencial, de mínimo necessário e indispensável, de mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída a sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade (dedutível da Constituição que quer erigir um Estado democrático) autorizam a compreensão do mínimo existencial como obrigação estatal a cumprir e, pois, como responsabilidade dos poderes públicos.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> BACHOF, Otto apud BRAUNER, Arcênio. *O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida*. In: FELLET. Ibidem. p. 601.

<sup>47</sup> CANOTILHO. Ibidem. p. 518.

<sup>48</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 8, p. 151-161, 2003. p. 160.

Desta forma, quando o administrador desenvolve políticas públicas que versem sobre direitos fundamentais, cabe à ele interpretar<sup>49</sup> também a Constituição, efetivando de forma máxima os direitos fundamentais e na questão principal deste trabalho, tornar auferível o direito à reintegração social.

De outra sorte, este mesmo administrador insiste na utilização de escusas orçamentárias, baseando seu discurso na ausência de recursos suficientes, viabilizando ao Judiciário exercer seu controle, garantindo aos privados de liberdade o respeito à dignidade humana, entendida nesse ponto como o núcleo básico ou essencial dos direitos humanos fundamentais e que tornam assegurável a própria sobrevivência humana.

Esse núcleo básico dos direitos humanos, é pra Krell “o referido ‘padrão mínimo social’ para a sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”,<sup>50</sup> o que não se distancia das prestações e dos direitos asseguradas na lei executiva. No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos define a questão,

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá leva-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar o seu fornecimento pelo Estado. *Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.* A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (*o mínimo existencial*), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.<sup>51</sup> (grifos nossos)

### 3.3 Proporcionalidade e o dever de proteção do Estado

Num dito Estado democrático, está-se sob o regime direto da força normativa da Constituição, tanto para o processo legislativo infraconstitucional, como para a administração

---

<sup>49</sup> Cf. HÄBERLE. Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

<sup>50</sup> KRELL. Ibidem. p. 63.

<sup>51</sup> BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* p. 245-246.

dos interesses estatais. A força normativa da Constituição expõe o papel da constituição não sendo este, apenas, a mera expressão da realidade de seu tempo, mas, graças ao seu caráter normativo, ordena e conforma a realidade social e política. “A constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.<sup>52</sup> Nessa esteira, o Estado democrático de direito se torna um novo paradigma protetivo quando assume para si a política integral de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, muito além da proteção negativa que se faz sobre os atos do Estado, estipulando garantias como as de primeira dimensão, hoje deve ser erguida a bandeira da proteção positiva de direitos fundamentais, agora por parte do Estado. Tal fato é decorrente da evolução do Estado e da missão assumida pelo Direito.

O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator – dos direitos fundamentais. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>53</sup>

Hoje, essa concepção de Direitos fundamentais apenas como protetivos contra o abuso estatal necessitam ser revisitadas em uma análise não apenas das garantias negativas contra o poder do Estado, mas também, contra a agressão proveniente de outros indivíduos. É função do Direito, portanto, a proteção contra atos estatais e contra atos individuais. Cabe falar-se num rol positivo de garantias que visem proteger o indivíduo e a comunidade contra violações perpetradas por outros indivíduos.

O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os membros dos abusos do indivíduo.<sup>54</sup>

A função dos direitos fundamentais, lembra Feldens<sup>55</sup>, manifesta-se na dedução de deveres de proteção, consistente na intervenção ativa do Estado na realização dos direitos fundamentais.

---

<sup>52</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Die normative kraft der verfassung*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 16.

<sup>53</sup> SARLET. Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. n. 12. Ano 2003. p. 104.

<sup>54</sup> ROXIN. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Ed. Vega, 1998.p. 76.

<sup>55</sup> FELDENS. Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73.

Assim, temos a dupla proteção dos direitos fundamentais. A proteção positiva e a proteção negativa. “Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é o único inimigo”.<sup>56</sup>

Para que se torne possível uma nova releitura de proteção de direitos de forma adequada com base na Constituição, se faz necessário que o modelo clássico de proteção negativa há muito superado, revelava apenas uma posição unilateral do princípio da proporcionalidade, onde se direcionava para a proteção contra os excessos estatais ou o que o Tribunal Constitucional Alemão chama de *Übermassverbot*, ou seja, a proibição do excesso.

Na doutrina e jurisprudência alemãs, a proporcionalidade é concebida como *princípio inerente ao Estado de Direito*, figurando como uma das *garantias básicas* que *devem* ser observadas em todo caso onde possam ver-se lesionados direitos e liberdades fundamentais, qualificando-se, assim, como máxima constitucional. No Brasil, o STF inclina-se por vislumbrar a proporcionalidade como postulado constitucional que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal, em sua perspectiva *substancial* (art. 5, inc. LIV, da CF).<sup>57</sup> (grifos no original)

Streck afirma<sup>58</sup> que o princípio da proporcionalidade deve ser visto apenas como um modo de explicar que cada interpretação deve ser razoável para evitar interpretações discricionárias e arbitrárias. Visto pela lente do positivismo resulta que os maiores problemas de choque de valores eram colocados para que o juiz resolvesse de forma discricionária. Visto sobre a lente do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo esses mesmos problemas passam a ser encarados pela ponderação principiológica, conforme argumentou Alexy. Essa questão interpretativa é importante no sentido de que se estabeleçam parâmetros ao critério de ponderação quando da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Desta feita, não cabe ampla discricionariedade ao administrador nem ao juiz na determinabilidade, quando do julgamento de possíveis violações aos direitos fundamentais ou aos bens jurídicos protegidos. Essa discricionariedade desaparece quando a Constituição elegeu determinados bens como carentes de proteção. Disto resulta inequívoca vinculação entre os deveres de proteção de direitos fundamentais, legitimando a intervenção do Judiciário, quando necessário, para que se restabeleça o equilíbrio da situação.

---

<sup>56</sup> STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010. p. 13.

<sup>57</sup> FELDENS. *Ibidem*. p. 82.

<sup>58</sup> *Idem*. *Ibidem*.

O Estado, por meio de seus órgãos ou agentes, pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental. Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que - como contraponto a assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).<sup>59</sup>

A própria Constituição revela esta dupla face de proteção dos direitos fundamentais, quando num Estado Democrático de Direito, visualizados pela proibição do excesso (*Übermassverbot*) e pela proibição da deficiência (*Untermassverbot*). Essa nova divisão paradigmática, nem sempre observada, deveria ter produzido profundas alterações nos critérios utilizados pelo legislador infraconstitucional quando da proteção de direitos eleitos constitucionalmente.

A efetiva utilização da *Untermassverbot* (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) na Alemanha deu-se com o julgamento da descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203, 1993), com o seguinte teor:

“O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*). (...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. *Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.* (...)”<sup>60</sup> (grifos no original).

Entendido nessas duas perspectivas, a proporcionalidade aponta a exigência de adequação entre o meio e o fim causando a menor restrição possível de direitos fundamentais. Isto possibilita ao Judiciário o controle da atividade administrativa e legislativa de políticas públicas quando estas desrespeitam uma atuação proporcional na efetivação constitucional.

<sup>59</sup> SARLET. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. p. 107.

<sup>60</sup> STRECK, Lenio. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “Qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010. p 7.

Esta nova face do Estado e do Direito decorre também – e fundamentalmente – do fato de que a constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que os princípios da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ela contém, ensina Ferreira da Cunha, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão-Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estadual, *não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também em face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra)* (grifos no original).<sup>61</sup>

O Judiciário deve guiar-se, assim, pelo princípio da proporcionalidade com o fim de observar se os meios empregados são eficientes para a realização de políticas públicas, garantindo a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

#### 4. Conclusão

A execução penal bem efetivada torna possível a criação de um ambiente capaz de levar o infrator a repensar seus atos criminosos ensejando a possibilidade de uma vida pós-cárcere ambientada no respeito às normas sociais de conduta. Para isso, as políticas públicas direcionadas à execução penal assumem um papel preponderante nessa perspectiva reintegrativa.

Essa intersecção entre direito e a política ou direito e a moral foi bem delimitada por Kelsen outrora quando apontou a separação de ambos. Hoje o que se vê é a necessária releitura deste panorama valorativo<sup>62</sup> com o intuito de tornar efetivos os direitos fundamentais da pessoa encarcerada.<sup>63</sup> A política deve observar os interesses da coletividade, distribuindo o poder e orientando para a formação de um modelo de atuação estatal, ao passo que “ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis,

---

<sup>61</sup> STRECK. Bem jurídico e Constituição. p. 17

<sup>62</sup> Cf. os trabalhos paradigmáticos de ALEXY. Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008; DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press. 1978.

<sup>63</sup> Ana Paula de Barcellos afirma com total propriedade que “Os Poderes Públicos estão submetidos à Constituição, como uma decorrência direta da noção de Estado de Direito, por força da qual o exercício do poder político encontra limites em normas jurídicas. À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico. Uma das funções de um texto constitucional, porém, é justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais.” Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 22

normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política”.<sup>64</sup>

Canotilho ensina que uma das principais funções da Constituição de um Estado é a de ser a revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política, relativamente a princípios, valores e ideias que servem de padrões de conduta política e jurídica nessa comunidade. Por isso, a Constituição confere legitimidade a uma ordem política no sentido de constituí-la segundo princípios justos com uma indispensável bondade material e conferir ainda legitimação aos respectivos titulares do poder político, vinculando juridicamente os responsáveis pelo poder assevera que a articulação destas duas dimensões, da legitimidade e legitimação, implicam que a Constituição não seja considerada como uma simples carta ou folha de papel, conforme afirmado por Lassale, resultante de relações de poder ou da pressão de forças sociais.<sup>65</sup>

Desta legitimidade observada por Canotilho é que se justificam as ações governamentais endereçadas a certas finalidades, as políticas públicas, que devem sempre observar a promoção e proteção dos direitos humanos fundamentais pelo Estado.

A elaboração dessas políticas deve estar em consonância com os ditames da Constituição e dos demais instrumentos normativos do ordenamento jurídico, bem como deve sempre ter como finalidade o interesse público, e a promoção e proteção de direitos, em especial aqueles reconhecidos como direitos humanos.<sup>66</sup>

O Estado, ao positivar os direitos fundamentais de primeira dimensão, especialmente, o fez como razão das arbitrariedades ocorridas durante o Estado Absolutista elevando a categoria de direitos fundamentais as liberdades. Neste processo, o legislador se ocupou de definir alguns bens existenciais como bens jurídicos que eram constantemente atacados pelo Príncipe.

É evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a revolução francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abrira mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> BUCCI, *ibidem*. p. 37.

<sup>65</sup> CANOTILHO. p. 1438-1439.

<sup>66</sup> AITH. *ibidem*. p. 219.

<sup>67</sup> STRECK, Lenio. O princípio da proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010. p. 15.

Assim, os direitos humanos para serem protegidos exigem um ambiente social dotados de regras garantidoras da convivência e, sem exceção, do respeito à dignidade.<sup>68</sup> Esse respeito será de observância obrigatória ao Estado quando da organização das políticas públicas necessárias a esta concretização, tornando-se vinculativa, além de orientadora.

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições com o elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas.<sup>69</sup>

Esta organização estatal na busca de modelos garantidores dos direitos é fundamentada pela Constituição, a qual organiza o exercício do poder, num claro papel de legitimação dos entes responsáveis pelo exercício deste. “É a Constituição que funda o poder, é a Constituição que regula o poder, é a Constituição que limita o poder”.<sup>70</sup>

Partindo dessa premissa, a Constituição será sem dúvida a fonte de observância obrigatória de qualquer política pública perpetrada pelo Estado, seja legitimando uma política, seja limitando outra, sendo considerada por Canotilho como uma ordem fundamental,

[...] no sentido de constituir a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento. Nesse sentido, a constituição aspira, como se viu, à natureza de *normas das normas* (cfr. art. 112.º), pois é ela que fixa o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (das leis, dos tratados, dos regulamentos, das convenções colectivas de trabalho, etc.).<sup>71</sup> (grifos no original)

Nesse sentido, a atuação do Estado no planejamento e execução de políticas públicas será realizada através de diversos veículos normativos sempre fundados nessa ordem superior alçada pela Constituição e com isso pelos direitos humanos fundamentais limitando o “Estado a elaborar e planejar as políticas públicas de acordo com as diretrizes constitucionais e dentro dos critérios definidos pelas regras de reconhecimento traçadas pela própria Constituição”.<sup>72</sup>

Onde quer que a lei termine, a tirania começa, se a lei for transgredida para dano de outrem. E aquele que exceda em autoridade o poder que a lei lhe conferiu, e lance mão da força de que dispõe para fazer ao súdito o que a lei não lhe permite, deixa

---

<sup>68</sup> AITH. Ibidem. p. 226.

<sup>69</sup> HESSE. Ibidem. p. 15

<sup>70</sup> CANOTILHO. Ibidem. p. 1440.

<sup>71</sup> Idem. Ibidem. p. 1441.

<sup>72</sup> AITH. Ibidem. p. 226.

de ser magistrado e, já sem autoridade, poderá sofrer oposição como qualquer um que viole o direito de outrem.<sup>73</sup> (grifo nosso)

As políticas públicas tornam-se, com isso, um instrumento de realização, de adequação da constituição jurídica à constituição real onde, nos dizeres de Hesse as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder, formando a Constituição real do país. Isto fará que a Constituição adquira força normativa, na medida em que logra realizar esta pretensão de eficácia, também através de políticas públicas.<sup>74</sup>

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.<sup>75</sup> (grifos no original)

Segundo Aliomar Baleeiro, orçamento se constitui como a autorização dada ao Executivo, pelo Legislativo para que se realizem gastos das receitas no cumprimento dos programas, serviços e encargos governamentais, devendo o mesmo prever as políticas públicas pensadas e elaboradas para o atendimento das exigências da Constituição.<sup>76</sup>

As leis orçamentárias, como os próprios julgados reconhecem, são leis. E, como tais, possuem força de lei para todos os efeitos. É pelo orçamento que o poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo a execução das despesas públicas e outros fins dotados na política econômica adotada no país, assim como a arrecadação das receitas *já criadas*. Assim como, através de uma lei ou ato normativo, pode-se definir uma política habitacional, por exemplo[...] (grifo nosso). As leis orçamentárias, por exemplo, tratam de definir a destinação dos recursos públicos para a execução de programas governamentais, baseados em políticas públicas definidas em atos normativos ou em leis e voltados à promoção do desenvolvimento econômico e social do país.<sup>77</sup>

Nesse sentido, quando o Executivo se utiliza do contingenciamento de receitas da Execução Penal para que o superávit primário seja alcançado, expõe-se uma violação frontal à

<sup>73</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p.139.

<sup>74</sup> HESSE, Ibidem. passim.

<sup>75</sup> HESSE. Ibidem. p. 19

<sup>76</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. atual. Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 411.

<sup>77</sup> AITH. Ibidem. p. 243.

lei orçamentária, bem como ao processo de efetivação dos direitos fundamentais dos encarcerados, especialmente a reintegração social.

Será possível imaginar um processo de reintegração hígido, suficiente e satisfatório, que apresente resultados positivos quando se analisam os orçamentos destinados à execução de pena e se nota que metade, pelo menos, da previsão orçamentária não é integralmente investida pelo Executivo. Num universo médio de R\$ 400.000.000,00 anuais cerca de R\$ 200.000.000,00 são *desviados* para que se componham interesses escusos e pouco justificados.

Desperdício e ineficiência, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos e sua convivência com vultuosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira.<sup>78</sup>

O retórico discurso oficial praticado pelo Executivo quando se analisa o montante de recursos executivos é direcionado sempre à falácia da insuficiência. Mesmo os teóricos<sup>79</sup> das ciências criminais vêm de encontro com esse entendimento afirmando que a solução para o excesso da população carcerária seria a adoção de um rol maior de alternativas penais. Isso não passa de um grande engodo midiático autorizado e estimulado por aqueles que não possuem interesse (leia-se, preso não vota, políticas penitenciárias não estimulam votos, falar de preso não aumenta a votação) em ver as mazelas sociais penitenciárias resolvidas.

Nota-se que o orçamento penitenciário *é mal utilizado, mal direcionado e na maioria das vezes desviado para que se atinjam outros interesses*. Isso faz com que a superpopulação carcerária e com ela as constantes violações de direitos humanos fundamentais continuem a ser diuturnamente vilipendiadas.

A boa utilização do orçamento penitenciário, em especial o proveniente do FUNPEN, o qual possui como destinação implementar a reforma e modernização do sistema carcerário, é de suma importância para a que a reintegração social do preso deixe a utopia dos teóricos e se realize no plano existencial.

Para isso, a adoção de políticas públicas voltadas a essa finalidade se mostra como a principal alternativa já que noticiamos que o maior problema na incompletude da reintegração adequada se dá, *prima facie*, por problemas financeiros. E diz-se *prima facie*,

---

<sup>78</sup> BARCELLOS. Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Ibidem. p. 20.

<sup>79</sup> BINTENCOURT. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativa*; DOTI. René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

pois outros ainda são integrantes desse complexo processo, como a falha em outras instancias sociais de controle, a co-responsabilidade estatal por exemplo, mas que fogem à pesquisa proposta.

Se as políticas públicas assumem esse papel primário de solução dos conflitos, se faz necessário que sejam eficazmente direcionadas ao cumprimento dos ditames da lei executiva e por fim, respeitando a dignidade humana.

Contudo, questiona-se: Por que, existindo orçamento disponível ocorre o contingenciamento? Por que, o sistema penitenciário está cada vez mais superlotado e ineficaz? Por que, o respeito aos direitos humanos fundamentais se tornam cada vez mais meros discursos sem força suficiente de coerção estatal? A resposta a essas perguntas parecem muito claras quando se analisam os interesses colocados em conflito, em geral, a manutenção do poder, tendo por principal instrumento para tanto, o voto popular. Quando o desinteresse social por determinada temática ganha relevância, o Estado (ou aqueles que se encontram legitimados para atuarem em seu nome) deixa de dar importância necessária a esta temática e o resultado disso, quando se fala em reintegração social do *preso* é o desrespeito aos seus direitos mais básicos.

Bobbio analisando o interesse do poder num estado democrático pontua, “Joseph Schumpeter, acertou em cheio quando sustentou que a característica de um governo democrático não é a ausência de elites mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular”.<sup>80</sup>

Se o Estado, expresso pelo Poder Executivo não se preocupa em efetivar os direitos humanos fundamentais dos presos expressos tanto na Lei de Execução Penal, bem como na Constituição Federal através de suas próprias atribuições, cabe este papel, então, ao Judiciário, como um dos processos regulados de eleição e realização de políticas públicas visto que quando determinada política pública envolver a efetivação de direitos fundamentais, notoriamente ligados à dignidade humana, estar-se-á diante de uma norma que vincula este Poder.

Cabe salientar que a arrecadação de receitas deve estar diretamente relacionada à previsão de gastos públicos, esta arrecadação além de prever os gastos dos próprios órgãos da Administração Pública deve se voltar para concretização das políticas públicas – visto que ao ser delegado poderes ao Estado espera-se uma contraprestação que é a satisfação das necessidades da coletividade – mas é claro

---

<sup>80</sup> BOBBIO. Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 27.

respeitando o princípio da não-vinculação da receita proveniente de impostos, pois poderia limitar o Poder Executivo na sua função administrativa (mas a própria Constituição nos traz exceções no que diz respeito a gastos em educação e saúde). A elaboração e a execução do orçamento-programa a fim de traçar as políticas públicas é função precípua do Poder Executivo com aprovação do Legislativo, mas quando estes se mostram ineficientes outros instrumentos devem ser disponibilizados e entre eles encontra-se o controle judicial das políticas públicas realizado pelo Poder Judiciário.<sup>81</sup>

Esta almejada efetividade dos direitos fundamentais dos presos, somente será alcançada através de políticas públicas adequadas caso haja disponibilidade orçamentária para tanto. Como observado, previsão de disponibilidade há, mas estratégias técnicas são utilizados a fim de impossibilitar tal realização. Esse processo de destinação orçamentária é identificada através da realização de cálculos acerca dos possíveis resultados de uma decisão para atender determinadas metas e conseqüentemente a satisfação de uma necessidade coletiva.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In BUCCI. *Ibidem*.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BACHOF, Otto apud BRAUNER, Arcênio. *O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida*. In: FELLET. BALEEIRO. Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 16 ed. atual. Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS. Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. nº 3. 2006. 17-54, 2006. p. 23.
- BARCELLOS. Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.
- BARCELLOS. Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- BINTENCOURT. Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativa*;
- BOBBIO. Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Fundo Penitenciário Nacional em números – 2009 – 2010.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

---

<sup>81</sup> GUIMARÃES, *ibidem*.

- CANOTILHO. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 8 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 8, p. 151-161, 2003.
- DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo Direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm. 2011.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GUIMARÃES, Renata Catacci. Controle judicial das políticas públicas e a atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais. *Conteúdo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29191>>. Acesso em: 22 fev. 2012.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Die normative kraft der verfassung*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KRELL, Andréas Joachin. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LÉPORE, Paulo Eduardo. *Direitos fundamentais e processo coletivo: A tutela processual coletiva como instrumento de efetivação de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Ribeirão Preto, 2010. p. 95.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- ROCHA, Alexandre Pereira da. *O Estado e o Direito de Punir: a superlotação no sistema penitenciário brasileiro*. 194 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília. Brasília, 2006.
- ROXIN. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Ed. Vega, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. n. 12. Ano 2003.
- STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010.
- STRECK, Lenio. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "Qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"? Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010.
- STRECK, Lenio. O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010.