

Tutela de direitos fundamentais versus separação de poderes na implementação de Políticas Públicas para Menores Infratores Custodiados.

Protection of fundamental rights versus separation of powers in the implementation of Public Policies for Juvenile Offenders Custody.

Juliana Fernanda Barbosa Vianini

Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito e do Curso de Pós-Graduação em Direito Trabalho, Processo Trabalho e Previdenciário da Universidade Estácio de Sá, Campus Resende.
Mestranda em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Unisal – U.E. de Lorena (SP)
E-mail: juliana.vianini@hotmail.com

Resumo: Este artigo pretende demonstrar que uma determinação do Poder Judiciário para implementação de políticas públicas, segurança pública, segurança em estabelecimentos de custódia de menores infratores não viola o princípio da separação dos poderes, contrapondo esta questão com a tutela de direitos fundamentais. Após considerar os conceitos da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, da eficácia e integridade dos direitos sociais, com destaque no princípio da máxima efetividade, da reserva do possível, do mínimo existencial, como também no Direito à educação e segurança da criança e do adolescente, analisará a fundamentação adotada em uma decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, que diz respeito a uma determinação do Poder Judiciário para implementação de políticas públicas, segurança pública, segurança em estabelecimentos de custódia de menores infratores. São analisados a ementa, acórdão, o voto e o relatório desta decisão, ressaltando, particularmente, a Não Violação do Princípio da Separação dos Poderes por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Poder Judiciário; Políticas Públicas; Menores Infratores Custodiados; Separação dos Poderes; Direitos Fundamentais.

Abstract: This article argues that a determination of the judiciary to implement public policy, public security, safety in young offenders custody establishments does not violate the principle of separation of powers, contrasting this with the protection of fundamental rights. After considering the concepts of human dignity, fundamental rights, the effectiveness and integrity of social rights, especially the principle of maximum effectiveness, booking possible, the existential minimum, but also in law to the child's education and safety and adolescents, examine the rationale adopted in a decision of the Federal Supreme Court - STF, which relates to a determination of the judiciary for implementation of public policy, public security, security in custodial establishments of juvenile offenders. Are analyzed the menu, judgment, the vote and the report of the decision, noting in particular the no breach of the separation of powers principle by the judiciary.

Keywords: Judiciary; Public Policy; Minor Offenders Custody; Separation of Powers; Fundamental Rights.

Introdução

O tema do presente estudo está relacionado com uma decisão do Supremo Tribunal Federal – STF que trata da implementação de políticas públicas, segurança pública, segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores, procurando verificar se, nessa decisão, está garantida a não violação do princípio da Separação dos Poderes.

Com este objetivo, analisam-se todas as partes da decisão: ementa, acórdão, relatório e o voto, que encontram sua fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humanas e nos direitos fundamentais.

Destes últimos, indicam-se as dimensões, sua eficácia e as classificações. Consideram-se, sucessivamente, a eficácia e integridade dos direitos sociais, com destaque no princípio da máxima efetividade, da reserva do possível, do mínimo existencial, como também no Direito à educação e segurança da criança e do adolescente. A metodologia utilizada é a pesquisa documental e bibliográfica.

1 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana configura um princípio de fundamental importância, uma vez que repercute sobre todo o ordenamento jurídico. Assim, a tutela dos direitos de todos os cidadãos pressupõe que seja respeitada, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa.

Nesse aspecto, essencial é o papel do Estado, o qual precisa tomar providências, de modo que os indivíduos tenham condições mínimas para viver com dignidade. Essa foi a preocupação do legislador constituinte, cuidando para que o Estado proporcionasse condições de existência digna aos cidadãos.

Dentre os princípios fundamentais gerais expressos na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana vem estabelecido no art. 1.º, III. Para Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 33), de todos os princípios enunciados no referido artigo, o respeito à dignidade da pessoa humana merece destaque especial, lembrando que:

O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã... denomina de núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais.

A maioria dos doutrinadores considera o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento essencial que rege os demais princípios. Por isso, o exercício do poder e a ordem estatal só serão legítimos se observarem o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que constitui verdadeiro pressuposto da democracia.

O referido princípio expressa um valor inerente a todo cidadão. Esse valor deve ser respeitado por qualquer outra pessoa e, principalmente, por toda legislação jurídica, a fim de que o indivíduo não seja desrespeitado enquanto ser humano.

Alexandre de Moraes entende que a dignidade da pessoa humana confere unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas (MORAES, 2014).

Não se pode perder de vista que o objetivo da Constituição Federal é promover um Estado Democrático de Direito, no qual as pessoas possam viver numa sociedade justa e igualitária. Sobre a matéria, transcreve-se a lição de Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 152-153):

Verifica-se, dessa maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. (CLÈVE, 2003, p. 152-153).

O texto constitucional utiliza a noção de dignidade dentro de uma preocupação humanista, ou seja, como aquela que deve ser concedida a toda pessoa humana. José Afonso da Silva, interpretando os ensinamentos de Kant, assinala que a dignidade é um valor interno da pessoa humana que não admite substituto equivalente. Para ele, a dignidade se confunde com a própria natureza do ser humano (2010, p. 90).

Do mesmo entendimento partilha Eduardo Ramalho Rabenhorst, o qual considera a dignidade uma “categoria moral” relacionada com a própria representação que se faz da condição humana. Para ele, a dignidade constitui a “qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres” (2001, p. 15), ou seja, esses movimentos legitimam suas ações na ideia de um direito natural que assegura a liberdade e a igualdade entre todos os homens.

2 Direitos fundamentais, suas diferenças e características

Os direitos fundamentais são os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica. O artigo 5º da CRFB/88 contempla os direitos fundamentais.

Pelo vocábulo "fundamental", em seu significado lexical, compreende-se tudo aquilo "que serve de fundamento; necessário; essencial." Tal conceito não se afasta do sentido real do termo na esfera jurídica. Assim, como entende Vladimir Brega Filho, direito fundamental "é o mínimo necessário para a existência da vida humana." (BREGA FILHO, 2002, p. 66).

Ressalta-se que o mínimo essencial deve garantir a existência de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.

No tocante à expressão "Direitos Humanos", o significado atribuído é o mesmo, ou seja, são direitos essenciais à manutenção de uma vida humana sustentada pelo princípio da dignidade a ela inerente.

Entretanto, Vladimir Brega Filho (BREGA FILHO, 2002) faz distinção entendendo serem os Direitos Fundamentais aqueles positivados em uma Constituição, enquanto os Direitos Humanos são os provenientes de normas de caráter internacional.

Diante disso, Canotilho (1998) sugere um argumento para a distinção. Para ele, direitos do homem são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais são os vigentes em uma ordem jurídica concreta.

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); Direitos Fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (CANOTILHO, 1998, p. 359).

Ressalte-se que a ordem jurídica citada por Canotilho (1998) não se restringe à Constituição, pois ele separa os Direitos Fundamentais em "formalmente constitucionais", que são os enunciados por normas com valor constitucional formal, e "materialmente fundamentais", sendo estes os direitos constantes das leis aplicáveis de direito internacional não positivados constitucionalmente.

Neste mesmo sentido versa Comparato (2001, p. 56), para quem os Direitos Fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional: são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais.

É de fundamental importância também traçar as diferenças mais marcantes entre os direitos fundamentais e as garantias fundamentais. As garantias traduzem-se no direito dos cidadãos exigirem dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos. Destarte, pode-se dizer que as garantias fundamentais são estabelecidas na Constituição da República para servirem como um eficiente manto protetivo dos direitos fundamentais.

As principais características dos direitos fundamentais são: historicidade; relatividade; imprescritibilidade; inalienabilidade; indisponibilidade; indivisibilidade; irrenunciabilidade; inviolabilidade; universalidade; concorrência; efetividade; interdependência e complementaridade.

3 Dimensões dos Direitos fundamentais e sua eficácia

Conforme Pedro Lenza (2013), a doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em *gerações de direitos*, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da dimensão anterior e, assim, a expressão se mostraria mais adequada. Como afirma Bobbio (1992, p. 60):

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências.

Os direitos da primeira dimensão inspirados nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, seriam os Direitos da Liberdade, liberdades estas religiosas, políticas, civis clássicas como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), as liberdades de expressão coletiva etc.

Os de segunda dimensão seriam os Direitos da Igualdade, no qual estão à proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, cultura etc. Essa geração dominou o século XX, são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos.

Conforme cita Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 50), é importante observar que nos direitos fundamentais de segunda geração não são englobados apenas direitos à prestação, mas também, algumas liberdades sociais – como a liberdade de sindicalização e o direito de greve -, bem assim, direitos fundamentais dos trabalhadores – como o direito a salário mínimo, ao repouso semanal remunerado etc.

Os de terceira dimensão, que foram desenvolvidos no século XX, seriam os Direitos da Fraternidade, nos quais está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso etc.

Essa geração é dotada de um alto teor de humanismo e universalidade, pois não se destinava somente à proteção dos interesses dos indivíduos, de um grupo ou de um momento. Refletiam sobre os temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

São direitos transindividuais, isto é, direitos que são de várias pessoas, mas não pertencem a ninguém isoladamente. Transcendem o indivíduo isoladamente considerado. São também conhecidos como direitos metaindividuais (estão além do indivíduo) ou supraindividuais (estão acima do indivíduo isoladamente considerado).

Mister se faz salientar, outrossim, que certa parcela da doutrina pátria capitaneada pelo mestre Paulo Bonavides (2003, p. 60) ainda cita a existência de uma quarta “dimensão” de direitos fundamentais, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

Já a essa quarta dimensão, que surgiu dentro da última década, por causa do avançado grã de desenvolvimento tecnológico, correspondem os Direitos da Responsabilidade, tais como a promoção e manutenção da paz, a democracia, a informação, a autodeterminação dos povos, a promoção da ética da vida defendida pela bioética, os direitos difusos, o direito ao pluralismo etc. A globalização política na esfera da normatividade jurídica foi quem introduziu os direitos desta quarta geração, que correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Estão ligados também à pesquisa genética, com a necessidade de impor um controle na manipulação do genótipo dos seres, especialmente o do homem.

As três gerações que exprimem os ideais de Liberdade (direitos individuais e políticos), Igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e Fraternidade (direitos da solidariedade internacional) compõem atualmente os Direitos Fundamentais. A eficácia pode ser vertical e horizontal, ou seja, os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal).

As teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais são: EUA: State Action (aplica-se apenas quando o Estado estiver presente) e Public Function (aplica-se a quem desempenhar função pública). A teoria da eficácia indireta e mediata: os direitos fundamentais aplicam-se nas relações jurídicas entre os particulares, mas apenas de forma indireta (mediata), por meio das chamadas cláusulas gerais do Direito Privado; e a teoria da eficácia direta e imediata: os direitos fundamentais se aplicam diretamente às relações entre os particulares. Essa teoria é aceita no Brasil, tanto pelo STF quanto pelo STJ.

4 Classificações dos Direitos fundamentais

Sobre a classificação dos direitos fundamentais, pode-se dizer que o texto constitucional classificou-os em cinco grupos, a saber: direitos individuais; direitos coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade e direitos políticos.

Os direitos individuais estão intimamente relacionados com o conceito de pessoa humana e de personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade e à liberdade.

Já nos direitos coletivos tem-se a ideia exata de direitos pertencentes a uma coletividade, ou seja, pertinentes a um grupo de pessoas. Os direitos sociais relacionam-se com as liberdades e prestações positivas do Estado, e visam a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes econômicos e dos setores mais vulneráveis da sociedade, estando disciplinados, não só no artigo 6º da Magna Carta, mas também no artigo 201 do mesmo diploma legal.

Os direitos à nacionalidade tratam dos vínculos jurídicos e políticos que se estabelecem entre o indivíduo e o Estado, capacitando o primeiro a exigir proteção do segundo e sujeitando-o, outrossim, a deveres, cuja disciplina se encontra na norma do artigo 12 da Lei Maior. Já os direitos políticos, que se encontram enumerados no artigo 14 da Constituição da República, versam sobre regras organizadoras das formas de atuação da soberania popular, franqueando ao indivíduo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado.

São, na verdade, os direitos de participação da vida política nacional, o que inclui o direito de votar e de ser votado. A cidadania é um vínculo político que confere ao nacional o direito de participar da formação da vontade política do Estado, enquanto a naturalidade é um mero vínculo territorial, que indica tão somente o local de nascimento de alguém.

5 Eficácia e integridade dos direitos sociais

Os Direitos Sociais refletem a preocupação do Constituinte com a integridade física do homem, e estão relacionados aos princípios de dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, que visam atingir a justiça social.

Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 286), os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais.

Os direitos sociais estão dispostos na Constituição de 1988, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e no Título VIII (Da Ordem social). Estabelece em seu Art.6º, como direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**.

Segundo Bulos (2011, p. 789), os direitos sociais surgem no prisma de tutela aos hipossuficientes, “assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização de igualdade real (...) Visam, também, garantir a qualidade de vida” das pessoas.

A amplitude dos temas inscritos no art. 6º da Constituição deixa claro que os direitos sociais não são somente os que estão enunciados nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11. Eles podem ser localizados, principalmente, no Título VIII – Da Ordem Social, artigos 193 e seguintes.

5.1 Princípio da máxima efetividade

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 explicitou amplo rol de direitos sociais, tornando ainda mais relevante o tema de sua eficácia. De fato, apenas positivar direitos, reconhecê-los e apontar sua importância não é suficiente; quanto maior a consagração formal de direitos sociais, maior a dificuldade de lhes garantir uma aplicação efetiva.

O artigo 5º, §1º da CF/88 não deve ser interpretado como regra, mas como um princípio, deve-se garantir a máxima efetividade possível. Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 329):

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquele que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

Esta aplicação imediata é o desejável. Todavia, seria utópico concluir que o Estado brasileiro, no seu atual estágio de evolução, poderia assegurar o pleno exercício dos direitos sociais a todos.

Teresa Arruda Alvim Wambier (apud DIDIER JUNIOR, 2012, p. 21) destaca que “a plena e efetiva realização do ordenamento jurídico no plano social, embora, embrionariamente, já esteja concebida no plano normativo (em sentido amplo), depende de fatores econômicos, éticos e culturais”. Dissemina-se, no entanto, o raciocínio de que a aplicação desses direitos deve se pautar na máxima efetividade possível.

5.2 Reserva do possível

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 287), a *reserva do possível* apresenta tríplice dimensão: efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias etc; e, proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Trata-se, também, de atenção ao princípio da isonomia, capitulado no artigo 5º da Constituição Federal. Paulo Vicente (2012, p. 105) denomina este princípio como a reserva do “financeiramente possível”, relacionando-o com a necessidade de disponibilidade de recursos, principalmente pelo Estado, para sua efetiva concretização.

Aponta-se este princípio como limitador de certas políticas públicas. Certamente, medidas não razoáveis ou em desacordo com o momento e evolução históricos implicam resultados contrários à própria eficácia dos direitos.

Mas a cláusula da reserva do possível não pode servir de argumento, ao Poder Público, para frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição.

A noção de “mínimo existencial” é extraída implicitamente de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), e compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos.

5.3 *Mínimo existencial*

Para Luis Roberto Barroso (2011, p. 202) o conceito de *mínimo existencial* nada mais é que o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”.

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas positivadas na própria Lei Fundamental.

Se o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no texto constitucional, transgride a própria Constituição Federal. A inércia estatal configura desprezo e desrespeito à Constituição e, por isso mesmo, configura comportamento juridicamente reprovável.

6 Direito à educação e segurança a criança e ao adolescente

Segundo o próprio relator da decisão em estudo, que cita Pinto Ferreira (‘Educação e Constituinte’ in Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais

muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público: ‘O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (BRASIL, 2013)’(Grifo nosso).

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola.

Segundo ministro Celso de Mello (RTJ 164/158-161), o Supremo Tribunal Federal, considera que a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas. É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão.

Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Não poderá considerar diferente de quando se tratar da segurança destes, ainda que estejam em internatos, orfanatos, casas de abrigo ou de custódia, quando menores infratores. A Constituição Federal determina que a reeducação deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do infrator. No Brasil, menores de 18 (dezoito) anos não cometem crime, mas sim infração penal. A reeducação é definida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

A ressocialização e a descriminalização de menores são debatidas no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Cláudio Augusto da Silva, coordenador geral do SINASE, explica que as medidas visam a recuperar o adolescente infrator: “este sistema socioeducativo tem a missão de fazer um processo pedagógico que leve em conta todas as questões sociais, todas as questões que envolvem a vida do adolescente”. Mas é preciso melhorar muito: “o que se busca é que as secretarias estaduais, que detêm esta prerrogativa de cuidar dos centros de internação, executem com fidelidade o que determina o ECA”. Infelizmente, isso não é uma realidade que nós gostaríamos de ver (2014).

7 Princípio da separação dos poderes

A teoria da separação de poderes em corrente tripartite, foi esboçada primeiramente por Aristóteles (2002) em sua obra “A Política”, em que admitia existir três órgãos separados a quem cabiam as decisões do Estado. Eram eles o poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Posteriormente, Locke (2003) em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, concebe o Poder Legislativo como sendo superior aos demais, que inclusive estariam subordinados a ele, quais sejam, o Executivo com a incumbência de aplicar as leis e o Federativo que, muito embora, tivesse legitimidade não poderia ser desvinculado do Executivo, cabendo a este cuidar das relações internacionais do governo.

Todavia é nítido na doutrina um consenso em atribuir a Montesquieu (2000) a consagração da tripartição de poderes com as devidas repartições de atribuições no modelo mais aceito atualmente por todos, em sua obra “O Espírito das Leis”, com a inclusão do poder judiciário entre os poderes fundamentais do Estado.

Porém, Aristóteles, Locke e Montesquieu, entre outros de sua época, não foram os criadores da presente doutrina e sim quem, com grande brilhantismo e sabedoria, as sistematizou em contornos específicos, baseando-se em teorias já existentes, como se verifica em relatos antigos deixados em obras clássicas de célebres autores, como Platão (2004), por exemplo, em “A República”, onde se visualiza pontos que deixam clara a concepção de uma teoria que consistia em subdividir as funções do Estado de forma que esta não se concentrasse nas mãos de apenas uma pessoa, o que poderia dar ensejo a trágicos fins, uma vez que, como todos sabem, o homem se desvirtua ante a concentração e a não limitação de poder a ele outorgado.

Aristóteles, assim como seu mestre Platão, também considerava injusto e perigoso atribuir a apenas um indivíduo o exercício do poder pleno. Foi Montesquieu quem deu prosseguimento às ideias de Locke, sendo o responsável pela inclusão do poder de julgar entre os poderes fundamentais do Estado quando construiu a tese da desconcentração do poder centralizado, na figura da tripartição dos poderes.

A divisão dos poderes da União se dá em Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo independentes e harmônicos entre si. Pela teoria da separação dos poderes, cada poder tem sua função principal e funções secundárias, como por exemplo cabe ao Poder Legislativo a produção de leis, ao Poder Judiciário cabe a função de dizer o direito e ao Poder Executivo cabe a função administrativa do Estado.

Previsto nos artigos 2º e 60, §4º, III, ambos da Constituição, tal princípio tem por finalidade assegurar a garantia do exercício moderado do poder e evitar o totalitarismo. Trata-se de um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro que o legislador constituinte originário consagrou, na Carta Política de 1988, expressamente como cláusula pétrea. O doutrinador Pedro Lenza (2013, p. 514), entende que o objetivo fundamental:

É preservar a liberdade individual, combatendo a concentração de poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume as feições liberais.

José Afonso da Silva (2006, p. 117), sobre independência dos poderes trata que:

A investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitem dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Segundo Luis Roberto Barroso (2011), não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, deve-se autorizar a atuação subjetiva do Poder judiciário, mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um super-legislador.

De certo, há que se notar que o Judiciário, mediante a inércia do Poder Legislativo em produzir leis que satisfaçam os anseios da sociedade, como programas assistenciais e de proteção e segurança, produz decisões e súmulas para resguardar o direito do cidadão. Vale ressaltar, contudo, que a manifestação do Supremo Tribunal Federal, não se dá caso não seja necessário.

8 Decisão Judicial para exemplificar a pesquisa

Trata-se de um Agravo Regimental em um Agravo de Instrumento, no Recurso Extraordinário proposto em uma Ação Civil Pública, na sua origem, proposta pelo Ministério Público contra o Estado de Goiás para que esse fosse compelido a providenciar efetivo policial militar para a garantia da segurança do Centro de Recepção ao Adolescente Infrator da Comarca de Itumbiara.

O Ministério Público demonstrou que o Poder Público, incluídas todas as unidades federadas, bem como os municípios, deve garantir a observância irrestrita da Constituição, não podendo se furtar dos deveres constitucionais sob fundamentos supostamente extraídos do próprio texto e da competência constitucional do ente federado.

Ou seja, deve garantir a segurança, mesmo àqueles que porventura também tenham infringido norma, já que deve agir para que os direitos sociais sejam assegurados a todos.

8.1 Ementa/Acórdão da decisão

A ementa da decisão é apenas o resumo do que se encontrará na decisão de determinado ente do Judiciário.

Esta já demonstra que não há violação no princípio da separação dos poderes a determinação do destacamento de policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores: o que será explicado no voto. Desta forma segue:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Segurança pública. Destacamento de policiais para garantia de segurança em estabelecimento de custódia de menores infratores. Violação do princípio da separação dos Poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, 2013).

8.2 Relatório

No relatório é explicado todo o caminho do processo até chegar naquele momento e qual o requerimento, para que então se entenda o voto do relator. O Estado de Goiás utilizou

da própria legislação, principalmente a Constituição Federal para se omitir de garantir a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela própria Constituição Federal, quando descumpriu os encargos político-jurídicos.

Segundo o relator, Ministro Dias Toffoli, o Estado de Goiás interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que negou provimento ao agravo de instrumento, com a seguinte fundamentação:

Vistos. Estado de Goiás interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional, contra acórdão da Terceira Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado... I – A ostensividade da atividade policial compõe uma de várias funções inerentes ao ofício castrense e não a única. A manutenção e ordem pública, ou seja, a paz, a tranquilidade da sociedade também são atribuições da polícia militar. É o que estabelece o § 5º, primeira parte, do art. 144, da Constituição da República. As políticas públicas para não só a implementação dos direitos da criança e do adolescente, assim como para a preservação de sua integridade física e de quem os cerca, constituem obrigação estatal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente em seu art. 4º, e, principalmente, no art. 227, da Carta Magna. II - O Poder Público, à guisa de intervenção do Poder Judiciário em suas atribuições constitucionais, de desarmonia entre os poderes da República, de ingerência judicial sobre o seu poder discricionário e outros argumentos, quase sempre descumpe preceitos constitucionais e toma a Lei Fundamental instrumento portador de meras aspirações sociais que quase beiram a utopia. Nesse caso, cumpre ao Poder Judiciário a tarefa de evitar a consolidação de situações desta espécie e de viabilizar a concretização dos valores, princípios, direitos e garantias insertos no texto e no contexto constitucional. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS (BRASIL, 2013).

O Estado de Goiás alegou violação dos artigos 2º, 144, § 4º e 169, caput e § 1º, da Constituição Federal. Em sua decisão, o relator inicialmente começou pelo artigo 227 da Constituição Federal, que estipula como *dever do Estado, bem como da família e da sociedade, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, a concretização da sua dignidade humana, mormente no tocante a colocá-los a 'salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão', para tanto promovendo programas de assistência social.* (Grifo nosso).

Dessa forma, é patente que o Poder Público, incluídas todas as unidades federadas, bem como os municípios, deve garantir a observância irrestrita da Constituição, não podendo se furtar dos deveres constitucionais sob fundamentos supostamente extraídos do próprio texto e da competência constitucional do ente federado.

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo, quando, como no caso dos autos, o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem de maneira a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

Sobre o tema, o relator ainda juntou algumas decisões monocráticas que se enquadravam ao caso dos autos, inclusive sobre educação infantil, tema muito abordado nos dias atuais, bem como tratou dos direitos de segunda geração/dimensão; descumprimento de preceito fundamental; legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas; reserva do possível e mínimo existencial.

8.3 Voto

No presente caso, o Tribunal de Justiça buscou, tão somente, assegurar o direito constitucional dos munícipes à segurança pública, assim como salvaguardar a integridade dos adolescentes sob custódia estatal, atuando, portanto, em consonância com o entendimento perfilhado neste Tribunal.

Com efeito, consoante expresso na decisão agravada, pacificou-se nesta Corte o entendimento de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como se dá no caso dos autos, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, uma vez que não se trata de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.

Conclusão

Dispor dos elementos mínimos para uma vida digna é um direito elementar do cidadão; e se o Estado o deixar na marginalidade, tal fato pode ser considerado, certamente, uma espécie de induzimento ao suicídio social, em especial quando lhe nega o mínimo para sobreviver. Ao negar ao cidadão um prato de comida, um lar, um trabalho e, portanto, a própria condição do ser humano à existência social, nega-se a própria vida.

Na medida em que o sujeito fica à margem da sociedade e excluído moral, cultural e socialmente, está sujeito a condições de vida não dignas, não aceitáveis e nisso se pode haver a falha do Estado quanto aos direitos humanos.

Precisa-se começar tudo de novo, recomeçar com uma nova lição, retomando alguns ensinamentos que se preservam como fundamentais para o amadurecimento de qualquer ser humano – digno, responsável, ético e honesto – se quiser fazer a sociedade e o planeta que habitamos um pouquinho melhor.

Todos são responsáveis pela preservação da natureza, todos são responsáveis em difundir e espalhar a fraternidade nos pequenos gestos e atitudes; na solidariedade, a começar dentro de casa; na família de todo dia.

Por todo o exposto, uma conclusão é inevitável, a de que os direitos fundamentais, que são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, são mais do que necessários para assegurar a todos uma existência livre, igualitária, justa e digna; por isso, o Estado não deve, apenas, reconhecê-los formalmente, pois é imperiosa, mas também buscar incessantemente sua plena concretização, incorporando-se à vida dos cidadãos. Somente assim se aperfeiçoará e se efetivará, definitivamente, o Estado Democrático de Direito, atendendo-se as justas e legítimas expectativas do povo brasileiro.

Ou seja, determinar que o Estado de Goiás fosse compelido a providenciar efetivo policial militar para a garantia da segurança do Centro de Recepção ao Adolescente Infrator da Comarca de Itumbiara, não viola o princípio da separação dos poderes, mas sim garantir elementos mínimos para uma vida digna, em respeito aos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana; ainda que para menores custodiados.

Referências

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

_____. STF, Primeira Turma. Ag. Reg. no Agravo der Instrumento 810.410, Goiás. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4291294>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, ano II, n. 8. jul./set. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Org. Ações Constitucionais*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Tradução de Alex Marins. São Paulo. Martin Claret: 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 1998.

_____. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Cláudio Augusto Vieira da. *Artigo 5º discute ressociação e descriminalização de menores*. Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/231938>>. Acesso em: 05 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VICENTE, Paulo. *Resumo de direito constitucional descomplicado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.