

A hierarquia e o *habitat* dos discursos de negação de direitos: O caso de Palmeira das Missões/RS.

The hierarchy and the habitat of the discourses of denial of rights: The case of Palmeira das Missões/RS

Maria da Graça Marques Gurgel¹

RESUMO: estudo de caso e análise dos discurso de negação de direitos fundamentais com base no fenômeno chamado pela doutrina brasileira de verticalização da jurisprudencial

Palavras-Chave: Violação. Negação de Direitos Fundamentais. Verticalização jurisprudencial

ABSTRACT: case study and analysis of the discourses of denial of the fundamental rights about the basis of a phenomenon which the Brazilian doctrine calls vertical jurisprudence.

1

Keywords: Violation. Denial of human rights. Vertical jurisprudence

Sumário: 1 Introdução. 2 O Caso da Comarca de Palmeira das Missões (RS). 3 A História do Caso do Município de Palmeira das Missões/RS. 4 Resumo, Construção e Fundamentação dos Discursos. 4.1. Resumo. 5 À guisa de conclusão. Bibliografia.

1 Introdução

O direito positivo constitucional nas democracias instauradas na América Latina com as suas novas expressões de Estado Social demarca um entendimento de mundo em direção a um novo contratualismo: superada as ditaduras pretéritas, passou a existir uma convergente compreensão em direção a se convocar a efetividade dos direitos fundamentais, nos atuais modelos constitucionais.

¹ A autora é professora Adjunta da UFAL-Universidade Federal de Alagoas, doutora em Teoria do Direito pela UFPE-Universidade Federal de Pernambuco. UFAL, Maceió/AL – Brasil. E-mail: gracagurgel@uol.com.br

Por outro lado, a atuação do juiz a partir desses novos modelos democráticos também invoca o discernimento de que é tarefa do judiciário no caso concreto concretizar direitos fundamentais demandados em juízo. No plano teórico, erige-se o grau ótimo de compreensão dos direitos sob espreque dos próprios princípios constitucionais.

Também, a sociedade civil, mesmo em manifestação sob o senso comum, denota expectativa em torno da efetivação dos direitos, sejam esses individuais, coletivos ou sociais, desde que positivados na constituição dos estados que conseguiram implementar a democracia e seus princípios consecutórios.

Na situação brasileira, tanto comemora-se a conquista da positivação dos direitos fundamentais, quanto se reconhece a necessidade de suas efetivações no plano da realidade, identificando-se porém que, a cultura enraizada com o passado permanece presente na sua edificação de reverenciar a hipercentralização dos poderes no executivo, sendo possível conferir a existência do reflexo dessa centralização na pragmática judicial.

2

No entanto, a maioria dos discursos presentes na doutrina constitucional, como dito, volve-se ao implemento dos direitos fundamentais sociais, por meio de uma interpretação adequada a otimização desses direitos. Também, é passível de se divisar uma opinião geral ou dominante de que, se há direitos fundamentais na constituição de um país, estes devem ser efetivados.

Por outra parte, no âmbito da teoria do direito a compreensão de um juiz ou de um tribunal deve ser ancorada na justiça: afinal, enquanto o parecerista ou o doutrinador podem indagar qualquer outra questão (utilitária, econômica, funcional, pragmática), em sede de jurisdição estatal há uma pretensão de justiça.

No âmbito deste trabalho, o exame de como o judiciário costuma decidir reporta-se a um caso concreto em que as decisões judiciais foram seguidamente denegadas em face de determinado direito coletivo, com suporte na uniformização tendo como ponto de partida a verticalização da compreensão que resultou no juízo de inadmissibilidade da ação e das apelações.

Emerge dos autos que a promotoria estadual promoveu uma ACP-Ação Civil Pública, pugnando por uma série de obrigações de cumprimento material por parte do Estado do Rio

Grande do Sul, na pessoa do seu representante legal. No caso concreto, as decisões se remetem a jurisprudência do STJ- Superior Tribunal de Justiça, para negar o pedido.

Intui-se, porém que o judiciário ao denegar esses direitos com base em interpretação resultante do processo de verticalização das compreensões provindas dos tribunais superiores. No entanto ao julgar os recursos improcedentes não o faz por não reconhecer os direitos veiculados pela parte autora, e sim, utilizando-se de metalinguagens. Com isso, esquivando-se de exercer qualquer controle em face de omissão de políticas públicas e antecipa-se, na ausência da formação do contraditório, permitindo que o ente estatal omissivo demonstre à suficiência qualquer impossibilidade de cumprimento do dever correspondente ao direito violado (hipótese de omissão). Ademais, ao poupar a entidade estatal (ré), mobiliza-se em doutrinas como a da “separação de poderes”, “da discricionariedade administrativa”, propiciando na dimensão da decisão uma zona de conforto ao atuar omissivo, ainda que, em algumas passagens reconheça que contrarie a própria sintaxe do enunciado constitucional.

3

Será isso uma mera coincidência?

Os vários incidentes postergatórios e obstativos do Estado no seu atuar, quando presentes possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais têm sido interpretados no âmbito da teoria da constituição como uma exceção estatal, tema que demanda estudos além deste trabalho, mas em face da importância da regularidade democrática divisa uma preocupação quando a violação da constituição não é revertida pelo judiciário.

Ao encontro desse sentir, os direitos individuais, coletivos, sociais ou difusos, conquanto suas positivamente tenham perspectivado a tantos setores vulneráveis, no plano de suas efetividades, estão em crise. Crise de assimilação da sua importância frente ao equilíbrio social (menos conflito, menos complexidade social), crise que envolve a dignidade dos que necessitam de sua aplicação e sua concretização (mais igualdade, mais vida digna).²

Ademais, o paradigma do Estado social passa por solapamentos com a materialização do pensamento neoliberal infiltrado nas diferentes estruturas do estado. Pensamento aquele

²Com acerto a afirmativa de José Alcebíades de Oliveira Jr quando identifica a crise e afirma “Das conclusões possíveis, uma delas diz com a importância dessas demandas, e outra diz com os paradoxos quando da tentativa de realização das aspirações valorativas dos Direitos Humanos Fundamentais, de vez que podem existir ambigüidades, conflitos e mesmo lacunas específicas quanto a valores a serem atingidos”. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais: exigibilidade e proteção.** http://www.conpedi.org/Manaus/arquivos/anais/Brasília/08_846pdf. Acesso em 29.06.2010.

que inadmite intersubjetividade, pensamento persistente em seu domínio econômico-financeiro, representado nas inúmeras reformas que findaram por promover a flexibilização de direitos, o retraimento estatal de políticas públicas, com inserções teóricas e práticas nas instituições, na academia, nos mídias e mesmo em parte da sociedade civil.

A cidadania e os direitos fundamentais nas democracias, premidas por intensa propaganda confundem seus valores com os valores injetados nos espaços nacionais por intermédio da mundialização econômica e seus interesses, que seguem a lógica de ganhos no mercado. A distribuição de justiça converte-se em uma gestão administrativa nos moldes privados. Sua eficiência ocorre sob critérios formais, procedimentais e funcionais *pro lex mercatorum*. Com este padrão, é possível ser relegada a efetividade dos direitos fundamentais sob a metalinguagem da eficiência dos meios e da economicidade dos fins, o que se traduz em reservas com relação a direitos sociais, autorrestrição do próprio judiciário com ganhos não em prol da estabilidade e harmonia sociais, mas na evitação da instabilidade do mercado econômico-financeiro.

4

Isso porque, a par dos enunciados de direitos fundamentais há inequívoca pressão dos reprodutores ideológicos do citado ideário, o qual embora tenha se vergado nos últimos anos, ao descumprir suas promessas de redistribuição dos altos ganhos econômico, acabou por gerar, tal o nível de exclusão, encargos não esperados em extensão e em locais onde seu pensamento mais se fez presente.

No campo da estrutura jurídica, cumulam-se omissões e desconstruções de direitos, além de práticas que pontuam exceções à regularidade e a estabilidade do estado.

Esse atuar produz anômalas mutações que tentam mascarar a carência de políticas públicas efetivas, solvendo as questões sociais de modo a reproduzir mais conflito no tecido social. Equivalente efeito parece ter contaminado também a esfera do poder judiciário, com o fenômeno que a doutrina tornou lugar comum, qual seja o da politização do espaço jurídico. É que, permeado por esses influxos, o judiciário tem se abarrotado de demandas, a maioria dessas em razão da falta de investimentos sociais. Em contrapartida, nem sempre as compreensões dos enunciados constitucionais têm frutificado no mesmo compasso em direção a compreensão da justiça material, mormente quando para a sua realização prescindem do controle das políticas de investimentos sociais do Executivo: sua posição, para alguns,

considerada “consequencialista”, apresenta-se em visível coincidência com as razões de estado, quando se precipita a qualquer demonstração palpável de suposta inexistência de condições de prover os direitos sociais.

Para o judiciário, portanto, vive-se o dilema: é possível a intervenção no controle dos demais poderes? Quando essa intervenção poderá ocorrer? Esse dilema tem conduzido a deliberações, cujas compreensões prevaletentes buscam um *habitat* nos escólios das instâncias superiores. Porém, essas influências, apresentam-se quase sempre como no caso que se examina pouco inovadoras. Prova disso é que não desencadeiam mudanças paradigmáticas à pragmática jurisdicional que se identifiquem como exequíveis perante as violações de direitos fundamentais.

2 O Caso da Comarca de Palmeira das Missões (RS)

5

Vários exemplos poderiam indicar a hipótese que aqui se levanta. Porém, nos limites da atual tarefa, optou-se por um estudo de caso. Neste, analisam-se os discursos provenientes de determinada matéria (direitos fundamentais dos presos) do Tribunal Local (TJRS) e do Tribunal Superior (STJ), cujas relatorias se posicionaram por não admitir a apelação.

Para a análise do caso, utilizou-se do método comparativo e da análise discursiva (AD): assim, comparou-se o discurso que indeferiu a admissão do recurso, com outros discursos extraídos da própria pragmática judicial. Nesse confronto, observou-se as perspectivas de efetivação e de não-efetivação sob o prospecto da própria pragmática judicial como fonte de direito.

No aspecto **Justiça**, essa categoria foi examinada na compreensão da possibilidade de diminuição residual do conflito processual posto a julgamento pelo Estado-judiciário, justificada pelo dever de harmonizar conflito social atribuído como legitimação do direito estatal.

Na conjuntura situacional do conflito do caso em exame, o qual envolve direitos fundamentais, os meios de análises são escolhas aos limites deste trabalho e à pretensão de desocultamento da formação da mentalidade do emissor (respectivo relator), para deliberar.

3 A história do caso do Município de Palmeira das Missões/RS

No Município de Palmeira das Missões, cuja Comarca tem igual nome, o Ministério Público Estadual ingressou com uma ação civil pública contra o Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, na pessoa do Procurador-Geral do Estado, sobre fato adiante esclarecido.

O juiz singular negou o pedido, com base em jurisprudência do Tribunal Superior. No Tribunal *a quo*, igualmente, o pedido foi negado. O STJ invocando o seu entendimento em outros julgados, também negou provimento ao recurso.

O MP estadual colacionou a situação de vida dos presos³:superlotação carcerária, falta de condição existencial de habitação e coabitação dos presos por ausência de vagas no presídio e no albergue. Ou seja, a ação originária e os demais apelos giraram em torno de direitos fundamentais consagrados na constituição.

Ao objetar a manutenção dessa situação narrou a Procuradoria Estadual que a omissão além de atentar contra a dignidade humana dos presos, teria se tornado um empecilho à execução de penas nos regimes aberto e semiaberto.

Mencionou, ainda que, a falta de segurança do prédio do presídio, o qual reputa como uma construção que dado a sua vulnerabilidade tem permitido evasões dos presos e contribuído ao ingresso de objetos ilícitos ao seu interior, não permite qualquer controle eficiente.

O Ministério Público depositou a responsabilidade dessas circunstâncias na omissão por parte do Estado do Rio Grande do Sul, por seu representante não prover materialmente o sistema prisional com meios que evitassem as violações concretizadas, nem tampouco a ameaça de outras violações, infringindo com isso direitos fundamentais e mesmo a Lei de Execução Penal.

³Violações constantes do art. 5º. XLIXe XLVIII da CFR.Tb.do sistema global de DFs,consoante a parte final do artigo V da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Bem como, o princípio constitucional da Segurança Pública,art.144 CF.

Tanto a ação originária, julgada improcedente, quanto a Apelação junto ao Tribunal de 1º grau tinham como objeto, obrigações de fazer por parte do Estado que consistiam em: 1) reforma do prédio principal do presídio para atender a carência das vagas e das condições de habitação decorrente de superlotação carcerária; 2) com a reforma, argumentou que existiria menos fuga dos presos do regime fechado e um efetivo controle do ingresso de objetos ilícitos no interior do presídio; 3) reforma do Albergue no Presídio de Palmeira das Missões-RS para que se pudesse cumprir os regimes diferenciados (aberto e semiaberto) na conformidade da natureza da pena aplicada.

Foi pedida a condenação do Estado, em face dos fatos narrados pelo MPE e também pela inércia estatal do executivo que, na seara administrativa, face a pretéritos pedidos não deu qualquer solução. Na espécie, requereu o MPE multa diária, a ser fixada pelo Judiciário e a inserção de verba específica no orçamento estatal condizente com o cumprimento das necessidades pontuadas.

Não obstante, a Apelação do MPE (No.70036279453/2010/Cível)) resultou na decisão monocrática do Relator, proferida aos 07 de junho de 2010, por um dos membros do TJRS, ocasião em que, negou andamento ao recurso.⁴

4 Resumo, Construção e Fundamentação Dos Discursos

4.1. Resumo

O texto se inicia com o elenco de considerações trazidas pelo MPE no apelo. Em seguida, nega-se seguimento ao fundamento do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. Remete o julgador, em sua decisão às várias decisões de sua lavra⁵ nas quais, declara reproduzir o posicionamento da Câmara Cível do TJRS e a orientação do STJ. Traz ainda à

⁴Face a extensão da decisão em exame, as passagens representativas das motivações são trasladadas, a decisão na íntegra se encontra no endereço www.tjrs.com.jus.

⁵ AI No.70031010283, a APCível No.70018769539,22ª.CAm Cível, AI No.70012936233/2005, AI No.70031744931

colação um julgado de outra relatoria⁶, precedente da AP e Reexame Necessário 70022363717, com origem em ACP para reforma geral do Albergue Estadual de Uruguaiana e, outros julgados semelhantes do STJ.⁷

O julgado fundamenta a negativa invocando inicialmente, **a independência dos poderes**, como se pode divisar nas passagens que se seguem:

(...)Não obstante, antes disso prevê o art. 2º da Constituição Federal, dentre os Princípios Fundamentais, a independência entre os Poderes, impossibilitando, outrossim, a ingerência de um Poder na precípua esfera de competência do outro, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente previstas.

(...) não é suficiente para que se admita a utilização de ação civil pública como instrumento apto a implicar(...) no ponto, a autonomia e a independência do Poder Executivo

Não pode o Poder Judiciário, apreciando ação civil pública imiscuindo-se no mérito administrativo, substituir a administração em sua atividade precípua.

Falta aos juízes, porque situados fora do processo político-administrativo, a capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais mormente quando, a mais das vezes, se não sempre, dependente de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.

8

Ora, está-se diante de argumentos que acompanham a visão oitocentista do dogma da separação de poderes. Sabe-se que esse dogma foi entronizado junto com o constitucionalismo moderno, sendo positivado no âmbito das Declarações do Homem e do Cidadão, na França, no ano de 1789. Como intuiu a doutrina, desde 1960, a construção se volta para uma clássica maneira de *distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político* (LOWENSTEIN, 1986, pp54-68).

A inversão ideológica do sentido da divisão de função do poder político, que é uno, pode conduzir a hipertrofia de um dos poderes, como efeito da resiliência ou omissão ao controle recíproco.

Por outra parte, a evolução do conceito de direito público subjetivo, retifica a reificação de que o estado não possui deveres para com os cidadãos. Sendo identificável situações em que o *poder público tenha o dever de dar, fazer ou não fazer algo em favor do particular* (BUZANELLO, 2006, pp.125-140).

⁶ A AP e Reexame Necessário 70022363717.

⁷ Tratam-se dos REspNo.208893/PR,2004; REsp.No.63128/GO,1996;REsp No.169876/SP,1998.

Sobre essa subjetificação/ou justiciabilidade ensina QUEIROZ que, quando o texto constitucional se compromete literalmente com o *mínimo de existência condigna*, esta é protegida, independentemente de ponderação, porquanto é regra de extração dogmática do próprio enunciado lingüístico; da vontade do legislador-constituente (2006, pp150-151).

A desnecessidade, ou melhor a inadmissibilidade de interpretação diversa também é invocada por ALEXY (1997, p159) na direção da concretização de direito, ao afirmar:

Desde luego, quedan excluidos argumentos semánticos quando, com la constatación de la colisión, se há decidido ya, em virtud del texto literal, acerca de la aplicabilidad de las disposiciones de derecho fundamental que están em cuestión.

Não poderia ser diferente. Afinal, a interpretação judicial possui um móvel próprio que é a justiça. Nunca é demais lembrar que a justiça saiu das mãos privadas para o Estado, sendo o judiciário contemporâneo o seu depositário e distribuidor. Outrossim, se os direitos fundamentais são a maior expressão normativa de justiça, quando a comunicação do enunciado de direito fundamental for literal, não expressando qualquer ambigüidade ou indeterminação, diminui a discricionariedade interpretativa dos juízes e tribunais. Diminui porque a discricionariedade interpretativa dos juízes e dos tribunais é orientada pelo senso prévio de fazer justiça, distribuindo-a. Repetimos: essa é a distinção entre a interpretação judicial e qualquer outra interpretação jurídica(Ferraz Jr & Maranhão:2007:p281).⁸

Outro discurso denegador de direitos presente é o decorrente da autorrestricção dos juízes em detrimento da efetivação de direitos. Na presente hipótese, a autorrestricção tem relação com a conferência de direitos coletivos dos presos de Palmeira das Missões, adscrita ao fundamento da não-intervenção na discricionariedade administrativa. Esse discurso se representa pelo texto adiante:

Resta inegável que o problema existe e é grave; entretanto, há inúmeros outros direitos, constitucionalmente assegurados, que, na prática, são negados devido à falta de verbas, razão pela qual a forma a ser empregada para melhor resolvê-lo, na gerência de recursos públicos, é tarefa que incumbe exclusivamente à Administração Pública, não podendo ser suprida na via eleita pelo Ministério Público, mormente em sede liminar, não possuindo a Lei da Ação Civil Pública o condão de ensejar quebra da independência entre os Poderes.

O tema em questão é delicado, havendo ponto de extrema relevância, uma vez que, caso se acolha o pedido formulado neste momento, a ação do administrador público

⁸ .No dizer dos autores, a interpretação jurídica "(...)tem o compromisso de separar o certo do errado, o justo do injusto, mediando a relação entre agentes comunicantes numa situação de conflito.

acabará sendo pautada por outras demandas semelhantes, o que poderá comprometer, sem dúvida, a própria Administração.

Não obstante tutela constitucional e infraconstitucional do direito não é suficiente para que se admita a utilização de ação civil pública como instrumento apto a implicar, pela via judicial, verdadeiro direcionamento da atividade discricionária do Administrador quanto ao melhor emprego das verbas públicas e à ordem das prioridades a serem atendidas, devendo-se resguardar, no ponto, a autonomia e a independência do Poder Executivo.(...)

Como se vê, não pode o Poder Judiciário, apreciando ação civil pública, imiscuindo-se no mérito administrativo, substituir a Administração em sua atividade precípua, proferindo determinações que dela são privativas, no âmbito da discricionariedade assegurada ao Poder Executivo, a quem incumbe a iniciativa nas leis que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, conforme o art. 165, “caput”, da Constituição Federal, bem como o art. 149 da Constituição Estadual.

Os pedidos formulados na presente ação, na forma apresentada, ainda que em princípio somente se prestassem ao atendimento do Albergue e prédio principal do Presídio de Palmeira das Missões, detêm amplitude considerável, levando o Estado à realização de projetos e a direcionar verbas a fim de possibilitar o cumprimento da medida postulada.

É certo que o dever de proteção ao condenado/albergado, como corolário dos direitos à vida e à integridade física, bem como ao direito à segurança, são assegurados pela Constituição Federal, sendo a superlotação e a ausência de condições de habitabilidade dos presídios estaduais um sério problema a ser considerado. Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, igualmente não implementados devido à falta de verbas, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes. Precedentes do TJRS e STJ. Agravo desprovido. (Agravo Nº 70031744931, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS).

10

Observe-se que os discursos acima, chegam a admitir a intervenção judiciária nas situações previstas em lei, mas, a metódica utilizada para negar seguimento ao recurso sucumbe ao tratamento exclusivamente conceitual do tema “discricionariedade administrativa”.

Ora, a análise da discricionariedade administrativa não pode ser dissociada dos aspectos fáticos que a circunda, da possibilidade concreta da administração ter a faculdade de escolher se serve ao interesse público ou social investir em presídios desfalcados de condições dignas de vida, vulneráveis ao tráfico de armas ou substâncias coibidas pela lei, tudo em face dos direitos daquele coletivo de presos, bem como, em razão da lei de execução penal.

Isso porque, toda discricionariedade é vinculada a lei, seja a constituição enquanto lei maior, seja a lei infraconstitucional que regulamente a matéria. Confirmando esse

entendimento e atentando para outros aspectos do papel judicial, afirma KRELL (2004, p.60):“(...)o judiciário brasileiro deve romper com a sua tradição formalista, individualista e conservadora, que não mais encontra apoio na legislação constitucional(...)concretizado ativamente os reclamos do Estado Social de Direito”.

No caso atual, não houve nenhum controle judicial da suposta omissão do Estado. Os argumentos do Ministério Público não foram analisados de *per si*, pela inadmissibilidade do recurso, trazendo-se à colação dentre os demais fundamentos a impropriedade da ACP,o que se contrapõe ao art.129,I da Constituição e a parte final do inciso IV da Lei 7.347 DE 1985(anterior a CFR de 1988) em face do tipo da ação escolhido pelo *parquet* societário

Equivalentemente, a suposta margem de liberdade para o administrador que se constituiria no seu poder discricionário sequer se submeteu ao contraditório. De tal modo, a decisão denegatória dos pleitos correspondentes aos direitos daquele coletivo de presos manteve total indiferença a omissão denunciada pela Promotoria. Não chegou o julgado a analisar se a omissão do cumprimento, no caso concreto decorreu de infringência a lei maior e mesmo a lei ordinária que disciplina a execução penal.

Ora, a liberdade do administrador é regrada tanto pela constituição quanto pelas leis. Sobre essa liberdade, OHLWEILER (2010, pp.145-174) registra que a Administração detém uma função ontológica de realizar o estado democrático de direito. Para que esse estado seja efetivado a democracia é considerada além do âmbito da liberdade administrativa, em direção a consolidar a *segurança, o bem estar, o desenvolvimento e a igualdade*.

Relegando o exame das violações concretas demandadas pelo MPE, a decisão afasta a competência do poder judiciário em se pronunciar sobre as questões pertinentes ao dever estatal de fazer/ou /prestar, questões pugnadas pelo MPE enquanto fiscal da Lei e das condições em que se executam as penas.

É importante que se atente ao aspecto de que, nos discursos anteriormente transcritos, as motivações são formais e descartam de logo o exame da pretensão do MPE.

Inspirado no método dedutivo, o Tribunal *a quo* parte dos conceitos em direção à situação posta. Com isso, não se detém em qualquer possibilidade de controle da suposta omissão da administração no seu dever de reformar estabelecimento prisional adequando-o à

Lei de Execuções Penais e, sobretudo, mantém-se inerte na efetivação do direito coletivo dos presos estarem em ambiente infenso ao trânsito de objetos ilícitos, bem como, em condições de progressão, direito público subjetivo do preso. Ignorando, assim, uma série de violações a dignidade do preso, secundada pelo relato e provas inseridas.

Tudo isso foi feito com o aporte da lei 9.139/95 que culminou na redação do artigo 557, do CPP, fazendo um juízo de inadmissibilidade do recurso em face de entendimento dominante do STJ, juízo este, que inverte a instrumentalidade das formas ainda que a singularidade da matéria seja a mais alta apreensão constitucional que são os direitos considerados fundamentais.

Este exemplo, apresenta um caso de verticalização do pensamento dos tribunais superiores que conduz a obstar oportunidade em assegurar meios a violações de direitos fundamentais primários, e em maior grau, otimizar princípios e regras constitucionais mediando a acessibilidade de direitos sociais(no sentido amplo), quando esses não forem viabilizados pelo estado-administração, em face de omissão de dever constitucional.

12

Assim, embora os relatórios apresentem discursos que reconhecem que, no caso concreto, o pedido é restrito ao provimento de *condições mínimas existenciais* e que, acaso fosse concedido o pleito, este não ocorreria por necessariamente meios mais gravosos, portanto, sem qualquer afronta ao poder supostamente desidioso, a decisão avulta-se uma coibição de direitos fundamentais e, também, de deveres para os quais a administração foi omissa.

Em situação análoga, relativa a obrigação de fazer consistente na realização de obras, prestação de serviços ou implantação de políticas públicas, em razão da omissão administrativa causar ou ameaçar dano à saúde dos cidadãos e ao meio ambiente, FIGUEIREDO assim se pronunciou:

Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades

e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo foi constitucionalmente fixada⁹

Em situação hipotética alternativa, sob a estrutura teórica de ALEXY, no tocante ao dever de cuidado estatal em face da concretização hermenêutica dos direitos fundamentais, a decisão judicial deve e pode ser sempre idônea, em igual correspondência às necessidades de consolidação do mínimo existencial violado (1997, pp.119-124).

O *habitat* dos argumentos de autoridade do presente *decisium* encontra respaldo doutrinário e jurisprudencial nos entendimentos limitadores do controle judicial, da Corte Superior.

Na espécie, o suporte técnico aos discursos do juiz singular e do tribunal de 1º grau reverenciam os julgados do STJ, sobre a matéria examinada. Julgados que indeferem o seguimento de demandas análogas, recorrendo igualmente a outras decisões de idêntica orientação. Nessa circularidade, as opiniões vem sendo mantida, sem qualquer papel atualizador, confira-se:

Nego seguimento ao presente agravo de instrumento, forte no art.557, "caput" do CPC, uma vez que se trata de recurso manifestamente improcedente, devendo ser mantida a decisão hostilizada, observado o posicionamento desta Câmara e do 11º. Grupo Cível, de que esta Câmara é integrante, onde embora envolvendo questão fática diversa, os princípios necessários ao exame do caso presente foram enfrentados, em julgamento unânime, como se verá a seguir, cumprindo atentar ainda a orientação jurisprudencia do STJ. (...)

No entanto, o tribunal a *quo*, igualmente reproduz discursos que acolhe o fundamento do MPE, embora o faça recorrendo a conceitos abstratos fora da situação guindada na promoção. Observe-se, adiante:

Com efeito, os arts. 1º, III; 5º, XLIX; e 6º, "caput", todos da Constituição Federal prevêm, respectivamente: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o

⁹ Como se lê à fl.11 do artigo titulado " Ação Civil Pública.Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos.Posição do Ministério Público ". Obtido no endereço eletrônico:WWW.mpba.mp.br\atuação\ceama\material\ doutrina\ esgotamento\ a-defesa. Captado dia 28.05.2013.

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.

Da mesma forma, conforme o art. 144, “caput”, da Constituição Federal, “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...).

Em âmbito infraconstitucional, a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) é expressa ao dispor que “Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.” e que “Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”, consignando o mesmo diploma legal que “Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

O dever de proteção ao condenado/albergado, como corolário dos direitos maiores à vida e à integridade física, bem como ao direito à segurança, existe, incumbindo sua execução ao Estado;(...)

Tais considerações, de forma alguma, significam negar o direito em questão, sendo notória a superlotação e a ausência de condições de habitabilidade dos presídios estaduais, no caso concreto demonstrada por documentos que instruem a ação, salientando-se que o Poder Judiciário, em um número incontável de casos, porém sempre casuisticamente, à vista das provas produzidas, com a efetiva demonstração da necessidade de cada qual, tal como ocorre em demandas objetivando a prestação de medicamentos e procedimentos com vistas à proteção da saúde, vem levando em consideração a prevalência dos direitos à vida e à saúde sobre outras normas, o que não ocorre no caso presente, onde o deferimento da medida pleiteada equivaleria à decisão de cunho político-administrativo, extrapolando o limite da atividade jurisdicional.

É possível se inferir que, ao divagar em discursos de grande ambigüidade, os discursos são incoerentes, sem coesão, sem unidade, polissêmicos quanto ao dever do judiciário concretizar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, bem como, o dever decorrente de controlar a omissão de deveres estatais, quando denunciado os seus descumprimentos. De modo que, os discursos passam a ser produzidos como *think tanks* que findam por conotar certa parcialidade sobre o protagonismo judicial.

Assim se afirma, porquanto, embora reconheçam os direitos, negam seu garante, sua materialização. Os direitos têm vida conceitual, com suas positavações na dogmática jurídica, porém, suas materializações que dependem de prestações do Estado, somente ganham vida, quando a proteção material adscrita ao direito é assegurada por qualquer dos entes estatais.

Por outra parte, como dito no início deste trabalho, e agora sob uma vertente sociológica, os obstáculos formais constantes dos discursos que vêm a engessar o mérito das

violações de direitos fundamentais e da lei, apresentam-se nesta crítica como cooperativos à manutenção das violações, reforçando o arbítrio e a exceção por parte do Estado.

Não de outro modo suas racionalizações não são extraídas do sistema de direitos fundamentais, bem como, de sua teoria quando ambas cogitam sobre um conjunto de cláusulas que gozam de certa blindagem, que devem ser protegidas pelo juízes e pelos Tribunais (Streck:2002.p.661)¹⁰

Por isso, quando os discursos negam direito e se fincam em aspectos defensivos relativos aos gastos públicos do administrador, sem qualquer dado suficientemente convincente, antecipando situações fáticas não demonstradas à suficiência por aquele, suas motivações formais transparecem retráteis ao sistema político e não ao sistema dos direitos fundamentais.

5 À guisa de conclusão

15

Como se pode inferir, a justiça do Estado Democrático de Direito modela-se distributivamente, em um meio social antagonico e móbil. Por isso, suas transformações não impedem a existência de contatos com influências antigas e novas, satisfazendo a *teoria da continuidade*, no ponto em que sua leitura permite enxergar no novo paradigma, as influências do antigo (WIEACKER, 1980.pp.35-38)

A verticalização em si, apesar dos inúmeros discursos de enxugamento das instâncias superiores de demandas análogas, em alguns casos passa a ser um exercício de reprodução da dominância ideológica dos tribunais afinada com diretivas políticas, quando mantém a autorrestrição do judiciário em face da concretização de direitos fundamentais sob fluidas justificativas.

Uniformizações que não se traduzem em um composto de decisões afirmativas de direitos, mas, ao seu contrário: utilizam dos juízos de admissibilidade como um instrumento à

¹⁰ Como identifica Lênio Luiz Streck o lugar intervencionista e concretizador de direitos fundamentais do poder judiciário é aquele que corrige as omissões dos poderes legislativo e executivo e impede(...) o *solapamento da materialidade da Constituição* “

inoculação de discussões que aprofundem o reconhecimento e a proteção de direitos fundamentais violados ou à mercê de serem violados. Assim, embora seja adornado por discursos de utilidade à uma organicidade interna do judiciário, os supostos formais de impedimento as discussões de violações de direitos fundamentais, conduzem a veladas injustiças e a ausência de um outro juízo de valor consequencialista, consistente na reprodução dos conflitos subjacentes as causas.

De fato, desde que não enfrentadas as contradições trazidas ao judiciário entre a positivação de direitos e a negação de sua efetivação, resta a devolução à sociedade do estorvo remanescente.

Esse trabalho, portanto, embora identifique que há um quadro normativo democrático advindo das conquistas sociais, chama à atenção para o insuficiente atuar judicial quando chamado a efetivar direitos fundamentais, admitindo que, com tal dieta, frustram-se as possibilidades de se efetivar direitos a corpos sociais credores de justiça.

16

Nessa perspectiva, as supraestruturas da administração de justiça¹¹, podem reverter as limitações que impõe ao judiciário na resolução dos conflitos pela eficiência do novo paradigma constitucional da maioria das constituições latinoamericanas pós-ditatoriais, considerando serem constitucionalmente habilitadas para esse fim.

Como pondera WIEACKER (1980, p.62), os juristas fazem com que, os câmbios sociais possam redundar em enganos, ao permanecerem em modelo desajustado às circunstâncias do presente.

A verticalização dos Tribunais se encontra em uma crise de autorreconhecimento do seu papel de alçar os direitos fundamentais a discursos mais efetivadores ao equilíbrio do Estado Democrático de Direito, metáfora do Estado Social e Liberal. Os posicionamentos em sede de violações de direitos fundamentais, transportados que foram para a decisão examinada, transparecem o desequilíbrio. No caso concreto, os discursos deferem ao

¹¹ Aqui chamam-se de “supraestruturas da administração da justiça” os tribunais superiores, os quais em alguns julgamentos que influenciam as instâncias inferiores quando criam impedimentos, delimitação de competência e uniformização.

executivo um excessivo liberalismo em detrimento ao *sentimento constitucional* de inspiração social, divisados em julgados minoritários¹²,

Aliás, encerra-se, com a menção ao *sentimento constitucional*, tema aprofundado em VERDÚ (2006, PP.123 124), ao avaliar a ideologia de alguns discursos que se pensa como análogos aos examinados e afirma:

Interessa muito àqueles que reduzem o Direito Constitucional a magnitudes administrativas expulsar do discurso técnico-jurídico os elementos ideológicos, sufocando-os mediante argumentações **logoides** que alcançam seu apogeu na concepção formalista de estirpe pós-kelseniana. Tal apogeu ocorre à medida que se processualizam, assepticamente, através de uma jurisdição constitucional **neutra**(?), as relações político-constitucionais.

¹² Marcos Aurélio de Freitas Barros no seu trabalho **Miradas Sobre o controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Dos Precedentes Judiciais à Teoria**, aborda casos desses enfrentamentos, cita julgados do STF,STJ e outros, oriundos de Tribunais Estaduais e Federais. Ver [emhttp://sisnet.aduaneiras.com.br/Lex/doutrinas/arquivos/miradas.pdf](http://sisnet.aduaneiras.com.br/Lex/doutrinas/arquivos/miradas.pdf). Acesso em 30.04.2007.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madr:Centro de Estudios Constitucionales,1997.

BARROS, Marco Aurélio de Freitas. **Miradas Sobre o Controle Judicial de políticas Públicas: Dos Precedentes Judiciais à Teoria**. <http://sisnet.aduaneiras.com.br/Lex/doutrinas/arquivos/miradas.pdf>. acesso em 30.01.2007.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Ação civil Pública. Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do ministério Público**; www.mpba.mp.br/atuacao/ceama/material/doutrina/esgotamento/defesa. Acesso dia 28.05.2013.

KRELL,Andreas J. **Discrecionariiedade Administrativa e proteção Ambiental: O controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a competência dos Orgãos Ambientais: Um Estudo Comparativo**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados,2004.

LOEWENSTEIN.Karl. **Teoría de La Constitución. TraducciónAlfredo Gallego Anabitarte**. Barcelona:Editorial Ariel.S.A,1986.

OLIVEIRA JR. ,José Alcebíades. **Constituição e Direitos Humanos Fundamentais: exigibilidade e proteção**. www.conpedi.org/Manaus/arquivos/anais/Brasília_08-846.pdf. Acesso 20.06.2010.

OHLWEILWER, Leonel. **A Ontologeiização do direito administrativo: o exemplo da dignidade huma a como elemento hermenêutico**. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.Vol.1 n.5,2007.pp.145-171.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Princípio Dogmáticos e Prática Jurisprudencial**.Coimbra:Coimbra Editora,2006.

VERDÙ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: Aproximação ao Estudo do Sentir Constitucional como Modo de Integração Política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense,2004.

Data de Submissão: 23/11/2013
Data de Aprovação: 17/12/2013