

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu penso que Vossa Excelência enfrentou, e eu equacionaria, três questões. Há três perguntas envolvidas neste caso. A primeira é se o Judiciário pode ou não intervir em situações como essa. A segunda é qual é o papel da cláusula da reserva do possível em situações como esta. E a terceira é: em se entendendo que o Judiciário possa intervir, que tipo de intervenção é legítima ao Judiciário nessas situações.

Passo a responder a primeira pergunta, em linha de concordância com Vossa Excelência, quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Nós todos aqui estamos de acordo que decisão política em uma democracia deve ser tomada, como regra geral, por quem tem voto. Portanto, as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Assim, eu gostaria de deixar bem claro que a judicialização, quando ela ocorre - e este é o caso -, ela não substitui a política, e acho que a política tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar. Porém, penso que Vossa Excelência assentou no voto, e de maneira muito feliz, em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. E acho que este é um caso típico dessa exceção.

Em primeiro lugar, porque nós estamos atuando para proteger os direitos de uma minoria, de uma minoria invisível e de uma minoria que não tem voto, porque não tem direitos políticos. Portanto, nós estamos lidando com um conjunto de pessoas que ficou à margem da vida pela incapacidade de vocalizar os seus interesses e as suas pretensões, porque não há quem as represente. Logo, quem tem que ser o intérprete daqueles que não podem falar é evidentemente o Poder Judiciário. Acho que essa primeira razão já seria suficiente.

A segunda razão já apontada - e o Ministro Marco Aurélio acabou de reiterar isso - é que este é um problema estrutural, sistêmico e que vem de

longe assinalado por uma inércia contínua e permanente dos Poderes Públicos, notadamente, do Executivo, porque legislação frequentemente há - como lembrava o Ministro Celso de Mello, e Vossa Excelência lembrava no seu voto. Dessa forma, eu acho que o Judiciário tem a legitimidade de intervir para superar um quadro crônico, histórico, atávico de omissão do Poder Executivo nessa matéria.

Por fim, para legitimar essa intervenção, os presos só estão presos, porque o Estado assim o determinou. Se o Estado se arroga no poder de privar essas pessoas de liberdade, tem evidentemente que exercer - lembrava o Procurador-Geral, Doutor Rodrigo Janot - os seus deveres de proteção dessas pessoas que estão sob a sua guarda por decisão sua. De modo que, se há uma hipótese clássica de intervenção legítima do Poder Judiciário, é precisamente esta.

Como o Ministro Fux lembrou, e o Ministro Fachin também, eu abandonei um pouco o uso da expressão "ativismo judicial", porque ela passou a ser utilizada mais ou menos como "neoliberalismo". Quando alguém quer desclassificar ou desqualificar uma posição, diz: "isso aí é ativismo". Mas há situações em que o Judiciário deve ser autocontido em respeito às decisões políticas dos outros Poderes, e há situações em que ele tem que ser proativo, em nome da Constituição e dos valores que nos cabe resguardar.

Desse modo, Presidente, eu entendo que o Judiciário não só pode como deve, na linha do que decidiu Vossa Excelência, interferir para determinar a realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana.

Passo a responder a segunda pergunta: que papel a cláusula da reserva do possível deve desempenhar nessas situações, na linha da preocupação manifestada pelo Ministro Luiz Edson Fachin, e, em mais de uma ocasião, manifestada em votos emblemáticos do Ministro Celso de Mello. A primeira coisa a dizer é que a cláusula da reserva do possível não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Agora, afastada essa

incidência ilegítima da reserva do possível, ela tem um papel importante numa democracia por duas razões: primeiro, a reserva do possível traz em si o respeito a princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, além da lógica elementar de que "dinheiro não nasce em árvores" - para utilizar uma expressão do Cass Sunstein -, e, portanto, é preciso saber como acudir a todas essas demandas sociais que existem. Até porque - eu penso isso, e o Ministro Gilmar já manifestou essa posição - a ideia de responsabilidade fiscal é uma conquista importante da vivência brasileira, e responsabilidade fiscal não tem ideologia: não gastar mais do que se arrecada não é uma posição nem de esquerda, nem de direita; é uma posição que apenas atende à natureza das coisas. E acho que uma revolução progressista que nós faríamos no Brasil seria vivermos sob responsabilidade fiscal, porque o déficit público e as consequências que ele traz penalizam sobretudo as pessoas mais pobres, que dependem da atuação do Estado. Progressista é utilizar o superávit para fins socialmente legítimos; e não gastar o dinheiro que não se tem, gerando consequências extremamente negativas. Portanto, eu gostaria de dizer que a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais; é um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos.

Presidente, eu gostaria de dizer que ouvi com interesse a defesa do Estado do Rio Grande do Sul pelo Procurador do Estado, Doutor Luis Carlos Kothe Hagemann, com a solidariedade de quem já defendeu o Estado em situações difíceis nesta vida. O Estado lida com esse drama de ter que alocar recursos escassos entre fins alternativos que são crescentes em uma sociedade como a nossa. O Estado, como eu disse, tem de alocar recursos escassos, e a reserva do possível é uma variável importante. Porém, o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. E aqui, Presidente, na linha também do voto de Vossa Excelência, preservar aspectos mínimos da dignidade da pessoa humana não é uma escolha política, é uma imposição da Constituição, e que não está sujeita à reserva do possível, igualmente na linha do que

sustentou o Procurador-Geral, Doutor Rodrigo Janot. De modo que, embora a reserva do possível possa ser um fundamento legítimo para postergar obrigações quando elas dependam de decisão política, não é a reserva do possível um aspecto suficiente para postergar obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, também aqui, Presidente, estou acompanhando Vossa Excelência no tocante à exclusão da tese de que a reserva do possível pudesse obstar a interferência do Judiciário ou legitimar a inércia do Estado.

E aqui eu chego à terceira e última fração do meu voto, que é a que considero mais importante, porque traz um componente para reflexão, embora não destoe da conclusão, nem da tese de Vossa Excelência. E aqui eu gostaria de dizer isso de uma forma bem explícita: eu não acho - e penso que nenhum de nós ache - que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias.

Presidente, diante dessa premissa, que considero relevante, e que diz respeito à separação dos Poderes e às capacidades institucionais de cada Poder, o Judiciário pode atuar quando haja inércia constitucional, quando haja omissão constitucional do Executivo, mas eu penso que, como regra geral - que excepciono neste caso para acompanhar Vossa Excelência -, a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o

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

Portanto, eu gostaria de dizer, Presidente, que a minha visão, em situações como esta, é que a regra geral - que não aplico neste caso pela razão que direi na minha conclusão - é que a decisão do Judiciário não deve ser a de ele se sobrepor ao Executivo e determinar como deve ser feito. O Executivo é que tem que apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos, como ele pretende obter o dinheiro, e aí o Judiciário monitora. Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho - diagnóstico, projeto e monitoramento da execução -, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou. Dessa forma, aqui não faltava propriamente uma política pública, porque o Executivo já tinha definido o que era preciso fazer, qual obra era preciso fazer. Eles apenas não executaram o que já estava pré-traçado. Assim, considero que esta era uma situação excepcional, uma situação emergencial para a realização de uma obra pontual e não para uma reforma sistêmica. E, então, neste caso, penso que a solução proposta por Vossa Excelência é a solução totalmente adequada. Já havia laudo

dizendo qual era o problema e o que era preciso fazer para saná-lo, e quanto custaria.

Portanto, aqui nós não precisamos intervir, nem é isso que Vossa Excelência fez, para elaborar uma política pública. Nós estamos mandando fazer o que já se sabia que deveria ser feito, porque já estavam pré-prontos o laudo e o projeto a ser executado.

Como resultado, nesta hipótese, acho que não é o caso de uma reforma mais ampla do sistema - há uma ação recentemente distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que é uma ação mais ambiciosa e mais complexa, que, aí, acho que, possivelmente, quando chegar o momento de discutirmos, não comporta soluções imediatas e pontuais. Mas o caso que Vossa Excelência trouxe comporta uma exceção pontual a essa regra geral que eu aqui imagino.

Então, eu pediria vênia ao eminente Ministro Luiz Edson Fachin, para, na linha do que já verbalizaram o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Luiz Fux, também me apegar ao teor da proposta original de Vossa Excelência. O que Vossa Excelência faz é dizer que, nesta situação concreta, que exigia uma obra emergencial, não é legítima a invocação da reserva do possível, nem da separação dos poderes. Portanto, não é um afastamento genérico em todo e qualquer caso, mas pontual, e Vossa Excelência se refere expressamente à execução de obras emergenciais. De modo que, diante da formulação limitada da tese, eu acho que é legítima a exclusão da reserva do possível e da separação dos Poderes.

Eu tive chance de passar, Presidente, os olhos na integralidade do voto de Vossa Excelência, que gostaria aqui de louvar pela profundidade, pelo fôlego, pela oportunidade de trazer a matéria em discussão agora e por vir sendo o porta-voz, em nome do Supremo, do enfrentamento dessa questão do sistema penitenciário, e por ter difundido essa prática, que vai ser transformadora no País, da audiência de custódia, que não apenas vai diminuir a demanda pelo sistema carcerário, mas vai aumentar o respeito pela dignidade dos presos, porque o juiz poderá verificar, como Vossa Excelência bem expôs, se eles foram tratados com integridade. Como disse o Ministro Celso de Mello: "o preso, por decisão legítima do Poder

Judiciário, tem privada a sua liberdade de ir e vir, mas não os outros direitos inerentes à sua condição humana e à sua dignidade humana."

Eu cumprimento, com muita sinceridade, a atuação de Vossa Excelência nas situações em geral e nesse caso em particular e estou acompanhando o voto de Vossa Excelência.
