

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA
SEGURANÇA COM ENFOQUE NO SISTEMA PRISIONAL**

DAVIDSON JAHN MELLO

Itajaí (SC), dezembro de 2009.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA
SEGURANÇA COM ENFOQUE NO SISTEMA PRISIONAL**

DAVIDSON JAHN MELLO

Dissertação submetida à Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito final
à obtenção do título de Mestre Acadêmico em
Ciência Jurídica

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí (SC), dezembro de 2009.

DAVIDSON JAHN MELLO

**O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SEGURANÇA,
COM ENFOQUE NO SISTEMA PRISIONAL**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada pelo Curso de Pós-Graduação *Strict Sensu* em Ciência Jurídica, Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais da Universidade do Vale de Itajaí - UNIVALI.

Área de Concentração: Ciência Jurídica

Itajaí, dezembro de 2009.

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa
Orientador

1º. Membro da Mesa Examinadora

2º Membro de Mesa Examinadora

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, a Banca Examinadora, o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, 11 de dezembro de 2009.

Davidson Jahn Mello

Mestrando

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Darci Ferkrussen Mello e Dolores Jahn Mello pelo estímulo.

À minha esposa Carmen Lúcia e ao meu filho Júlio César pela paciência e compreensão nos momentos em que me dediquei exclusiva e integralmente ao Mestrado.

Ao Professor Dr. Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, pelo incentivo.

Ao Professor Orientador Dr. Alexandre Moraes da Rosa pelo apoio em todas as etapas do desenvolvimento deste trabalho.

Meu reconhecimento a todos os professores do curso, aos colegas de turma pelo companheirismo nesta trajetória e, aos prestativos servidores da Instituição.

RESUMO

A presente dissertação aborda a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas de segurança pública, no tocante ao sistema prisional brasileiro. O Estado Democrático de Direito fundamenta-se na Constituição que, além de expressar a organização do Estado, elencar direitos e deveres, prescreve concretizando as políticas públicas. Assim, o controle judicial dessas políticas fundamenta-se no princípio da supremacia da Constituição, em análise sistêmica, também com os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Destaca a visão de Ronald Dworkin a respeito da atuação judicial, das políticas públicas e seu controle, com enfoque no Direito e na Justiça. Registra preceitos a respeito da estrutura jurídica necessária à consecução dos fundamentos esculpidos no Artigo Primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Questiona a confiança do cidadão no Estado, em seu *modus operandi*, sugerindo correção de distorções do modelo atual. Defende a necessidade de atendimento dos anseios do cidadão pelo Estado, além de apresentar alternativas para problemas envolvendo essas políticas, discorrendo sobre o papel das instituições e diretrizes na decisão e formulação de políticas públicas. O primeiro capítulo cuidou de apresentar estudo da evolução do Estado e a separação dos Poderes, abordando a relação sociedade e Estado; origem e conceito de Estado. Apresentou o Estado de Direito: liberal, social e democrático; a Constituição e os princípios fundamentais; conceito e histórico das Constituições Brasileiras, tendo sido finalizado com uma abordagem sobre os princípios fundamentais da Constituição de 1988. As explanações demonstram a importância do debate a respeito da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização e efetivação das políticas de segurança pública, principalmente no que concerne ao sistema prisional brasileiro, pois a realidade fática é bem diversa da pretendida pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais. O segundo capítulo tratou das políticas públicas, seu conceito e a visão de Ronald Dworkin a respeito; assim como sobre as competências para planejamento e consecução dessas políticas. O terceiro e último capítulo preocupou-se com o controle judicial das políticas de segurança pública; as teorias procedimentalista e substancialista; limitações do controle judicial; o mínimo existencial em contraposição à justa reserva do possível esta, como princípio e como cláusula aberta. Encerrando o tópico se estudou o controle judicial da política de segurança pública e o sistema prisional brasileiro terceirização dos presídios brasileiros; a escassez de vagas e o conceito de privatização prisional; privatização total e a realidade da privatização dos

presídios brasileiros. Por fim, retoma-se a hipótese básica da pesquisa. O presente estudo teve como objetivo abordar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões atinentes à efetivação e ao cumprimento das políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cuja atividade, além de estar limitada pela lei de forma substancial (validade e eficácia), deve ser desempenhada observando-se os princípios constitucionais, concluindo-se que a intervenção do Judiciário não é apenas possível, mas, necessária para assegurar a efetividade da Constituição, garantindo a observância dos direitos fundamentais e das garantias individuais dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Sistema Prisional Brasileiro; Segurança Pública; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This dissertation addresses the possibility of intervention of the Judiciary Power in the implementation of public security policies relating to the Brazilian prison system. The Democratic Rule of Law is founded on the Constitution which, in addition to expressing the organization of the State, also lists rights and duties, concretely specifying public policies. Thus, judicial control of these policies is founded on the principle of supremacy of the Constitution, in a systematic analysis, together with the principles of reserve of the possible and existential minimum. The view of Ronald Dworkin is highlighted in respect to judicial activity, and public policies and their control, with a particular focus on Law and Justice. Precepts regarding the juridical structure necessary to achieve the foundations drawn up in Article 1 of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. It questions the citizen's trust in the State, in its *modus operandi*, suggesting correction of distortions in the current model. It defends the need to fulfill citizen's desires for the State, as well as presenting alternatives for problems involving these policies, discussing the role of institutions and directives in decision-making and the formulation of public policies. The first chapter presents a study of the evolution of the State and the separation of Powers, addressing the relationship between society and the State; origin and concept of the State. It presents the Rule of Law: liberal, social and democratic; the Constitution and the fundamental principles; concept and history of the Brazilian Constitutions, and finally, it focuses on the fundamental principles of the 1988 Constitution. The explanations show the importance of the debate surrounding the possibility of intervention of the Judiciary Power in making public security policies concrete and effective, principally with regard to the Brazilian prison system, for the actual reality is quite different from what was intended by the Constitution and by the infra-constitutional laws. The second chapter deals with public policy, its concept, and Ronald Dworkin's view of this aspect; as well as considerations regarding the competencies for planning and attainment of these public policies. The third and final chapter deals with judicial control of public security policies; proceduralist and substantialist theories; limitations of judicial control; the existential minimum in contraposition to the just reserve of the possible, and the latter as origin and as an open clause. The topic concludes by studying the judicial control of public security policy and the Brazilian prison system, and outsourcing of the services of Brazilian penitentiaries; the lack of room for more prisoners and the concept of prison privatization; and total privatization and the reality of privatization of the Brazilian

penitentiaries. Finally, the basic hypothesis of the study was once more taken up. The objective of this study was to address the possibility of intervention of the Judiciary Power in matters regarding the enforcement and fulfillment of public policies by the Executive and Legislative Powers, whose activity, in addition to being limited by law in a substantial way (validity and effectiveness), must be take into account constitutional principles in their execution, concluding that the intervention of the Judiciary is not only possible, but necessary, to assure the effectiveness of the Constitution and guarantee the observance of the fundamental rights and individual guarantees of citizens.

KEY WORDS: Public Policies; Brazilian Prison System; Public Security; Democratic Rule of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	14
1.1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	14
1.2 A SOCIEDADE E O ESTADO	15
1.2.1 Conceito e origem histórica da sociedade.....	15
1.2.2 O Estado.....	19
1.2.2.1 Origem e conceitos de Estado	19
1.2.2.2 O Estado de Direito: liberal, social e democrático	22
1.3 A CONSTITUIÇÃO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	26
1.3.1 Conceito de Constituição	27
1.3.2 Histórico das Constituições brasileiras	28
1.3.2.1 Constituição de 1924.....	29
1.3.2.2 Constituição de 1891	30
1.3.2.3 Constituição de 1934.....	31
1.3.2.4 Constituição de 1937.....	31
1.3.2.5 Constituição de 1946.....	33
1.3.2.6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 1 de 1969	33
1.3.2.7 Constituição de 1988.....	35
1.3.3 Princípios fundamentais da Constituição de 1988	36
1.3.3.1 Princípios constitucionais	38
1.3.3.1.1 <u>Princípio republicano</u>	39
1.3.3.1.2 <u>Princípio federativo</u>	39
1.3.3.1.3 <u>Princípio do Estado Democrático de Direito</u>	40
1.3.3.1.4 <u>Princípio da soberania popular</u>	41
1.3.3.1.5 <u>Princípio da separação dos Poderes</u>	41
1.4 PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	42
1.4.1 A organização dos Poderes na Constituição Brasileira	45
2 POLÍTICAS PÚBLICAS	45
2.1 CONCEITO	47
2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS NA VISÃO DE DWORKIN.....	52

2.3	COMPETÊNCIA PARA PLANEJAMENTO E CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	53
2.4	CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	56
2.5	O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES E AS REGRAS NA DECISÃO E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS	65
2.6	A SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	67
2.6.1	A segurança pública inserida na Constituição de 1988.....	71
2.6.2	Problemas	73
3.	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA	82
3.1	CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	82
3.2	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	89
3.2.1	Das correntes.....	103
3.2.1.1	Teoria Procedimentalista.....	105
3.2.1.2	Teoria Substancialista	107
3.2.2	Limitações do controle judicial	109
3.2.3	Mínimo existencial em contraposição à justa reserva do possível .	112
3.2.3.1	Reserva do possível como princípio.....	113
3.2.3.2	Reserva do possível como cláusula aberta	115
3.3	CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	119
3.3.1	Histórico do sistema penitenciário brasileiro	126
3.3.2	O caos do sistema penitenciário.....	127
3.3.3	Inobservância dos direitos dos presos	129
3.3.4	Escassez de vagas nos estabelecimentos prisionais.....	131
3.3.5	Conceito de privatização prisional	133
3.3.6	Privatização dos presídios brasileiros	134
3.3.7	Terceirização dos presídios	135
3.3.8	Penitenciária-indústria.....	136
3.3.9	Críticas ao sistema de co-gestão.....	137
3.3.10	Privatização total	139
3.3.11	Privatização dos presídios brasileiros e sua conjuntura sistemática no ordenamento jurídico	140
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	145
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	150

INTRODUÇÃO

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

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

Nesta pesquisa se comenta a visão de Ronaldo Dworkin a respeito das políticas públicas, das competências para consecução dessas políticas, do papel das instituições e das regras na decisão e formulação das mesmas.

A realidade das políticas públicas no Brasil foi focada no momento atual e desde a sua origem, no século XX – com o surgimento da estrutura jurídica criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 – que fortaleceu os poderes policiais, num período de restrição dos direitos fundamentais.

O presente estudo tem como objetivo abordar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões atinentes à efetivação e ao cumprimento das políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cuja atividade, além de estar limitada pela lei de forma substancial (validade e eficácia), deve ser desempenhada observando-se os princípios constitucionais.

O tema é atual e relevante e para a pesquisa pretendida serão analisadas as teorias procedimentalista e a substancialista, que embasam a discussão acerca da judicialização das políticas públicas. Para a primeira teoria tal intervenção deve ser mínima, enquanto que para a segunda, discorrendo a respeito da reserva do possível e do mínimo existencial, entende-se que os cidadãos são destinatários de direitos, os quais não podem ser negados.

Assim, fazendo uma análise acurada e sob a ótica da hermenêutica jurídica, através de um estudo dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, contrapondo as teses contrárias e favoráveis à intervenção do Poder Judiciário, a referida pesquisa encontra seu fundamento.

Para encetar a investigação adotou-se o método indutivo, operacionalizado com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais. Na fase de Tratamento dos Dados será usado o método Cartesiano e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa poderá ser empregada a base indutiva e/ou outra que for mais indicada e a metodologia representada pela NBR/ABNT.

A pesquisa foi desenvolvida com base nas seguintes hipóteses:

a) Feriria o princípio da separação dos poderes a intervenção do Judiciário nas questões atinentes às políticas públicas, já que estas seriam de competência originária dos Poderes Executivo e Legislativo;

b) O Poder Judiciário estaria legitimado a interferir em políticas públicas a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente quando tais direitos se apresentem na iminência de serem aviltados pela falta ou má implantação das referidas políticas;

c) A intervenção judicial seria possível desde que se estipulassem condições mínimas de atendimento das políticas públicas (mínimo existencial), estas limitadas às condições orçamentárias disponíveis para sua consecução (reserva do possível), obedientes aos princípios constitucionais e com esmero na garantia dos direitos fundamentais;

d) O ativismo judicial, gerado pelos processos de democratização e judicialização, faria com que o juiz deixasse de ser um mero condutor do debate e intensificasse sua intervenção na solução dos litígios.

Para a consecução deste trabalho monográfico duas obras foram especialmente utilizadas como base de pesquisa: Uma questão de princípio, 2001 e Levando os direitos a sério, 2002, ambas de autoria de Ronald Dworkin: a primeira, tradução de Luís Carlos Borges e a segunda, tradução de Nelson Boeira.

O trabalho foi dividido em três capítulos:

O primeiro capítulo cuidará de apresentar o Estado Democrático de Direito e a Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito, seus conceitos e características. Também se ocupará dos princípios fundamentais, razoabilidade e proporcionalidade, separação dos Poderes e dignidade da pessoa humana. Finalmente abordará os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, suas competências e atribuições.

O segundo capítulo tratará das políticas públicas, seu conceito e sua competência para planejamento e consecução.

O terceiro e último capítulo abordará o controle jurisdicional das políticas de segurança pública, ação administrativa discricionária, do mérito dos atos administrativos. Também, tratará do controle jurisdicional das políticas públicas, das teorias: procedimentalista e substancialista. Ocupar-se-á, ainda, das limitações ao controle judicial, da separação dos poderes e aspectos orçamentários. Encerrará tratando do mínimo existencial em contraposição à reserva do possível e dos tópicos de jurisprudência.

CAPÍTULO 01

A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 EVOLUÇÃO DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A organização política e jurídica de uma nação¹ se encerra na expressão Estado motivo pelo qual, Filomeno colaciona o seguinte entendimento:

[...] a organização política de uma nação, oferecendo, muito embora, em sua realização prática, as modalidades mais diversas, conforme as condições físicas, biológicas, psicológicas, econômicas, intelectuais, morais e jurídicas do meio em que se produz, gira sempre em torno de um mesmo fato capital: a existência de um governo, de um poder de coação, de uma autoridade, que mantenha, mediante o emprego da força, o respeito às normas de direito [...] (FILOMENO, 2000, p. 55).

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

O Estado, por sua vez, surgirá quando houver definição do núcleo do poder da sociedade, ou seja, “quando o poder for institucionalizado”, nas palavras de Filomeno (2000, p. 62). Ressalte-se, entretanto, que esta atividade se dará quando da formação de normas de conduta, que se concentram numa Constituição, que nada mais é do que a lei fundamental, possuidora de parâmetros que deverão ser acatados por todas as leis inferiores que lhe sobrevierem caracterizando-se, assim, em Estado de Direito.

¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**, p. 182-183: “A Nação Jurídica é a reunião de pessoas que estão vinculadas, pelo Direito, a um Estado, para se estabelecer um conceito com o qual se vai operar [...] aceita-se identificar a Nação como a reunião de todos os cidadãos ao ordenamento jurídico estatal, independente de ser o Estado uni ou plurinacional no sentido de integrar uma diversidade de nações culturais em um Estado composto ou unitário”.

Dentre as matérias encontradas sob a proteção da Carta Magna, merecem destaque os princípios fundamentais que regem o Estado de Direito, em especial, para o estudo proposto no presente trabalho, o Princípio da Separação dos Poderes, que estipula as competências de cada Poder que compõe o Estado.

Como introdução ao tema abordado na presente dissertação, é necessário discorrer sobre a sociedade, a formação do Estado, e a Constituição. Por ser peça fundamental na instituição do Estado de Direito e na definição das atribuições de cada um dos Poderes que o compõe, o estudo possibilita a análise das políticas públicas e a possibilidade de sua judicialização no que respeita às políticas de segurança pública.

1.2 A SOCIEDADE E O ESTADO

1.2.1 Conceito e origem histórica da sociedade

Ferreira (2007, CD ROM) define sociedade como segue:

1) Agrupamento de seres que vivem em estado gregário: sociedade humana; sociedade de abelhas. 2) Conjunto de pessoas que vivem em certa faixa de tempo e de espaço, seguindo normas comuns, e que são unidas pelo sentimento de consciência do grupo; corpo social: a sociedade medieval; a sociedade moderna. 3) Grupo de indivíduos que vivem por vontade própria sob normas comuns; comunidade: sociedade cristã; sociedade de hippies. 4) Meio humano em que o indivíduo se encontra integrado: A sociedade constitui-se de classes de diferentes níveis. 5) Relação entre pessoas; vida em grupo; participação, convivência, comunicação: O homem precisa da sociedade dos seus semelhantes. 6). Conjunto de indivíduos que mantêm relações sociais e mundanas: os prazeres da sociedade; homem de sociedade (FERREIRA, 2007).

Ferreira prossegue enumerando definições de sociedade:

7) Grupo de pessoas que se submetem a um regulamento a fim de exercer uma atividade comum ou defender interesses comuns; agremiação, centro, grêmio, associação: Sociedade Brasileira de Autores Teatrais; Sociedade Protetora dos Animais; sociedade esportiva; sociedade secreta. 8) A sede de tais sociedades; clube, grêmio: Reunimo-nos aos sábados na sociedade. 9) Companhia de pessoas que se agrupam em instituições ou ordens religiosas; companhia. 10) Parceria, associação. 11) Jur. Contrato consensual pelo qual duas ou mais pessoas se obrigam a reunir esforços ou recursos para a consecução dum fim comum. 12) Sociol. Corpo orgânico estruturado em todos os níveis da vida social, com base na reunião de indivíduos que vivem sob determinado sistema econômico de produção, distribuição e consumo, sob um dado regime político, e obedientes a normas, leis e instituições necessárias à reprodução da sociedade como um todo; coletividade (FERREIRA, 2007).

Sobre a sociedade, Abbagnano afirma ser, no sentido geral e fundamental:

1) campo de relações intersubjetivas, ou seja, das relações humanas de comunicação, portanto também: 2) a totalidade dos indivíduos entre os quais ocorrem essas relações; 3) um grupo de indivíduos entre os quais essas relações ocorrem em alguma forma condicionada ou determinada (ABBAGNANO, 2007, p. 1080).

Desde os primórdios, constata-se que o homem sempre viveu reunido com os demais seres da sua espécie. Entretanto, somente no século IV a.C. adveio, na obra *A Política*, do filósofo grego Aristóteles (2007, p. 25-26) a afirmação clara e precisa que o homem é um ser social e “naturalmente um animal político”. Para o filósofo, os seres irracionais, apesar de também viverem permanentemente em associação, constituem meros agrupamentos, formados pelo instinto, enquanto os homens são os únicos animais possuidores de razão: sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto.

Influenciado por Aristóteles, o romano Cícero, no século I a.C. afirma que:

A primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum (CÍCERO, 2003, p. 14).

Observa-se que, para Cícero, o motivo da vida em sociedade é a disposição natural e não a necessidade material.

Já na Idade Média, o maior seguidor das idéias de Aristóteles, foi Santo Tomás de Aquino (1951) citado por Dallari, (2000, p. 10) que reafirmou ser a existência de fatores naturais que determina a permanente associação, como forma normal de vida. Consignava também, que “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade”.

Modernamente, muitos são os autores adeptos da teoria de Aristóteles. Consideram que a aspiração de vida em sociedade advém de um fator natural, determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação dos seus semelhantes, para a consecução dos fins de sua existência.

Não obstante às afirmações sobre o surgimento da sociedade, impende mencionar a teoria contratualista, protagonizada por Platão (1989, p. 52). Na sua obra *A República*, o filósofo sustenta ser a sociedade, tão-somente, fruto do acordo de vontades entre os homens, celebrado hipoteticamente.

Perfilando tal entendimento é possível deparar-se com Hobbes (2007, p. 70), afirmando, em sua obra *Leviatã*, que o homem vivia, inicialmente, em estado de natureza ou de guerra. Para o autor, a discórdia era base das relações humanas, onde cada um procurava a satisfação do seu próprio bem. Assim, segundo o filósofo, os homens, temendo viver em constante estado de guerra, são levados à celebração do contrato social, que se traduz na mútua transferência de direitos.

No final do século XVII, a visão absolutista de Hobbes encontra resistência nos trabalhos formulados por Locke, que afirmava:

Tendo Deus feito o homem criatura tal que, conforme julgava, não seria conveniente para o próprio homem ficar só, colocou-o sob fortes obrigações de necessidade, conveniência e inclinação para arrastá-lo à sociedade, provendo-o igualmente de entendimento e linguagem para que continuasse a gozá-la (LOCKE, 1963, p. 77).

Nesse mesmo período, Montesquieu (1996, p. 77-82), apesar de tomar posição nitidamente contratualista para explicar a origem da sociedade, não chega a mencionar, expressamente, o contrato social nem as idéias absolutistas de Hobbes. Em 1762, estas são retomadas por Rousseau (1971, p. 10), que afirma ser a ordem social um direito sagrado e base de todos os demais, porém, esse direito não provém da natureza: encontra seu fundamento em convenções.

Impende frisar que Rousseau (1971, p. 21) parte da afirmação da existência de uma liberdade natural, que a sociedade visa a proteger. Decorrem, então, dois conceitos muito utilizados na atualidade como fundamento da democracia: liberdade e igualdade.

Dessa forma, Dallari conclui que:

[...] predomina, atualmente, a aceitação de que a sociedade é resultante de uma necessidade natural do homem, sem excluir a participação da consciência e da vontade humanas. É inegável, entretanto, que o contratualismo exerceu e continua exercendo grande influência prática, devendo-se mesmo reconhecer sua presença marcante na idéia contemporânea de democracia (DALLARI, 2000, p. 18-19).

Cumprir mencionar, ainda, que no entendimento de Dallari (2000, p. 24), a sociedade possui como finalidade precípua, a busca pelo bem comum. Afirma o autor, que a sociedade “busca a criação de condições que permitam, a cada homem e a cada grupo social, a consecução de seus respectivos fins particulares”. Então, para constituir-se uma sociedade é necessário que as pessoas estejam agrupadas visando uma finalidade.

Dessa forma, pode-se conceituar a sociedade como: união de pessoas que têm por fim a cooperação para realizar um bem comum, mediante a adoção de algumas regras, o que forma um Estado. A questão será analisada no próximo tópico.

1.2.2 O Estado

1.2.2.1 Origem e conceito de Estado

O Estado é uma sociedade política, organizada juridicamente, com o objetivo de alcançar o bem comum. Entretanto, essa concepção de Estado somente foi apresentada em 1513, na obra filosófica *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, e o projetou como o pai da Ciência Política.

Maquiavel (2007, p. 31) entendia por Estado, o conjunto de atividades desempenhadas pela classe dirigente, que se utilizava disso para justificar e manter, não só o seu domínio, mas obter o consentimento dos subordinados. Então, “todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados”.

A denominação *Estado* (do latim *status*: estar firme), para Abbagnano significa:

Em geral, a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O uso da palavra e deve-se a Maquiavel (*O Príncipe*, 1513, parágrafo 1). Podem ser distinguidas três concepções fundamentais: 1) a concepção organicista, segundo a qual o E. é independente dos indivíduos e anterior a eles; 2) a concepção atomista ou contratualista, segundo a qual o Estado é a criação dos indivíduos; 3) a concepção formalista, segundo a qual o Estado é uma formação jurídica. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, na sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos (ABBAGNANO, 2007, p. 423).

Partindo deste conceito trazido por Abbagnano é possível identificar três teorias relativas à época do aparecimento do Estado, conforme ensinamentos de Dallari:

a) Para muitos autores, o Estado, assim como a própria sociedade, existiu sempre, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo [...]. Uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período. Depois, [...] este foi constituído para atender às necessidades ou as conveniências dos grupos sociais [...]. A terceira posição é a que já foi referida: a dos autores que só admitem como Estado a sociedade política dotada de certas características muito bem definidas (DALLARI, 2000, p. 52).

Denota-se, portanto, que não há fato histórico específico que marque o surgimento ou origem do Estado. O que se pode afirmar, conforme Dallari (2000, p. 53), é que o Estado surgiu para coordenar, administrar e determinar o comportamento social, atendendo suas necessidades e “surge quando nascem a idéia e a prática da soberania”.

Estado, para Filomeno (2000, p. 63), “é a sociedade necessária em que se observa o exercício de um governo dotado de soberania a exercer seu poder sobre uma população, num determinado território, onde cria, executa e aplica seu ordenamento jurídico, visando ao bem comum”.

Weber (1992, p. 1237) complementa afirmando que o Estado é detentor do monopólio da força legítima para a manutenção da ordem vigente, do monopólio da Justiça (punição), da cobrança de tributos fiscais, de cunhar moeda, etc.

No mesmo foco Bester ressalta:

[...] um dos mais antigos preceitos da Filosofia Política diz que o Estado tem o monopólio do uso da força, isto é, apenas o poder público pode usar a violência (e mesmo assim, na medida necessária) para garantir o cumprimento da lei e evitar que surja a guerra de todos contra todos. Logo, o Estado é a Instituição com poderes para organizar a sociedade em um dado território, coercitivamente, isto é, para disciplinar o convívio social humano por meio do Direito, por meio de normas jurídicas obrigatórias, acompanhadas de sanções (BESTER, 2005, p. 11).

Estado, conceituado por Ceneviva, é:

Entidade jurídico-social soberana, constituída pelo povo, sob governo exercido sobre espaço delimitado. Visto como instituição compreende os elementos fundamentais indicados (povo, território e governo), cuja conceituação, por envolver ramos diversos das ciências, varia conforme a posição do observador (CENEVIVA, 2003, p. 31).

Hobbes define o Estado como um ente de natureza absolutista, o Estado Leviatã a que todos os cidadãos devem ceder suas prerrogativas para que, em troca, ele possa estabelecer a paz e a segurança nas relações sociais e o define:

[...] um homem artificial, de maior estatura e força do que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. No Estado, a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento a todo o corpo; os magistrados e outros funcionários judiciais ou executivos, juntas artificiais; a recompensa e o castigo (pelos quais, ligados ao trono da soberania, juntas e membros são levados a cumprir seu dever) são os nervos, que executam a mesma função no corpo natural; a riqueza e prosperidade de todos os membros individuais constituem a força; *Salus Populi* (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, por meio dos quais todas as coisas necessárias lhe são sugeridas, são a memória; a justiça e as leis, razão e vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição é a doença; a guerra civil é a morte. Finalmente, os pactos e convenções pelos quais as partes deste Corpo Político foram criadas, reunidas e unificadas assemelham-se àquele *Fiat*, ao "Façamos o homem" proferido por Deus na Criação (HOBBS, 2007, p. 15).

Desta feita, e na visão de Salvetti Neto (1982), Estado é "a sociedade necessária em que se observa o exercício de um governo dotado de soberania a exercer seu poder sobre uma população, num determinado território, onde se cria, executa e aplica seu ordenamento jurídico, visando ao bem comum".

1.2.2.2 Estado de Direito: liberal, social e democrático

O Estado de Direito nasceu para limitar o poder do Estado pela estipulação de normas de conduta. Por isso, na visão de Bester, Estado de Direito:

[...] [é] aquele que nasce como resultado dos processos revolucionários dos séculos XVII (Revolução Gloriosa Inglesa, de 1688) e XVIII (Revolução de Independência Norte-Americana, de 1776, e Revolução Francesa, de 1789), sendo justamente a primeira versão ou a versão típica, clássica do Estado Liberal de Direito (BESTER, 2005, p. 11-12).

No mesmo tema, segue Elías Díaz *apud* Bester, que complementa:

[...] características gerais, ou exigências básicas e indispensáveis a todo autêntico Estado de Direito: a) o império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) a divisão de poderes: legislativo, executivo e judiciário; c) a legalidade da administração: atuação segundo a lei e com suficiente controle judicial; d) os direitos e as liberdades fundamentais: não só a garantia jurídico-formal mas também a efetiva realização material (ELÍAS DÍAZ, 1998 *APUD* BESTER, 2005, p. 11-12).

Kelsen definiu o Estado como um puro fenômeno jurídico, que seria visto como uma pessoa jurídica, uma corporação. A corporação, por sua vez, seria definida através de um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade. Assim, uma corporação no entendimento do autor, é considerada uma pessoa, pois para esta são estipulados direitos e deveres jurídicos que dizem respeito ao interesse dos membros da corporação que:

[...] é considerada uma pessoa porque nela a ordem jurídica estipula certos direitos e deveres jurídicos que dizem respeito aos interesses dos membros da corporação, mas que não parecem ser direitos e deveres dos membros e são, portanto, interpretados como direitos e deveres da própria corporação. Tais direitos e deveres são, em particular, criados por atos dos órgãos da corporação (KELSEN, 1995, p. 185).

O Estado, como corporação, tem uma ordem normativa e é sistematizado por uma ordem jurídico nacional. Com estas considerações, conceituar o Estado de Direito é de fundamental importância para se distinguir os regimes autocráticos e democráticos, pois Estado de Direito, para Figueiredo (2001, p. 89) “é aquele Estado, aquela organização erigida pelo Direito, que respeita o Direito”. Nesse sentido, Carraza adverte sobre o Estado de Direito como segue:

[...] pelo contrário, os governantes (tanto quanto os governados) sujeitam-se ao império da lei. Nele, o Poder Público age *secundum legem* e, em suas relações com os governados, submete-se a um *regime de direito*, vale dizer, pauta sua conduta por regras que, por outorgarem e garantirem os chamados direitos individuais apontam os meios que ele poderá empregar, para a consecução de seus fins (CARRAZA, 2007, p. 215).

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

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente e, portanto, em linha de princípios ‘invioláveis’. Desse ponto de vista pode-se falar em Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelsiano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora) (BOBBIO, 1998, p. 19).

Conforme lecionam Streck & Moraes (2001, p. 89) conclui-se, portanto, que o Estado de Direito prescreve a supremacia da lei sobre a administração, podendo apresentar-se como liberal, social ou democrático.

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

[...] um Estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença sobre seu conteúdo [...] o Estado de Direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei [...] (AFONSO DA SILVA, 1998, p. 61).

Para Afonso da Silva (1988, p. 65), *Estado Social de Direito* “revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”.

E, por sua vez, o *Estado Democrático de Direito*, ou Estado Constitucional, como denomina Bester (2005, p. 13), não se restringe ao espírito paternalista e provedor do Estado Social de Direito nem à característica desgarrada com que se apresenta o Estado Liberal de Direito, mas ultrapassa qualquer formulação de ambos os Estados aí referidos, vez que se qualifica pela participação efetiva do povo sobre todos os seus elementos constitutivos e sobre toda a ordem jurídica.

O Estado Democrático de Direito está apoiado sob as bases de uma Constituição dirigente, traduzindo a democracia hodierna em um ideal “transformador da realidade”, conforme preceituaram Streck & Moraes (2001, p. 93). Não basta a mera contemplação de direitos e deveres na Carta Maior, mas, também, é necessária a concretização desse conteúdo, por meio de políticas públicas formuladas com a efetiva participação popular.

Por isso, para Streck & Morais são princípios do Estado Democrático de Direito:

a) Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; b) Organização Democrática da Sociedade; c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; d) Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; e) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; f) Divisão de Poderes ou de Funções; g) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; h) Segurança e Certeza Jurídicas (STRECK & MORAIS, 2001, p. 93).

Nesse sentido, Ceneviva (2003, p. 43) ressalta que o traço marcante do Estado Democrático de Direito “é a possibilidade de substituir o governante pelo voto em períodos predeterminados”.

Entretanto, Dal Bosco (2007, p. 44) adverte que o Estado Democrático de Direito ainda não se solidificou, encontrando-se em uma fase não concluída, que deve ser corrigida a fim de que se possa acrescentar.

Dal Bosco leciona que:

[...] o matiz social [...] sendo necessário, para isso, atender a alguns pressupostos: eliminar a rigidez formal, o que significa evitar um modelo único para todos os tempos e lugares, pois os valores fundamentais podem ser diferentes em cada povo e época; garantir a supremacia da vontade do povo, determinada por uma vontade livremente formada, com ampla divulgação de todas as idéias, e também externada de forma livre de todo o vício ou coação; preservar a liberdade, dando-se ênfase não mais a quantidade, mas à qualidade, de modo que as liberdades dos indivíduos não fiquem isoladas, uma vez que se entrelaçam na realidade social; e garantir a igualdade, de forma a haver equivalência de possibilidades, nesta, admitindo-se a existência de desiguais relativos, representados por diferenças de mérito individual, podendo-se aferir esta questão conforme a contribuição que cada qual oferece à sociedade (DAL BOSCO, 2007, p. 44).

Da leitura da Constituição brasileira é possível apreender, já em seu preâmbulo, a instituição de um Estado Democrático Brasileiro que visa assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, indicando como objetivos fundamentais da República, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), que prima pelo respeito e pela aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais positivados logo no prólogo da Constituição brasileira.

1.3 A CONSTITUIÇÃO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cumpre mencionar que a sociedade agrupada em torno de um poder cria o Estado como figura garantidora da paz social e do atendimento das necessidades por ela clamada.

Como visto anteriormente, o Estado se torna de Direito quando se apresenta submetido a um ordenamento de regras e normas que regem a conduta humana e, ainda, será Democrático quando houver a efetiva participação do povo na tomada de suas decisões, com vistas a cumprir o objetivo que está estampado numa norma superior a todo o ordenamento jurídico, a Constituição.

Justamente, pela dependência existente entre o Estado Democrático de Direito e a existência da Constituição, faz-se necessária a análise do seu conceito, evolução histórica das Constituições brasileiras e os princípios fundamentais que integram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988², a fim de se abordar o princípio da separação dos poderes.

1.3.1 Conceito de Constituição

Bonavides traz um conceito material e formal para Constituição. Nesse diapasão, entende que “do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana: tanto individuais como sociais”. Por esses motivos, não é possível existir Estado sem Constituição. Sob o ponto de vista formal, o autor ressalta que:

[...] forma *difícil* de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta pois da *forma fácil* empregada na feitura da legislação ordinária – cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos – caracteriza a Constituição pelo seu *aspecto formal*” (BONAVIDES, 2007, p. 80). (grifo no original).

Ainda a respeito do aspecto formal da Constituição, Kelsen, ao distinguir a legislação ordinária da legislação constitucional, registra que:

[...] a fim de salvaguardar as normas que determinam os órgãos e os procedimentos de legislação que se projeta um documento solene especial e se torna especialmente difícil a modificação das suas regras. Por causa da constituição material existe uma forma especial para as leis constitucionais ou uma forma constitucional. Se existe uma forma constitucional, então as leis constitucionais devem ser distinguidas das leis ordinárias (KELSEN, 1995, p. 130).

² A partir desse momento, toda vez que houver referência à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizar-se-á a sigla CRFB/88.

Manifestando-se sobre a Constituição do Estado, Afonso da Silva afirma que:

[...] considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (AFONSO DA SILVA, 1998, p. 37).

Souza, em suas explicações, acresce que:

A constituição estabelece normas básicas e desenha o âmbito dentro do qual as demais normas se poderão alinhar. Ela circunscreve a atuação normativa do Estado e de seus órgãos: seja no campo político, quanto à estruturação e ao exercício do poder, seja no campo puramente legislativo (SOUZA, 2006, p. 36).

Portanto, a Constituição é a norma de ordem superior que dispõe sobre a organização do Estado, sobre direitos e garantias individuais e sobre outros assuntos considerados de especial relevância para uma determinada sociedade, em determinada época.

1.3.2 Histórico das Constituições Brasileiras

A República Federativa do Brasil, como hoje é denominada, contou com sete Constituições, publicadas nos anos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/1969 e 1988 cada qual com normas que refletiram ou refletem o momento histórico vivido pelo país. Por isso, o enriquecimento do nosso ordenamento jurídico está intimamente ligado à evolução de nossas Constituições e passa a ser analisado, de forma resumida, neste tópico.

1.3.2.1 Constituição de 1824

Agra (2002, p. 41) leciona que, com a Proclamação da Independência em 1822, não havia porque o Brasil continuar submetido ao ordenamento jurídico de Portugal. Por isso, Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição Brasileira, que “instituiu uma monarquia, ficando a cargo do Poder Moderador a coordenação dos poderes e, a forma de Estado escolhida foi unitária, com o território dividido em vinte províncias governadas por presidentes escolhidos pelo Imperador”.

O autor prossegue ensinando que o Estado possuía quatro Poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador (artigo 10). As eleições eram indiretas (artigo 90) e o imperador era o chefe do Poder Executivo, exercendo-o pelos seus ministros (artigo 102). Era também o imperador titular do Poder Moderador, que objetivava o equilíbrio e harmonia dos demais Poderes (artigo 98), com a assessoria de um Conselho de Estado (artigo 142).

Conforme ressalta Agra, denota-se que:

[...] havia uma concentração de poderes nas mãos do imperador pelos seguintes motivos: a) o Poder Moderador era a chave de toda a organização política (artigo 98); b) o imperador nomeava e demitia livremente os ministros que quisesse (artigo 101) e era o chefe do Executivo, exercendo esta função por meio dos seus ministros; c) o imperador podia remover, sob a alegação de não estar prestando um ‘bom serviço ao estado’, o presidente de qualquer de uma das províncias (artigo 165) (AGRA, 2002, p. 42).

Cumprе mencionar, ainda, que no artigo 179, em 35 itens, inseriu-se no Texto Constitucional um elenco de direitos e garantias individuais. Apesar da Constituição de 1824 ter adotado sistema similar ao presidencialismo, impende registrar que não passava de uma forma despótica de administrar o Estado.

1.3.2.2 Constituição de 1891

A primeira Constituição republicana foi precedida pelo Decreto n. 1, de 15/09/1889, de Proclamação da República. Teve Rui Barbosa como colaborador na fixação de seu texto, inspirado no modelo norte-americano. Traçou-se, de modo claro, a divisão dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 15). Os direitos e garantias individuais, por sua vez, estavam previstos no artigo 72, em 31 itens, com a inclusão do *habeas corpus*.

As eleições para Presidente e Vice-Presidente foram alteradas para dois turnos: o primeiro por sufrágio direto e o segundo pelo Congresso, caso nenhum dos dois candidatos mais votados alcançasse maioria absoluta (artigo 47, parágrafo 2º).

A República não admitia privilégios de nascimento, desconhecia foros de nobreza e extinguiu as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho (artigos 72, parágrafo 2º).

Não obstante a bela estruturação da Constituição, o que marcou essa época fora o coronelismo que era na visão de Afonso da Silva, como segue:

[...] o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria da divisão dos poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente (AFONSO DA SILVA, 1988, p. 80).

O autor ainda registra que, em 1926 ocorre uma reforma com a inclusão de emendas, as quais ao conseguirem “adequar a Constituição formal à realidade, nem impedira prosperasse a luta contra o regime oligárquico dominante”.

1.3.2.3 Constituição de 1934

Nessa época, debatia-se no mundo a questão social, crescendo no âmbito interno a figura de Getúlio Vargas. Foi nesse contexto que nasceu a segunda Constituição republicana do país, abrigando capítulos sobre a ordem social, direitos trabalhistas e previdência social, Direito Civil e Administrativo, educação, cultura e segurança nacional. O voto tornou-se obrigatório para as mulheres que exerciam função pública remunerada (artigo 109).

A tripartição dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – foi mantida. O Legislativo era exercido pela Câmara dos Deputados, ficando o Senado apenas como colaborador em algumas matérias (artigos 22 e 91), mas detentor da coordenação dos Poderes (artigo 88).

A Câmara dos Deputados compunha-se de cidadãos eleitos e de representantes de organizações profissionais (artigo 23). Foi criada a Justiça Eleitoral (artigo 63, “d”).

Os direitos e garantias individuais estavam previstos no artigo 113, com 38 itens, incluindo o mandado de segurança (item 33).

1.3.2.4 Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas dissolveu a Câmara dos Deputados e o Senado, outorgando uma nova Constituição ao país, apelidada por alguns de “Polaca”, por demonstrar alegada semelhança com a Constituição Polonesa de 1935.

Instituiu-se o Estado Novo. A tônica da mudança era o fortalecimento do Executivo, que passou a legislar por decreto-lei (artigo 38), salvo em algumas matérias (artigo 13).

Nesse sentido, Afonso da Silva assevera que a Constituição de 1937 teve como principais preocupações:

[...] fortalecer o Poder Executivo [...], julgando-se o chefe do governo com dificuldades para combater pronta e eficientemente as agitações internas; atribuir ao Poder Executivo uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis, cabendo-lhe, em princípio, a iniciativa e, em certos casos, podendo expedir decretos-leis; reduzir o papel do parlamento nacional, em sua função legislativa, não somente quanto à sua atividade e funcionamento, mas ainda quanto à própria elaboração da lei; eliminar as causas determinantes das lutas e dissídios de partidos, reformando o processo representativo, não somente na eleição do parlamento, como principalmente em matéria de sucessão presidencial; conferir ao Estado a função de orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual e reconhecendo o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo; reconhecer e assegurar os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público; a nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza, proteção ao trabalho nacional, defesa dos interesses nacionais em face do elemento alienígena (AFONSO DA SILVA, 1988, p. 83).

Acentuaram-se regras de ordem econômica e trabalhista, com a nacionalização de indústrias básicas (artigo 144) e proteção ao trabalho nacional (artigo 153).

O Parlamento Nacional compunha-se da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal (no lugar do Senado) (artigo 38, parágrafo 1º). O Conselho Federal era integrado por representantes dos Estados e 10 membros nomeados pelo Presidente da República (artigo 50). Direitos e garantias individuais no artigo 122, com 17 itens.

1.3.2.5 Constituição de 1946

Terminada a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a deposição de Getúlio Vargas e iniciou-se um movimento de democratização, momento em que nasceu a Constituição de 1946, prestigiando os princípios democráticos, a separação dos Poderes, o federalismo e o municipalismo.

Os direitos e garantias individuais foram ampliados (artigos 141 a 144) e o Vice-Presidente era também Presidente do Senado (artigo 61). Suprimiu-se o decreto-lei. Com a renúncia do Presidente Jânio Quadros, a presidência passou para João Goulart e, conforme analisa Afonso da Silva:

[...] despreparado, instável, inseguro e demagogo [João Goulart], desorienta-se. Perde o estribo do poder. Escora-se no peleguismo, em que fundamentara toda a sua carreira política. Perde-se. Sem prestar atenção aos mais sensatos, que, aliás, despreza, cai no dia 1º de abril de 1964, com o Movimento Militar instaurado no dia anterior (AFONSO DA SILVA, 1988, p. 86).

1.3.2.6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n. 1 de 1969

Em 31 de março de 1964 ocorreu o movimento militar, que depôs o Presidente João Goulart. De início continuou em vigor a Constituição de 1946 substituída, pela Constituição de 1967, reformulada pela Emenda n. 1, de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

A Emenda n. 1, de 1969, equivalia a uma nova Constituição, pela sua estrutura e pela determinação de quais dispositivos anteriores continuariam em vigor.

Nesse período, vigoraram os atos institucionais: primeiro como comandos autônomos, em matéria de subversão e corrupção; depois, como normas incorporadas à Constituição (artigo 182).

O Ato Institucional n. 5, de 1968, permitia o fechamento do Congresso e a

suspensão das garantias constitucionais, entre outras medidas, rompendo com a ordem constitucional.

Na Carta de 1967, com a redação da Emenda n. 1, reapareceu a figura do decreto-lei (artigo. 55). A iniciativa de certas leis competia exclusivamente ao Presidente da República (artigo 57).

O poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (artigo 27). As leis delegadas eram elaboradas pelo Presidente da República (delegação externa) ou por Comissão do Congresso ou de qualquer de suas casas (delegação interna) (artigo 52).

O Presidente da República era eleito de forma indireta, por um colégio eleitoral composto dos membros do Congresso Nacional e de delegados das Assembléias Legislativas dos Estados, para um mandato de seis anos (artigos 74 e 75, parágrafo 3º, nas redações originais).

Com a Emenda n. 25, de 1985, a eleição passou a ser direta, por sufrágio universal, continuando o mandato a ser de seis anos (artigo 74, na nova redação). Realçou-se a segurança nacional (artigo 86). Cabia a suspensão de direitos individuais e políticos no caso de subversão ou corrupção, por 2 a 10 anos, a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República (artigo 154). Direitos e garantias individuais no artigo 153, com 36 parágrafos.

Consoante registrou Afonso da Silva (1988, p. 87) a Constituição de 1967 foi modificada por vinte e cinco emendas constitucionais, sem contar a Emenda Constitucional n. 26, conforme relata:

[...] não é emenda constitucional. Em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político [...] (AFONSO DA SILVA, 1988, p. 87).

1.3.2.7 Constituição de 1988

Após a instalação do golpe militar, a “luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara” segundo afirma Afonso da Silva (1988, p. 88) por isso, a Constituição atual, de 1988, promulgada por uma Assembléia Constituinte, veio como resultado de longo processo de redemocratização.

Os direitos e garantias individuais estão previstos nos setenta e oito itens do artigo 5º. Foi determinada a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (artigo 48 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT). O Congresso Nacional foi composto pela Câmara dos Deputados (representantes do povo – artigo 45) e pelo Senado federal (representantes dos Estados – artigo 46).

Os Municípios são contemplados com maior autonomia, sendo colocados ao lado da União e dos Estados (artigos 18 e 30).

Surgem as medidas provisórias (artigos 59, V e 62).

Ao Supremo Tribunal Federal passa a competir principalmente matéria constitucional, sendo criado o Superior Tribunal de Justiça para ocupar a última instância em matéria infraconstitucional (artigos 102 e 105).

A Emenda 16, modificando o artigo 14, parágrafo 5º, trouxe a possibilidade de reeleição do Presidente da República, governadores e prefeitos.

O voto torna-se facultativo para analfabetos, maiores de 70 anos e menores, entre 16 e 18 anos (artigo 14, parágrafo 1º, II).

Denota-se, portanto, que a CRFB/88, nasceu das cinzas do regime militar, com a esperança de instalação da ordem democrática como fundamento do Estado brasileiro. Com esse intuito, a CRFB/88 se fundamenta, principalmente, em princípios constitucionais, que norteiam todo o ordenamento jurídico.

1.3.3 Princípios Fundamentais da Constituição de 1988

É cediço que as Constituições escritas são regidas por princípios que se tornam dogmas. E, justamente por estar sob a regência de princípios é que Ferreira Filho (2007, p. 393) diz que a Constituição Brasileira de 1988 tem uma “textura aberta”, pois que, no seu corpo enunciam “princípios obrigatórios, auto-executáveis”.

Vale repetir que, na modernidade, os Estados se organizam a partir de um Estado de Direito, ou seja, a atuação dos mesmos está limitada por um ordenamento maior. Este ordenamento nada mais é do que a Constituição.

Por isso, o sistema jurídico brasileiro, concebido como um sistema de Estado Democrático de Direito, é um *sistema normativo de regras e princípios*. Normativo, porque toda a estruturação referente a valores, programas e funções é feita através de normas que compreendem regras e princípios, pois, como afirma Canotilho (2002, p. 1159) “as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob sua forma de *regras*”³.

Manifestando-se sobre os princípios, Cruz afirma que:

[...] são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas (CRUZ, 2004, p. 106).

Regras, segundo Canotilho (2002, p. 1255), “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)”, diferentemente dos princípios que vêm revestidos de preceito enunciador de valores.

Assim, conforme Afonso da Silva (1988, p. 96), tanto as regras como os princípios constitucionais são normas, “de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas”.

³ Essa noção de sistema normativo de regras e princípios decorre da afirmação de Canotilho, segundo o qual o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um *sistema normativo aberto de regras e princípios*, que também se aplica ao direito constitucional brasileiro.

Um dos critérios mais utilizados para a distinção entre regras e princípios é o da generalidade. De acordo com esse critério, Canotilho (2002, p. 1160) ensina que “os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida”. Existem outros critérios utilizados para distinguir regras e princípios, como o que considera para a distinção, o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto. Assim, enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente ao caso concreto, os princípios, por serem vagos e indeterminados, não o podem, assevera o autor (2003, p. 1160). Tal critério decorre, evidentemente, do que considera o grau de abstração a principal diferença entre princípios e regras.

Todavia, Alexy (2001, p. 87) acredita que, embora a maioria dos critérios de distinção entre regras e princípios considere o *grau* de ambas as normas como referencial, essa tarefa deve levar em consideração que regras e princípios não possuem apenas uma diferença gradual, mas qualitativa. Para o autor, os princípios são mandamentos de otimização, são normas que podem ser cumpridas na maior medida do possível, e em diferentes graus, sempre de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

As regras, a seu turno, são normas que podem ou não ser cumpridas. Assim, se uma regra é válida, deve ser cumprida, no estrito limite de seu comando. Enquanto os princípios são mandamentos de otimização, as regras contêm determinações, que são fixações normativas definitivas, como afirma Canotilho (2002, p. 1162) “sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias”.

Para o Canotilho (2002, p. 1161), os princípios, por serem mandamentos de otimização, “permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”. Ressalte-se que nesta distinção entre regras e princípios, se aproxima da diferenciação formulada por Alexy (2002), e acentua que as regras suscitam somente problemas (conflitos) de validade; já os princípios suscitam problemas (colisões) de validade e peso.

A separação dos poderes se encontra estabelecida como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, dando embasamento a toda ordem jurídica brasileira.

1.3.3.1 Princípios constitucionais

Para que se possa adentrar na temática a respeito do princípio da separação dos Poderes, é necessária uma breve abordagem a respeito dos princípios constitucionais.

Nessa esteira, assevera Canotilho (2002, p. 1162), que os princípios constitucionais são de duas categorias: princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Para o autor, os princípios político-constitucionais manifestam-se em normas-princípio “que traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”.

Nesse mesmo sentido, leciona Afonso da Silva (1988, p. 93) que os princípios político-constitucionais “constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, [...] normas-princípio [...]”. No que se refere aos princípios jurídico-constitucionais vale mencionar que o autor afirma se tratarem dos princípios constitucionais gerais, os quais se constituem em desdobramentos dos princípios fundamentais e figuram no artigo 5º, incisos XXXVIII a LX, da CRFB/88.

Feita essa abordagem a respeito dos princípios político-constitucionais e dos princípios jurídico-constitucionais, impende frisar que os *princípios constitucionais fundamentais* são de natureza política-constitucional, pois se traduzem em “regras básicas do ordenamento constitucional. Constituem a síntese de todas as demais normas da Constituição”. Como afirma Afonso da Silva (1988, p. 19) “aquelas são matrizes destas, e estas, revelam-se como desdobramentos daquelas”.

Denota-se, portanto, que os princípios fundamentais norteiam, não apenas a organização político-administrativa, mas, todos os demais assuntos versados na Constituição. Eles ordenam a própria estrutura do sistema jurídico.

Segundo doutrina majoritária, os princípios fundamentais assim se dividem: princípio republicano, princípio federativo, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio da soberania popular e o princípio da separação dos poderes.

1.3.3.1.1 Princípio republicano

Pelo princípio republicano é possível extrair-se a forma de governo adotada pelo Brasil, qual seja: a República, a qual pressupõe eleição periódica do Chefe de Estado, a divisão de poderes em três funções distintas e implica a necessidade de legitimidade popular dos seus mandatários (Presidente da República, Governadores dos Estados, Prefeitos Municipais, Senadores, Deputados Estaduais e Federais e Vereadores). Portanto, a característica fundamental que o princípio republicano imprime é o da temporariedade dos mandatos eletivos unipessoais.

Conforme assevera Bester tal característica tem como consequência:

[...] a não-possibilidade de reeleição para os cargos políticos unipessoais justamente para evitar a tendência à vitaliciedade nos cargos públicos políticos que são exercidos por uma única pessoa, como é o caso do Poder Executivo. Se isso fosse permitido, estaria desnaturando a própria idéia de República, uma vez que a vitaliciedade é da essência dos regimes monárquicos, de poderes absolutos, unitários, enfim, de principados, como diria Maquiavel (BESTER, 2005, p. 278).

1.3.3.1.2 Princípio federativo

O princípio federativo se refere à forma de Estado. O Brasil assumiu a forma de Estado de Federação em 1889, com a Proclamação da República, oportunidade que o Estado Brasileiro passou a ser composto pela união de coletividades regionais, hoje, denominados Estados, Distrito Federal e Municípios, e são responsáveis pela descentralização do poder através da autonomia que lhes é conferida.

Essa autonomia conferida a cada ente federativo dá ensejo a um subprincípio do próprio princípio federativo, o princípio da autonomia dos entes federados. A esse respeito, vale reprisar as palavras de Bester que, ao distinguir entre a autonomia e a soberania, assim relatou:

Pelo princípio federativo, *soberania* só o Estado Federal possui, como o único titular da capacidade de autodeterminação no cenário do Direito Internacional, isto é, como pessoa soberana de direito público externo, em pé de igualdade com qualquer outra nação, mas também como pessoa pública de direito interno, que faz valer suas decisões dentro de seu território. Até aqui nada diferente, quanto à soberania, em relação a um Estado Monárquico, já que este igualmente desfruta de soberania nacional. O que muda é que em relação aos entes federados as federações permitem autonomia, enquanto as monarquias, como autênticos Estados de tipo unitário, não (BESTER, 2005, p. 280-281).

Consoante se depreende da lição de Afonso da Silva (1988, p. 101) o princípio federativo apresenta-se como “um Estado que, embora aparecendo único nas relações internacionais, é constituído por Estados-membros dotados de autonomia, notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas à sua competência”.

1.3.3.1.3 Princípio do Estado Democrático de Direito

Como já abordado, Estado Democrático de Direito é o regime jurídico que limita o poder do governo ao cumprimento das leis que a todos subordinam, inclusive, a si próprio. Há necessidade de que essas leis - o Direito em si - sejam criadas, de forma democrática. É esta a característica principal do Estado Democrático de Direito: a origem democrática do poder e das normas.

Assim, mais do que o regime jurídico adotado pelo Brasil, o Estado Democrático de Direito é princípio que fundamenta a República brasileira, conforme ensina Bester, a seguir:

Em 1988, a instituição de um Estado Democrático de Direito por uma Assembléia Constituinte significou a celebração de um pacto político entre o povo brasileiro (do qual todo o poder emana) e um novo Estado que ali nascia e, em certa medida, se prometia. Além de dever respeito à Constituição, o adjetivo Democrático quis evidenciar ser o Estado fundado na soberania popular, visando à realização dos valores igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana (BESTER, 2005, p. 284).

1.3.3.1.4 Princípio da soberania popular

O princípio da soberania popular permite ao povo efetiva participação no processo de formação da vontade política do país, quer de forma indireta quer de forma direta. A redação do artigo 1º, da CRFB, é clara ao mencionar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, conforme colacionou Souza (2006, p. 60) estabeleceu-se o regime representativo através de partidos políticos, acolhendo-se a democracia direta, e prevê que “a soberania popular será exercida através do plebiscito, pela iniciativa popular e pelo referendo, nos termos em que vier a dispor a lei ordinária”.

1.3.3.1.5 Princípio da separação dos poderes

Por fim, a CRFB de 1988 estipulou ainda, como princípio fundamental, a separação dos poderes, com o objetivo de evitar o surgimento do absolutismo, já que a concentração de poder leva ao arbítrio. Desta forma, em seu artigo 2º, a CRFB tripartiu os Poderes da União em: Legislativo, Executivo e Judiciário,

prevendo, ainda, que serão independentes e harmônicos entre si e, o que representa que o funcionamento de um deles não obstaculiza o exercício da função dos outros.

Este princípio será abordado com mais profundidade no próximo tópico, já que supedâneo para o estudo em apreço.

1.4 PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como já dito anteriormente, essa tripartição tem a finalidade de evitar que o poder fique à mercê de um único poder. Tal concepção remonta as idéias de Aristóteles, Kant e Montesquieu (1996, p. 165) valendo reprisar as palavras deste último, "quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente".

A proposta da separação dos poderes tinha duas bases fundamentais: inicialmente a proteção da liberdade individual e o aumento da eficiência do Estado, haja vista melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função, na tentativa de diminuir o absolutismo.

Aristóteles (2007, p. 107) já considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder.

Maquiavel ao escrever *O Príncipe*, já identificava a figura de três poderes na França: o legislativo (parlamento), o executivo (rei) e o judiciário independente. Dallari comenta que:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas (DALLARI, 2000, p. 183).

Entretanto, somente em 1748 a teoria da separação dos poderes ganha maior configuração através da obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu. A teoria apresentava a figura dos três poderes, legislativo, executivo e judiciário exercendo seus papéis harmonicamente e independentes entre si, separação esta que hoje é prevista em quase todas as constituições.

Para Montesquieu cada poder apresentava suas funções intrínsecas e inconfundíveis, confiadas a um só órgão, porém sendo ideal que o Estado separasse os três órgãos, cada qual com sua função determinada. O que fora sempre considerando a lacuna da teoria de Montesquieu, era a indicação das atribuições dos poderes sobre o que Dallari assevera:

Com efeito, ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo 'das coisas que dependem do direito das gentes' e outro poder executivo 'das coisas que dependem do direito civil'. Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz por que o Estado 'pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos'. E acrescenta: 'chamaremos a este último o poder de julgar' e, o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado (DALLARI, 2000, p. 183).

Montesquieu, já sob influência do liberalismo, limita a atuação do Estado, ou seja, a intervenção, apenas o poder de julgar e punir. Restou ao executivo, apenas a possibilidade de punir aqueles que não cumprissem as leis elaboradas pelo legislativo.

A separação dos poderes é manifestada a partir de então em todos os movimentos constitucionalistas e passa a ser vista no meio daqueles que procuravam a democracia através de seus ditames constitucionais como sistema de freios e contrapesos, já que, segundo leciona Figueiredo:

Nele, os poderes encontram-se repartidos, equilibrados, ajustados o quanto possível, de tal forma a impedir que nenhum deles ultrapasse os limites da Constituição, sempre com vistas à contenção do poder, a melhor governabilidade, à limitação da autoridade (que sempre tende ao arbítrio se não controlada) e, finalmente, preocupada [...] em garantir as liberdades individuais (FIGUEIREDO, 2001, p. 19).

Em sua obra Teoria Geral do Direito e do Estado, Kelsen (1995, p. 264), não aceitava a separação dos poderes prontamente. Um aspecto que não era bem visto, nesta teoria, era a criação do direito por um só órgão e a execução por outro. O autor defendia que “é impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções”.

Para Kelsen, o princípio da divisão dos poderes não refletiria numa democracia, e leciona a seguir, como se figuraria o órgão legislativo:

A idéia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo (KELSEN, 1995, p. 264).

Com base neste entendimento, desta forma a democracia existiria através do órgão legislativo, que, com intuito de ter suas normas executadas teria um controle sobre os órgãos administrativos e judiciários. Caracteriza-se mais uma preocupação de Kelsen (1995, p. 274) com este sistema, pois, para ele, uma possibilidade do judiciário revisar o mínimo que fosse uma norma proveniente do legislativo, seria um atentado à democracia.

Figueiredo (2001 p. 20) afirma que “a doutrina da separação dos poderes, tal como concebida nos séculos passados, em sua formulação original, não tem mais serventia”. Algumas das tentativas de aprimorar a teoria diante sua eficácia foram a Delegação de Poderes e a Transferência Constitucional de Competências.

Em relação à Delegação de Poderes, sua implantação sistemática de início foi vista com certo receio e resistência, entretanto, aos poucos foi sendo absorvida pelas Constituições. Há limites, entretanto, para esta, dentre eles, que o objeto da delegação seja totalmente delimitado, sendo também determinado quanto ao tempo desta delegação.

Quanto à Transferência Constitucional de Competências, observa-se maior resistência quanto à sua adoção até os dias atuais. A teoria de freios e contrapesos cai por terra, pois as reformas e as promulgações de novas constituições vão de encontro com a teoria da separação. Estas transferências visam aumentar as

competências do Executivo mantendo os órgãos do Legislativo, porém diminuída sua participação no Estado.

A eterna temática volta novamente: a separação que está fundamentada sob o argumento de uma democracia e liberdade individual, deixa a desejar o plano da eficácia do sistema. Registre-se que este é o eterno jogo de poderes: a questão gira em torno da possibilidade de harmonizar a democracia da tradicional separação de poderes e a eficiência do sistema como um todo.

1.4.1 A Organização dos Poderes na Constituição Brasileira

O artigo 2º da CRFB assim prevê: “Artigo 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Segundo Afonso da Silva (1988, p. 108-109), “a divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções”, o qual ressalta que esta divisão encontra fundamento em dois elementos.

Afonso da Silva prossegue expondo sobre a divisão dos Poderes quando afirma:

[...] [a] especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmara, Parlamento) se atribui à função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder (AFONSO DA SILVA, 1988, p. 108-109).

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro cada Poder tem atribuições diferenciadas, fazendo o todo que é o Estado funcional, já que sendo o Brasil uma República Federativa, vale dizer que além das divisões de poderes, há a repartição de competências entre o governo central e os Estados-Membros, podendo-se afirmar, conforme o fez Pinho a seguir:

O grau de centralização ou de descentralização política de um Estado Federal é medido pela quantidade e qualidade de atribuições concedidas às entidades federativas. Quanto maior a centralização política, maiores serão as atribuições feitas ao governo central. Dentro dessa perspectiva é evidente o grau de centralização do Estado Federal brasileiro (PINHO, 2001, p. 67).

Dentre as funções básicas estatais, como já foi abordado, o Brasil também faz sua divisão de poderes entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e o Poder Judiciário: ao Poder Legislativo cabe a elaboração de leis, de normas gerais e abstratas, impostas perante todos; ao Executivo cabe a administração do Estado, baseadas nas leis elaboradas pelo Legislativo; já, ao Judiciário, cabe a função jurisdicional do Estado, distribuindo a justiça e aplicando a lei.

O sistema de freios e contrapesos é previsto também na Carta Magna. Há que se ressaltar que a separação de poderes prevista na CRFB/88 não é rígida, apresentando a possibilidade de interferência recíproca, abrindo margem para que cada poder, além de exercer suas competências, fiscalize as competências dos outros.

Alguns exemplos deste sistema da Constituição Brasileira podem ser citados: a permissão dada ao Executivo para editar normas com força de lei (Medidas Provisórias); possibilidades de veto às leis do Legislativo; os Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis e normas do Executivo e Legislativo, entre outros casos.

Dessa forma, a separação dos poderes encerra idéia de princípio norteador do Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo sistema de freios e contrapesos, pelo qual há a intervenção de um Poder nas competências do outro. Resta saber se isso é possível no âmbito das políticas de segurança pública, o que será abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 02

POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 CONCEITO

As constantes mudanças no cenário político e econômico trazem alternâncias significativas no campo jurídico, pois, o Direito, fenômeno social que é, interfere regrando as situações afetadas por tais alterações.

A grande modificação que se processa nas últimas décadas e que interessa a este trabalho refere-se à mudança da estrutura dos Estados democráticos, outrora essencialmente liberais. O que se vê é que, cada vez mais, as organizações se tornam sociais: se voltam para atender às necessidades dos cidadãos e por óbvio, para isso se utilizam de políticas públicas.

Este capítulo versa sobre essas políticas e a forma de planejamento e consecução delas.

Inicialmente, cabe entender a questão relativa ao poder concedido aos agentes públicos conforme a constituição de cada Estado estabelece. É óbvio, portanto, que em qualquer país existem regras que fundam o Estado estabelecendo seus princípios básicos, sua finalidade e forma de execução daquilo estabelecido em sua carta política.

Destarte, políticas públicas são instruções tomadas pelos agentes governamentais no intuito de otimizar a execução das diretrizes estabelecidas nas cartas políticas dos Estados aos quais se referem.

Com o foco em políticas públicas, Dal Bosco compreende que o instituto envolve:

Decifrar o poder que se encontra nas mãos dos atores governamentais, verificar o desenho constitucional de cada Estado no que se refere às incumbências dadas a cada qual para decidir as ações a serem praticadas e, também, aquelas que não serão consideradas (DAL BOSCO, 2007, p.244).

Tomando como exemplo a CRFB/88, tem-se que esta estabeleceu, no seu parágrafo único do artigo primeiro, que “todo o poder emana do povo”; que o Brasil constitui-se como República Federativa e Estado Democrático de Direito (artigo primeiro *caput*) e também, tem como seus fundamentos a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político (artigo primeiro).

Verifique-se que, a partir deste artigo primeiro da CRFB, começa a se desenrolar toda uma estrutura jurídica necessária à consecução desses fundamentos. É assim, que se delineiam, na própria Constituição, as questões relativas aos direitos fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes, à defesa do Estado e das instituições democráticas, etc.

Finalmente, o agente público do momento é que, juntamente com seus pares, elegerá os melhores meios para levar ao cabo suas diretrizes (políticas) relativas à sua esfera de competência, atribuídas constitucionalmente.

Raciocinando na mesma linha, Dal Bosco (2007, p. 245 *apud* Kelman, 1992, p. 38) ensina sobre a detenção do poder político que “significa ter a capacidade de influenciar as decisões políticas, mudar-lhes o rumo ou, até mesmo, impedir que outras decisões sejam tomadas, ou bloquear sua discussão”.

Para a mesma autora, desta feita citando Hall (1993, p. 259) há entendimento que “a teoria dos sistemas costuma explicar a expressão ‘políticas públicas’ como cumprimento das funções requeridas para a manutenção de um determinado sistema político e econômico”. A política pública, no seu raciocínio (*apud* Meny & Thoenig 1992, p. 89) é “o resultado de uma atividade de autoridade regularmente investida de poder público e de legitimidade governamental, ou como um conjunto de práticas e normas que emanam de um ou de vários atores públicos”. Citando os mesmos autores e, ainda, discutindo sobre políticas públicas, afirma que “ao mesmo tempo pode ser uma decisão política, um programa de ação, os métodos e meios apropriados ou uma mobilização de atores e de instituições para consecução de objetivos mais ou menos definidos”.

No olhar da sociologia e da ciência política a autora prossegue acatando a posição de Meny & Thoenig, e entende que “pode-se afirmar que a política pública, enquanto atividade do poder público apresenta algumas características principais: conteúdo, programa, orientação normativa, fator de coerção e competência social”.

Dal Bosco prossegue seu entendimento e leciona sobre cada característica, saber:

O conteúdo resulta de um processo de ação e trabalho para a produção de resultados ou produtos (outcomes); o programa pode ser definido como um marco geral, em torno do qual realizam-se os atos ou atividades para a efetivação dos objetivos; por orientação normativa pode-se compreender a expressão das finalidades e preferências que serão assumidas por quem decide, de forma voluntária ou impelido por determinadas circunstâncias; como fator de coerção, pode-se entender que o agente governamental que determina a política pública tem legitimidade de autoridade legal e exerce uma coerção apoiada no monopólio da força, para impor a atividade sobre a vontade dos particulares; a competência social implica um âmbito de aplicação das atividades públicas, representadas, entre outras, pelos atos ou disposições envolvidos, os interesses e os comportamentos das coletividades às quais se destinam (DAL BOSCO, 2007, p. 245-246).

Não é de se esquecer que a ação dos governantes quanto às políticas públicas, ocorreu, salvo raras exceções, a partir dos atores governamentais da ocasião. Nas democracias, a regra é que a população vote nos seus representantes e estes venham a dirigir a forma e as prioridades das ações públicas. Vale, aqui, a seguinte consideração de Dal Bosco:

A definição de políticas públicas para atender às necessidades dos administrados, desde os primórdios do modelo administrativo, ainda que normatizada, sempre se realizou, na grande maioria dos países, a partir das definições dos governantes impostas aos governados sem que estes pudessem fazer opções. A sociedade só tem alguma participação nessas atividades, através dos seus representantes, nos sistemas democráticos, ou nenhuma, nas ditaduras que ainda se mantêm no mundo. Os parlamentos, em boa parte dos Estados, na aprovação dos programas de governo, não atuam conforme as expectativas que suas bases expressam no que se refere às prioridades dos investimentos públicos. Isto gera uma falta de confiança e um desalento nos administrados e, em muitos países, eles simplesmente permanecem alienados em relação a questões importantes para sua qualidade de vida, como a variação dos investimentos em áreas prioritárias como saúde, educação e transporte (DAL BOSCO, 2007, p. 245).

Citando a Organização das Nações Unidas – ONU a autora (2007, p. 245) prossegue afirmando:

A modernidade assistiu um agravamento das disparidades entre as expectativas populares e a aplicação dos recursos públicos, especialmente nos países em desenvolvimento, motivado pelo aumento considerável das populações, seu empobrecimento cada vez maior e ampliação das demandas por prestações públicas. O desencanto dessas populações é evidente, como demonstram levantamentos realizados em vários países, especialmente na América Latina, onde somente 17,8% das pessoas acham que os pobres conseguem fazer valer seus direitos diante da lei, enquanto os ricos sempre, ou quase sempre, teriam sucesso naquela tarefa.

Mantendo o foco, Dal Bosco complementa que:

Um número considerável de países realizou reformas administrativas nas duas últimas décadas, voltadas ao enfrentamento das dificuldades econômicas e do aumento de demandas, muitas das quais nascidas a partir da globalização, além de tornar a estrutura pública mais ágil e menos burocrática, para atingir melhor qualidade dos serviços, promovendo, em muitos casos, privatizações de diversas atividades estatais e empresas públicas. Mas a participação popular nas decisões públicas parece não ter merecido muita atenção nessas reformas, nem mesmo naquelas que ainda estão em execução. O que permanece são os institutos de participação previstos nas Cartas constitucionais, e a maioria delas não vai além do referendo ou do plebiscito, restando poucas que contemplam a iniciativa popular de leis ou o veto (DAL BOSCO, 2007, p. 242).

Ainda no entendimento da autora quando cita Alvarez Rico e aduz sobre a participação vista como atuação positiva, ensina que pode ocorrer em dois níveis: interno, ou externo e esclarece a seguir:

Do ponto de vista interno, ou ação interiorizada, quando os cidadãos estão integrados em organismos da própria Administração, voltados a essa finalidade; e no âmbito externo, no qual a atuação pode ocorrer de dois modos: no caso de o administrado atuar em funções administrativas mesmo tendo sua atividade privada, sem integrar-se a qualquer órgão; ou, no caso de participação de forma cooperativa, conforme o interesse geral proposto, em cada momento, pela Administração (ALVAREZ RICO, 1997, p. 133).

A esse respeito, Comparato (1997, p. 18), traz lições esclarecedoras quando afirma que, no que respeita à política como programa de ação, a primeira distinção a ser feita é de ordem negativa e complementa: “ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolvem a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudentia* romana [...]”.

Sousa & Castro Coura⁴ *apud* Colombarolli, ao tratar de políticas públicas as definem como “medidas tomadas pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil com o escopo de, legitimamente, efetivarem direitos” e prosseguem:

Aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito (SOUSA & CASTRO COURA, 2009, *apud* COLOMBAROLLI).

Para os autores, muito embora não se confundam os princípios, é importante esclarecer que políticas públicas, geralmente, são estabelecidas através de normas-princípios, demandam a atividade promocional do Estado na orientação dos meios e instrumentos para consecução dos fins públicos.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS NA VISÃO DE DWORKIN

⁴ SOUSA, Pedro Ivo de; CASTRO COURA, Alexandre de. **Controle judicial de políticas públicas**. 2009. Disponível em

Sousa & Castro Coura (2009) lecionam sobre a contribuição de Ronald Dworkin na evolução do conceito de política pública. Para os autores, Dworkin é responsável pelas formulações científicas básicas delineadoras, no sentido adequado de *policy*, que, para os mesmos, está associado à idéia de Administração Pública, metas e objetivos sociais exigindo um programa de ação que deve ser realizado pelo Estado providência e deve estar subordinado à idéia do Estado Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Os autores prosseguem discorrendo sobre políticas públicas na visão de Dworkin, quando lecionam que:

Partindo da noção de que a formulação de políticas pressupõe uma regulação jurídica apta a torná-las efetivas, Dworkin percebe que as políticas dependem, para a sua concretização, da adoção de um padrão jurídico que vai introduzir na atmosfera social um conjunto de metas, na pretensão de se instituir camadas de interação social, que passarão a ser processados no âmbito jurídico (SOUSA & CASTRO COURA, 2009).

Mantendo o foco, Sousa & Castro Coura (2009) citando Ronald Dworkin, trazem o conceito dworkiano para políticas públicas que é: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, alguma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, que os autores concluem, “diferentemente dos princípios que possuem argumentações jurídicas que tendem a estabelecer um direito individual ou de grupo”.

Desta feita, na análise dos autores: “para que uma política possa ser considerada pública e, assim, corroborar a conceituação de Dworkin, deve-se atribuir sua elaboração ao Estado”. Para os autores, no pensamento de Dworkin, não se pode afirmar que os objetivos devam ser considerados de modo neutro no que se refere à violação dos direitos fundamentais.

2.3 COMPETÊNCIA PARA PLANEJAMENTO E CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Sousa & Castro Coura, se expressam sobre o atual Estado Democrático de Direito quando comentam que:

Não se concebe mais a idéia de que o Estado seja o único fomentador de políticas públicas, pois a sociedade civil ganha cada vez mais espaços de atuação, seja na própria deliberação de políticas públicas, como acontece, por exemplo, nos Conselhos Municipais de Criança e de Adolescente, seja na execução destas políticas, com as ONGs que possuem grande participação na efetivação, principalmente, dos direitos sociais, ou até mesmo na consulta popular que ocorre, por exemplo, com os orçamentos participativos (SOUSA & CASTRO COURA, 2009).

Aqui, se faz necessário entender a concepção de planejamento e, para tanto, adotou-se o entendimento de Puppim de Oliveira (2006) que discorre sobre a evolução do instituto, quando explica que há aproximadamente um século, surgiu idéia de planejamento, objetivando controlar o futuro, de alguma forma, com documentos chamados planos. E o autor prossegue narrando a respeito:

Primeiramente, de forma concreta, ela surgiu como planejamento espacial, no campo de planejamento de cidades no final do século XIX e início do século XX na Inglaterra. Criou-se o conceito de cidade jardim (Howard, 1902), onde se poderia planejar uma cidade para que fosse mais amena distribuindo espacialmente suas funções. Isto foi uma resposta ao caótico crescimento das cidades européias na época, resultando em poluição, congestionamento e má qualidade de vida (PUPPIM DE OLIVEIRA, 2006).

O autor leciona sobre o impacto significativo do planejamento na área de urbanismo no último século com o aparecimento de cidades-jardim pelo mundo, a influência desse conceito na concepção de Brasília e comenta: “nesse ponto, planejamento era uma função estritamente técnica do urbanista ou arquiteto, que seria uma espécie de visionário”. Esse idealismo no planejamento ainda continua existindo um pouco.

Puppim de Oliveira afirma que, o planejamento econômico centralizado surgiu no final da década de 1910 e pertence à outra vertente de planejamento. Neste caso, o Estado controlaria os recursos a serem distribuídos conforme planos e metas determinados por políticos ou burocratas. A ausência de democracia era completa na determinação do plano o que evidencia o perfil controlador do planejamento. Para o autor, “um pouco da idéia ainda permanece no Brasil, onde o planejamento tem função controladora e é dominado por políticos e burocratas, além do caráter governamental e econômico”. Prosseguindo a exposição, o mesmo autor ainda elucida que:

A partir das décadas de 1930, 1940 e 1950, a vertente espacial-urbanística do planejamento nos EUA e Europa encampou uma forma mais abrangente englobando as esferas social e econômica do planejamento, talvez como resultado da influência da vertente soviética do planejamento, cujo regime político orientador se expandia pelos países do leste europeu e Ásia. Nessa época, além do avanço das idéias keynesianas de forte intervenção estatal nas economias do mundo capitalista, começou a ganhar força também a vertente de planejamento e políticas de desenvolvimento regional, que culminou com a criação das agências em desenvolvimento, como Tennessee Valley Authority (TVA) nos EUA, Cassa per il Mezzogiorno na Itália, e Sudene e Sudam no Brasil. Nessa época ainda havia a idéia de planejamento como fazer planos para controlar o futuro, e um forte papel governamental nas decisões do planejamento (PUPPIM DE OLIVEIRA, 2006).

O autor afirma que, “nesse ponto, o planejamento ainda era dividido em fases seqüenciais e não era questionado o caráter seqüencial e compreensivo do planejamento.” Leciona, também, que “a partir dos anos 1950, começou uma discussão mais acalorada sobre a ‘compreensividade’ e racionalidade controlada do planejamento, com a abordagem do *mudling through*”.

Desta feita citando Davidoff, (1965), o mesmo autor comenta que “nessa abordagem o planejamento era um processo incremental (escola incrementalista do planejamento), de idas e voltas, e não uma seqüência linear de ações”.

Ainda, no mesmo foco, Davidoff complementa:

Reconheciam-se as limitações do planejamento em ter informações para prever e via-se no planejamento um caráter de avançar pouco a pouco nas decisões e ações, e com isso lidar com situações muitas vezes inesperadas e imprevisíveis. Abnegava-se a idéia de que o planejamento poderia prever e controlar tudo, mas ele ainda era visto como um instrumento técnico. Mais ou menos na mesma época, no bojo do movimento de direitos civis dos EUA, surgiu a idéia de que o planejamento não deveria ser um instrumento estritamente técnico, e sim político. O planejamento deveria servir como instrumento de mudança social e de “advocacia”, principalmente em favor dos interesses dos menos favorecidos social e politicamente, o chamado *advocacy planning* pelos proponentes do movimento (DAVIDOFF, 1965).

Puppim de Oliveira (2006) leciona que a partir de 1970, o conceito de planejamento sofreu transformações. O instituto deveria ser instrumento político – e, não mais, técnico. Deveria moldar e articular interesses públicos no processo de intervenção de políticas públicas. O mediador dos interesses da sociedade no processo deveria ser o planejador e o resultado final deveria ser tomado, preferivelmente, em consenso e o autor complementa:

Sobre crescimento das organizações envolvidas no processo de planejamento e as interações entre elas, a chamada sociedade em rede (Castells, 1997), e que o planejamento passou a ser um processo acoplado à qualidade das interações entre os diversos atores envolvidos. [...] O planejamento assim se solidificou como um processo que depende da forma como acontecem as relações de confiança entre as diversas partes interessadas e influenciadas pelas decisões. A idéia do aprendizado nas interações nos processos de decisão passou a ser cada vez mais relevante para pensar-se planejamento. Portanto, o processo de planejamento é um processo de decisão político que depende de informações precisas, transparência, ética, temperança, aceitação de visões diferentes e vontade de negociar e buscar soluções conjuntamente que sejam aceitáveis para toda a sociedade e principalmente para as partes ENVOLVIDAS. (PUPPIM DE OLIVEIRA, 2006, APUD BRINKERHOFF, 1996; HIBBARD & LURIE, 2000; e OLIVEIRA, 2005) (Grifo nosso).

2.4 CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Tratando de política pública de forma específica, Souza (2006)⁵ leciona que “foram desenvolvidos inúmeros modelos explicativos para facilitar o entendimento de como e por que o governo faz ou deixa de fazer alguma ação que repercutirá na vida dos cidadãos”, e que apenas os principais serão comentados iniciando-se pelos tipos de política pública. Citando Theodor Lowi, a autora afirma que “desenvolveu a talvez mais conhecida tipologia sobre política pública, elaborada através de uma máxima: a política pública faz a política”.

Souza (2006) prossegue afirmando que “com essa máxima, Lowi quis dizer que cada tipo de política pública vai encontrar diferentes formas de apoio e de rejeição e que disputas em torno de sua decisão passam por arenas diferenciadas” e, ainda esclarece que “para Lowi, a política pública pode assumir quatro formatos” e os comenta a seguir:

O primeiro é o das políticas distributivas, decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. O segundo é o das políticas regulatórias, que são mais visíveis ao público, envolvendo burocracia, políticos e grupos de interesse. O terceiro é o das políticas redistributivas, que atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuros para outros; são, em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de mais difícil encaminhamento. O quarto é o das políticas constitutivas, que lidam com procedimentos. Cada uma dessas políticas públicas vai gerar pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes, processando-se, portanto, dentro do sistema político de forma também diferente (SOUZA, 2006, *APUD* LOWI).

⁵ SOUZA, Celina. **Políticas públicas**: uma revisão da literatura. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003>. Acesso em: 28 jan. 2009.

Desta feita, Souza com seu foco na visão da política pública como um processo incremental que foi desenvolvido por Lindblom (1979), Caiden (1980) e Wildavsky (1992), leciona que:

Baseados em pesquisas empíricas, os autores argumentaram que os recursos governamentais para um programa, órgão ou uma dada política pública não partem do zero e sim, de decisões marginais e incrementais que desconsideram mudanças políticas ou mudanças substantivas nos programas públicos. Assim, as decisões dos governos seriam apenas incrementais e pouco substantivas. A visão incrementalista da política pública perdeu parte do seu poder explicativo com as profundas reformas ocorridas em vários países, provocadas pelo ajuste fiscal. No entanto os que trabalham nos governos e os que pesquisam os orçamentos públicos conhecem bem a força do incrementalismo, que mantém intactos estruturas governamentais e recursos para políticas públicas que deixaram de estar na agenda dos governos. Mas é do incrementalismo que vem a visão de que decisões tomadas no passado constroem decisões futuras e limitam a capacidade dos governos de adotar novas políticas públicas ou de reverter a rota das políticas atuais (SOUZA, 2006).

O ciclo da política pública é o foco da autora quando afirma que “esta tipologia vê a política pública como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado” e, emenda que “o ciclo da política pública é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação”.

Para a autora “esta abordagem enfatiza sobretudo a definição de agenda (*agenda setting*) e pergunta por que algumas questões entram na agenda política, enquanto outras são ignoradas”. Ainda afirma que “algumas vertentes do ciclo da política pública focalizam mais os participantes do processo decisório, e outras, o processo de formulação da política pública. Cada participante e cada processo pode atuar como um incentivo ou como um ponto de veto”.

No tocante à definição das agendas por parte dos governos, Souza ensina que há três opções de resposta, e as comenta:

A primeira focaliza os problemas, isto é, problemas entram na agenda quando assumimos que devemos fazer algo sobre eles. O reconhecimento e a definição dos problemas afetam os resultados da agenda. A segunda resposta focaliza a política propriamente dita, ou seja, como se constrói a consciência coletiva sobre a necessidade de se enfrentar um dado problema. Essa construção se daria via processo eleitoral via mudanças nos partidos que governam ou via mudanças nas ideologias (ou na forma de ver o mundo), aliados à força ou à fraqueza dos grupos de interesse. Segundo esta visão, a construção de uma consciência coletiva sobre determinado problema é fator poderoso e determinante na definição da agenda. Quando o ponto de partida da política pública é dado pela política, o consenso é construído mais por barganha do que por persuasão, ao passo que, quando o ponto de partida da política pública encontra-se no problema a ser enfrentado, dá-se o processo contrário, ou seja, a persuasão é a forma para a construção do consenso. A terceira resposta focaliza os participantes, que são classificados como visíveis, ou seja, políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, etc. e invisíveis, tais como acadêmicos e burocracia. Segundo esta perspectiva, os participantes visíveis definem a agenda e os invisíveis, as alternativas (SOUZA, 2006).

A autora aborda também o modelo *garbage can* ou lata de lixo e, sobre ele, leciona que “foi desenvolvido por Cohen, March e Olsen (1972), com argumentos de que escolhas de políticas públicas são feitas como se as alternativas estivessem em uma ‘lata de lixo’, com vários problemas e poucas soluções” e que as soluções não seriam detidamente analisadas e dependeriam do leque de soluções que os decisores (*policy makers*) têm no momento. A autora prossegue afirmando que “segundo este modelo, as organizações são formas anárquicas que compõem um conjunto de idéias com pouca consistência. As organizações constroem as preferências para a solução dos problemas - ação - e não, as preferências constroem a ação.”

Para a autora, “a compreensão do problema e das soluções é limitada, e as organizações operam em um sistema de tentativa e erro” e complementa:

Em síntese, o modelo advoga que soluções procuram por problemas. As escolhas compõem um *garbage can* no qual vários tipos de problemas e soluções são colocados pelos participantes à medida que eles aparecem. Esta abordagem foi aplicada por Kingdon (1984), combinando também elementos do ciclo da política pública, em especial a fase de definição de agenda (*agenda setting*), constituindo o que se classifica como um outro modelo, o de *multiple streams*, ou “múltiplas correntes”. (SOUZA, 2006). (grifos no original).

A autora ainda comenta o modelo da coalizão de defesa (*advocacy coalition*), de Sabatier e Jenkins-Smith, que “discorda da visão da política pública trazida pelo ciclo da política e pelo *garbage can* por sua escassa capacidade explicativa sobre por que mudanças ocorrem nas políticas públicas” E conclui o raciocínio na exposição que segue:

Segundo estes autores, a política pública deveria ser concebida como um conjunto de subsistemas relativamente estáveis, que se articula com os acontecimentos externos, os quais dão os parâmetros para os constrangimentos e os recursos de cada política pública. Contrariando o modelo do *garbage can*, Sabatier e Jenkins-Smith defendem que crenças, valores e idéias são importantes dimensões do processo de formulação de políticas públicas, em geral ignorados pelos modelos anteriores. Assim, cada subsistema que integra uma política pública é composto por um número de coalizões de defesa que se distinguem pelos seus valores, crenças e idéias e pelos recursos de que dispõem (SOUZA, 2006).

Sobre o modelo das arenas sociais a autora afirma que entende a política pública como “uma iniciativa dos chamados empreendedores políticos ou de políticas públicas. Isto porque, para que uma determinada circunstância ou evento se transforme em um problema, é preciso que as pessoas se convençam que algo precisa ser feito”. Ainda sobre o tema, complementa que “é quando os *policy makers* do governo passam a prestar atenção em algumas questões e a ignorar outras”.

Prosseguindo, Souza aduz:

Existiriam três principais mecanismos para chamar a atenção dos decisores e formuladores de políticas públicas: (a) divulgação de indicadores que desnudam a dimensão do problema; (b) eventos tais como desastres ou repetição continuada do mesmo problema; e (c) *feedback*, ou informações que mostram as falhas da política atual ou seus resultados medíocres. Esses empreendedores constituem a *policy community*, comunidade de especialistas, pessoas que estão dispostas a investir recursos variados esperando um retorno futuro, dado por uma política pública que favoreça suas demandas. Eles são cruciais para a sobrevivência e o sucesso de uma idéia e para colocar o problema na agenda pública (SOUZA, 2006). (Grifos no original).

Esses empreendedores, para a mesma autora, “podem constituir, e em geral constituem redes sociais” e, explica que “essas redes envolvem contatos, vínculos e conexões que relacionam os agentes entre si e não se reduzem às propriedades dos agentes individuais”. A autora também entende que “as instituições, a estrutura social e as características de indivíduos e grupos são cristalizações dos movimentos, trocas e ‘encontros’ entre as entidades nas múltiplas e intercambiantes redes que se ligam ou que se superpõem”.

Sobre o foco, Souza leciona que:

Está no conjunto de relações, vínculos e trocas entre entidades e indivíduos e não, nas suas características. Este método e referencial teórico partem do estudo de situações concretas para investigar a integração entre as estruturas presentes e as ações, estratégias, constrangimentos, identidades e valores. As redes constroem as ações e as estratégias, mas também as constroem e reconstróem continuamente. A força deste modelo está na possibilidade de investigação dos padrões das relações entre indivíduos e grupos (SOUZA, 2006).

Souza ainda comenta o modelo do equilíbrio interrompido ou *punctuated equilibrium* que, segundo ela, foi elaborado por Baumgartner & Jones, baseado em noções de biologia e computação, como explica:

Da biologia veio a noção de “equilíbrio interrompido”, isto é, a política pública se caracteriza por longos períodos de estabilidade, interrompidos por períodos de instabilidade que geram mudanças nas políticas anteriores. Da computação e dos trabalhos de Simon, vem a noção de que os seres humanos têm capacidade limitada de processar informação, daí por que as questões se processam paralelamente e não, de forma serial, ou seja, uma de cada vez. Os subsistemas de uma política pública permitem ao sistema político-decisório processar as questões de forma paralela, ou seja, fazendo mudanças a partir da experiência de implementação e de avaliação, e somente em períodos de instabilidade ocorre uma mudança serial mais profunda. Este modelo, segundo os autores, permite entender por que um sistema político pode agir tanto de forma incremental, isto é, mantendo o *status quo*, como passar por fases de mudanças mais radicais nas políticas públicas. Fundamental ao modelo é a construção de uma imagem sobre determinada decisão ou política pública (*policy image*), e a mídia teria papel preponderante nessa construção. (SOUZA, 2006) (grifos no original).

A autora também aborda os modelos influenciados pelo “novo gerencialismo público” e pelo ajuste fiscal e ensina que “a partir da influência do que se convencionou chamar de ‘novo gerencialismo público’ e da política fiscal restritiva de gasto, adotada por vários governos, novos formatos foram introduzidos nas políticas públicas, todos voltados para a busca de eficiência”. Afirma, ainda, que “a eficiência passou a ser vista como o principal objetivo de qualquer política pública, aliada à importância do fator credibilidade e à delegação das políticas públicas para instituições com ‘independência’ política”. Souza (2006) entende que “estes novos formatos, que guiam hoje o desenho das políticas públicas mais recentes, ainda são pouco incorporados nas pesquisas empíricas.”

Prosseguindo, Souza (2006) afirma que “a ênfase na eficiência nasceu da premissa de que as políticas públicas e suas instituições estavam fortemente influenciadas por visões redistributivas ou distributivas, na linguagem de Lowi, desprezando-se a questão da sua eficiência”. A autora ainda comenta que “as razões para tal reconhecimento estão na crise fiscal e ideológica do Estado, aliadas

ao declínio do sonho pluralista que caracterizou a visão norte-americana sobre políticas públicas em décadas passadas”, ainda afirma que:

O primeiro grande ataque às possibilidades das ações coletivas e no qual decisões sobre políticas públicas podem ser situadas, veio de Olson (1965), ao afirmar que interesses comuns, os quais, em princípio, guiariam o processo decisório que afetam os indivíduos, não resultam necessariamente em ação coletiva e sim em *free riding*, pois os interesses de poucos têm mais chances de se organizarem do que os interesses difusos de muitos. Existe, segundo Olson, um interesse público que não é a soma dos interesses dos grupos. Assim, a "boa" política pública não poderia resultar da disputa entre grupos, mas de uma análise racional. Como consequência, embora indireta do influente trabalho de Olson, passou-se a enfatizar a questão da eficiência/racionalidade das políticas públicas, que seria alcançada por novas políticas voltadas, por exemplo, para a desregulamentação, privatização e para reformas no sistema social, as quais, afirma-se, poderiam diminuir os riscos da ação coletiva (SOUZA, 2006).

No mesmo foco, a autora emenda que:

O elemento credibilidade das políticas públicas também ganhou importância. [...] A prevalência de regras pré-anunciadas seria mais eficiente do que o poder discricionário de políticos e burocratas, contido nas políticas públicas. [...] o fator credibilidade passou a ser fundamental para as políticas, como a monetária, mas, também, influenciou o novo desenho das políticas públicas em várias outras áreas [...] a credibilidade baseia-se na existência de regras claras, em contraposição à discricionariedade dos decisores públicos e burocratas a qual levaria à inconsistência (SOUZA, 2006).

Souza (2006) argumenta que a discricionariedade gera altos custos de transação. Assim, “a discricionariedade, de acordo com esta visão, seria minimizada ou eliminada, delegando poder a instituições bem desenhadas e ‘independentes’ do jogo político e fora da influência dos ciclos eleitorais”.

A autora prossegue lecionando sobre “a delegação para órgãos ‘independentes’ nacionais, mas também internacionais, passou a ser outro elemento importante no desenho das políticas públicas” e questiona: “por que os políticos (governantes e parlamentares) abririam mão do seu poder?” Acredita que a resposta

estaria “na credibilidade desses órgãos ‘independentes’ devido à experiência técnica de seus membros e para que as regras não fossem, aqui também, submetidas às incertezas dos ciclos eleitorais, mantendo sua continuidade e coerência”.

Concorrendo com a influência do “novo gerencialismo público”, nas políticas públicas, Souza ensina que “existe uma tentativa, em vários países do mundo em desenvolvimento, de implementar políticas públicas de caráter participativo” e explica:

Impulsionadas, por um lado, pelas propostas dos organismos multilaterais e, por outro, por mandamentos constitucionais e pelos compromissos assumidos por alguns partidos políticos, várias experiências foram implementadas visando à inserção de grupos sociais e/ou de interesses na formulação e acompanhamento de políticas públicas, principalmente nas políticas sociais. No Brasil, são exemplos dessa tentativa os diversos conselhos comunitários voltados para as políticas sociais, assim como o Orçamento Participativo. Fóruns decisórios como conselhos comunitários e Orçamento Participativo seriam os equivalentes políticos da eficiência (SOUZA, 2006).

A autora complementa afirmando:

Apesar da aceitação de várias teses do “novo gerencialismo público” e da experimentação de delegação de poder para grupos sociais comunitários e/ou que representam grupos de interesse, entende que os governos continuam tomando decisões sobre situações-problema e desenhando políticas para enfrentá-las, mesmo que delegando parte de sua responsabilidade, principalmente a de implementação para outras instâncias, inclusive não-governamentais (SOUZA, 2006).

Das diversas definições e modelos sobre políticas públicas, a autora afirma que se pode extrair e sintetizar seus elementos principais, que são:

1) A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz; 2) [...] envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes; 3) [...] é abrangente e não se limita a leis e regras; 4) [...] é uma reação intencional, com objetivos a serem alcançados; 5) [...] embora tenha impactos de curto prazo, é uma política de longo prazo; 6) [...] envolve processos subseqüentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação (SOUZA, 2006).

2.5 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES E AS REGRAS NA DECISÃO E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS

Sobre políticas públicas Souza entende que “não só a produção desenvolvida dentro da moldura teórica específica da política pública é utilizada nos seus estudos” e complementa:

O debate sobre políticas públicas também tem sido influenciado pelas premissas advindas de outros campos teóricos, em especial do chamado neo-institucionalismo, que enfatiza a importância crucial das instituições/regras para a decisão, formulação e implementação de políticas públicas (SOUZA, 2006).

A autora aduz, ainda, que houve importante contribuição a esse debate dada pela teoria da escolha racional pelo questionamento de dois mitos e explica que “o primeiro é o de que [...] interesses individuais agregados gerariam ação coletiva (Olson, 1965). O segundo, é o de que a ação coletiva produz necessariamente bens coletivos (Arrow, 1951)”.

Lecionando sobre definições de políticas públicas, a autora comenta: “em uma democracia, questões de ação coletiva e de distribuição de bens coletivos e, na formulação da escolha racional, requerem o desenho de incentivos seletivos, na

expressão de Olson, para diminuir sua captura por grupos ou interesses personalistas”. E prossegue: “outros ramos da teoria neo-institucionalista, como o institucionalismo histórico e o estruturalista, também contribuem para o debate sobre o papel das instituições na modelagem das preferências dos decisores”.

Para a autora “para estas variantes do neo-institucionalismo, as instituições moldam as definições dos decisores, mas a ação racional daqueles que decidem não se restringe apenas ao atendimento dos seus auto-interesses”.

Souza entende que “a ação racional também depende das percepções subjetivas sobre alternativas, suas conseqüências e avaliações dos seus possíveis resultados” e emenda que:

Sem negar a existência do cálculo racional e auto-interessado dos decisores, esses ramos do neo-institucionalismo afirmam que o cálculo estratégico dos decisores ocorre dentro de uma concepção mais ampla das regras, papéis, identidades e idéias. Portanto, a visão mais comum da teoria da escolha pública, de que o processo decisório sobre políticas públicas resulta apenas de barganhas negociadas entre indivíduos que perseguem seu auto-interesse, é contestada pela visão de que interesses (ou preferências) são mobilizados não só pelo auto-interesse, mas também por processos institucionais de socialização, por novas idéias e por processos gerados pela história de cada país. Os decisores agem e se organizam de acordo com regras e práticas socialmente construídas, conhecidas antecipadamente e aceitas (March e Olsen, 1995: 28-29). Tais visões sobre o processo político são fundamentais para entendermos melhor as mudanças nas políticas públicas em situações de relativa estabilidade (SOUZA, 2006).

Sobre a teoria da escolha pública, a autora afirma que:

Adota um viés normativamente cético quanto à capacidade dos governos de formularem políticas públicas devido a situações como auto-interesse, informação incompleta, racionalidade limitada e captura das agências governamentais por interesses particularistas. Essa teoria é, provavelmente, a que demonstra mais mal-estar e desconfiança na capacidade dos mecanismos políticos de decisão, defendendo a superioridade das decisões tomadas pelo mercado *vis-à-vis* as tomadas pelos políticos e pela burocracia (SOUZA, 2006).

Souza ensina que “aprofundando um pouco mais as contribuições do chamado neo-institucionalismo para a área de políticas públicas, de acordo com os vários ramos desta teoria, instituições são regras formais e informais que moldam o comportamento dos atores”. Questiona, ainda, “como as instituições influenciam os resultados das políticas públicas e qual a importância das variáveis institucionais para explicar resultados de políticas públicas”, complementando que “a resposta está na presunção de que as instituições tornam o curso de certas políticas mais fáceis do que outras. Ademais, as instituições e suas regras redefinem as alternativas políticas e mudam a posição relativa dos atores”. A autora, afirma que:

Em geral, instituições são associadas à inércia, mas muita política pública é formulada e implementada. Assim, o que a teoria neo-institucionalista nos ilumina é no entendimento de que não são só os indivíduos ou grupos que têm força relevante influenciam as políticas públicas, mas também as regras formais e informais que regem as instituições (SOUZA, 2006).

A autora também afirma que “a contribuição do neo-institucionalismo é importante porque a luta pelo poder e por recursos entre grupos sociais é o cerne da formulação de políticas públicas” e afirma:

Essa luta é mediada por instituições políticas e econômicas que levam as políticas públicas para certa direção e privilegiam alguns grupos em detrimento de outros, embora as instituições sozinhas não façam todos os papéis - há também interesses, como nos diz a teoria da escolha racional, idéias, como enfatizam o institucionalismo histórico e o estrutural, e a história, como afirma o institucionalismo histórico (SOUZA, 2006).

Sobre “as contribuições a despeito das diversas vertentes da teoria neo-institucionalista para a análise de políticas públicas,” a autora afirma ser “preciso lembrar, como ocorre com qualquer referencial teórico, é preciso ter clareza sobre quando e como utilizá-lo”.

Souza prossegue ensinando que “analisar políticas públicas significa, muitas vezes, estudar o ‘governo em ação’, razão pela qual nem sempre os pressupostos neo-institucionalistas se adaptam a essa análise” e afirma:

Os procedimentos metodológicos construídos pelas diversas vertentes neo-institucionalistas, em especial a da escola racional, autora finaliza ensinando que “são marcados pela simplicidade analítica e pela elegância, no sentido que a matemática dá a essa palavra, e pela parcimônia, o que nem sempre é aplicável à análise de políticas públicas” (SOUZA, 2006).

2.6. SEGURANÇA PÚBLICA

Sobre segurança, buscou-se o conceito lecionado por Soares que entende ser:

Estabilidade de expectativas positivas, compatíveis com a ordem democrática e a cidadania, envolvendo, portanto, múltiplas esferas formadoras da qualidade de vida, cuja definição subsume dignidade e respeito à justiça, à liberdade e aos direitos humanos (SOARES, 2003, p. 89).

O conceito de segurança pública, de acordo com o Ministério da Justiça⁶ também, foi entendido como completo, e, assim, define o instituto como:

Atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei.

O quadro das políticas de segurança pública no Brasil, da forma como se encontra na atualidade, delineou-se no início do processo de redemocratização, no final dos anos 70 e início da década de 80, do século passado.

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2009.

Não se pode olvidar que a estrutura jurídica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (vigente até 1988) fortalecia os poderes policiais, porquanto, vivia-se um período de restrição dos direitos fundamentais. Desta época, deve-se lembrar também que o país era governado pelos generais-presidentes, eleitos indiretamente por um colégio eleitoral formado por um sistema político bipartidário – ARENA – Aliança Renovadora Nacional, apoiando o regime e Movimento Democrático Brasileiro fazendo oposição.

A respeito daquela época e sobre a evolução do problema da segurança pública, Soares afirma que:

Desde 1982, quando as eleições estaduais voltaram a ser disputadas de forma direta no Brasil, ainda em ambiente autoritário, o tema da segurança tem ocupado uma posição de destaque na agenda pública. Com a promulgação da primeira Constituição democrática brasileira, em 1988, criaram-se (sic) condições para uma ampla participação popular e removeram-se as barreiras tradicionais, que excluía(m) do direito ao voto a inúmeros segmentos da população. Dado o novo contexto político, as agendas públicas tornaram-se ainda mais sensíveis às demandas da sociedade. Sendo a segurança um item eminentemente popular – sem deixar de ser tema prioritário também para as elites e para as camadas médias -, impôs-se com mais peso à consideração dos atores políticos. O crescimento da violência criminal, ao longo da última década, reforçou essa tendência. Hoje, a questão da segurança é parte não apenas das preocupações estaduais, mas também dos municípios e governo federal, tornando-se uma das principais problemáticas nacionais, seja (sic) as eleições, seja para além delas (SOARES, 2003, p. 75).

Na transição democrática, todas as instituições públicas e seus procedimentos passaram por uma revisão e reajuste ao novo momento. Ainda de acordo com o autor (2003, p. 75) nesta transição, a polícia foi esquecida e, sobre ela, comenta que “conservadores, liberais e progressistas debateram o destino de cada órgão público, discutiram propostas antagônicas e disputaram a liderança de cada processo de reforma”.

Soares prossegue lecionando que:

No entanto, com raríssimas exceções individuais, entre as quais nunca será demais destacar o papel pioneiro de Hélio Bicudo, deixaram de apresentar à opinião pública projetos que adequassem a polícia à democracia então estabelecida. Essa omissão condenou a polícia à reprodução inercial de seus hábitos atávicos: a violência arbitrária contra excluídos (particularmente pobres e negros), a tortura, a chantagem, a extorsão, a humilhação cotidiana e a ineficiência no combate ao crime, sobretudo se os criminosos pertencem a altos escalões. Claro está que sempre houve milhares de policiais honestos, corretos, dignos, que tratam todos os cidadãos com respeito e apresentam-se como profissionais de grande competência (SOARES, 2003, p. 75).

O autor prossegue, na mesma tese, comentando a ação da polícia como arbitrária e parcial, afirmando que “as instituições policiais, em seu conjunto e com raras exceções regionais, funcionaram e continuam a funcionar como se estivéssemos em uma ditadura ou como se vivêssemos sob um regime de *‘apartheid’* social”.

Soares complementa: “constrói-se uma espécie de ‘cinturão sanitário’ em torno das áreas pobres das regiões metropolitanas, em benefício da segurança das elites” e afirma:

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que o negligenciamento para com a polícia, no momento da repactuação democrática, em certa medida, acabou contribuindo para a perpetuação do modelo de dominação social defendido pelos setores mais conservadores. [...] essa negligência apresenta-se muito mais como estratégia do que uma diferença propriamente dita (SOARES, 2003, p. 75).

A degradação institucional da polícia, que afeta sua credibilidade, na visão do autor, é consequência da ausência de projetos de reforma. Para Soares (2003), “a ineficiência investigativa e preventiva; as ligações perigosas com o crime organizado e o desrespeito sistemático aos direitos humanos”, são consequências. O fato de o instituto da polícia não ter sido modernizado conservou seu modelo gerencial arcaico, reativo e fragmentário, resistente aos métodos racionais.

Corroborando com Soares, Daladier Barros (2005, p. 22), em artigo intitulado Emprego das Forças Armadas na Política Nacional de Segurança Pública, comenta a desconsideração para com a segurança pública quando se expressa sobre a atitude das autoridades brasileiras, constituídas, com relação à violência do 'crime organizado' no Brasil, principalmente no Rio de Janeiro e São Paulo. O autor entende que "a contundente notícia publicada no jornal inglês *The Independent*, edição de 12.10.04, comparou a violência no Brasil à atualmente existente em países subdesenvolvidos como o Sudão e a Chechênia".

O autor afirma que a ordem pública está ameaçada e os interesses do Estado e da autoridade constituída são submissos às determinações do crime organizado. O processo de colombinização em que o país encontra-se envolvido, na sua opinião é semelhante ao ocorrido há três décadas e meia na Colômbia onde, atualmente, o Estado legal divide o poder com os narcotraficantes que contam com o apoio das FARC – Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia e Soares complementa:

Semelhanças à parte, a verdade é que o dinheiro obtido pelo "crime organizado" no Brasil é utilizado na compra de armas, drogas, corrupção de algumas autoridades em todos os níveis do poder e, quase sempre, retornam sob a forma de "lavagem de dinheiro" travestido de "investimentos" em setores da nossa economia. Essa preocupante escalada de violência deixa cada vez mais o cidadão indefeso, atenta contra a democracia e põe em risco a própria sobrevivência do Estado brasileiro (SOARES, 2003, p. 75).

Com esses cenários em tela, é salutar refletir sobre a opinião de Azevedo & Fagundes (2007, p. 90) sobre os níveis alarmantes dos indicadores da criminalidade violenta no Brasil com relação a outros países. A população masculina jovem, entre 15 e 24 anos, moradora nas periferias dos grandes centros urbanos, é a mais atingida. Pode também, ocorrer o mesmo, no tangente aos delitos contra o patrimônio, o que geralmente envolve ameaça contra a pessoa; e da violência doméstica, ocasião em que se vitimizam mulheres e crianças.

Os autores lecionam que a busca de garantia da segurança através de alternativas privadas contribui, de forma decisiva, para o descrédito das instituições juntamente com o crescimento nas taxas de criminalidade violenta. Afirmam tratar-se "do baixo padrão de funcionamento do sistema de justiça criminal". Sobre os motivos que levam boa parte da população a perceber o contexto social como verdadeiro

estado de natureza, os autores sugerem analisar como cada uma das agências componentes do sistema é, em geral, ineficiente ou despreparada para atuar em padrões aceitáveis de legalidade.

Os autores abordam o tecido social impactado pela violência criminal e a inaptidão dos órgãos estatais para atuar de maneira eficiente e juridicamente correta às demandas do crime. Os autores crêem que as razões despertaram os cientistas, já na década de 80, com a criação do Núcleo de Estudos da Violência, na Universidade de São Paulo e, com os trabalhos da antropóloga Alba Zaluar, desenvolvidos nas favelas do Rio de Janeiro. Os estudos sobre a violência e a segurança pública, passaram a constituir campo dos mais destacados da produção acadêmica, nos programas de pós-graduação, em Sociologia, Antropologia, Ciência Política e até mesmo interdisciplinares com surgimento de grupos de pesquisa em várias regiões do país na década de 90.

Feitas essas considerações, necessário se faz verificar o modelo de segurança pública adotado pela CRFB/88, o que é objeto do próximo item.

2.6.1 A segurança pública inserida na Constituição de 1988

A CRFB/88 tem a Segurança Pública inserida no seu artigo 6º, primeiramente, como um direito social e determina que:

Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 2000).

Após, a Carta Magna consigna, no artigo 144 que, a segurança pública é um dever do Estado, “direito e responsabilidade de todos” e tem como objetivos “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

Não se pode olvidar a estrutura também constitucional dos órgãos que compõe o sistema de segurança pública no Brasil, havendo uma repartição de competências entre a polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária

federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros militares (incisos I a V, do artigo 144 da CRFB/88).

À Polícia Federal, instituição permanente criada por lei (parágrafo 1º, artigo 144 da CRFB/88), cabe:

I) apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II) prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III) exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Sobre as demais polícias é necessário citar os parágrafos do artigo 144 da CRFB/88 que estabelecem as funções de cada organismo de segurança citado na mencionada Carta Política:

Parágrafo 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais; **Parágrafo 3º** A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais; **Parágrafo 4º** - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares; **Parágrafo 5º** - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil; **Parágrafo 6º** - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

É de se mencionar ainda os parágrafos 7º e 8º do artigo 144 da CRFB/88, como seguem: parágrafo 7º dispõe que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” e, por fim, parágrafo 8º dispõe que os “municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Assim, ao se falar em segurança pública no Brasil, se está mencionando uma complexa estrutura constitucional, dividida entre as três entidades que compõem a Federação: União, Estados e Distrito Federal.

No nível federal, o Poder Executivo estabelece o Ministério da Justiça como entidade competente para implementar as políticas de segurança pública.

Demonstrada a estrutura constitucional do problema, cabe verificar a situação das políticas nacionais de segurança pública, conforme segue.

2.6.2 Os problemas

Soares expõe seu entendimento sobre a política nacional de segurança pública quando se manifesta ensinando:

Não por acaso, o verbo adotado é descrição, em vez de avaliação. Por prudência e honestidade intelectual, descartemos falsas expectativas: é muito difícil proceder a uma avaliação de políticas de segurança pública, assim como da performance policial. Não se trata de uma dificuldade exclusivamente brasileira. Em todo o mundo, entre os especialistas e gestores, estudiosos e profissionais que atuam na área, essa é uma questão controversa. As polêmicas se sucedem em seminários internacionais e visitas de consultores. É simples entender: determinada política pode ser virtuosa e, ainda assim, os indicadores selecionados podem apontar crescimento dos problemas identificados como prioritários – por exemplo, taxas de certos tipos de criminalidade. O contrário também é verossímil: podem conviver uma política inadequada e bons resultados (SOARES, 2004).

Sobre a problemática da avaliação, o autor comenta ignorar as hipóteses mais simples e menciona como exemplo, os efeitos de sazonalidade e a relatividade da aceleração e prossegue ensinando que:

Há a hipótese prosaica de que fatores sociais promotores das condições favoráveis à reprodução ampliada de práticas criminosas – fatores independentes de ações policiais e externos ao âmbito de intervenção de políticas públicas de segurança – continuem a produzir seus efeitos e o façam em razão de diversos motivos alheios à área em foco, com potência crescente. Nesse caso, mesmo que a política de segurança fosse adequada, inteligente e consistente, eficiente, eficaz e efetiva, ainda assim os indicadores poderiam ser negativos. Provavelmente, seriam menos maus do que se a referida política não estivesse sendo adotada, mas isso conduziria o analista a um argumento contrafactual impossível de testar e, portanto, de comprovar (SOARES, 2004).

O autor entende que, também o contrário, seria viável: “os referidos fatores negativos poderiam perder força ou mesmo desaparecer, produzindo resultados positivos e alheios às políticas de segurança”. Soares elucida:

Consideremos quatro exemplos da participação relativamente autônoma de fatores negativos (o primeiro e os quatro fatores citados, a seguir, são, na verdade, positivos, em si mesmos, porém negativos do ponto de vista de seu provável impacto sobre a segurança pública): dinâmicas demográficas ou a qualidade da saúde pública materno-infantil, ou o aperfeiçoamento das condições sanitárias, fruto de processo de urbanização, levam ao aumento do número de jovens na população. Sabemos que a magnitude da presença de jovens na população constitui uma variável significativa para o panorama da criminalidade e da violência. Eis aí um contexto favorável ao crescimento do número de crimes (SOARES, 2004).

Soares comenta os desastres naturais, dentre eles enchentes e tornados, que para ele, podem culminar em desabastecimento, desespero e uma onda de saques em proporção favorável a se produzir ambiente propício a propagar diversos tipos de práticas criminosas, contra a vida e o patrimônio. Também aborda a crise econômica que gera o desemprego em massa e aprofunda as desigualdades, na contramão de

uma cultura hegemônica individualista e igualitária, pode funcionar como suporte facilitador da difusão de práticas criminosas.

A propriedade intelectual também é preocupação do autor, quando expressa sua óptica, no que segue:

Crescimento econômico e elevação da renda média, universalização do acesso ao ensino público, em ambiente de intenso desenvolvimento tecnológico, no contexto da expansão do que se convencionou chamar “sociedade do conhecimento ou da informação”, tornam simples a reprodução doméstica de obras culturais (como filmes e gravações musicais) e incontrolável sua distribuição ilícita, colocando em xeque os termos que tradicionalmente definem a propriedade intelectual e alimentando verdadeira avalanche dos crimes apelidados “pirataria” (SOARES, 2004).

Desta forma, o autor aborda que, as quatro hipóteses – individualizadas ou associadas – correspondem a um conjunto de fatores independentes da *performance* policial ou das políticas de segurança, e “configura(m) cenários em que boas práticas – políticas e *performance* virtuosas – não podem mais do que reduzir danos ou limitar conseqüências negativas”. Ainda afirma que “seria injusto e inadequado avaliá-las pelo resultado agregado do entrelaço de dinâmicas, vetores e processos, a não ser que o fizéssemos comparativamente a situações análogas”. Prossegue seu raciocínio, comentando sobre os vetores independentes, como segue:

Em certo sentido, vetores independentes – esses e outros, incluindo aqueles que, a par de intrinsecamente positivos, exercem pressão auspiciosa – estão sempre atuando, sobretudo em momentos de instabilidade. Como é impossível isolar o campo de intervenção das políticas e das *performances* a serem examinadas, impõem-se cautela e uma boa dose de ceticismo na aplicação da cláusula *ceateris-paribus* – reconheçamos que, a rigor, ela só é aplicável em laboratório, hipótese que não se presta aos fenômenos sociais (SOARES, 2004).

Para o autor, o quadro começa a ficar interessante, quando se observa que “o sucesso ou o fracasso de tais políticas e *performances* concorrem para a formação

de vetores independentes positivos ou negativos, o que relativiza a própria noção de independência dos fatores, com a qual trabalhamos até aqui”. Entende, ainda, que existem outras dificuldades, com referência à segurança pública. O aprimoramento de seus serviços pode, segundo ele, provocar elevação do grau de confiança da população nas polícias, o que, conseqüentemente pode ocasionar o aumento do volumes das denúncias ou dos registros de crimes. Menciona como exemplo, a oferta do Estado para atendimento respeitoso e diferenciado às mulheres, com a qualificação de policiais e da instalação das Delegacias Especializadas - DEAM. Defende que os delitos computados aumentam exatamente em razão da melhora da *performance* e uma política positiva se implementa o que, no seu entendimento, geralmente leva os incautos na mídia e os espertos na oposição à críticas injustas e precipitadas.

Soares afirma, também, que políticas dedicadas à redução de preconceitos homofóbicos e raciais produzem o mesmo efeito: “via de regra, o efeito é sentido em qualquer área e se potencializa quando são as instituições da segurança pública e da Justiça criminal, em seu conjunto, que se aprimoram e conquistam credibilidade”.

De acordo com o autor, pesquisas demonstram três razões que induzem o cidadão a não procurar a polícia: “medo de ser maltratado pela própria polícia; de ser alvo de vingança por parte do agente do crime e de seus cúmplices; e, descrença na capacidade da polícia, o que tornaria inútil seu esforço de ir à delegacia”, e aduz:

Se os resultados começarem a aparecer, produzir-se-á um círculo virtuoso e as denúncias e registros tenderão a chegar, aumentando a capacidade de investigação e antecipação das polícias – se a gestão for orientada de modo adequado. Evidentemente, o argumento só é válido se os registros crescerem até certo ponto, bem entendido; ponto dificilmente identificável, *ex-ante*, a partir do qual produzir-se-ia um efeito de saturação (SOARES, 2004).

Soares professora que o mesmo será válido “para o caso de as polícias demonstrarem que passaram a adotar atitudes respeitadas para com os cidadãos, independentemente da cor, do bairro, da idade, da opção sexual e da classe social”.

Para o autor, “em ambas as situações, os números dos crimes tenderiam a crescer (não os fatos, os números), e a qualidade da ação preventiva e repressiva se ampliaria” e prossegue afirmando que:

Há sempre o recurso a pesquisas de vitimização, que medem eventos e percepções. Repetidas com regularidade, são o meio mais seguro para acompanhar quantidades e tipos de ocorrências, assim como a confiança popular nas polícias. Todavia, não resolvem o problema da avaliação, porque persistem os motivos referidos. Há também as profecias que se autocumprem e os efeitos não intencionais da ação social – efeitos perversos ou de composição. Sobretudo quando avaliações não se esgotam nos exercícios acadêmicos e se convertem em instrumento de monitoramento, indução, distribuição de recursos e de capital político. Quando políticas e *performances* são avaliadas para fins de aprimoramento, ônus e bônus são distribuídos a gestores e corporações, conforme os resultados colhidos. Essa perspectiva altera o próprio objeto da avaliação, para o bem ou para o mal, complexificando todo o processo (SOARES, 2004).

No entendimento do autor, pode ser equivocado “premiar com recursos os Estados ou as áreas que apresentam os dados mais graves, as taxas mais elevadas de criminalidade, uma vez que a valorização pode tornar atrativo ao fracasso”, e defende que: “o inverso pode condenar ao abandono, e ao círculo vicioso do agravamento que se retroalimenta, a situação mais necessitada de apoio”. Comenta que os resultados paradoxais, aqueles eminentemente positivos, porém, simultaneamente geradores de efeitos negativos, constituem outra fonte de problemas para avaliações e, a esse respeito Soares leciona que:

Uma boa política deve manter-se aberta, autorizando mudanças sucessivas de orientação, a partir, entretanto, de linhas gerais permanentes. Tal abertura corresponderia ao reconhecimento do caráter dinâmico do quadro sobre o qual pretende incidir – o dinamismo, aqui, espelha os movimentos derivados dos próprios impactos precipitados pela política adotada. Não se trata, portanto, exatamente, nem de profecias que se autocumprem [...] nem de ações geradoras de efeitos perversos (porque os efeitos visados são alcançados) (SOARES, 2004).

No entanto, os resultados positivos – esses aos quais atribuímos à qualidade da ambivalência e do paradoxo – criam novos desafios o que Soares exemplifica a seguir:

Digamos que o aprimoramento das investigações policiais aumente a taxa de esclarecimento de determinados crimes, reduzindo a impunidade. Disso pode resultar o estímulo ao desenvolvimento de técnicas mais sofisticadas de organização, comunicação e ação dos criminosos que atuam na área em causa. Mais bem organizados, equipados e orientados, os criminosos podem tornar-se mais ambiciosos e mais perigosos, em suas escolhas e ações. O custo do investimento nesse esforço de qualificação, por parte dos criminosos, pode ser compensado pela inflação do valor dos objetos ou bens (materiais ou imateriais) por eles visados – essa inflação pode ser por sua vez, determinada pelo aumento do risco das operações necessárias para obter tais bens ou objetos. O aumento do risco provém seja da melhoria dos serviços policiais (um bem em si mesmo, uma vez que gera um sem-número de benefícios para a sociedade) seja do endurecimento das leis penais – o que mostra quão falsa pode ser a suposição de que leis mais duras são eficientes no combate ao crime (SOARES, 2004).

O exemplo do autor se completa na citação seguinte:

Tome-se o caso das drogas: na medida em que se aperta o cerco ao tráfico internacional, maiores passam a ser os riscos do transporte ilegal e da distribuição para o varejo. A leitura ingênua deduziria dessa adição de custos uma eventual tendência à desaceleração do comércio de drogas. Contudo, o que é mais difícil e envolve mais riscos tem mais valor e passa a exigir, para realizar-se, pagamento correspondente ao novo valor, inflacionado, paradoxalmente, pelos novos obstáculos agregados à provisão do serviço ilícito. Ganhos mais elevados, por seu turno, implicam mais estímulo a investimentos nessa área da economia ilegal e maior capacidade de recrutamento de operadores dispostos a enfrentar óbices e riscos. [...] a espiral descrita faz de cada ônus acrescido ao ato criminoso uma promessa de benefício, uma ampliação da recompensa (SOARES, 2004).

Abordando a corrupção, o autor afirma que o raciocínio é o mesmo: “o aprimoramento dos instrumentos de controle, intensificação de ações repressivas e aumento de penas tornam o custo da transgressão mais elevado”.

Soares considera que o ciclo permanece e expõe sua opinião:

[...] a parcela do ganho ilícito [...] apropriada pelo mediador criminoso é, por definição, elástica, o aumento do risco pode promover um novo arranjo, em cujo âmbito se reduza a margem de lucro do beneficiário da fraude – sem subtrair-lhe atratividade –, e se eleve, proporcionalmente, o percentual que cabe ao *broker*, mantendo-se, para ele ou ela, o interesse da operação. Se o processo inflacionar excessivamente o valor da operação, pode, ao invés de desestimulá-lo, suscitar a mudança de sua qualidade, tornando-a ainda mais danosa. Por exemplo, provocando o entendimento entre os competidores da licitação para que a manipulem, incluindo-a em pacote mais abrangente, em cujos termos todos os envolvidos se beneficiariam, a médio prazo, lesando-se com mais proficiência e em maior intensidade o interesse público (SOARES, 2004).

Para o autor, isso significa que “intervenções realmente efetivas requerem mais engenho e arte – isto é, mais atenção à complexidade do que suporia necessária a visão ligeira do problema” e, então, questiona: “o chamado ‘problema das drogas’ não decorreria justamente da criminalização, tornando-as matéria de segurança pública? E a corrupção, não a estaríamos combatendo por métodos caros e contraproducentes”? Complementa lecionando que “hoje, no Brasil, há muitos mecanismos de controle, que envolvem gastos consideráveis e um verdadeiro cipoal burocrático, dificultando imensamente a gestão e exigindo exaustão fiscal de efeitos recessivos”. Opina que, “talvez esse emaranhado oneroso e paralisante exerça um papel contraditório, alimentando a corrupção, pelos motivos supra-expostos”.

Abordando os efeitos paradoxais das políticas de segurança e da *performance* policial, o autor entende que “podem ser, ainda, as migrações das práticas criminosas: o sucesso de determinadas intervenções locais acaba provocando o deslocamento dos crimes para bairros contíguos, cidades próximas ou estados vizinhos”. Afirma que “o resultado agregado pode, com isso, manter-se inalterado ou deteriorar-se, uma vez que migrações podem implicar disputas por território e intensificação do recurso à violência para que se viabilize o empreendimento criminoso”. Entende, ainda, que existe também “repressão de

roubos a banco aumenta, os criminosos podem deslocar-se para a prática de seqüestros e daí para o roubo de cargas – e assim sucessivamente”.

O autor também expõe sua visão sobre o combate ao terrorismo que, no âmbito nacional, está na mesma situação. Mais rigor no seu combate “pode induzir deslocamento de suas bases para áreas periféricas às disputas políticas centrais – do ponto de vista dos protagonistas do terror”. No mesmo foco, Soares pondera:

Coloquemo-nos na posição do agente do terror. O que ele procura? De que ele precisa (além de dinheiro e militantes) para criar seus meios de intervenção, treinando suas equipes e reunindo informações para planejar ações? São indispensáveis as seguintes condições: acesso a um território situado em uma região geopoliticamente estável e pacífica, que suscite pouca suspeita e baixo interesse, por parte das agências de inteligência dos países diretamente envolvidos nos confrontos terroristas. Um território em que prospere a impunidade; marcado por baixa qualidade dos serviços nacionais de segurança; no qual armas ilegais circulem livremente; em que haja vastos espaços para treinamento, distantes da atenção de instituições do Estado e pouco acessíveis à mídia. Um território que propicie acesso praticamente ilimitado a tecnologia e comunicações de primeira qualidade, servido por transporte rápido e eficiente para qualquer parte do mundo – ou seja, inserido na globalização, mas relativamente refratário, por força de sua soberania, à voracidade panóptica dos países centrais. Um território politicamente independente, que não se envolva em profundidade com os conflitos nos quais os terroristas estejam implicados; no qual não haja grandes segmentos populacionais tendentes a engajar-se na política das regiões em conflito; em que a situação política interna seja estável; e no qual a economia favoreça o emprego de força de trabalho nativa barata (SOARES, 2004).

O autor entende que, fosse esse o cálculo dos terroristas, o Brasil se destacaria: “nesse sentido, convergiriam ação eficiente antiterror em outros países com a desatenção – para dizer o mínimo – nacional: o resultado poderia ser a migração para nosso país de bases de treinamento e operação terroristas”. Convida à observação de que não só os resultados são pertinentes para a avaliação e opina que “processos e metas intermediárias, identificadas por diagnósticos institucionais como especialmente relevantes, devem ser objetos de acompanhamento crítico sistemático”.

Soares exemplifica, ainda:

A qualidade da formação e da capacitação dos policiais e demais profissionais que atuam no campo da segurança pública; a consistência dos dados produzidos; os métodos de gestão; a confiabilidade e efetividade dos controles interno e externo etc. Para o caso das políticas preventivas, os programas aplicados podem ter valor segundo distintos critérios, independentemente de resultados perceptíveis a curto prazo. Nesse sentido, acrescente-se que a perspectiva temporal é necessária para uma avaliação rigorosa, mas nem sempre factível, dada a natureza prática da própria avaliação, útil, afinal de contas, para o monitoramento corretivo do sistema examinado, cujo aprimoramento não pode aguardar uma década de estudos comparativos (SOARES, 2004).

Este capítulo buscou apresentar, essencialmente, conceitos e considerações acerca de políticas públicas, além de apresentar questões que se referem ao planejamento e, um panorama atualizado da questão referente às políticas de segurança pública. No terceiro capítulo, a seguir, se estudará a questão que se refere à judicialização das políticas de segurança pública.

CAPÍTULO 03

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

3.1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Bross (2006, p. 35) afirma que o controle judicial da Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, somente será eficaz e cumprirá sua tarefa de elo entre o poder estatal e os cidadãos se não houver favorecimento do poder público com reservas e imunidades: para o autor, a implementação desse controle será possível se houver jurisdição especial familiarizada.

A estrutura do Estado influencia no controle judicial da Administração Pública. Necessário analisar dois aspectos para compreensão dessa composição: primeiro, trata-se de certificar-se se está ou não diante de um Estado unitário ou de um Estado federal; posteriormente, refere-se a um Estado de Direito do tipo moderno. Esses elementos estruturais devem estar presentes nas esferas: federal e estatal.

O exercício do poder estatal por órgãos independentes: os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, caracteriza o Estado moderno de Direito. Essa formulação encontra-se, de forma idêntica ou assemelhada, em todas as constituições modernas que pretendam garantir a existência de um Estado de Direito tendo sido retirada do art. 20, inc. II, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. A divisão de poderes do Estado fará sentido e será efetiva, se os mesmos conseguirem limitar-se e controlar uns aos outros, de forma que nenhum deles seja colocado em condições de escapar da rede de poderes estatais tornando-se auto-suficiente.

A discricionariedade política, para Appio (2008, p. 33-34), somente encontra formas políticas de limitação, na medida em que uma intervenção do Poder Judiciário deve estar expressamente prevista na Constituição: exemplo do que sucede no art. 85, *caput* e incisos da CF/88. Enquanto que a função administrativa se norteia por critérios técnicos, a função governamental se movimenta por discernimentos políticos impondo seu projeto ideológico de governo à burocracia administrativa. Já que seu campo natural é o Direito Constitucional o controle judicial das políticas públicas transcende, pois, os rigorosos limites do Direito Administrativo.

A aplicação dos princípios regentes da atividade administrativa, referente ao controle judicial das políticas públicas, conforme Appio (2008, p. 134), demonstra-se como verdadeiro artificialismo jurídico, pois, o núcleo da discussão é a separação e o equilíbrio entre os Poderes da República e, nunca a vinculação do Administrador Público à lei.

A execução de uma política pública pode estar em absoluta conformidade com os princípios inscritos no art. 37 da CF/88 e ser, ainda, passível de revisão judicial, pois o conteúdo do interesse público prevalente no caso concreto, depende de interpretação das normas constitucionais.

O autor ainda afirma que, os atos administrativos operam firmados em critérios de justiça comutativa, enquanto que os atos políticos atuam a partir de critérios da justiça distributiva. Todavia, o autor prossegue ensinando que há casos em que o julgamento de uma questão individual poderá comprometer o desempenho de uma política pública, como nas situações em que o Supremo Tribunal Federal, considera inconstitucional o tratamento específico (ou a falta dele) outorgado a um cidadão, quando analisa um litígio individual.

Muito embora o processo envolva questão individual, a repercussão deste precedente poderá comprometer a execução da política social, especialmente nos casos de o Supremo Tribunal Federal valer-se das súmulas vinculantes. Nestes casos, o controle judicial ocorrerá a partir do controle difuso da constitucionalidade e deverá distinguir, se a própria constitucionalidade da política pública está em jogo ou procede a um exame visando à proteção de um direito individual.

No mesmo foco, Dal Bosco (2007, *apud* Tomás-Ramón Fernandes, 2000), afirma que iniciar o estudo da administração pública, de sua origem à atualidade, é como “caminhar sobre um plano inclinado suavemente para baixo de forma imperceptível, ao se percorrer passo a passo, mas cuja grandeza pode surpreender quando a caminhada se prolonga e, voltando-se o olhar, pode-se comprovar o desnível entre o ponto de chegada e aquele de partida.”

Para a autora, desde os tempos primitivos, o mundo da administração da coisa pública no qual não se vislumbrava nada semelhante ao que os séculos posteriores construíram a título de bem gerir os bens coletivos, é povoado de contradições, na luta entre o poder do mandatário e o direito dos administrados até um gerenciamento eficaz e, ao mesmo tempo, justo, para com os mantenedores da estrutura estatal.

Em boa parte dos diversos modelos de administração, o que se percebe, de acordo com Fernandes, (2000, p. 91-106), é que, a busca da administração ideal, cada vez mais se distancia das práticas que deveriam ser adotadas como orientadoras da atividade ainda que as leis as privilegiem. Na grande maioria dos países do mundo democrático, há leis boas, mas os melhores sistemas ainda não conseguiram encontrar antídoto eficaz contra fórmulas humanas de descumprimento das leis e princípios de boa gerência do bem comum.

A democracia, para Fernandés (2000, p. 91-106), considerada um dos melhores sistemas políticos pela maioria dos cidadãos de várias partes do mundo, não tem sido capaz de entender seus postulados às administrações públicas de boa parte dos Estados, mesmo os mais bem desenvolvidos. O nível de exigência dos administrados por um bom governo, justo, eficiente e democrático é crescente, o que alguns autores consideram um direito de cidadania, porém, as mudanças para aperfeiçoar as administrações públicas parecem não caminhar no mesmo ritmo.

Maiorini (1997, p. 203), afirma que não havia função administrativa em sentido próprio na sociedade primitiva e os motivos eram as delimitações, como ausência de diferenciações sociais, da divisão do trabalho e dos poderes de coerção. Podia-se encontrar, na sociedade antiga, na *polis* grega e na Roma republicana, ligação estreita entre funções administrativas e o papel social individualizado no exercício dos direitos políticos, de propriedade e do poder das restritas elites políticas e sociais o que tornou limitado, ou, até mesmo, hereditário, o exercício dos cargos.

O autor (1997, p. 41, *apud* Fioravante) segue afirmando que a gênese da administração está ligada à evolução das formas de organização da sociedade: o Estado nasce, se desenvolve e se transforma, impulsionado por pressões múltiplas da sociedade, que podem ser de natureza política, econômica e social, além de ideológica e cultural. O Estado é forçado a assumir a satisfação dessas carências pela atividade administrativa.

Dal Bosco, (2007, p. 127, *apud* Fioravante op. cit.), argumenta sobre o distanciamento Estado-sociedade comentando que ele acaba por alcançar dois aspectos: a) a proteção da sociedade e dos indivíduos da intervenção abusiva dos poderes públicos; b) o amparo dos poderes frente aos anseios individuais e coletivos na sociedade civil, situação mencionada pelo autor como *estatalismo liberal*.

Nesse modelo de Estado moderno, Dal Bosco (2007, p. 129, *apud* Giannini) considera o Estado social como *Estado pluriclases*. A expressão tem dois

significados: o primeiro, de uso corrente, que o autor qualifica de descritiva e *inócua*, e traduz o Estado contemporâneo como aquele que desenvolve com prevalência, atividades de natureza pública. E como os serviços públicos, desde a simples instrução até a informática, distanciam-se, de forma crescente, em termos de prioridade no campo social, os poderes públicos têm mudado de direção: de uma organização que pensava, principalmente, na ordem pública para outra, voltada ao auxílio aos cidadãos. O outro significado é o Estado social: como um *dever ser*. O Estado que *deve* ocupar-se, principalmente, de serviços de natureza social, cujo objetivo, após a crise do Estado de Direito, deve ser o de ajudar os cidadãos, de modo a integrar as carências surgidas com a própria crise.

A autora sustenta *apud* Giannini que o Estado social, no desempenho do papel de Estado pluriclasse, não pode ser visto como uma associação em que os administradores escolhem o que deve ser feito para que tenha êxito segundo seu próprio juízo. Porém, deve-se entender que a organização é muito complexa, e que cada grupo requer a tutela de seus próprios interesses.

Souza (1992, p.29-31), afirma que a administração pública passa a ter novas finalidades, com o choque da Primeira Grande Guerra e a crise irreversível do estado Liberal, obtendo ares de socialismo em alguns Estados, de inspiração facista em outros, e, de formas rudimentares de Estado social de direito, nos demais.

O autor prossegue lecionando que, no final da Segunda Guerra, em qualquer dos modelos de Estado existentes, os fins da administração estatal eram: o bem-estar econômico, social e cultural, a justiça comutativa, a justiça distributiva, e a segurança interna e externa. Isso significa dizer que, em menos de dois séculos, o chamado Estado-coletividade desenvolveu uma intervenção econômica, social e cultural cada vez maior que não se podia conceber no Estado liberal. Para atender a essas novas finalidades, sempre mais ambiciosas, o Estado desenvolveu duas atividades, ou funções: as primárias ou principais e as secundárias ou subordinadas.

Funções primárias significam entendimento das atividades que compreendem o encargo de definição das prioridades para a sociedade – a função política e legislativa; as secundárias são as que apresentarem relação de dependência, com a administração pública e a atividade jurisdicional com as primárias.

Souza prossegue afirmando que as funções subordinadas são claramente distintas e separadas: à função jurisdicional, pela sua passividade e imparcialidade, cabe dirimir litígios por meio dos tribunais, considerados órgãos independentes e, à

função administrativa cabe, por intermédio de órgãos que têm a marca da independência, a iniciativa e assunção total do interesse público, executar os atos políticos e produzir as leis.

O autor entende que a administração pública encerra duas influências complementares entre si: a) execução dos atos políticos e das leis, independentemente da intervenção direta e imediata na vida econômico-social, característica do Estado liberal; b) marca do Estado contemporâneo, que é a administração voltada para a prestação de bens e serviços, sendo que esta última vem crescendo, na proporção do aumento das necessidades da sociedade.

Ribeiro (2000, p. 151-157), afirma que no tocante à atividade prestacional, uma das causas dos grandes problemas atuais enfrentados pelas sociedades modernas é o Estado ter assumido deveres de prestar serviços à coletividade, de forma generalizada.

O Estado moderno, entretanto, passou a garantir, entre outras atividades, as prestações de saúde, educação e segurança social. A tentativa de proporcionar acesso universal aos serviços de água encanada, saneamento básico, correio em domicílio, transportes e telefone aumentou a despesa pública e a carga fiscal e, também, causou inchaço desmesurado da máquina pública.

Dal Bosco (2007, p. 136, *apud* Duguit) afirma que o modelo bipolar marcou a administração pública do século XX. O termo pretendia indicar o binômio sobre o qual, por longo tempo, se baseou a relação entre a Administração e os cidadãos e que ainda se encontra arraigado em alguns sistemas.

O serviço público resume-se à atividade que exige para sua realização, a regulação da garantia e fiscalização dos governantes, por ser fundamental à concretização e o desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que não pode ser assegurado de forma completa sem que esteja presente a ação da força governante.

No entendimento de Simon (1999, p. 43-44), as mudanças têm a melhoria da qualidade dos serviços públicos como um de seus alvos principais, por meio do incremento da eficiência da máquina administrativa entre os objetivos comuns a todo e qualquer projeto de reforma da administração pública que se conheça.

Há uma discussão sobre o emprego dos termos eficiência e eficácia e, de acordo com Dal Bosco *apud* Japiassu:

No sentido filosófico, *eficiência* seria a virtude ou faculdade de alcançar um efeito determinado, enquanto o termo *eficácia* pode ser traduzido como virtude, atividade, força e poder para realizar ou produzir efeito, ou propriedade de uma coisa ou pessoa de poder agir efetivamente (DAL BOSCO, 2007, p. 188, APUD JAPIASSU, Op.cit., p. 78).

Para o autor, o termo *eficiência* é relativamente recente. Tem sido registrado na engenharia na segunda metade do século XIX e, na economia no começo do século XX. Refere-se à relação entre *input* (meio ou insumo) e *output* (produto ou resultado), esforço e controle, investimentos e orçamento, custos e resultados.

Dal Bosco (2007, p. 191, *apud* Delgado Barrio) afirma se poder dizer que a eficiência será a obtenção do máximo *output* (aqui com a significação de serviço) a partir dos recursos disponíveis, no campo da administração pública, ou ainda, a obtenção de determinados resultados a partir da redução dos custos.

Para a autora, a falta de eficiência da administração pública parece ser uma queixa generalizada entre os cidadãos de vários países. Nos Estados Unidos, a população costuma expressar rancor e descontentamento pela ineficiência das políticas e serviços públicos. A autora expressa que diversos autores⁷ afirmam que a população está farta de governos ineficientes, formalidades excessivas, originadas do inchamento da máquina burocrática, e um fluxo ilimitado de regulações cuja observação e administração oneram demais os contribuintes o que justificam muitas das reclamações. A sociedade se depara com a ineficiência do governo como um problema, e frequentemente os administradores e líderes políticos aceitam.

Insatisfações e carência de administração pública eficiente às vezes se justificam face à rigidez da submissão do administrador à lei sob a alegação de que aquele deveria atuar de forma mais livre para melhor realizar suas funções, argumento que para Dal Bosco (2007, p. 191, *apud* García de Enterría), carece de fundamento, pois segundo afirma o autor, não passa de fonte de arbitrariedade a eficácia que se pretenda fazer às custas do Direito, e como alternativa a ele.

⁷ KING, Cheryl Simrell; STIVERS, Camila (Orgs) *et al.* **Government is us**. Thousand Oaks-California: Sage Publications, Inc. 1998. p. 9.

Garcia de Enterría observa que confiar o governo a pessoas sobre as quais é impossível pairar desconfianças é muito importante. Isso é assim, porque eleger governantes não é alienar de uma vez por todas, e tampouco por aos remunerados pelo povo para administrar, prazo temporal, a faculdade completa de decisão, mas confiar a uma determinada equipe política a gestão pública sob o governo da lei. O governo seria uma estrutura de ferro iniludível do governo democrático não podendo a observação efetiva de a lei ficar relegada somente à discricionariedade daqueles remunerados pelo povo para administrar.

Dal Bosco (2007, p. 198, *apud* Mello, 1999, p.112), afirma que a doutrina brasileira também diverge acerca da tese da eficiência enquanto princípio constitucional (art. 37, *caput*). A corrente que rejeita seu caráter principiológico, argumenta, em síntese, que a eficiência é finalidade da administração pública e sem nenhuma relevância jurídica como acréscimo aos demais princípios da Carta brasileira, de acordo com Lopes (1988, p. 109).

A autora (2007, p. 199, *apud* Figueiredo, 2000, p. 60), prossegue afirmando que um critério “[...] juridicamente tão fluido e de tão difícil controle do lume do Direito, que mais parece um adorno agregado ao art. 37”, ou, ainda, de nada ter contribuído para mudanças, uma vez que a administração pública sempre esteve obrigada a agir com eficiência administrativa.

Dal Bosco prossegue lecionando que a dúvida lançada pela doutrina contrária à validade da eficiência enquanto princípio consiste em determinar se sua aplicação pode ser capaz de invalidar um ato estatal que lhe contrarie das exigências, gerando responsabilidade ao administrador e ao Estado.

Parece, evidentemente, que o controle *a priori* dos atos administrativos pode encontrar dificuldades para uma invalidação, pelas limitações que se colocam, em regra, nas situações em concreto, à aferição do nível de eficiência de uma medida da Administração. Isso, entretanto, para a autora, não elimina a possibilidade de aplicação do princípio quanto aos resultados da medida, que podem estar divorciados do interesse público exigido pelo ordenamento, causando danos ao Erário e à comunidade a que se destinam.

Como assegura Dal Bosco, (2007, p. 203, *apud* Moraes), o princípio da eficiência veio reforçar a legitimidade do Ministério Público, dada pela própria Carta

(art. 129, II)⁸ para exercer o controle sobre o respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, podendo propor as medidas necessárias, nos âmbitos judicial e extrajudicial, para a sua garantia.

Logo, a ação de improbidade de que trata a Lei 8.429/92 pode ser proposta pelo Ministério Público, em caso de desrespeito aos princípios constitucionais, pelo administrador público, inclusive ao da eficiência, cuja inobservância pode resultar, até, na perda da função pública. Para Dal Bosco, a possibilidade torna-se mais evidente, quando se tem no princípio da eficiência enquanto norma constitucional, o contexto necessário para todas as leis, atos positivos ou condutas omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da administração contrária a sua plena e total aplicabilidade.

3.2 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os princípios que orientam a atividade pública também devem ser observados na definição e na execução de políticas públicas, ainda que esta tarefa esteja inserida entre os chamados atos discricionários da Administração. Tais atos devem estar de acordo com a legalidade, a transparência, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, entre outros princípios, nas ações que envolvem políticas públicas. É tarefa complexa, especialmente no que se refere à moralidade e à eficiência por representarem conceitos jurídicos indeterminados (DAL BOSCO, 2007, p. 301).

A verdade, entretanto, está longe disso, e nem poderia ser diferente, pois não se admite a existência de atitudes da Administração sobre as quais não se poderiam aplicar critérios de avaliação acerca de sua conformação com as exigências do ordenamento jurídico.

Speck (2002, p. 30-31) afirma que o fato de os agentes públicos deverem ser responsabilizados por suas atividades e serem punidos por eventuais atos ilícitos,

⁸ Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: I – [...]; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

além de terem de prestar contas de suas ações aos cidadãos e a outras instituições, só se compreende como característica fundamental em sistemas democráticos.

Os mecanismos de controle, nesses sistemas, seguem duas linhas diversas e independentes de atuação: *accountability* verticais, realizados pela sociedade em relação ao Estado, e *accountability* horizontais, que se desenvolvem de uma estrutura a outra da administração pública. A primeira verifica-se, ainda que não exclusivamente, no âmbito da prática eleitoral, o que implica premiar ou punir o governante, quando este disputa as eleições e, para isso, é necessária liberdade de opinião, de associação e de imprensa, além de outros instrumentos capazes de servir de canais para apresentar as demandas e denúncias dos atos irregulares dos governantes. Referente à segunda, esta só pode existir caso estejam estruturadas agências e outras instituições do Estado dotadas de poder previsto em lei para supervisionar a atuação rotineira da Administração e, também, para aplicar sanções contra os atos ilegais, ilegítimos ou delituosos dos agentes administrativos.

Dal Bosco prossegue afirmando que a formulação e a efetivação de políticas públicas são dos temas que reúnem as maiores controvérsias da doutrina e da jurisprudência, em vários países, porque, nessas decisões, inserem-se aqueles atos chamados discricionários, nos quais a Administração exerce o poder de escolha acerca das atividades nas quais serão empregados os recursos públicos.

A autora entende que a discricionariedade no exercício do poder administrativo, portanto, é um dos problemas mais sérios que se apresentam no caso de políticas mal planejadas, mal executadas, ou ambas. Mas não é o único, pois, mesmo se observando a legislação, há ocasiões em que a Administração acaba por realizar ações que não seguem outros princípios orientadores da atividade pública, como a eficiência e a moralidade. É o caso de previsões orçamentárias superestimadas ou subestimadas, que chegam a patrocinar verdadeiros cemitérios de obras inacabadas, com investimento de recursos públicos de forma ineficiente.

Dal Bosco (2007, p. 239, *apud* Moreira Neto, 2000, p. 73-91) afirma que não é sem razão que a doutrina chega a afirmar que a ineficiência grosseira é imoralidade, pois, não se pode afirmar que exista qualquer eficiência onde não há qualquer senso de responsabilidade com os recursos estatais, que deixam de ser empregados em obras e serviços prioritários, para serem destinados à atividade de duvidosa necessidade.

Sobre o foco, Medauar afirma que:

O ato administrativo deve obedecer a algumas exigências para ser considerado válido e eficaz no mundo jurídico. A autora ensina que “validade aqui pode ser entendida como atendimento a todas as exigências legais para que o ato seja reconhecido no mundo jurídico”, enquanto eficácia se entende como realização dos efeitos pretendidos pelo ato administrativo (MEDAUAR, 1992, p. 157-159).

Dal Bosco (2007, p. 323, *apud* Gordillo), aborda quatro elementos: competência, vontade, objeto e forma. Entende que o motivo do ato e o seu fim são abrangidos pelos demais elementos, assim como o procedimento pode ser compreendido no âmbito da vontade. Por objeto, afirma a autora, tem-se o conteúdo da manifestação, a ação ou omissão que o ato decide ou opina. Competência é o conjunto de faculdades que um órgão pode exercer de modo legítimo, em razão da matéria, do território, do grau e do tempo.

Entende-se por vontade, o elemento do ato administrativo, o concurso de elementos subjetivos – a vontade dos indivíduos que atuam para a realização do ato, incluída a sua finalidade – e objetivos, que encerram o processo no qual atuam as partes intelectuais que realizam a declaração; objeto é a disposição jurídica que o ato expressa a forma do ato administrativo não se resume a simples formalidades, mas além de exigências para resguardar a legalidade, as formalidades funcionam como garantia para o cidadão. Neste sentido, incluem-se na forma do ato a preparação da vontade, com o procedimento, adequado conforme o caso; a motivação, ou fundamentação do ato, e a publicação, para que, dado a conhecer ao público, possa ser considerado válido.

Dal Bosco (2007, p. 323, *apud* Fernandez) assevera que o segundo ponto relevante que se mostra necessário abordar é a classificação do ato administrativo, nascida na clássica doutrina européia, especialmente a francesa, atualmente superada, segundo a qual, os atos políticos ou atos do governo, não se submetem ao controle jurisdicional em relação ao motivo e à oportunidade de sua realização, dado que estariam restritos ao cumprimento de normas constitucionais e, portanto, em relação àquelas duas qualidades, inseridos no campo da discricionariedade dos agentes políticos.

Dal Bosco (2007, p. 365-366) afirma que o controle da administração pública no Estado brasileiro, de acordo com a Constituição de 1988, deve ser realizado no âmbito interno dos poderes (art. 74)⁹ e também de forma externa. No âmbito externo, o controle é realizado pelo Parlamento (art. 49, IX e X, e *caput*)¹⁰, auxiliado pelo Tribunal de Contas (art. 71)¹¹, pelo Ministério Público (art. 129, II e III)¹², e, mais recentemente, também por agências reguladoras, criadas com o objetivo de regular as atividades econômicas prioritárias privatizadas pelo Governo e outras, ainda sob o domínio estatal. Como o Brasil não adota a jurisdição contencioso-administrativa, cabe ao Poder Judiciário exercer a última instância de fiscalização da atividade da Administração, e a mais importante, sem dúvida, por força de previsão da mesma Carta Constitucional, que assegura o acesso à Justiça de todos aqueles que tenham sofrido ameaça ou lesão ao seu direito (art. 5º, XXXV)¹³.

⁹ O art. 124.1 da Constituição espanhola tem o seguinte texto: “O Ministério Fiscal, sem prejuízo das funções atribuídas a outros órgãos, tem por missão promover a ação da justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado por lei, de ofício ou a requerimento dos interessados, assim como velar pela independência dos tribunais e demandar diante destes pela satisfação do interesse social. 124.2: O Ministério Fiscal exerce suas funções por meio de órgãos próprios conforme os princípios de unidade de atuação e dependência hierárquica e com sujeição, em qualquer caso, aos princípios da legalidade e imparcialidade.” (em espanhol no original).

¹⁰ O texto dos dispositivos citados é o seguinte: “Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]; IX – julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; [...]. Art. 70 – A fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e nência de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle interno década Poder.”

¹¹ O texto ao art. 71 da CF, diz: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento; II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta, incluídas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal. E as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; [...]; X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

¹² O texto dos dispositivos citados é o seguinte: “**Art. 129** – São funções constitucionais do Ministério Público: [...]; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e ação civil pública para que a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹³ O texto do art. 5º, XXV, diz: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Dal Bosco, (2007, p. 357) o controle direto do Parlamento é feito pelo Congresso Nacional, por meio da fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, inclusive aqueles praticados pela Administração indireta. No âmbito dessa fiscalização, é possível sustar atos normativos da Administração que ultrapassem os limites da delegação legislativa (CF, art. 49, V)¹⁴, além de suspender os contratos viciados de ilegalidade, mediante pedido do Tribunal de Contas (art. 71, § 1º); convocar ministros e aprovar requerimentos de informações (art. 50), receber petições, queixas e representações dos administrados (art. 58, § 2º, IV).

Para Dal Bosco (2007, p. 357), além disso, o Congresso tem o direito à convocação de qualquer autoridade ou pessoa particular para depor (art. 58, V); criar Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Câmara ou Senado, de forma conjunta ou separada, e, em conformidade com o conteúdo de suas conclusões, pode o Ministério Público promover a responsabilidade civil ou criminal dos envolvidos (art. 58, § 3º); interferir em diversos casos em que a autorização do Parlamento é necessária para atos do poder Executivo, com a palavra final sobre tratados e acordos internacionais que acarretem gastos ao patrimônio da Nação, renovar concessões de serviços e a exploração de recursos naturais (art. 49, I, XII, XIII, XVI e XVII).

Dal Bosco (2007, p. 359) prossegue afirmando que alguns poderes de controle do Executivo são exclusivos do Senado Federal, conforme prevê o art. 52 da Constituição, como aprovação dos nomes de magistrados nos casos previstos pela Carta, assim como os de ministros do Tribunal de Contas da União, indicados pelo Presidente da República, do presidente e diretores do Banco Central, do Procurador-Geral da República e os chefes de missão diplomática de caráter permanente. Além disso, o Senado deve autorizar operações financeiras externas, tanto da União, quanto de Estados e Municípios, além de estabelecer os limites globais e condições para que qualquer dos níveis de poder, ou suas autarquias e entidades controladas, possam contratar operações de crédito externo e interno. O Senado também tem o dever de julgar, anualmente, as contas apresentadas pelo Presidente da República e avaliar os relatórios sobre a execução dos planos previstos pelo governo (art. 49, IX). Cabe ainda ao Senado a suspensão e

¹⁴ O art. 49, V, prevê que é da competência exclusiva do Congresso “[...] sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

destituição do Presidente da República (*impeachment*) por crime de responsabilidade (art. 85 e 86)¹⁵.

Dal Bosco (2007, p. 358) afirma que o mais próximo da realidade administrativa, entre os sistemas de controle, parece ser aquele desenvolvido pelo Tribunal de Contas, órgãos de administração própria, com organização semelhante àquela dos Tribunais Judiciários. O art. 73 da Constituição prevê que esse órgão deve ser integrado por nove membros, denominados ministros, que ingressam na Corte mediante nomeação do Presidente da República – um terço, entre auditores e membros do Ministério Público – e do Congresso Nacional, os demais. Devem ser escolhidos entre profissionais com idade entre 35 e 65 anos, com idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou que tenham atuado na administração pública. Além disso, devem ter, no mínimo, dez anos de conhecimento na área em que irão atuar.

Os membros do Tribunal de Contas têm as mesmas garantias, prerrogativas, vantagens e vencimentos dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, o que inclui o direito à vitaliciedade. Conforme previsão do art. 75 e parágrafo único da Constituição, os Estados dispõem cada qual, de um Tribunal de Contas, cujo funcionamento é semelhante ao Tribunal da União, obedecendo, além disso, às determinações das constituições estaduais.

Consoante Dal Bosco (2007, p. 358) cabe ao Tribunal de Contas da União apreciar e emitir parecer prévio das contas do Presidente da República, correspondentes ao ano encerrado, e encaminhá-las para a aprovação do Congresso Nacional, o qual pode rejeitar as contas do Presidente, tornando-o inelegível pelos cinco anos subsequentes, conforme previsão da Lei Complementar 64/90. O art. 71, II da Constituição prevê que o Tribunal deve julgar, também, entre

¹⁵ São considerados crimes de responsabilidade, previstos no art. 85, os atos que “[...] atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.” Os crimes de responsabilidade são definidos pela Lei 1.079/50, que trata também do processo de julgamento. A denúncia deve ser apresentada à Câmara dos Deputados (art. 19 da Lei), que se aprova-la por votação nominal dos deputados (art. 23, *caput*) deve enviá-la ao Senado Federal (art. 23, § 6º), o qual fará o julgamento em sessão presidida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (art. 27) também por votação nominal dos senadores (art. 31). Desde o decreto de acusação pela Câmara o Presidente será afastado de suas funções até o julgamento final e reduzidos seus vencimentos à metade (art. 23, § 5º).

outras, as contas dos agentes públicos responsáveis pela administração direta, indireta e das fundações, além de outros que sejam responsáveis por dinheiros e valores públicos e os que praticarem irregularidades com prejuízos ao erário.

Continua Dal Bosco (2007, p. 358-359) afirmando que o Tribunal também deve marcar prazo para que sejam solucionadas as irregularidades encontradas nos órgãos sob sua fiscalização e, até, sustar o ato impugnado caso não lhe sejam observadas as recomendações, comunicando o fato ao Congresso Nacional. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato tem legitimidade para informar, ao Tribunal de Contas, irregularidades ou ilegalidades na administração pública, em qualquer dos órgãos sob a competência da fiscalização deste Tribunal (art. 74, § 2º). É importante verificar que qualquer irregularidade administrativa, ainda que detectada em controle interno da Administração, pode ser comunicada ao Ministério Público, especialmente se implicar responsabilidade civil ou criminal aos agentes públicos.

Dal Bosco (2007, p. 359) informa que o Ministério Público, de regra não mencionado pela doutrina também como órgão de controle da Administração, aparece como um dos mais ativos mecanismos de atuação em defesa da legalidade e da legitimidade das ações administrativas. A atividade do órgão no Brasil tem representado contribuição considerável à fiscalização da atividade da administração pública, após a edição da Constituição de 1988, que ampliou os poderes da instituição para defesa, não apenas do patrimônio público, mas, também, das causas das populações indígenas, autorizando a legislação ordinária a atribuir-lhe a titularidade para outras ações (art. 129, IX), com o que, atualmente, é titular de ações para proteção de direitos de menores, de consumidores, de idosos, entre outros.

Para Dal Bosco (2007, p. 359) o Ministério Público é um organismo independente, a quem cabe “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais *disponíveis* [...]”, (grifo do autor) conforme o texto do art. 127 da Constituição. A atuação do órgão ganha importância na medida em que são comuns as violações dos direitos fundamentais do art. 5º e dos direitos sociais do art. 6º, provocadas por desvios na execução das políticas públicas que representam ações afirmativas do Estado brasileiro.

Referida instituição está legitimada para promover esses direitos por meio de alguns instrumentos, pois, entre as suas funções institucionais estão as de promover

a ação penal, zelar pelo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados pela Constituição, efetivar medidas para garanti-los, entre elas, o inquérito e a ação civil pública, destinados a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, além de interesses difusos e coletivos (art. 129). A Lei 8.429/92 atribui ao órgão, ainda, a titularidade da ação civil para apuração de ato de improbidade dos agentes da administração pública (art. 17)¹⁶.

Para Dal Bosco (2007, p. 360 *apud* Frischeisen, 2000, p. 125) a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/93) e a Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei 8.625/93) estabelecem as funções institucionais e as formas de atuação do Ministério Público, em seus diversos ramos, na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que buscam assegurar direitos coletivos garantidos na Constituição. A ação civil pública regulada pela Lei de Infrações Econômicas (Lei 8.884/94) é o instrumento para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Seu objetivo é responsabilizar o agente público que não cumpriu os deveres aos quais estava adstrito pelo ordenamento jurídico, desrespeitando direito alheio, coletivamente considerado, impondo-lhe uma obrigação de fazer.

Para Dal Bosco (2007, p. 360), esse leque de possibilidades tem permitido que o Ministério Público possa interpelar o poder Executivo em diversas questões, promovendo os chamados “ajustamentos de conduta” com as administrações públicas, através dos quais acaba, de certo modo, interferindo em atitudes que implicam definições ou ajustes em políticas públicas que beneficiam os mais variados setores das comunidades, desde a proteção de direitos à saúde, à educação, até ao meio ambiente saudável¹⁷.

¹⁶ O art. 17 da Lei 8.429 tem o seguinte texto: “A ação principal que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”. O MP também pode exercer outras funções que a ele sejam conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade (inc. IX), incluindo-se aí as previsões de normas infraconstitucionais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 7.742/93), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei de Apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/89), Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), entre outras. O órgão pode propor, ainda, ações que visem à proteção de direitos individuais homogêneos, conforme jurisprudência dos tribunais brasileiros e decisões do Supremo Tribunal Federal (RE 163.231-SP. Relator: Min. Maurício Correa. *In*: Informativo do STF 64. Brasília, março/1997).

¹⁷ No campo das políticas públicas, pode-se relacionar a experiência da Procuradoria da República do Estado de Santa Catarina, numa ação conjunta com o órgão em nível estadual. Na ausência da atuação do poder Executivo, os dois níveis do Ministério Público elaboraram um Termo de Ajuste

Para Castilho (1998, p. 27) a multiplicidade de temas que tem sido objeto de ações civis públicas parece demonstrar uma postura crítica da grande maioria dos integrantes do Ministério Público Federal. A pesquisa indica que mais de 80% dos membros da instituição concordam plenamente, ou pelo menos em termos, com a idéia que cabe obrigatoriamente ao órgão exigir da administração pública que assegure os direitos previstos na Constituição e na legislação e nas promessas de campanha eleitoral. A mesma avaliação levantou que os integrantes do Ministério Público Federal, em sua maioria, entendem que, onde houver lei que garanta os direitos, não cabe aplicação da discricionariedade administrativa.

Dal Bosco (2007, p. 361 apud Castilho), afirma que a ação do órgão tem se mostrado eficiente na busca da adequada aplicação dos recursos públicos relacionados ao atendimento das necessidades básicas da população, especialmente em questões ligadas à saúde, como o fornecimento de medicamentos de alto custo e, por isso, de difícil aquisição pelos pacientes, principalmente contra *aids* e outras doenças graves¹⁸. Isto significa dizer que, sempre que a atuação da administração se desviar do interesse público por desrespeito não apenas à legalidade, mas também a qualquer dos demais princípios previstos no art. 37 da Constituição, pode o Ministério Público e, em determinados casos, o cidadão ou seu órgão representativo, acionar o Judiciário para pleitear anulação do ato causador dos prejuízos¹⁹.

de conduta Preliminar com entidades e empresas de extração de areia, argila e minerais de regiões às margens do Rio Tijucas, em vários municípios, para realização de um estudo e relatório de impacto ambiental (EIA/Rima) – procedimento técnico de alto custo – sobre extração de matéria-prima da bacia e diagnóstico dos danos causados ao meio ambiente, custeados pelos próprios poluidores. Posteriormente, será elaborado um documento final de ajuste de conduta em que os empresários se comprometerão a promover a recuperação do patrimônio devastado. Os dados constam do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) 1.723/02, celebrado entre a Procuradoria da República e a Associação das Mineradoras da região do Rio Tijucas-SC, disponível na sede da Procuradoria da República, em Florianópolis, na Rua Bulcão Viana, 198, centro.

¹⁸ Os representantes do Ministério Público têm proposto um grande número de ações tanto para anulação de ato lesivo ao patrimônio público, quanto para requerer a execução de políticas públicas para efetivar direitos fundamentais, como fornecimento de equipamento ortopédico para menor (TJSC – AI 2004.037573-4 – Rel. Dês. Wolnei Carlin – 28.04.2005); ou fornecimento de medicamentos para tratamento de *aids*. (STJ – REsp. 325.337/RJ – Rel. Min. José Delgado – DJU 03.09.2001; STJ – ROMS 11183/PR – Rel. Min. José Delgado – DJU 04.09.2000; STJ – ROMS 13.452/MG – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.10.2002; STJ – ROMS 11.129/PR. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002; Contra: STJ – REsp. 466.861/SP – Rel. Min. Eliana Calmon - j. em 17.06.2004. **Informativo STJ**, n. 213. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21.09.2005.

Dal Bosco (2007, p. 362) prossegue afirmando que questão importante no controle da administração pública brasileira é a que surgiu depois da privatização de diversos serviços públicos no País, na década de 90, e do surgimento das agências reguladoras. Esboçado ainda no governo de José Sarney e iniciado, concretamente, no governo de Fernando Collor, com a criação do Programa Nacional de Desestatização, sob responsabilidade do Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDS), o processo de desestatização tomou impulso com as privatizações mais importantes do governo de Itamar Franco, a transferência, ao setor privado, da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e empresas de fertilizantes, além do setor petroquímico.

Conforme a autora, a maior parte do processo de privatização ocorreu, entretanto, no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, com a retirada do Estado de amplas áreas da economia, tanto no âmbito da União quanto dos Estados, como os serviços de energia elétrica, telefonia, telecomunicações, entre outros, mudança que trouxe novos organismos de controle, criados sob a forma de agências reguladoras de serviços.

A Lei n. 9.427/96 criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), autarquia vinculada ao Ministério das Minas e Energia, seguindo-se a criação de outras nove agências reguladoras, dos setores de Desenvolvimento da Amazônia (ADA), água (ANA), telecomunicações (ANATEL), transportes aquaviários (Antaq), transportes terrestres (ANTT), petróleo (ANP), saúde (ANS), vigilância sanitária (ANVISA) e do setor de aviação civil (ANAC), vinculada ao Ministério da Defesa, criada em maio de 2005.

A autora afirma que o modelo regulatório, inspirado naquele implantado nos Estados Unidos, [...] ainda é uma incógnita no Brasil, dado que sua implantação é muito recente para que se possa ter noção mais clara dos resultados que poderá produzir. O que se observou até agora, no entanto, não parece indicar resultados animadores para os consumidores, que encontram-se no lado fragilizado dessa

¹⁹ Um dos únicos casos em que a legislação brasileira permite a possibilidade de propositura de ação diretamente pelo cidadão contra ato da Administração, de interesse público, está prevista no art. 5º, LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus da sucumbência”.

relação, pois as decisões das agências parecem voltar-se mais aos interesses dos concessionários do que àqueles das populações.

Dal Bosco (2007, p. 363) prossegue afirmando que a concessão e permissão de serviços públicos estão reguladas na Lei 8.987/95, prevendo que o poder concedente deve regulamentar os serviços concedidos e fiscalizar, de forma permanente, a sua prestação (art. 29, I), além de aplicar penalidades regulamentares e contratuais (II) e, até, intervir na prestação dos serviços (III), para assegurar a adequação dessa prestação ou fazer cumprir as normas contratuais, legais e regulamentares (art. 32, *caput*). As agências devem realizar, entre suas atribuições, a mediação de conflitos no âmbito administrativo entre os concessionários e entre estes e seus consumidores²⁰.

A autora afirma que a mesma legislação que criou as agências previu, também, a instituição de mecanismos de controle da sociedade sobre os prestadores de serviços, através da instituição de ouvidorias em todas as estruturas reguladoras. Ainda que a divulgação oficial do Governo Federal registre um número considerável de denúncias e reclamações às ouvidorias de algumas agências, a prestação de serviços depois das privatizações apresentou sérias depreciações, em alguns casos, como os da telefonia e da energia elétrica.

Dal Bosco (2007, p. 364) prossegue afirmando que a aplicação dos recursos públicos também é fiscalizada, no âmbito do Executivo, pelo Conselho Nacional de Transparência e Combate à Corrupção, criado em 2003, por decreto do Presidente da República, órgão colegiado e vinculado à Controladoria-geral da União, que tem como finalidade “[...] sugerir e debater as medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública, e estratégias de combate à corrupção e à impunidade [...]”, conforme o texto do art. 1º do decreto presidencial. O Conselho é composto de três representantes do Governo Federal, do Ministério Público e Tribunal de Contas, e da sociedade civil, compreendidos, nesta, membros representantes de entidades de classe como a Ordem dos Advogados, sindicatos de trabalhadores, e de vários outros segmentos da população.

²⁰ A Lei 9.427/96, de criação da Aneel, prevê no art. 3º, V, como uma das atribuições da agência, a de “[...] dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre as concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre estes e seus consumidores”.

Dal Bosco (2007, p. 364) afirma que no final de 2004, o Governo Federal criou o “Portal da Transparência”, na internet, para informação de todos os gastos da estrutura governamental da União. No site oficial, qualquer cidadão pode obter informações sobre os valores de recursos que a União repassa aos Estados e Municípios, além dos valores dos investimentos e despesas da estrutura do próprio Governo. O acesso apenas pela internet, como se sabe, reduz, drasticamente, a amplitude da transparência que o governo poderia pretender com a iniciativa, dado que, um número restrito de brasileiros dispõe de conhecimentos de informática. Logo, as informações que o Governo pretende transmitir à Nação, a título de transparência de suas contas, mal conseguem chegar a um décimo da população, assim mesmo contando que todos tivessem interesse em acessar o portal oficial, o que parece pouco provável, em se tratando do universo de brasileiros que efetivamente se interessa em participar de iniciativas para fiscalizar a atuação da administração pública.

Para a autora (2007, p. 366) uma das últimas formas de controle da Administração adotadas no Brasil, numa área até então imune a qualquer controle externo, foi a criação dos Conselhos Nacional de Justiça e Nacional do Ministério Público, pela Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004, que previu a participação de dois advogados e dois cidadãos em cada um dos colegiados (art. 103-B e 130-A). Entre as funções desses Conselhos, determinadas pela Constituição, estão as de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público, e o cumprimento dos deveres funcionais de juízes e promotores. Além dessas funções os Conselhos devem zelar pela observância dos princípios orientadores da administração pública, previstos no art. 37 da Constituição, e receber denúncias de quaisquer interessados a respeito da atuação de juízes e promotores, e dos serviços judiciários ou do Ministério Público.

Dal Bosco prossegue afirmando que quando nenhuma das formas de controle prévio pode ser utilizada para evitar a realização de investimentos ou condutas da Administração que sejam prejudiciais ao interesse público, cabe a atuação do Poder Judiciário, ao qual se pode recorrer mesmo em presença de ameaça de a lesão a Direito, conforme a previsão constitucional (art. 5º, XXXV). A avaliação ocorre depois da realização das atividades, portanto, verificação da legitimidade dos atos é feita *in concreto*. Logo, cabe ao Judiciário brasileiro decidir, de forma definitiva, as questões litigiosas envolvendo a administração pública, independente de quais sejam as

partes envolvidas no litígio anular condutas ilegítimas, determinando a realização das obrigatórias, assim como condenar à indenização de eventuais lesados.

Para Dal Bosco (2007, p. 368) a legislação brasileira dispõe de várias ações específicas voltadas ao controle judicial da Administração, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual ou coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, ação civil pública, e a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão. O *habeas corpus* é indicado em casos de ameaça ou prática de violência ou coação de liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII). O mandado de segurança, tanto na modalidade individual quanto na coletiva, destina-se a proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, desde que o abuso de poder ou a ilegalidade tenham sido praticados por autoridade pública ou agente privado no exercício de atividade de natureza pública.

Dal Bosco (2007, p. 369), afirma que existe, ainda, a ação de improbidade, prevista na Lei 8.429/92, espécie de ação civil, cuja titularidade também é do Ministério Público, que se destina a punir atos de improbidade, com ou sem enriquecimento ilícito, e a repor prejuízos causados ao patrimônio público por agentes públicos no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública. As sanções de perda da função pública, ressarcimento ao erário e suspensão de direitos políticos por até dez anos, conforme a tipificação do ato na lei, além de outras penalidades, como a proibição de contratação com o poder público e de recebimento de incentivos fiscais (art. 12). É o instrumento de proteção do direito das populações a uma boa administração, da moralidade administrativa e da eficiência das ações públicas, entre outros.

Para Dal Bosco (2007, p. 370 *apud* Oliveira), além desses mecanismos formais de controle, é importante que a sociedade esteja mais presente na luta pelos seus direitos, pois, em uma democracia, o que está em causa, em última análise, é a dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, não se pode qualificá-la como assunto da “classe política”, devendo ser entendida como uma questão pertinente à totalidade das pessoas, valendo, portanto, a busca de todos os mecanismos para lutar contra a corrupção e contra a perda de confiança dos cidadãos em seus governantes. Dal Bosco prossegue afirmando que assim, além dos mecanismos legais de controle, a presença dos instrumentos externos ao mundo do Direito pode ser de grande utilidade, como a atuação da imprensa.

Dal Bosco (2007, p. 370, *apud* Garcia de Enterría) afirma que uma comunicação social de qualidade, dotada de técnicas corretas de jornalismo investigativo, transforma-se em instrumento indispensável na luta pela dignidade da administração pública e, até, um serviço para a democracia, diante de um efetivo funcionamento dos mecanismos do regime. O caso recente das denúncias feitas no Brasil sobre o esquema de pagamento das mensalidades aos deputados para votarem com as bases governistas, batizado de “mensalão”, é um exemplo bastante consistente da importância da imprensa no processo de moralização da política e da administração pública.

Conforme relatado, as políticas públicas desempenham importante missão na concretização dos direitos fundamentais, não sendo mais uma função exclusiva do Estado, uma vez que a atual fase do constitucionalismo proclama uma maior participação da sociedade civil.

De fato, com a evolução da sociedade moderna, as relações sociais foram se tornando cada vez mais complexas, caminhando para um constante questionamento das políticas públicas adotadas pelos representantes populares no exercício de suas funções, de modo que o Poder Judiciário, progressivamente, foi sendo acionado para se manifestar sobre os direitos existentes nas controvérsias políticas, numa visão democrática do Estado de Direito.

Cumprе salientar que a sociedade em que nos encontramos e vivemos atualmente caracteriza-se por ser tanto uma sociedade de avanços científicos, tecnológicos de mutações de poder como as advindas da globalização econômica, como, por ser fecunda na produção de novos riscos humanos. A judicialização das políticas públicas nada mais é do que a intervenção do Poder Judiciário a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição do Estado, quando constatada a omissão dos demais poderes – Legislativo e Executivo.

Dessa forma, tendo o autor descrito a nossa sociedade como uma sociedade de avanços tecnológicos e científicos, bem como de novos riscos humanos, a interferência do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas é de fundamental importância na proteção dos indivíduos em face do poder estatal, já que com a globalização da economia, o Estado acaba por privilegiar o mercado industrial em detrimento, muitas vezes, do cidadão.

Evidentemente que o crescimento industrial gerou novos empregos e possibilidades para uma grande maioria da população, entretanto, a ameaça que tal crescimento provoca no meio ambiente e na vida dos indivíduos também deve ser considerada, pois as conseqüências desse processo começam a ser sentidas atualmente. (Fichamento Ulrick Beck. La sociedad del riesgo).

3.2.1 Das correntes

A partir daí, a concepção clássica da tripartição dos poderes foi sendo reanalisada, numa postura clara de se buscar efetivar aqueles direitos garantidos nas Constituições dos Estados contemporâneos, o que gerou a necessidade de um Poder Judiciário mais participativo, responsável também pela concretização do Estado Democrático de Direito, por não se aceitar mais a idéia de entrega a alguém do poder absoluto sobre determinada função pública, especialmente o poder de formular e implementar políticas públicas.

Tal postura se deve também ao pensamento de que a Carta Máxima de direitos de uma sociedade possui uma força normativa suficiente para garantir a plena aplicabilidade de suas normas, impedindo a violação de seus dispositivos constitucionais, numa oposição clara da idéia da “folha de papel” de Lassale (1988), em respeito à primazia da supremacia da Constituição.

Esta crescente judicialização da política tem causado certa tensão entre os poderes, que se materializou em dois eixos analíticos: de um lado, o que defende o Poder Judiciário mais atuante nas questões políticas do Estado e, do outro, o que nutre uma visão política democrática que privilegia a formação de uma cidadania ativa e comunicativa.

Desta forma, entendendo que as políticas públicas são desenvolvidas, atualmente, pelo Estado e pela Sociedade Civil, formulou-se uma proposta de conceito para políticas públicas que seriam aquelas atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado e/ou pela Sociedade Civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais e/ou o Estado Democrático de Direito.

Em relação ao papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, verificou-se grande evolução no entendimento jurídico que, inicialmente, não cogitava da possibilidade de limitação na atuação política dos poderes, passando pela aceitação da “teoria dos motivos determinantes”, chegando ao paradigmático julgamento da ADPF n. 45 MC/DF, que em decisão monocrática, o Min. Relator Celso de Mello, corajosamente, entendeu pela possibilidade da utilização daquela via processual para se realizar o controle de políticas públicas, em razão de violação de direito fundamental, preservando-se o mínimo existencial.

Analisando a temática, pode-se perceber que existem dois eixos teóricos: o procedimentalista, que entende que o papel do Poder Judiciário no exame das políticas públicas é o de garantir os meios de exercício da cidadania ativa não intervindo no conteúdo das políticas; e, o substancialista, posiciona o teórico estadunidense, defendendo que, para se garantir uma sociedade mais justa e equilibrada, preservando-se o sistema democrático, o Poder Judiciário deve agir positivamente na busca da efetivação dos direitos fundamentais.

Desta forma, não há como negar, atualmente, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, não se podendo falar em ausência de legitimidade do Poder Judiciário para a implantação dessas políticas ou em violação do princípio da “separação dos poderes”.

A força normativa constitucional é que impulsiona o Poder Judiciário para maior concretização dos direitos fundamentais, que não podem ser violados pela ausência total ou parcial de políticas públicas eficientes. A legitimidade do controle do Poder Judiciário provém do próprio texto constitucional que consagra os objetivos que devem ser alcançados pelo Estado, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, ainda que este tenha que assumir funções que, originariamente, não seriam de sua competência.

Entretanto, conforme Dworkin, este controle deve ser realizado através de uma visão integral do direito, que respeite a racionalidade jurídica que deve ser empregada, pelo juiz “Hércules”, na construção da melhor solução possível para os *hard cases*, não se aceitando que as decisões sejam tomadas por meros críticos políticos, mas por princípios jurídicos.

Conclui-se ser perfeitamente possível o controle judicial de execução de políticas públicas, enquanto que, no caso de formulação de políticas públicas, o controle judicial seria mitigado, podendo se realizar em casos extremos, como o do

mínimo existencial e o da discricionariedade zero, numa clara violação ao direito fundamental, utilizando-se de racionalismo jurídico na construção dos argumentos da decisão proferida, reafirmando-se a força normativa dos textos constitucionais.

3.2.1.1 Teoria Procedimentalista

O eixo procedimentalista acredita que a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas desrespeita o processo democrático, que elege os seus representantes para a formulação das atividades necessárias para a coletividade, não sendo adequado para a discussão dos conflitos político-sociais, em virtude, também, das sérias dificuldades que os tribunais possuem para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca desses conflitos (WERNECK; CARVALHO; MELLO & BURGOS, 1999, p.22).

O entendimento é de que a intervenção Judicial cria uma cultura paternalista que impede o pleno exercício da cidadania num regime comunicativo democrático, de forma a cultivar o individualismo totalmente dependente do Estado, não sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário no controle de implementação e execução de políticas públicas, devendo se ater somente a uma atuação que consagre a conquista de canais comunicativos democráticos, garantindo a existência de ambientes que propiciem os indivíduos a criarem seus próprios direitos.

Assim, para os procedimentalistas, a intervenção judicial somente seria legítima para garantir o procedimento democrático e a forma deliberativa da constituição da vontade política, por não competir ao Poder Judiciário definir sobre o que o indivíduo deve decidir, mas apenas como ele deve proceder nesta decisão, de forma a garantir aos cidadãos a liberdade de participação política ativa, da maneira que bem estenderem.

Em sua construção filosófica, Dworkin (2001, p. 25-32) prioriza os direitos fundamentais em detrimento da soberania popular, buscando proteger esta categoria de direitos contra violações advindas de processos majoritários de deliberação. Para ele, portanto, a soberania popular é limitada pelos direitos fundamentais, vez que a lei, advinda de um processo legislativo majoritário, nem sempre é justa.

Quando se fala em procedimentalismo, não se pode deixar de citar Niklas Luhmann e sua obra *Legitimação pelo Procedimento*, que enfatiza, de forma extremada, que a legitimidade do direito somente é alcançada através da observância rigorosa das formas, pois só assim os interlocutores de um procedimento sentem-se confortáveis para aceitar uma determinada decisão, mesmo que não a mais acertada, pois para este autor o importante é que o procedimento tenha sido seguido estritamente.

Ferraz Júnior, comentando a obra do autor, concluindo seus escritos enfatiza:

Sendo a função de uma decisão absorver e reduzir a insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta decisão (LUHMANN 1980, p. 5).

Modernamente, as teorias e os doutrinadores que defendem o procedimentalismo evoluíram sobremaneira. Entre os seus expoentes, destacam-se Jurgen Habermas, Antoine Garapon e John Hart Ely, que são terminantemente contrários à penetração da política e da sociedade pelo direito, entendendo que o princípio democrático-deliberativo deve sobrepor-se ao paradigma contratual, ou seja, a construção do direito através da intervenção do Poder Judiciário prejudica a democracia representativa, bem como a independência e harmonia entre os poderes da República, de forma que o Judiciário ficaria relegado às funções garantidoras dos procedimentos legislativos de formação majoritária da vontade popular que na verdade exerce a função central de um Estado Majoritário de Direito (HABERMAS, 1997, p. 125).

Para Garapon (2001, p. 53) “o excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa paralisa qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado.” Para o autor, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de retirar o velho mecanismo sacrificial, de tanto perceber tudo através do prisma deformador do direito. A justiça arrisca-se a abrir caminho para a tirania das minorias e, na opinião do autor, até

mesmo para espécie de crise de identidade: “o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso.”

3.2.1.2 Teoria Substancialista

Para o segundo eixo, também denominado de substancialista, o Poder Judiciário deve atuar ativamente como um protetor dos princípios fundamentais da democracia e como um veículo de transformação social do país, no intuito de se consolidar a igualdade material entre a sociedade, sem prejuízo da liberdade (GARAPON, 2001, p. 53).

Os adeptos desta corrente defendem que o controle realizado pelo Poder Judiciário é importante para (re)construção do sistema de valores democráticos, uma vez que se abre mais uma via de acesso às instâncias do poder, o que é profundamente importante para o pluralismo, de forma a garantir maior participação política de grupos excluídos da sociedade, fortalecendo-se a democracia por intermédio da atuação do Poder Judiciário.

Ao contrário do que defendem seus críticos, entendem os substancialistas que esta medida é necessária para o próprio fortalecimento da democracia participativa, que não é violada com a intervenção do Poder Judiciário nas atividades políticas do estado, mas cria novo mecanismo de participação popular, principalmente daqueles alijados do processo político.

A corrente substancialista, por sua vez, cujos maiores defensores estrangeiros são Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, e brasileiros Paulo Bonavides, Celso Antonio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, Lênio Luiz Steck e Alexandre Moraes da Rosa, entendem que o Poder Judiciário não deve assumir uma postura passiva perante a sociedade, constituindo-se ele em verdadeiro garantidor da efetividade constitucional.

Cappelletti diz que a intervenção do Poder Judiciário é tão importante que defende a criação do Direito Judiciário, evidenciado como resultado da jurisprudência interpretativa. A função interpretativa do juiz é vista como um processo complexo, que necessita da articulação entre o direito, moral, política,

dosada com equidade, promovendo a interação do direito com outras ciências do conhecimento humano. O autor ainda afirma que:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e, sobretudo, aqueles da história e economia, da política e da ética, da sociologia, e da psicologia (CAPPELLETTI, 1997, p. 107).

Sobre democracia, o autor evidencia que ela não pode ser reduzida a “uma simples idéia majoritária” e complementa:

[...] democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do Checks e balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também, controles adequados perante os outros centros de poder (CAPPELLETTI, 1997, p. 107).

A visão de Dworkin não destoa do substancialismo tradicional, pois acredita que “escrevendo no âmbito da *common law* também se aproxima das teses substancialistas por ver a função judicial e a jurisprudência por ela produzida, como importante instrumento de concretização da comunidade política, atrelado aos ditames constitucionais-pactuais”²¹.

Bonavides, por sua vez, que trabalha com a perspectiva de uma Constituição aberta, entende que a judicialização da política é um instrumento necessário em

²¹ Artigo: MARCELINO, Júlio César. A jurisdição constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas ‘versus’ substancialistas, p.38.

países periféricos para que os direitos sejam respeitados pelas elites dominantes, que manipulam o poder e explica que:

[...] sem meios para produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, a velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento de legítima vontade nacional e popular (BONAVIDES, 1993, p. 9).

Para Streck (2002, p.19) os posicionamentos procedimentalistas devem ser fortemente combatidos, pois ao refutarem o paradigma do estado social, deixam de lado a idéia de Estado Democrático de Direito, que consiste em um '*plus normativo*' em relação ao paradigma provedor do *welfare state*. O referido autor, ainda enfatiza que o substancialismo aproxima-se, sobremaneira, com a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, cujo conceito, para Alexandre Morais da Rosa é: "[...] entendida como modelo de direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais." Para Rosa, isso acontece porque a legitimação do estado Democrático de Direito, diante da complexidade contemporânea, "deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais."

3.2.2 Limitações do controle judicial

De acordo com Bross (2006, p. 36) os Poderes Executivo e Judiciário, por sua vez, podem ser freados pelo legislador e sujeitos ao seu controle imediato se estiverem comprometidos com a Constituição e com as leis. Isto significa que os Poderes Executivo e Judiciário não devem operar independentemente da Constituição e do legislador.

Mesmo no Estado Democrático de Direito, o sistema constitucional de controle tem, em algum momento, seu fim - a cadeia de controles se exaure.

Logicamente não pode haver controle infinito. Em alguns momentos se atinge o último elo dessa cadeia, e isso em última instância. Para não permitir que tal mecanismo se torne muito moroso, são necessários caminhos de controle curtos entre os Poderes, e poucas instâncias de controle dentro do sistema. Consequentemente se faz necessário que o Executivo esteja sujeito ao controle judicial e, além disso, que, pelo menos, o primeiro escalão desse Poder (entendido como a esfera de governo) se submeta ao controle parlamentar. Pode-se, entretanto, alegar que a divisão de poderes será imperfeita se apenas o Poder Executivo, e não o Judiciário estiverem sujeitos ao controle por outro Poder.

Para Dal Bosco (2007, p. 135-136), no que se refere à atividade prestacional, o Estado que assumiu deveres de prestar serviços aos cidadãos, de forma genérica, iniciado no século XIX e que se estendeu de modos diferentes conforme as estruturas de cada Nação é uma das causas dos grandes problemas que as sociedades modernas enfrentam na atualidade. Antes, o Estado era apenas responsável pela ordem pública, administração da justiça e defesa, além de algumas obras públicas fundamentais, não se envolvendo com serviços de educação e saúde, por vezes prestados por outras organizações da sociedade. O Estado moderno, entretanto, passou a ser o garantidor das prestações de saúde, educação e segurança social. A tentativa de dar acesso universal aos serviços como água encanada, saneamento básico, correio em domicílio, transportes e telefone aumentaram a despesa pública crescendo a carga fiscal e causando um aumento desmesurado da máquina pública.

Conforme Appio (2008, p. 135) as questões políticas dizem respeito à prerrogativa de escolha dos meios através dos quais o governante eleito executará seu programa. A atividade administrativa é o instrumento de execução das políticas públicas, sociais e econômicas, sendo que as primeiras consistem em intervenções estatais que a Administração Pública realiza com o objetivo de assegurar a universalidade de acesso aos serviços sociais básicos, como saúde, segurança pública e educação.

Para o autor, os atos essencialmente políticos, para os quais o constituinte de 1988 outorgou ao Poder Executivo – como responsável pela gestão da máquina administrativa – a elevada margem de liberdade de escolha das políticas públicas e sociais a serem executadas, representa um intransponível limite à jurisdição do Poder Judiciário no ambiente constitucional brasileiro. Somente nos casos em que o

constituente já definiu o conteúdo de uma política pública, social ou econômica é que a intervenção positiva do Poder Judiciário se revela compatível com suas funções constitucionais.

De acordo com Appio a escolha de qual estrada ou hospital deve ser construído ou, ainda, de que forma será regulado um direito constitucional demanda uma legitimidade representativa que milita em desfavor das escolhas judiciais ou do Ministério Público. Estas opções, derivadas de um dever genérico previsto na Constituição, estão diretamente relacionadas com o princípio democrático, sendo certo que somente através da ampliação da democracia participativa se revela possível uma efetiva ampliação do controle judicial das questões políticas.

Appio (2008, p. 136) prossegue afirmando que o Poder Judiciário não pode implementar políticas públicas a partir de deveres genéricos do Poder Executivo previstos na Constituição, porque não teria um parâmetro razoável de atuação, diante da natureza jurídica (e não política) de sua atividade. Sobre o tema, revela-se importante a distinção feita por Ronald Dworkin (2002, p. 132), entre princípios e políticas, sob o argumento de que juízes devem guiar-se pelos princípios.

Ao implementar uma política pública a partir de um dever genérico previsto na Constituição, os juízes estão atuando no plano estritamente político, definindo os perdedores e ganhadores dentro da comunidade jurídica, além de mensurar-lhes as perdas e ganhos. Interferem, portanto, no espaço reservado aos demais poderes, suprimindo as prerrogativas inerentes ao sistema representativo e impondo suas concepções próprias acerca do tamanho do Estado.

Agem, portanto, como um bloco ou partido político. Já nos casos em que interferem de forma positiva, visando assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais utilizam um argumento jurídico e não político, qual seja: de que existe uma vinculação plena dos atores políticos ao texto da Constituição a qual determina que o Poder Judiciário assegure sua concretização.

3.2.3 Mínimo existencial em contraposição à justa reserva do possível

A questão inicial e a nomenclatura conferida ao instituto da reserva do possível, brotaram de deliberação do tribunal constitucional federal alemão, em um caso simbólico, cognominado *numerus clausus*, conforme Oliveira & Calil (2008). A decisão, pretendia acessar, irrestritamente, determinados cursos de elevada procura do ensino superior, fundamentando-se em dispositivo da Lei Fundamental germânica.

Olsen (2008, p. 215) afirma que o Tribunal Federal alemão, decidiu que garantir vagas a todos os interessados sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte, decorrente do período pós-guerra. Krell (2000, p. 52) complementa que os direitos a prestações somente seriam exigíveis em relação àquilo que o indivíduo, racionalmente, pudesse esperar da sociedade, impossibilitando exigências superiores a um limite básico social.

Sarlet & Figueiredo (2008, p. 29) afirmam que desde 1970 o conceito se desenvolve. Que estaria sob a reserva de capacidades financeiras do Estado, a efetividade dos direitos a prestações, passando a traduzir a idéia da dependência da real disponibilidade financeira, localizada no campo de atuação discricionária das decisões dos poderes. A doutrina brasileira não conferiu atenção ao fenômeno até a década de 1990.

Barcellos (2008, p. 263), entretanto, entende que a teoria não era desconhecida, já tendo sido relacionada com os limites aos direitos sociais prestacionais.

Sobre a doutrina nacional, Krell (2002, p. 54) afirma ser ela contumaz na importação de conceitos do direito comparado em desuso, comprovadamente ineficientes: ou, mesmo, conceitos eficientes, porém, dispensando a filtragem ou adaptação ao ordenamento pátrio.

Conforme Krell (2002, p. 54), os estudiosos do Direito Comparado, persistem lembrar que “conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade.”

Reserva do possível é exemplo dessa situação: graves distorções foram praticadas quando da importação do referido conceito. A decisão alemã refere-se à impossibilidade de atendimento geral em detrimento de outros serviços públicos. Conforme o entendimento doutrinário, a reserva do possível alargou seu âmbito de influência: no Brasil, na tentativa de blindar o erário público da interferência do Poder Judiciário em relação à efetivação de direitos prestacionais e, arrastou consigo outros conceitos diversos. Olsen (2008, p. 221) afirma que a preocupação inicial, referente à proporcionalidade e à razoabilidade “deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, e para os custos dos direitos”.

Krell (2002, p. 56) critica a adoção mencionada desvencilhada das devidas adaptações do tema, pois é de opinião que tais “importações” consistiriam em “soluções estrangeiras às vezes incoerentes com as verdadeiras necessidades materiais do país que, há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira”.

3.2.3.1 Reserva do possível como princípio

Para Oliveira & Calil princípios, nos dizeres de Dworkin (2007), são “padrões que devem ser observados por exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (2007, p. 36). Em um sentido ainda mais amplo, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, configurando mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

Hodiernamente, os princípios não têm apenas função interpretativa ou integrativa, de colmatação de lacunas nos sistemas jurídicos; têm, além dessas duas dimensões, o condão de estabelecer objetivos do ordenamento jurídico, sem especificarem com precisão os meios para perquiri-los, objetivando-se “alcançar um determinado *estado de coisas*, cabendo aos aplicadores a identificação dos meios mais adequados para alcançá-lo” (GALDINO, 2005, p. 27). A esta função dá-se o nome de “função normativa (autônoma) dos princípios, que se caracteriza por estabelecer que uma coisa deve ser de uma maneira determinada” (em fórmula

simples: um dever de SER), criando situações jurídicas subjetivas” (GALDINO, 2005, p. 30).

Tendo em vista o fato de que os critérios determinantes da reserva do possível são, de fato, dotados de grande abstração, parcela da doutrina vem conferindo ao instituto o *status* de norma, especificamente, de princípio. Contudo, não parece ser o caso.

Se considerada como princípio a permear o ordenamento jurídico pátrio, no caso de conflito com outros princípios, especificamente as normas que consagram direitos fundamentais, a reserva do possível deixa de ser um elemento de ponderação, passando a entrar diretamente na operação de sopesamento. Assim, o referido instituto teria um fim em si mesmo, não mais sendo considerado um dos fatores a se levar em conta um conflito normativo.

A impossibilidade de definição da reserva do possível como princípio foi tratada por OLSEN (2008, p. 140), da seguinte maneira: a norma restritiva poderá configurar um princípio de restrição na eventualidade de colisão entre direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de caráter constitucional “da qual resultaria uma restrição a direitos fundamentais”.

Com esta concepção, KRELL (2002, p. 52) afirma que a reserva do possível deixa de ser um elemento a ser considerado na ponderação entre princípios para se tornar, ela mesma um princípio, sendo, o sentido a ela conferido por ocasião de seu surgimento, ou seja, de exigibilidade limitada àquilo que o indivíduo, racionalmente, pode esperar da sociedade.

Além disso, a concepção esbarra na configuração normativa dada aos direitos fundamentais: o *status* de princípio. Conforme Galdino (2005, p. 26), os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, inclusive no que tange à supracitada função normativa, eventualmente criando situações jurídicas subjetivas para os respectivos destinatários.

Considerados os direitos fundamentais como princípios, para OLSEN (2008, p. 140), revelando-se a necessidade de ponderação para identificar posições jurídicas definidas e solucionar eventuais conflitos entre âmbitos normativos em rota de colisão, parece possível admitir a existência de restrições em um sentido mais amplo, desvinculado da noção de norma jurídica.

Em sentido paralelo, deve-se colocar em pauta a posição de divisão entre os princípios materiais (promovem a criação de situações jurídicas subjetivas) e

operacionais (de sobre-direito). Estes últimos funcionam como operadores que viabilizam a operação de outras normas (GALDINO, 2005.p. 39).

Tratar o tema da reserva do possível sob este prisma é o esforço hermenêutico máximo que se admite na conceituação da reserva do possível como princípio jurídico. Mesmo assim, o esforço é inútil. O instituto de que se trata, sob a ótica do tribunal constitucional alemão, pondera a oferta insuficiente de vagas não como reserva orçamentária em si, mas, principalmente, como princípio da igualdade. Nos dizeres de Galdino (2005, p. 43-44), mesmo a igualdade carece de conteúdo, que deve ser balizado à luz do caso concreto, tratando-se de um princípio “vazio”, que objetiva a operacionalidade de outras normas.

Sob este viés, a reserva do possível é incompatível com o conceito de princípio, ao menos no sentido normativo que se confere a um direito fundamental. As próprias origens do instituto sugerem um caráter de especificidade muito maior. Além disso, o instituto não confere direito subjetivo algum: ao contrário, configura obstáculo à efetivação de direitos.

3.2.3.2 Reserva do possível como cláusula aberta

Outra parte da doutrina e da jurisprudência não se percebeu de pronto a entonação conferida ao vocábulo classificando a reserva do possível como *cláusula*. Entende-se que o pensamento refere-se às chamadas “cláusulas abertas” ou “cláusulas gerais” que, para ENGISCH (1979, p. 189), são formulações de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem “tratamento jurídico a todo um domínio de casos”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exemplifica especificamente no julgamento da Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental do número 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, mencionado por Silva, como segue:

Os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de

outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (SILVA, 2007, p. 189).

Cláusulas gerais ou abertas e princípios, regras ou conceitos jurídicos indeterminados não podem ser confundidos: têm a função de tornar os princípios palpáveis e mensuráveis. A errônea equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais, de acordo com Martins-Costa (2000, p. 316), decorre *da extrema polissemia* que ataca o termo *princípios*; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação.

A presença dessas cláusulas gerais, para Jorge Júnior (2004, p. 82) se verifica na ausência de instrumento legal a tipificá-la e o autor afirma que haverão de ser identificadas cláusulas gerais pela inexistência de formulação típica para esta categoria normativa: “se algumas cláusulas gerais revelam-se patentes, outras deverão ser “descobertas” no ordenamento, pois nem sempre é o arcabouço da preposição normativa que por si só as caracterizam.”

Por condicionarem a aplicação de normas, essas expressões (cláusula ou postulado), podem parecer mais adequadas à definição do instituto, no entendimento de Olsen (2008, p. 110): um postulado não estaria sujeito à ponderação. Busca-se o entendimento de Jorge Júnior que afirma serem as cláusulas gerais hierarquicamente inferiores aos princípios constitucionais, sendo por eles controladas.

Comentada a natureza jurídica da reserva do possível, cumpre abordar discussão acalorada na doutrina pátria, contrapondo a *reserva do possível*, que é o *mínimo essencial*, *mínimo existencial* ou *mínimo necessário a uma existência condigna*, entre outras denominações. Jorge Neto (2008, p. 151) afirma que “[...] o mínimo existencial está em constante tensão com a reserva do possível, sendo difícil estabelecer, de modo abstrato, qual deles e em que situações deverão prevalecer”.

Inspirados pela Lei Fundamental alemã os estudiosos pátrios, têm defendido a prioridade de um conjunto de direitos indispensáveis a uma existência digna e ao exercício de liberdades fundamentais. Para Galdino, (2005, p. 195) trata-se, na verdade de conferir reconhecimento a uma parcela das prestações positivas consideradas imprescindíveis para a vida com mínima dignidade e para o exercício

dos direitos de liberdade “como sejam a alimentação, o vestimento, o teto (moradia), a educação básica *et coeterea*.”

Olsen (2008, p. 149) afirma que a discussão surge a partir da necessidade de preservação dos direitos fundamentais frente às intervenções dos poderes estatais. Para Maurer, (2007, p. 308), a proteção ao núcleo essencial foi prevista na Lei Fundamental alemã, em seu artigo 19, § 2º, que assim determina: “Art. 19 [...] em nenhum caso um direito fundamental pode ser atingido em seu conteúdo essencial.”

A doutrina do núcleo essencial, segundo afirma Canotilho (2008, p. 262), foi desenvolvida em vista ao regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (Art. 187 da Constituição Portuguesa) e, em alguma medida, os direitos análogos, mas, só na parte metodologicamente sustentada pela analogia. O problema é o de saber se ela não deve ser alegada aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Sobre a discussão, antes de conceituar o que seria um *mínimo essencial*, deve-se, realçar sua importância para o estudo da *reserva do possível*. Galdino leciona que:

Por evidente, há o reconhecimento, explícito ou mesmo implícito, de que também as prestações públicas que integram o mínimo essencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que eu não ostentem tal caráter (GALDINO, 2005, p. 196).

Faz-se imperioso para Oliveira e Calil, determinar o instituto antecedente, pois não se aclarou qual dá sustentação à existência do outro. A *reserva do possível* limita os direitos fundamentais prestacionais a um *mínimo necessário* a uma existência merecida, ou a existência da reserva financeira é de aplicação geral, apenas encontrando limitação no tangente a um núcleo dignitário mínimo. A questão não encontra tratamento específico na verdade brasileira.

Para Barcellos (2008, p. 258), reconhece-se a eficácia positiva a esse *mínimo essencial* proveniente de seus efeitos perante todo o sistema jurídico-constitucional. No entendimento de Torres (2008, p. 80), enquanto o *mínimo existencial* prescinde de lei ordinária, os direitos sociais a ela estão condicionados, tendo em vista seu caráter programático e a certeza de que sua proteção gera despesa pública que deve contar com dotação orçamentária prévia.

Conforme Sarlet & Figueiredo:

No Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo essencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já se proclamava a Constituição de Weimer, de 1919 (SARLET & FIGUEIREDO, 200, p. 24).

Os direitos sociais, para Silva (2007, p.184) apenas são fundamentais como elementos do *mínimo existencial*, considerando o instituto em aspecto duplo: a) proteção negativa contra a incidência tributária sobre os direitos sociais mínimos; e b) proteção positiva representada por prestações materiais aos menos favorecidos. Assim, tem-se que algumas prestações positivas são necessárias mesmo a um núcleo dignitário ou libertário mínimo.

Sobre a conformação de um núcleo essencial, Olsen (2008, p. 159-153) afirma existirem duas teorias: a) uma teoria relativa, referente ao núcleo essencial como o resultado de uma avaliação pela proporcionalidade, e justifica-se eventual intervenção em virtude da dimensão de peso dos princípios envolvidos no embate; e b) uma teoria absoluta, que defende um núcleo essencial intangível, determinado em abstrato.

A dúvida se encontra justamente nesses pontos do raciocínio. Sabe-se que o “núcleo essencial”, segundo Oliveira e Calil, necessita de prestações estatais e que esse conjunto de direitos tem sua eficácia positiva reconhecida de maneira quase pacífica na doutrina.

Os autores seguem afirmando que o que ainda não se determinou é: a) se a reserva do possível é obstáculo fático geral aos direitos prestacionais, ressalvado o núcleo essencial composto também por esses direitos; ou b) se é a reserva do possível que delinea o mínimo essencial, restringindo todos os direitos que a ele não pertencem.

Oliveira e Calil entendem que há conseqüências no enquadramento em um ou em outro conceito. Caso se entenda que a reserva do possível é um obstáculo fático aos direitos prestacionais, se está diante de teoria absoluta do núcleo essencial, pois seriam intangíveis pela reserva do possível, nada mais podendo olvidar a exigibilidade desse conjunto de direitos subjetivos.

Para os autores, se a conclusão for de que o delineamento do mínimo essencial ocorre pela reserva do possível, esse conjunto de direitos ocasionará uma ponderação, sendo que pode ser limitado no caso concreto. Neste ângulo, o mínimo essencial apenas existiria em consequência da reserva do possível, o que, em verdade, não acontece, integrando o embate, considerando-a, como característica dos direitos prestacionais.

De fato, a reserva do possível é, em termos histórico-jurídicos, um instituto novo, que ainda não encontrou tratamento exaustivo por parte da doutrina mais autorizada. Desse modo, faz-se imperioso o estudo do tema, tendo em vista suas consequências gigantescas para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos a prestações estatais.

Oliveira e Calil afirmam que percebe-se que quase todos os estudiosos que escrevem sobre o assunto tratam de suas consequências práticas, relacionando-as à sindicabilidade judicial dos direitos sociais. Referida atitude é justificável tendo em vista que a reserva do possível transmudou-se de instituto jurídico a muralha intransponível a proteger o poder público de ter de cumprir com os deveres aos quais está constitucionalmente submetido. Contudo, impende visualizar o tema sob outros prismas, quais sejam sua interpretação histórica, sistemática e econômica e busca por sua natureza jurídica. Assim sendo, tem-se que o instituto em tela é de extrema relevância no cenário jurídico atual, merecendo estudos aprofundados.

Finalmente, deve a reserva do possível, assim como os conceitos a ela inerentes, passar por um processo de adaptação ao direito pátrio para que se torne instrumento de preservação do erário em prol do cidadão, não em seu desfavor.

3.3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.

Para Azevedo & Fagundes (2007, p. 89) as estatísticas de homicídios no Brasil apontam para níveis alarmantes, especialmente entre a população masculina jovem, (15 e 24 anos), da periferia dos grandes centros urbanos. Ocorre o mesmo contra o patrimônio e com a vitimização de mulheres e crianças. Para Adorno:

Juntamente com o crescimento nas taxas de criminalidade violenta, um outro componente contribui de forma decisiva para o descrédito nas instituições e a busca de alternativas privadas para a garantia da segurança. Trata-se do baixo padrão de funcionamento do sistema de justiça criminal. Uma análise de cada uma das agências que compõem o sistema, em geral ineficientes ou despreparadas para atuar em padrões satisfatórios de legalidade, permite compreender os motivos que levam boa parte da população a perceber o contexto social como um verdadeiro estado de natureza (ADORNO, 1999, p. 227-246).

Sobre a Escola de Chicago, Garcia-Pablos, afirma que “a grande cidade é vista como uma unidade ecológica, dentro da qual poderiam ser identificadas as zonas aéreas onde se encontra a criminalidade, (*delinquency areas*)” e comenta que o “efeito criminógeno dos aglomerados urbanos é explicado pelos conceitos de desorganização e contágio, bem como pelo debilitamento do controle social nesses centros” O autor complementa que:

A deteriorização dos “grupos primários” (família), a modificação qualitativa das relações interpessoais, que se tornam superficiais, a alta mobilidade e a conseqüente perda de raízes no lugar de residência, a crise de valores tradicionais e familiares, a superpopulação, a tentadora proximidade às áreas comerciais e industriais onde se acumula a riqueza criam um meio desorganizado e criminógeno, no qual se enfraquecem os mecanismos de controle social (GARCIA-PABLOS, 1997, p. 246).

Azevedo & Fagundes (2007, p. 90) afirmam que, a Escola de Chicago foi bastante prolífica, em termos de política criminal: propôs reformas legislativas e programas de intervenção social baseados nos seus princípios. Se contrapôs às respostas de tratamento individual ao delito oferecidas pelo sistema penal, adotou a perspectiva de política criminal no nível da pequena comunidade local, visando a mobilizar as instituições sociais locais (vizinhança, igreja, escola, grupos esportivos, etc.) para reconstruir a solidariedade social e controlar delinqüentes.

Citando Tangerino são os princípios elaborados pela Escola de Chicago para o enfrentamento dos problemas sociais:

Tal filosofia pode ser traduzida nos seguintes princípios: Necessidade do desenvolvimento da comunidade como um todo e não apenas de tal ou qual grupo social. Trata-se de verdadeiro

axioma para SHAW: na medida em que as vizinhanças encerram em si todos os elementos necessários para exercer a contento o controle social informal, a intervenção no sentido de prevenir ou tratar um problema social deve ser feita envolvendo a comunidade como um todo, sob pena de se transformar em uma intervenção inútil ou ainda ilegítima, sem participação social local (TANGERINO, 2005).

E o autor prossegue afirmando que:

[...] Um segundo princípio; reza que a autonomia dos verdadeiros residentes locais no planejamento e na execução das tarefas de qualquer programa em contraste com as instituições tradicionais que impõem uma agenda externa por meio de pessoas ou que residem ou que representem interesses externos à comunidade; ênfase no treinamento e na utilização de líderes locais, da vizinhança. Utilização ao máximo das instituições já localmente constituídas, particularmente daqueles grupos sociais locais tais como igrejas, sociedade e clubes; as atividades do programa devem ser entendidas, primariamente como um pretexto para alistar a participação efetiva dos moradores locais em um esforço comunitário construtivo e criando e cristalizando um sentimento de vizinhança em relação à tarefa de promover o bem-estar das crianças e a melhoria social e física da comunidade como um todo. Trata-se efetivamente do princípio do controle social informal no sentido de que há uma mobilização coletiva no sentido de impor um conjunto de valores e de condutas naquela região com vistas à melhoria da mesma. O autor menciona um sexto princípio, o de avaliação, fundamental para balizar cientificamente eventuais conquistas do Programa (TANGERINO, 2005).

O modelo burocrático de administração pública, característico da modernidade, passa por um momento de mudanças, de questionamentos, de reforma. Os autores citam Dias Neto quando diz:

Esse modelo se fundamenta na centralização e hierarquização das estruturas decisórias e na regulamentação capilar dos sistemas estatais de prestação de serviços, como garantia de qualidade e consistência de ação governamental e de neutralização dos riscos de manipulação administrativa por interesses econômicos, corporativos ou eleitorais (DIAS NETO, 2005, p. 45).

Para Azevedo & Fagundes, entre as modalidades de intervenção, destacam-se as voltadas ao reconhecimento político de demandas locais por segurança; as voltadas à produção de conhecimento (como subsídio para formulação de políticas); e as voltadas para o planejamento de um plano de intervenções com a participação da sociedade, a partir de diagnóstico prévio.

Os autores afirmam que a valorização do espaço local também fundamenta a nova prevenção. A dimensão política local é a base para discussão e a mobilização em torno dos problemas que se relacionam com a violência e a criminalidade. São múltiplos os fatores que influenciam as dinâmicas criminais e, nesse aspecto, mesmo problemas globais podem apresentar-se de diferentes maneiras localmente, daí a importância de conhecer a realidade local, pois leva em conta características culturais, econômicas, urbanas, sociais, entre outras.

Para os autores, neste âmbito é necessário conhecer a realidade, apropriando-se de dados locais como diagnóstico da realidade criminal, dados econômicos, demográficos, culturais, urbanísticos, bem como sobre a infraestrutura de serviços públicos disponibilizados à população e sobre o nível de participação e de organização da sociedade local. É importante a presença do governo local, como integrador das ações de diferentes áreas (educação, cultura, habitação e planejamento urbano, saúde e bem-estar social, além da segurança), promovendo a participação social e o envolvimento das redes de atores sociais ligados à dinâmica social e política local.

Afirmando sobre o aumento da criminalidade e a falência da capacidade de resposta do sistema penal, vítima de uma evidente sobrecarga de expectativa, os autores afirmam que os chamados movimentos de lei e ordem têm sido levados à ação: “já que o remédio não funciona, vamos aumentar a dose”. Em nome dos clamores midiáticos por mais segurança, propõe-se a redução da impunidade e das margens de tolerância; o aumento de penas e a utilização das mesmas como mecanismo de pura e simples contenção; supressão de garantias em nome da eficiência e do combate ao crime; a busca de alternativas individuais, como segurança privada e a autodefesa, minando ainda mais a capacidade de uma resposta coletiva e democrática. Em nome da defesa da sociedade contra o crime, são postas de lado as conquistas civilizatórias no âmbito do sistema penal, pilares

fundamentais de uma sociedade que se pretenda democrática e a defesa dos direitos humanos passa a ser taxada como a defesa de bandidos.

Kahn & Zanetic (2005) afirmam que há uma diferenciação entre “políticas de segurança pública” e “políticas públicas de segurança”: as políticas primeiras são mais amplas e mesclam as questões de segurança a aspectos como cidadania e direitos humanos, enquanto as segundas referem-se a atividades típicas da atuação policial repressiva. Para os autores, a diferença entre a atuação de Secretarias Municipais de Segurança e Secretarias Estaduais de Segurança está justamente no fato de as primeiras terem surgido em momento histórico cuja diferenciação entre as políticas acima referidas já começaram a ser compreendidas. É nítida a atuação preventiva dos municípios, com ações como profissionalização e disponibilização de acesso à cultura, lazer e esportes a jovens; atendimento a vítimas; projetos ligados à cidadania e vinculados a melhorias da qualidade de vida da população.

Para os mesmos autores, os processos de municipalização da gestão da segurança fazem parte deste caminho alternativo. A partir de uma compreensão de que a violência e o crime são fenômenos que derivam de um contexto global, mas acontecem no local, evidencia-se a necessidade de que os gestores das políticas públicas de segurança estejam mais próximos do problema, e mais capacitados para atuar como propulsores de um processo de resgate da participação cidadã, discussão e equacionamento dos problemas sociais. Em um grande número de municípios por todo o país, a criação de secretarias municipais de segurança urbana tem oportunizado a abertura de um canal de conexão mais próximo e efetivo entre governantes e sociedade, viabilizando a implementação de novas práticas microsociais de equacionamento dos conflitos que se não enfrentados, contribuem para gerar o sentimento de insegurança e anomia social.

Os autores prosseguem afirmando que juntamente com essas políticas sociais, as políticas públicas de segurança elaboradas em parceria por prefeituras, agências policiais, associações de moradores e demais atores sociais, têm apostado em mecanismos de redução das oportunidades para o delito, tendo como referência a idéia de que prevenir é melhor do que punir. Programas de redução dos danos pela adesão voluntária, trazem resultados efetivos na redução da violência doméstica e interpessoal. Soluções mais drásticas, como a adotada em Diadema, como fechamento de bares a partir das 23 horas, para impedir a comercialização de bebidas e drogas, ou as câmeras de vigilância em determinadas áreas de maior

circulação de pessoas, podem ser adotadas, de forma provisória e experimental, uma vez que se constatem os efeitos desses dispositivos para a desconstituição dos mecanismos de agenciamento da violência.

Incluem-se nas técnicas do sistema penitenciário para recuperação do indivíduo o trabalho e o estudo como atividades laborterápicas; acrescem-se técnicas psicoterapêuticas, onde o comportamento do indivíduo é testado, a fim de apresentar evidências de recuperação. Paixão (1987, p. 38) destaca que, historicamente, no ambiente prisional, se caracterizou como um instrumento de punição e como idéia de reabilitação o indivíduo pela sua ocupação do tempo ocioso e pelo aprendizado de um ofício. A “reeducação” do indivíduo pelo trabalho nesta instituição colaboraria com seu reerguimento moral e, complementa apud Filho (2002): a punição do indivíduo e sua reforma através do aprisionamento apenas atuam como “grandes máquinas impessoais que esperam ajustar homens à vida comunitária normal”.

Thompson afirma que:

A pena de prisão possui métodos contraditórios, pois pretende constituir-se como uma ação pedagógica ou terapêutico-reformativa, onde seu real e principal fim é a segurança. Ou seja, impedir que o preso fuja, mantendo rigorosa disciplina carcerária, no desejo da recuperação e salvação do indivíduo delituoso. As dimensões da prisão, custódia, vigilância, confinamento, manutenção da ordem e da lei são os meios que melhor correspondem aos anseios da opinião pública e da vigilância social, funcionando como uma intimidação coletiva e um símbolo das sanções sociais (THOMPSON, 1991, p. 3-15).

Paixão (1987, p. 21-26) afirma que a prisão intencionalmente recolhe o indivíduo a um sistema social fechado de poder, com cultura, regime e conflitos internos próprios, que não se reduzem aos muros, grades, celas e trancas. É uma sociedade dentro de uma sociedade. O mesmo autor (p. 42-47) prossegue afirmando que “é a sociedade dos cativos”, que estabelece o cunho terapêutico e correcional, institucionalizando as relações e os comportamentos de funcionários, técnicos e massa carcerária, falaciosamente acreditando que levará o indivíduo, supostamente, adaptado pela prisão, a viver livremente. A “agência de reabilitação” como chamou Paixão (1987, p. 41), ao romper com a sociabilidade do indivíduo com

o mundo livre, contribui para seu embrutecimento e sua incapacitação para o convívio em liberdade.

Thompson (1991, p. 26) afirma que toda população que vive e trabalha na prisão sofre os efeitos da cultura da prisionização: presos, guardas, diretores e profissionais técnicos responsáveis pelo tratamento penitenciário (médicos, psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros, educadores, etc.). Nesta cultura institucional, transitam desde o vocabulário próprio da cadeia (gíria) até os dogmas rígidos de padrões de comportamento, configurando determinados hábitos próprios da comunidade carcerária. Para o autor o sistema social das penitenciárias constituído por funcionários e internos é um ambiente investido de poder, totalitário, onde a determinação da ordem disciplinar interna deve assegurar que não fracassem os objetivos da punição, intimidação e regeneração. Para garantir o controle da ordem-disciplina-vigilância-segurança, o princípio da recuperação poderá ser colocado em segundo plano, havendo, portanto, uma contradição entre a responsabilidade da punição-intimidação-vigilância e a recuperação, sendo este conflito constante no trabalho dos servidores prisionais. Mas quando se conhece a prisão por dentro, como diria Thompson (1991, p. 52) esta “nebulosa, confusa e misteriosa sociedade”, constata-se que o sistema social funciona, basicamente, a partir do controle interno dos próprios presos.

Thompson (1991, p. 56) analisa que o trabalho dos técnicos (terapeutas, médicos, assistentes sociais, professores) não garante que o tratamento penitenciário seja capaz de transformar criminosos em não-criminosos. Por isso, torna-se inconciliável a articulação penitenciária em seus objetivos de vigilância-segurança-disciplina-ordem com os objetivos dos terapeutas: o tratamento individualizado do paciente visando à regeneração-reeducação-ressocialização. E, ainda, que os técnicos-terapeutas estão inseridos num sistema amplo de poder, sem estarem necessariamente submetidos a ele e sem terem responsabilidade direta quanto ao funcionamento do sistema. Já a população presa, em posição de degradação, rejeição, inferioridade e desmerecedora da confiança social é duplamente privada da sua liberdade pela perda de liberdade de ir e vir e pelo confinamento na instituição. Thompson (1991, p. 90) afirma que a submissão a um regime totalitário, onde as ordens devem ser cumpridas e há diversas formas de sanções, agressão, poder e exploração fazer parte do dia-a-dia de funcionários e presos, o que existe é a irrecuperação penitenciária.

A prisão ou a “agência de reabilitação”, por princípio, frustra a possibilidade teórica e prática na recuperação intramuros. O encarceramento, por seus efeitos destrutivos e desumanos, pela ociosidade, pela total desassistência e sujeição à disciplina, ao romper com a sociabilidade do indivíduo com o mundo livre, contribui para seu embrutecimento e sua incapacitação para o convívio social.

3.3.1 Histórico do sistema penitenciário brasileiro

A verdadeira prisão, com a idéia de penalização, tem aparecimento tardio no Brasil. O cárcere, perdurou por muito tempo (local onde os acusados permaneciam até a condenação), que teve sua continuidade durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, acrescidas das leis extravagantes, baseando-se na morte que era a penalidade imposta para muitas das ofensas aos costumes, aplicadas várias formas de selvageria precedentemente às execuções públicas dos criminosos, porque o preso não podia ser condenado sem antes confessar o crime.

Para Dotti (1998, p. 54), com a vigência do Código Criminal do Império do Brasil, em 1830, sancionado por D. Pedro I, trouxe os delitos de insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio. Assim, o Novo Código Imperial surgiu com a preocupação em torno do regime penitenciário acompanhando o progresso dos demais países com ideais liberais, tais como a Inglaterra, a França, os Estados Unidos e outros.

O autor prossegue lecionando que o Código Penal, com o advento da Proclamação da República, não melhorou a situação em que se encontravam os estabelecimentos prisionais da época, nos quais a insalubridade e a superlotação permaneciam. A situação dos estabelecimentos penais permaneceu imutável, com o advento do Código Penal de 1940, que ainda permanece embora haja projeto para sua modificação.

Não obstante a publicação do até então Código Penal de 1940, pode-se ainda auferir dados quantitativos, concretizados conforme estatística do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, de 1994, que revela dados sobre a situação carcerária do Brasil. Dos 297 estabelecimentos penais existentes no país até aquela data, 175 se encontravam em situação precária e 32 em construção. Girando em

torno de 130 mil presos, a população carcerária era: 96,31% masculina e 3,69% feminina. Sobre as causas da detenção, 51% dos presos cometeram furto ou roubo, 17% homicídio, 10% tráfico de drogas e o restante outros delitos. O mesmo instituto divulgou nesta pesquisa que 95% dos presos são indigentes e 97% são analfabetos ou semi-analfabetos. A reincidência na população penal é de 85%, o que demonstra que as penitenciárias não estão desempenhando a função de reabilitação dos detentos.

A referida estatística positiva a realidade caótica do sistema penitenciário brasileiro que o acompanha desde sua origem até a atualidade.

3.3.2 O caos do sistema penitenciário

Consultando o histórico da formação do sistema penitenciário, observa-se que desde os tempos mais remotos, em diversos países, a perspectiva é crítica. Neste sentido, segue uma tradição com mazelas que acompanham o sistema prisional desde sua fundação, sendo que no Brasil, a questão da penitenciária, ainda é precária.

Sobre o sistema penitenciário, (Monteiro *apud* Capes)²² é categórico ao afirmar: “nós temos depósitos humanos, escolas de crime, fábricas de rebeliões.”

De acordo com a Revista Consulex²³ o censo penitenciário nacional – CNPCP tem média de duas rebeliões por dia, somente respeitando a proporcionalidade, vez que a região sudeste acomoda, aproximadamente, sessenta por cento do contingente prisional brasileiro.

Como assevera Dotti (1998) o problema é amplamente divulgado pela mídia, onde se visualizam várias rebeliões. O autor prossegue afirmando que existem duas denúncias rigorosamente reais: a superlotação das prisões e o desrespeito aos direitos fundamentais dos detentos. O autor afirma que “a crise carcerária constitui um antigo problema penal e penitenciário, com acentuado cariz criminológico. É

²² MONTEIRO, Vilbégina. **Direito público em pauta**. Datavênia: Disponível em: <<http://www.datavenia.net:entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em: 12 out 2009.

determinada, basicamente, pela carência de estruturas humanas e materiais e tem provocado nos últimos anos em novo tipo de vitimidade de massa.” Para o autor, nas mais das vezes, “o presidiário é um ser errante, oriundo dos descaminhos da vida pregressa e um usuário da massa falida do sistema.”

Para Dotti, a rebelião das massas carcerárias é fenômeno de “contagante insegurança urbana e manchetes internacionais, está se transformando em rotina desesperante e compõe uma intolerável sucessão de presentes para usar a imagem sartreana.”

O autor coloca que “já foi dito com inegável lucidez que as prisões de feição clássica constituem erros monumentais talhados em pedra.” Há muito as rebeliões carcerárias já não se constituem em problema localizado, no interior dos muros e assumiram proporções assustadoras, aterrorizando comunidades “quando se multiplicam as vítimas dos seqüestros impostos como condição para se efetivar garantias constitucionais e legais. Há uma nova legião de reféns nesses conflitos fabricados pela anomia e pela desesperança.”

Para Dotti, “além dos guardas de presídios – os involuntários parceiros dessas rotas de fuga – a vitimidade de massa envolve outros atores: os dirigentes e técnicos dos estabelecimentos penais e os familiares dos presos.” O autor afirma que “mesmo crianças, que são levadas pelas mãos calejadas das mulheres para a visita semanal, fazem parte dessa cadeia de novos flagelados da violência institucional e privada.”

²³ Caos e desordem. Revista Consulex. Disponível em: <http://www.campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m07-004.htm> >. Acesso em: 10 out. 2009.

3.3.3 Inobservância dos direitos dos presos

A explosão das rebeliões, fruto da atual situação da maioria dos estabelecimentos penitenciários, conforme D'Urso²⁴, são “verdadeiras reivindicações, às vezes com violência”. O sistema prisional vem sendo uma instituição de controle social que sofre pelo descaso da administração pública com a prestação direta dos serviços penitenciários. Nesta esteira, Tourinho (2009) assevera que: “a superlotação dos presídios, sem qualquer preocupação com questões de segurança, higiene, saúde e educação é flagrante”.

Tourinho (2008 *apud* Loic Wacquant), apontado como um dos maiores estudiosos do sistema penitenciário, ao visitar o presídio Hélio Gomes, no centro do Rio de Janeiro, afirmou que no Brasil, “as prisões são infernos habitados por seres humanos.”

Sobre a doutrina previdenciária moderna, o autor atesta que, “com acertado critério, proclama que o preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que se impôs uma pena privativa de liberdade”. O autor complementa que, com a condenação, cria-se especial relação de sujeição que se traduz em complexa relação jurídica entre o Estado e o condenado em que, ao lado dos direitos daquele, que constituem deveres do preso, encontram-se os direitos deste, a serem respeitados pela administração. “O preso encontra-se em situação especial que condiciona limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, por estar privado de liberdade. Porém, não significa que perde, além de liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação” (MIRABETE, 2000, p. 113-114).

Trata-se de preceitos constitucionais, com características de cláusulas pétreas, além de normas constantes de convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A lei de execução penal n. 7.210, de 11 de julho de 1984, também assegura em seu capítulo IV no artigo 41, o direito dos presos, como segue:

²⁴D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Violência no Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://www.noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,O1316489-E1316,00.html>>. Acesso em: 15 set. 2009.

Art. 41: Constituem-se direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, que impôs deveres aos Estados-Partes, dentre outros, de observarem regras mínimas referentes ao Direito à Vida (art. 4º.), à integridade pessoal (art. 5º.), à liberdade pessoal (art. 6º.), às garantias judiciais (art. 8º.), ao princípio da legalidade e da retroatividade (art. 9º.), à indenização (art. 10º.), à igualdade perante a lei (art. 24º) e, à proteção judicial (art. 25º).

Não obstante o descaso ao cumprimento do escopo de normas, existe em muitos presídios a prática de tortura aos presos, como exemplo a avaliação do deputado Geraldo Thadeu²⁵ (PPS-MG) em artigo de 2004, relator da Subcomissão Permanente do Sistema Penitenciário, ligada à Comissão de Direitos Humanos da Câmara afirma que no ano anterior a subcomissão recebeu 284 denúncias de familiares de presos, ONGs e Pastoral Carcerária da Igreja Católica, atuante em todo o país. Além de superlotação, práticas de tortura falta de assistência médica, promiscuidade e crime organizado, as denúncias também revelam que o crime organizado é comandado de dentro das unidades prisionais.

²⁵ Relatório apresenta sugestões para sistema prisional, **Agência Câmara**. Disponível em: <<http://www.oabmg.org.br/documento.asp?item=3053&cod=>>>. Acesso em: 2 out. 2009.

Não omitindo o fator histórico onde desde os primórdios da evolução do sistema prisional e sua característica arcaica atual, somada ao descaso e à violação dos direitos básicos do preso, tem-se ainda, outro fator que se não a raiz dessa ofensa, ainda pode ser somada às diversas torturas realizadas aos detentos, qual seja, a superlotação dos presídios.

3.3.4 Escassez de vagas nos estabelecimentos prisionais

Para D'Urso o “*deficit* de vagas no sistema é brutal carecendo de, aproximadamente, 90 mil vagas somente para acomodar os que hoje estão presos”. O autor, ainda ressalta que fora este *déficit* ainda existem 275 mil mandados de prisão, o que indica que mais de 275 mil pessoas deveriam estar presas.

Conforme artigo do secretário executivo do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente (Ilanud), Oscar Vilhena, “na avaliação dos especialistas consultados pelo Estado, os presídios têm limitação de 700 a 900 presos, conforme recomendação da Organização das Nações Unidas (ONU).” Garantia de trabalho para a totalidade dos detentos e requalificação profissional dos agentes carcerários também são fatores essenciais para melhorar o sistema carcerário. Wassermann (1999, *apud* Oscar Vilhena) afirma que “para melhorar as condições penitenciárias, é fundamental a readequação do espaço arquitetônico e o treinamento do pessoal especializado”.

A situação de superlotação carcerária é alarmante, criando injustiças, de acordo com D'Urso. O autor afirma que presos cumprem penas em distritos policiais e cadeias públicas que são unidades prisionais diversas daquelas destinadas ao cumprimento de penas: jamais foram destinadas, em sua concepção, a essa finalidade. São destinadas, apenas para segregar o homem, por curto espaço de tempo, até remetê-lo a outra unidade prisional própria para isso. “Aproximadamente 55 mil detentos permanecem indevidamente, em distritos policiais e cadeias públicas no País, dos quais 31 mil já estão condenados”. Estes deveriam estar submetidos ao regime penitenciário, com segurança das unidades destinadas a este fim. Estes estabelecimentos prisionais possuem, na maioria das vezes, instalações físicas, elétricas e hidráulicas inadequadas, bem como a alimentação fornecida aos detidos

e as condições de higiene são deficitárias, além da absoluta ausência de assistência jurídica e médica. Para o autor, este é o maior problema prisional do Brasil, atualmente.

Tudo considerado, o conjunto traduz condições de vida deploráveis e subumanas. A partir daí, aumentam os casos de atritos e agressões entre os detentos, as rebeliões e as fugas em massa acontecem. Muitas vezes, a situação obriga as pessoas a fazerem revezamento até para dormir, algumas permanecendo encolhidas ou agachadas – a metragem quadrada não permite que se estiquem – enquanto outras aguardam em pé, submetidas ao jugo dos mais fortes ou mais antigos no local.

Os freqüentes desentendimentos causam ferimentos e mortes, sem contar os inúmeros casos de contágio por doenças infecciosas e letais, acompanhadas do risco de disseminação à população em geral, gerando cada vez maior responsabilidade ao Estado.

Ainda, a promiscuidade, o mau cheiro, a transmissão de doenças, o desconforto, a perda de qualquer privacidade, exigem do preso total readequação de hábitos e de valores para sobreviver em tais condições adversas. Há também danos aos escassos bens públicos.

A falência do sistema carcerário brasileiro tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para as penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.

Toda esta balbúrdia está intimamente ligada ao caos em que se encontra o sistema penitenciário, portanto, faz-se necessária uma medida urgente para solucionar ou amenizar esse grave problema. Para tanto, urge, em diversos países e inclusive no Brasil, a idéia de privatizar penitenciárias para solucionar este caos, mas, contudo, exige estudos acurados quanto ao assunto.

3.3.5 Conceito de privatização prisional

Araújo Júnior (1995) afirma que “privatização é entrega ao particular de encargo público que ‘explorará economicamente’.” Assim, designando a transferência do poder do Estado para o ente particular, isto mediante compensação financeira, com a apregoada finalidade de desengessar suas atividades, tornando-o fiscal e controlando as atividades transferidas a terceiro, dentro das políticas públicas previamente estabelecidas pelo Estado.

Para Di Pietro, privatização é “todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do estado e que compreendem: a desregulação, a desmonopolização, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos e os *contracting out* (contrato aberto)” (DI PIETRO, 1997).

Assim, tem-se a diminuição do tamanho do Estado com a transferência de atividades, antes sob a órbita do Estado, para a iniciativa privada. Tal iniciativa, numa análise sistemática pelo Direito Administrativo, justifica-se pela possibilidade de os entes particulares desempenharem com mais eficiência, o qual foi introduzido no texto, pela Emenda Constitucional n. 19/98.

O princípio da eficiência é de suma importância nas mais diversas searas em que a Administração Pública atua, desde a contratação e exoneração de agentes, até a prestação de seus serviços.

E neste trilho, com a onda privatizante, nascedouro do processo da diminuição do Estado com conseqüente fortalecimento da iniciativa privada, fez com que em alguns países, na tentativa do Estado de se desincumbir de algumas atividades, adotasse a cultura de privatização dos presídios.

3.3.6 Privatização dos presídios brasileiros

Apesar do neoliberalismo surgir com a revolução burguesa na década de 80, nos Estados Unidos, com a era Reagan e Thatcher, o Brasil também teve seu marco, certo que na era Vargas havia várias empresas públicas, as quais até então eram bem administradas e produziam uma economia satisfatória para o país. Ocorre que, com a passagem dessa época, juntamente com a queda do Muro de Berlim, que dividia a Alemanha Oriental e Ocidental, adveio a era de diminuição do Estado.

Com o afastamento da intervenção do Estado nas empresas, o governo passou a vender, privatizando empresas que não condiziam com os interesses da administração estatal. Assim também vinculando nos últimos anos a terceirização, passando o encargo público ao particular, numa cultura de desestatização e desengessamento das atividades do Estado. Surgiram, então, várias empresas privatizadas e o Estado passou somente a gerenciar tais empresas com suas prestações de serviços, fiscalizando e controlando atividades transferidas a terceiro, dentro das políticas públicas previamente estabelecidas pelo Estado.

Nesta cultura de transferência de encargo público ao particular, e da observação de vários países, a surgiu idéia de privatizar o sistema penitenciário brasileiro, cuja justificativa foi a situação carcerária do país. O autor afirma que o Brasil tem as espécies de privatização no sistema de terceirização de presídios e presídios industriais, como exemplo adotados no Paraná, Bahia, Ceará, Rio de Janeiro, São Paulo e Goiânia.

Kuene²⁶ afirma que apesar de existir quatro modelos de privatização de presídios, quais sejam: a administração total pela empresa privada, que construiria o seu presídio onde seriam alocados os seres privados de liberdade; a construção de presídios pela empresa privada e a posterior locação pelo Estado; a utilização do trabalho dos presos pela empresa (prisão-indústria) e a terceirização. O Brasil adotou apenas duas espécies advindas da privatização, utilizando-se da modalidade de co-gestão, numa participação da iniciativa privada juntamente com o ente estatal nas espécies de terceirização e de presídio-indústria.

3.3.7 Terceirização dos presídios

²⁶ KUEHNE, Maurício. **Privatização das prisões**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revistas/numero15/mesaredonda12pdf>>. Acesso em: 12 out. 2009.

Na espécie terceirização dos presídios, certos serviços são contratados com empresas privadas. Para Di Pietro (2002, p. 17) terceirização é “a contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho das atividades-meio”.

Tourinho (2008, *apud* Polônio) afirma que “processo de gestão empresarial consistente na transferência para terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) de serviços que originariamente seriam executadas dentro da própria empresa”, cujo objetivo é “[...] liberação da empresa da realização de atividades consideradas acessórias (ou atividades-meios), permitindo que a administração concentre suas energias e criatividade nas atividades essenciais”.

A admissão das empresas é feita por concorrência pública e os direitos e obrigações das partes seriam regulados por contrato. O setor privado passaria a prover serviços penitenciários, tais como: alimentação, saúde, trabalho e educação dos detentos.

Chagas²⁷, secretária nacional de Justiça em 2004, declarou sobre a co-gestão das penitenciárias, que é um trabalho que inclui profissionalização, educação, convívio, contato com pessoas. A sociedade também passa a ter outro olhar para o preso. Não mais o percebe como aquela pessoa tão distante, estigmatizada, que expressa medo às pessoas. Afirmou, ainda, que o modelo não é privatização de penitenciárias, “medida que não conta com o apoio do Governo Federal.”

Em 1996, o Deputado Estadual Sandro Mabel apresentou à Câmara dos Deputados do Estado de Goiás projeto de lei 1727/1996²⁸, com a justificativa:

²⁷ **Governo quer implantar co-gestão em penitenciárias.** Artigo. Disponível em: <<http://www.oabmg.org.br/document.asp?cod=3053&cod=>>>. Acesso em 10 set. 2009.

²⁸ Projeto de Lei. Disponível em: <http://www.ucg.br/Institutos/nucleos/nepjur/pdf/aprivatizacao_dosistemaspenitenciario.pdf>. Acesso em 10 set. 2009.

Destarte, em relação à fonte de recursos, o Estado arcará com um percentual mínimo para a manutenção do sistema, que receberá, ainda, recursos advindos do trabalho dos próprios condenados, da colaboração das suas famílias e da comunidade [...]. Com a medida ora proposta, espera-se iniciada a solução de um dos mais delicados problemas da sociedade, qual seja a situação prisional do país, de forma a assegurar tranquilidade à comunidade com a efetiva aplicação da pena aos criminosos, sem, contudo, deixa-los á mercê da desumanidade que hoje é encontrada no interior das prisões (DEPUTADO ESTADUAL SANDRO MABEL, 1996).

Araújo Júnior (1995) afirma que a grande São Paulo não tem lei específica para privatizar prisões, mas segundo seus governantes, o Estado possui a Lei n. 7.835, de 8 de maio de 1992, que dispõe sobre o regime de concessão de obras e serviços públicos e autoriza a privatização.

3.3.8 Penitenciária industrial

As penitenciárias industriais brasileiras são construídas com verbas Federais e Estaduais, em parceria com a iniciativa privada, através de licitação e após um contrato celebrado entre este e o Estado, para fins de o preso desenvolver trabalhos industriais fornecidos por aquele.

Em 1995 já existiam penitenciárias neste regime em Guarapuava e Cascavel, no Paraná. A primeira foi inaugurada em 12 de novembro de 1999, com capacidade para 240 internos, e foi a primeira Penitenciária Industrial do país. Destina-se aos presos condenados do sexo masculino, em regime fechado e localiza-se em área de terreno de 35.000 metros quadrados com 7.177,42 metros quadrados de área construída. Compõe-se de cinco galerias, 120 cubículos: alojamentos, dois refeitórios, cinco pátios, visita íntima com doze quartos, um consultório médico, um consultório odontológico, três salas de aulas, seis salas para atendimento técnico, lavanderia, biblioteca, cozinha e cinco canteiros de trabalho, de acordo com o Ministério da Justiça.

A mesma fonte informa que a obra contou com recursos dos Governos Federal e Estadual, num custo total de R\$ 5.323.360,00 sendo oitenta por cento provenientes de Convênio com o Ministério da Justiça e vinte por cento recursos estaduais. O projeto arquitetônico ocupa uma área para indústria de mais de 1.800 metros quadrados onde se localiza um canteiro para produção de sofás. Os detentos executam a montagem do produto, controle de qualidade, embalagem e etiquetagem e expedem o produto direto para venda.

Joinville também possui uma Penitenciária Industrial em funcionamento desde 2005 no sistema de co-gestão.

3.3.9 Críticas ao sistema de co-gestão

Apesar da inovação dessas espécies de privatização, na modalidade de co-gestão, seja na parceria com a iniciativa privada na chamada terceirização seja na prisão-industrial, com relação a esses modelos surgem várias críticas positivas e negativas advindas de diversas autoridades no assunto.

Ainda numa visão negativa do sistema, Lemgruber afirma que “licitar prisões é o mesmo que oferecer o controle da vida de homens e mulheres para quem der o melhor preço, como se o Estado tivesse o direito de dispor dessas vidas como bem lhe prouvesse.” A autora assevera que os defensores da privatização do sistema estão preocupados, apenas, com a justificativa de as companhias privadas terem melhor gerência, oferecendo melhores serviços com menor preço e, não, com questões do tipo ético, moral e legal e afirma que o país precisa investir na pobreza e não se iludir com o “falso fascínio das prisões privadas.”

Barros Vidal citado por Kuene, não compactua com a idéia de privatização, dissertando em seu artigo que o preso “[...] deixa de ser sujeito em processo de ressocialização e torna-se objeto da empresa, resta privado de qualquer dignidade”. A questão, também, é analisada por Carmem Pinheiro de Carvalho²⁹ no foco relacionado ao trabalho, entendendo que a legislação vigente não contemplaria qualquer forma de privatização. Afirma que a entrega das penitenciárias a uma

direção estranha à nova ideologia do tratamento penitenciário e à filosofia da execução penal, quando a sua legislação já alcançou um estágio tão promissor, “é uma perspectiva nova que merece estudos muito mais acurados quanto aos seus aspectos sociais, jurídicos e legais” (CARVALHO, 1994, p. 35-38).

Para Andrade Moreira³⁰ “o preso seria objeto de lucro e não de recuperação (é evidente que não interessaria a uma empresa privada ressocializar ninguém, muito pelo contrário; um homem ressocializado seria menos um suas celas)”.

Iberê Bandeira de Melo Filho (1999), na época vice-presidente da Comissão de Direitos Humanos da secção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, afirma que a privatização exime o Estado da responsabilidade da segurança e, que a criação de penitenciárias privadas estaria agenciando pessoas ao trabalho escravo, pois o produto do trabalho dos presos serve como pagamento pela administração do presídio.

Na análise de Catão & Susseking (1991) o trabalho dos detentos na prisão-indústria, desperta o interesse das indústrias que participam da exploração levada a efeito pelo Estado, ainda que queiram convencer das intenções em colaborar com os interesses dos presos. É mão de obra barata, isenta de encargos sociais, como com oferta bastante superior à demanda.

Para Monteiro³¹ existe positivismo quanto à privatização do sistema prisional brasileiro. Capez afirma que deve ser “melhor do que esse lixo que existe hoje” e prossegue comentando que “ou privatiza-se o sistema prisional, aumenta-se o número de presídios, melhora-se as condições de vida dos presos ou continuará a vergonha com que se encontra a maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros.”

Kuehne aduz que sob o prisma legal da proposta privatizante, na espécie da terceirização dos presídios, revela-se favorável, demonstrando a dispensabilidade de reforma legislativa para tanto e cita a já destacada experiência paranaense, que firmou contrato com empresa, “[...] dentre os quais aqueles que dizem de perto com

²⁹ Revista do Conselho de Criminologia e Política Criminal de Belo Horizonte. V. 2, n. 2, jul/dezde 1994, p. 35-38.

³⁰ MOREIRA, Rômulo Andrade de. **A privatização das prisões**. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#_ftnref1>. Acesso em 9 out. 2009.

³¹ Monteiro, Vilbégina. **Direito público em pauta**. Datavenia. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em 4 out. 2009.

as atividades de execução material propriamente ditas (alimentação, vestuário, assistência médica, jurídica, odontológica, vigilância, etc.).”

Desta forma, mantendo a responsabilidade do Estado para com o estabelecimento prisional, tais como direção, controle de disciplina e segurança, tanto que as atividades jurisdicionais e administrativas judiciárias não foram delegadas ao particular.

Externando opiniões favoráveis à privatização dos presídios brasileiros, no ano de 2001, uma pesquisa sobre o assunto revelou que a maioria dos paulistanos é favorável à privatização das penitenciárias.

D’Urso³² descreve a situação caótica dos presídios brasileiros revelando-se favorável à “oportunidade da proposta da privatização dos presídios”, destacando que com tal medida se poderia resolver o problema da superlotação com limitação de quinhentos presos e ainda visando melhor vigilância, evitando, assim, desgraças advindas de presídios lotados. O mesmo autor assevera que se poderia “falar muito mais, espancar as objeções que se levantam contra a chamada privatização dos presídios, mas já basta” e que não se pode admitir o afastamento da experiência, pois nada foi apresentado até agora, que possa substituir a prisão.

3.3.10 Privatização total

A privatização total, já conceituada, traz à baila a gerência total do presídio, cuidando o ente privado, da construção, administração e utilização do trabalho do preso. Tal modalidade já foi proposta legislativa no Brasil, consubstanciada no Projeto de Lei n. 2.146/99, de autoria do Deputado Luiz Barbosa³³ objetivando autorizar o Poder Executivo a “promover a privatização do sistema penitenciário.” O Deputado reconhece que, o Projeto de Lei visa a compartilhar o gerenciamento e a participação da iniciativa privada na solução de um grave problema, ainda sem

³² D’URSO, Luiz Flávio Borges. Direito Penal. **Privatização dos presídios, uma breve reflexão.** Disponível em: <<http://www.eknippel.adv.br/default.asp?id=32&mnu=32&ACT=5&content=43>>. Acesso em: 10 out. 2009.

³³ KUEHNE, Maurício. **Privatização das prisões.** Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero15/mesaredonda12pdf>>. Acesso em: 12 out. 2009.

resposta enquanto limitado à exclusiva competência do poder público, embora a Segurança Pública seja dever do Estado.

Porém, a proposta, de acordo com Kuehne careceu de “sustentação à luz do ordenamento jurídico, sob o manto constitucional legal.” Em parecer oferecido por Kuehne e aprovado em seção do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária realizada em Brasília, em 24 de abril de 2000 declarou que o Projeto-Lei não fez menção à Carta Magna e tampouco à Lei de Execução Penal; e nenhuma referência aos aspectos jurisdicionais que suscita a execução; numa omissão completa do ordenamento jurídico.

Tal modalidade de privatização do presídio somente encontra exemplos práticos noutros países, sendo que no Brasil a questão ainda é teórica e polêmica. Assim, tanto a co-gestão como participação total das empresas privadas no sistema prisional brasileiro exige um estudo acurado da legislação pertinente, bem como em outras áreas, Araújo Júnior³⁴ externa posição contrária à privatização total dos presídios brasileiros, revelando tratar-se de conter tal proposta “irrespondíveis argumentos de ordem ética, jurídica e política, além de agregar aspectos práticos, contrários à tese em discussão”.

3.3.11 Privatização dos presídios brasileiros e sua conjuntura sistemática no ordenamento jurídico

Cabe agora uma análise crítica de cunho sistemático no ordenamento jurídico com opiniões de renomados operadores do Direito sob a óptica acerca de sua interpretação de validade do sistema jurídico brasileiro, após todo o exposto, caracterizando as espécies vigentes da privatização dos presídios em diversos países, inclusive no Brasil.

Embora novos e controversos, é importante salientar que os ideais de desestatização no âmbito jurídico bailam de opiniões consagradas favoráveis e contrárias à chamada da iniciativa privada a cooperar como o Estado tanto nas suas espécies, como na privatização total.

³⁴ Ídem

Mirabete (2000, p. 113-114) é favorável à privatização total dos presídios embora deixe claro, a necessidade de normatização complementar estadual para os estabelecimentos penais a serem geridos e operados por empresa privada ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativo-judiciárias. Na opinião do autor, “as demais atividades administrativas, ou seja, não jurisdicionais, que são de ordem administrativa, mas apenas de execução material, podem ficar a cargo de órgãos oficiais ou de particulares.” Analisa o autor, que a própria Lei de Execução Penal determina que é de responsabilidade do patronato particular orientar os condenados à pena restritiva de direitos, fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade, delimitar o fim de semana e colaborar na fiscalização do cumprimento das condições de suspensão e do livramento condicional, atividades marcadamente administrativas.

Mirabete (2000, p. 113-114) afirma que as visitas aos estabelecimentos penais, entrevistas aos presos, apresentação de relatórios mensais ao juiz da execução, e ao Conselho Penitenciário, diligências para a obtenção de recursos materiais e humanos para assistência o preso ou internado, etc., são funções também revestidas do mesmo caráter administrativo e cabem ao Conselho da Comunidade. Quanto à iniciativa particular, o autor comenta que “é admitida tanto no trabalho interno como no trabalho externo do condenado à pena privativa de liberdade, no tratamento médico, farmacêutico e odontológico, na execução das penas de interdição temporária de direitos, etc.”

O autor prossegue afirmando que a participação das entidades privadas pode ser estendida a outras atividades de natureza meramente material, administrativas, hoje sob responsabilidade de órgãos oficiais e que, deixam de ser realizadas, muitas das vezes, por dificuldades material ou humana. Mirabete afirma que a lei federal ou estadual pode, através de instrumento hábil (delegação, concessão, permissão ou privatização) encarregar pessoa jurídica de direito privado de exercê-la para promoção de execução material das penas “[...] Mas em caráter geral, por força de norma complementar estadual, nada impede que os estabelecimentos penais sejam geridos e operados por empresa privada, ressalvadas as atividades jurisdicionais e administrativas-judiciárias.”

O autor prossegue afirmando que inexistente “dispositivo que vete a possibilidade da gerência e operação material dos estabelecimentos penais serem exercidas por entidade privada.” Em nenhum momento a lei federal dispõe que o

diretor e os servidores devam ser obrigatoriamente, servidores públicos: “embora se refira a ‘pessoal administrativo’, deve-se entender que essas funções podem ser exercidas por particulares, de entidade privada, quando se trata de atividades de mera execução material da pena (vigilância, instrução técnica, trabalho, assistência, etc.).” No mesmo foco de discussão, o autor conclui que “como no caso dos Departamentos Penitenciários locais, cabe à legislação estadual disciplinar a matéria referente ao pessoal penitenciário, podendo ser ele um órgão público, ou, através dos meios legais (delegação, autorização, concessão, permissão ou privatização), uma entidade privada. Para Mirabete, certamente nesta hipótese será considerado, “o controle e fiscalização do juiz da execução e a atividade administrativa-judiciária aos demais órgãos da execução penal, conforme as atribuições previstas na Lei n. 7.210.”

D’Urso³⁵ afirma que o Estado não poderá resolver sozinho o “problema que na verdade é de toda a sociedade”. Remonta a idéia de privatização descrevendo-a como uma “denominação inadequada”, certo que não seria vender ações de um determinado presídio em Bolsa, mas apenas a participação da iniciativa privada a colaborar com o Estado.

A titularidade da soberania do poder de uso da força legitimado pela lei seria ainda pertencente ao Estado. Defende o autor que “o resultado auferido pelo trabalho do preso jamais deverá reverter ao empreendedor privado, destinando-se aos familiares do condenado, ao ressarcimento dos prejuízos que provocou, a um pecúlio, enfim, tudo de acordo com o disposto na vigente Lei de Execuções Penais.

Di Pietro, entretanto, afirma que “são indelegáveis ao ente particular atividades tais como: segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia,” e prossegue comentando que “no âmbito interno, o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado.”

Entende ele que cabe ao estado **“promover, estimular, criar condições** para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade;

³⁵ D’URSO, Luiz Flávio Borges. Direito Penal. **Privatização dos presídios, uma breve reflexão.** Disponível em: <<http://www.eknippel.adv.br/default.asp?id=32&mnu=32&ACT=5&content=43>>. Acesso em: 10 out. 2009.

para isso é necessário que se criem condições para a **participação** do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais (grifos nossos).

Di Pietro, (1997) afirma que devem ser de responsabilidade do Estado as atividades indelegáveis ao particular por lhe serem próprias como ente soberano, como (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente.

Por conseguinte, depreende das citações dos doutrinadores, especial pela definição de Mirabete (2000, p. 113-114), que as atividades inerentes à execução podem ser separadas em atividades administrativas em sentido amplo, assim classificadas: atividades administrativas em sentido estrito (judiciárias) e atividades jurisdicionais sendo a atividade que é exercida pelo servidor público, para fins da relação jurídica estabelecida entre o preso e o Estado, que é o titular do *ius puniendi* e atividades de execução material, podendo estas, serem atribuídas a entidades privadas pelo caráter meramente administrativo, pois visam viabilizar a execução penal como exemplo a delegação, a concessão, permissão ou privatização, assim não havendo necessidade de alteração da Lei de Execução Penal.

Realmente, considerando todas as situações estampadas, resta absolutamente demonstrada a importância do debate a respeito da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização e efetivação das políticas públicas, notadamente na segurança pública e, especialmente, no sistema prisional.

A atividade judicante, inclusive na figura do Juiz Corregedor dos Presídios e Penitenciárias, é de fundamental importância, tanto quando estes forem administrados diretamente pelo Executivo, quando, e principalmente, se esta administração estiver delegada.

O controle das políticas públicas em relação ao sistema prisional é também dever do Poder Judiciário, ao qual compete, igualmente, concretizar as disposições constitucionais, objetivando a paz social, sempre respeitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, objetivando conciliar as possibilidades efetivas do Estado e os anseios da Sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo investigar, à luz das normas constitucionais e da doutrina, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões atinentes à efetivação e ao cumprimento das políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cuja atividade, além de estar limitada pela lei de forma substancial (validade e eficácia), deve ser desempenhada observando-se os princípios constitucionais.

Cabe registrar que a pesquisa não buscou esgotar o tema, mas procurou tão-somente enfocar o uso das opiniões de juristas, políticos e legisladores, disponibilizadas em obras diversas, publicações e mídia, relacionados nas referências.

Para seu desenvolvimento lógico o trabalho foi dividido em três capítulos, a saber:

O primeiro capítulo cuidou de apresentar estudo da evolução do Estado e a separação dos Poderes, abordando a relação sociedade e Estado; origem e conceito de Estado. Apresentou o Estado de Direito: liberal, social e democrático; a Constituição e os princípios fundamentais; conceito e histórico das Constituições Brasileiras, tendo sido finalizado com uma abordagem sobre os princípios fundamentais da Constituição de 1988.

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

Tem-se de um lado o clamor da sociedade por mais segurança e melhores condições aos apenados, com projetos que venham não só punir, mas ressocializar o preso. De outro, as limitações orçamentárias do Estado na consecução das políticas públicas, o qual se acoberta pela justificativa de insuficiência de recursos financeiros para exonerar-se das obrigações que lhe foram atribuídas pelo próprio texto constitucional.

Entende-se que a concretização de políticas públicas no setor prisional brasileiro, na atual conjuntura, exige do Estado um volume considerável de material humano tecnicamente capacitado e a obtenção de recursos financeiros que alcancem o patamar da dignidade da pessoa humana. Entretanto, vale frisar que a situação calamitosa do sistema somente chegou a esse ponto porque, em outros momentos da história brasileira, não foram efetivadas políticas públicas, nem respeitados os princípios estampados na própria Constituição.

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

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

Como bem salientou Comparato (1997), “o Estado não designa um poder que age, mas uma autoridade que zela pela tranquilidade e segurança da sociedade”. Portanto, o controle das políticas de segurança pública também é dever do Poder Judiciário, porquanto a este compete concretizar a vontade constitucional, em busca da paz social.

O segundo capítulo tratou das políticas públicas, seu conceito e a visão de Ronald Dworkin a respeito; assim como sobre as competências para planejamento e consecução das políticas públicas.

Abordou-se ainda o papel das instituições e as regras na decisão e formulação de políticas de segurança pública, considerando a sua inserção na Constituição de 1988.

A discussão do tema abordado nesta dissertação – as políticas governamentais de segurança pública – é de grande pertinência.

Tem-se como importante, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concluindo-se, entretanto, que esta gerou aumento de

expectativas na efetivação de maiores e melhores políticas públicas por parte dos cidadãos.

É certo, também, que essas políticas são desenvolvidas pelo Estado e pela Sociedade Civil, depreendendo-se que a Constituição garantiu maiores possibilidades de participação popular nas mencionadas políticas.

A pesquisa revelou que o momento político de 1988 foi propício ao restabelecimento dos direitos sociais com a remoção das barreiras tradicionais.

Discorreu-se sobre o dever do Estado de oferecer e garantir condições de proteção digna aos cidadãos, através dos direitos adquiridos e de acordo com a Constituição de 1988. Neste ponto, ficou evidente que o benefício só ocorrerá se, e quando, ocorrerem modificações necessárias que permitam a implantação de novas formas de gestão mais modernas e confiáveis.

O terceiro e último capítulo preocupou-se com o controle judicial das políticas de segurança pública; as teorias procedimentalista e substancialista; limitações do controle judicial; o mínimo existencial em contraposição à justa reserva do possível esta, como princípio e como cláusula aberta. Encerrando o tópico se estudou o controle judicial da política de segurança pública e o sistema prisional brasileiro, terceirização dos presídios brasileiros; a escassez de vagas e o conceito de privatização prisional; privatização total e a realidade da privatização dos presídios brasileiros.

Ao optar pelo tema trabalhado, norteou-se pela sua relevância e atualidade. Através do presente estudo concluiu-se que o atual modelo de gestão dessas políticas é arcaico, superado e necessita com urgência de adequações que o qualifiquem de forma hábil a surtir os efeitos jurídicos necessários.

Quanto à comprovação das hipóteses tratadas na pesquisa, concluiu-se que:

a) Feriria o princípio da separação dos poderes a intervenção do Judiciário nas questões atinentes às políticas públicas, já que estas seriam de competência originária dos Poderes Executivo e Legislativo, concluindo-se que não ocorre violação a tal princípio, pois na atual conjuntura do Estado, não há supremacia entre os poderes, sendo que todos eles devem buscar a efetivação das normas constitucionais, esta sim, suprema, em relação a todos. Como a Constituição atribuiu ao Judiciário, função precípua de guarda de seus fundamentos e princípios, este seria legitimado para manifestar-se quanto às questões relacionadas às políticas públicas, sem, contudo, violar a repartição dos poderes. Partindo desses

parâmetros, não parece que o controle jurisdicional de políticas públicas afronta o princípio constitucional da separação de poderes; antes, torna-o efetivo, vez que, por meio da justiciabilidade de políticas públicas, se busca garantir a implementação dos direitos fundamentais positivos.

b) O Poder Judiciário estaria legitimado a interferir em políticas públicas a fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente quando tais direitos se apresentem na iminência de serem aviltados pela falta ou má implantação das referidas políticas, com a constatação de que em razão da sua função precípua, qual seja assegurar a efetividade das normas constitucionais, caberia ao Judiciário interferir nas políticas públicas, desde que em nome da supremacia da constituição, buscando dar máxima efetividade à sua função de pacificador social. A legitimidade do Judiciário para examinar quaisquer violações a direitos dos cidadãos não decorre do princípio político democrático; ressaí expressamente, do texto constitucional, não devendo encontrar nenhum óbice legal.

c) A intervenção judicial seria possível desde que se estipulassem condições mínimas de atendimento das políticas públicas (mínimo existencial), estas limitadas às condições orçamentárias disponíveis para sua consecução (reserva do possível), obedientes aos princípios constitucionais e com esmero na garantia dos direitos fundamentais, verificando-se que de fato o Poder Público encontra algumas limitações para implementar políticas públicas. Entretanto, isso não justifica a não observância dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, que devem nortear a atuação estatal. Na verdade, apesar de alguns doutrinadores apontarem o princípio da reserva do possível como um limitador da atuação do Judiciário no âmbito das políticas públicas, vez que o administrador está vinculado a tal princípio, essa não é uma limitação à intervenção do Judiciário, mas sim demonstra a necessidade de sua intervenção, com o fito de assegurar a observância às garantias insculpidas na Constituição. Cabe assinalar que a escassez orçamentária não é argumento sólido o bastante para afastar o imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Judiciário determinar ao Estado a alocação de verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais. Quando provocado, o Judiciário pode e deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso possa configurar afronta ao princípio da separação de poderes ou trazer desequilíbrio ao orçamento do Estado.

d) O ativismo judicial, gerado pelos processos de democratização e judicialização, faria com que o juiz deixasse de ser um mero condutor do debate e intensificasse sua intervenção na solução dos litígios, o que não ficou caracterizado, pois restou patente que o Judiciário, apesar de demonstrar certa sensibilidade com os problemas sociais, ainda está muito vinculado ao paradigma tradicional, que se fundamenta na neutralidade do juiz, fazendo com que as decisões sejam baseadas mais nas leis do que na visão política, o que denota auto-limitação no que concerne ao controle de políticas públicas, apesar de ser possível afirmar que esta situação lentamente, está mudando, pois o Judiciário tem exercido papel cada vez mais significativo no controle das políticas públicas.

Por fim, retorna-se à hipótese básica da pesquisa: o presente estudo teve como objetivo abordar a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas questões atinentes à efetivação e ao cumprimento das políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cuja atividade, além de estar limitada pela lei de forma substancial (validade e eficácia), deve ser desempenhada observando-se os princípios constitucionais, concluindo-se que a intervenção do Judiciário não é apenas possível como necessária para assegurar a efetividade da Constituição, garantindo a observância dos direitos fundamentais e das garantias individuais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADORNO, Sérgio. O gerenciamento público da violência urbana: a justiça em ação. *In*: Pinheiro et al. **São Paulo sem medo**: um diagnóstico da violência urbana. Rio de Janeiro: Garamond.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Estado democrático de direito**. Revista da PGE. São Paulo, 1988.

_____. **Manual da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008;

APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade Política do Poder Judiciário**. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de (Org.). **Privatização das prisões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 40 ed. São Paulo: Globo, 2000.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; FAGUNDES, Andréa Lucas. (Apud KANT DE LIMA, MISSE e MIRANDA, 2000) **A municipalização da segurança pública no BRASIL:** pressupostos teóricos e critérios para a implementação de políticas públicas de segurança. Revista de Estudos Criminais: Doutrina Nacional, jul/set. 2007.

BARROS VIDAL, Luiz Felipe Camargo de. Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim, vol. 2, p. 56-63, Ed. Revista dos Tribunais.

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

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **A constituição aberta.** Belo Horizonte: Del Rei, 1993.

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

_____. Ministério da Justiça. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2009.

BROSS, Siegfried. **O sistema de controle judicial da administração pública e a codificação da jurisdição administrativa.** Trad. Martim Vicente Gottschlk. Revista CEJ. Brasília, n. 34. jul/set. 2006.

BURGOS, M. T. B. ; Werneck Vianna, Luiz ; MELO, M. P. C. ; Rezende de Carvalho **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999. V. 1. 270 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CASTILHO, Ela Viecko Wolmer de; SADEK, Maria Tereza. **O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil**. São Paulo: Idesp-Sumaré, 1998.

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

CATÃO, Yolanda; SUSSEKING, Elisabeth. Apud MACHADO, Rui Carlos. **O trabalho penitenciário e os direitos sociais**. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.

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

CÍCERO, Marcus Tullius. **Da república**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

COMPARATO, Fábio Conder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais. Ano 86. n. 737. São Paulo: Março, 1997.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

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

_____. Apud GIANNINI, Massimo Severo. **Il pubblico potere: stati e amministrazione pubbliche**.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALADIER BARROS, Miguel. **Emprego das forças armadas na política nacional de segurança pública: alterações induzidas pela lei complementar n. 117/2004**. Revista Consulex. RJ. V.9. n 121. nov. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Parceria na administração pública.** São Paulo: Atlas, 2002, citada por Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.sp?id=5055>>. Acesso em: 10 out. 2009.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana:** o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, V. 1.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Direito Penal. **Privatização dos presídios, uma breve reflexão.** Disponível em: <<http://www.eknippel.adv.br/default.asp?id=32&mnu=32&ACT=5&content=43>>. Acesso em: 10 out. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DUGUIT, Leon. Las transformaciones del derecho. Op. cit.,

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Trad. J. Baptista Machado. 5 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FERNANDÉZ, Tomás Ramón. **Notas sobre el proceso contínuo y silencioso de erosión del derecho estatal y de lãs garantías jurídicas de los ciudadanos:** el caso de los jurados autonômicos de expropiación. Revista de Administración Pública. Madrid, n. 153, p. 91-106, sep./dic.2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio.** CD-ROM, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria geral do estado**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Renaban, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

KHAN, Túlio; ZANETIC, André. **O papel dos municípios na segurança pública**. Estudos Criminológicos n. 4, julho de 2005. Disponível em: <www.ssp.sp.gov.br>. Acesso em: 28 out. 2009.

KRELL, Andréas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

LEMGRUBER, Julita. **Quando o crime compensa**. O Globo. Disponível em: <http://www.cesec.icam.edu.br/artigos/Midia_body_JL16.htm>. Acesso em: 12 out. 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Ibrasa, 1963.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**: de acordo com as Emendas Constitucionais 18, de 05.02.1988, e 19, 04.06.1988. São Paulo: RT, 1998.

KING, Cheryl Simrell; STIVERS, Camila (Orgs) *et al.* **Government is us**. Thousand Oaks-California: Sage Publications, Inc. 1998.

MAIORINI, Maria Grazia. **Stória dell'amministrazione pubblica**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. Comentado por Napoleão Bonaparte. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARCELINO, Júlio César. **A jurisdição constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil**: procedimentalistas 'versus' substancialistas. p. 34.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELO FILHO, Iberê Bandeira de. **Pena alternativa é a solução dizem especialistas**. O Estado de São Paulo. 13 jun. 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbini. **Execução penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11.7.84. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Vilbégina. **Direito público em pauta**. Datavenia. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em 4 out. 2009.

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

MOREIRA, Rômulo Andrade de. **A privatização das prisões**. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#_ftnref1>. Acesso em 9 out. 2009.

OLIVEIRA, Sérgio Lima de; CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Reserva do possível, natureza jurídica e mínimo essencial: paradigmas para uma definição**. 2008. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/artigos.php?grupo=18&e=5>>. Acesso em: 22 out.2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Juruá, 2008.

PAIXÃO, A.L. **Recuperar ou punir?** como o Estado trata o criminoso. São Paulo. Cortez, 1987.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PUPPIM DE OLIVEIRA, JOSÉ A. **Desafios do planejamento em políticas públicas: diferentes visões e práticas**. RAP. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, V. 2006, n. 2, 2006.

REVISTA DO CONSELHO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL DE BELO HORIZONTE. V. 2, n. 2, p. 35-38, jul/dez de 1994.

RIBEIRO, Manuel de Almeida. O serviço público na União Européia. In: INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E POLÍTICAS. **Reforma do Estado e Administração Pública Gestionária**. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1971.

SALVETTI NETO, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

SIMIONATO, Frederico. **A Privatização no Brasil**. Revista de Direito Mercantil n. 112 – Atualidades.

Simon, Herbert. *Apud* CANSINO MOÑOS - REPISO, José Manuel. **Lá eficiencia del sector público**: métodos e evaluación y organismos responsables. El caso de España. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Ministério de Economia y Hacienda, 1999.

SOARES, Luiz Eduardo. **Novas políticas de segurança pública**. Revista Estudos Avançados. V. 17. n 47. jan./abr., 2003.

_____. **A Política Nacional de Segurança Pública**: histórico, dilemas e perspectivas. 20 abr. 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a06v2161.pdf>>. Acessado em 18 mar. 2009.

SOUSA, Pedro Ivo de; CASTRO COURA, Alexandre de. **Controle judicial de políticas públicas**. 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2009.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas**: uma revisão da literatura. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003>. Acesso em: 28 jan. 2009.

SOUZA, Marcelo Rebelo. **Administração pública e direito administrativo em Portugal**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.

SOUZA, Nelson Oscar de. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SPECK, Bruno Wilhelm (Org.) *et al.* **Caminhos da transparência**. Campinas, SP. Unicamp, 2002, p. 30-31. Acesso em: 1º set. 2005.

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

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Prevenção do crime por meio do controle social informal**: a experiência da Escola de Chicago. PPG Direito USP, Dissertação de Mestrado, CD-Rom, 2005.

THOMPSON, A. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOURINHO, Rita A.R.A. Almeida. **A terceirização do sistema carcerário no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, fev/mar/abr, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em 20 out. 2009.

WASSERMANN, Rogério. **Pena alternativa é a solução, dizem especialistas**. O Estado de São Paulo. 13 jun. 1999.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**: Esbozo de sociología comprensiva. Trad. José Medina Echavarría et al. México: FCE, 1992.