

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
PERFIL DE DIREITO CONSTITUCIONAL



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DANIELA GOMES OPPITZ

**A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas**

**THE CRISIS OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM:
fundamental rights and the judicial control of public policies**

Lisboa
2018

DANIELA GOMES OPPITZ

**A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
direitos fundamentais e o controle judicial de políticas públicas**

**THE CRISIS OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM:
fundamental rights and the judicial control of public policies**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas com perfil em Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^a Dra. Ana Maria Guerra Martins

Lisboa
2018

Com muito amor, dedico este trabalho ao meu pai, Paulo, por seu incondicional apoio, e especialmente à minha mãe, Dulce, com gratidão pelo auxílio prestado e pelo exemplo como profissional na área jurídica.

“Diz-se que ninguém realmente conhece uma nação até ter estado dentro das suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus cidadãos privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes”.
(Nelson Mandela, *A Long Walk to Freedom*).

RESUMO

O sistema prisional brasileiro encontra-se em situação calamitosa, com a transformação dos presídios em locais de tortura e violação sistemática dos direitos fundamentais do apenado pelo próprio Estado. Diante desse cenário, esta dissertação propõe-se a investigar em que medida cabe ao Poder Judiciário exercer seu controle sobre as políticas da administração pública relativas aos estabelecimentos prisionais, com o fim de assegurar o respeito e a concretização dos direitos fundamentais dos presos. Para tanto, o trabalho usa como paradigma o Recurso Extraordinário nº 592.581, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é cabível a determinação, ao Poder Executivo, da implementação de medidas e a realização de obras emergenciais em presídios pelo Poder Judiciário. Para desenvolvimento do estudo, a primeira parte do trabalho expõe a crise do sistema prisional, suas prováveis causas e a persistente omissão da administração pública em adotar medidas para solucioná-la. Demonstra-se, outrossim, de que modo o arcabouço normativo que compõe a ordem jurídica brasileira assegura aos presos o pleno gozo dos seus direitos fundamentais, revelando a flagrante contrariedade da forma como se dá o cumprimento da pena de privação de liberdade aos preceitos citados. Na sequência, aborda-se a multiplicação das ações judiciais, perante as instâncias nacionais e internacionais, que versam sobre a crise do sistema prisional, com foco na jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal. Na segunda parte da pesquisa, discorre-se sobre a eficácia e justiciabilidade dos direitos a prestações dos indivíduos presos. Além disso, elabora-se crítica ao argumento da reserva do possível como limite fático à concretização dos direitos fundamentais a prestações e analisa-se a imperativa garantia do mínimo existencial. Discorre-se, de outra parte, sobre a impropriedade da invocação do princípio da separação de poderes como obstáculo à efetivação judicial dos direitos fundamentais e sobre a vinculação do administrador público aos preceitos constitucionais, discutindo-se, na sequência, se a interferência dos tribunais nas políticas prisionais configura hipótese de ativismo judicial. Por derradeiro, o estudo se debruça sobre a legitimidade democrática da imposição, pelo Judiciário, de condutas ao Poder Executivo em matéria tipicamente reservada à esfera de deliberação político-majoritária.

Palavras-chave: Sistema prisional. Direitos fundamentais. Separação de poderes. Controle judicial de políticas públicas. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

The Brazilian prison system is in a state of calamity, with the transformation of prisons into places of torture and systematic violation of the fundamental rights of prisoners by the State itself. In view of this scenario, the present dissertation proposes to investigate to what extent the Judiciary can exercise its control over the public administration of prisons in order to ensure the respect and fulfillment of prisoners' fundamental rights. This study uses the Extraordinary Appeal No. 592.581 as a paradigm, in which the Federal Supreme Court established the understanding that it is appropriate for the Judiciary to determine the implementation of urgent measures and reforms in prisons to be carried out by the Executive Branch. Therefore, the dissertation begins by exposing the crisis of the prison system, its probable causes and the persistent omission of the public administration in adopting measures to solve it. We also demonstrate how the Brazilian normative framework ensures prisoners the full enjoyment of their fundamental rights, revealing its contradiction to how the imprisonment penalty operates in reality. Hereinafter, we approach how the crisis of the prison system has resulted in a large number of lawsuits, before both national and international instances, focusing on the major cases decided by the Supreme Court on the matter. In the second part of this research, the effectiveness and justiciability of the fundamental rights of prisoners are discussed. We contend with the argument of the reserve for contingencies as a factual limit to the fulfillment of prisoners' rights and defend the imperative guarantee of the existential minimum by the State. Afterwards, we address the impropriety of invoking the principle of the separation of powers as an obstacle to the judicial guarantee of fundamental rights, and how the public administration is always bound to follow constitutional norms. We also answer the question as to whether the interference of the courts in prison policies represents judicial activism. Finally, we discuss the democratic legitimacy of judicial decisions on matters typically reserved for political deliberation by elected majorities.

Keywords: Prison system. Fundamental rights. Separation of powers. Judicial control of public policies. Democratic legitimacy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI –	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF –	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH –	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF –	Constituição Federal
CIDH –	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ –	Conselho Nacional de Justiça
Corte IDH –	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPC –	Código de Processo Civil
CPP –	Código de Processo Penal
DEPEN –	Departamento Penitenciário Nacional
FUNPEN –	Fundo Penitenciário Nacional
HC –	Habeas Corpus
HRW –	Human Rights Watch
LEP –	Lei de Execução Penal
ONU –	Organização das Nações Unidas
PSOL –	Partido Socialismo e Liberdade
RE –	Recurso Extraordinário
STF –	Supremo Tribunal Federal
STJ –	Superior Tribunal de Justiça
TJ –	Tribunal de Justiça
TRF –	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	12
2.1 PANORAMA DA SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.....	12
2.2 OS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA O PROBLEMA E A OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS.....	40
3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NÃO- DISCRIMINAÇÃO DOS PRESOS	40
3.2 O ARCABOUÇO NORMATIVO QUE GARANTE A PROTEÇÃO AOS PRESOS.....	53
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO SISTEMA PRISIONAL.....	64
4.1 AS DENÚNCIAS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	65
4.2 A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	71
4.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581/RS.....	75
4.4 OUTRAS AÇÕES AJUIZADAS PERANTE O STF QUE VERSAM SOBRE A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO	83
4.5 ANOTAÇÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA RELATADA.....	97
5 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS A PRESTAÇÕES DOS PRESOS E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	101
5.1 A EFICÁCIA E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS A PRESTAÇÕES DOS PRESOS.....	101
5.2 CRÍTICAS AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	117
6 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PRISIONAIS.....	129
6.1 IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	129
6.2 DISTINÇÃO ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	142
6.3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	152
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	171
REFERÊNCIAS.....	185

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro encontra-se em situação calamitosa, com a transformação dos presídios em locais de tortura e violação sistemática dos direitos fundamentais do apenado pelo próprio Estado. Segundo dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, atualizados em abril de 2018, o número de pessoas presas no Brasil já supera a marca de 673 mil¹, o que constitui a *terceira maior população carcerária do mundo*, atrás apenas dos Estados Unidos e da China², número que é significativamente superior às 408 mil vagas do sistema prisional³. Superlotadas e deixadas sob o controle das facções criminosas, as prisões brasileiras equiparam-se às masmorras medievais, onde os indivíduos, além da privação de liberdade, são condenados à privação de água, alimentos, descanso, higiene, trabalho e educação, e precisam sobreviver a agressões, torturas e rebeliões.

Diante desse cenário, este estudo propõe-se a investigar em que medida cabe ao Poder Judiciário exercer seu controle sobre a administração pública dos estabelecimentos prisionais, com o fim de assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos presos. Questiona-se, portanto, se diante da omissão da administração pública, pode um juiz adentrar a esfera decisória tipicamente atribuída àquela, impondo-lhe o cumprimento de medidas concretas em prol do sistema prisional, como a construção e a reforma de unidades penitenciárias, com o objetivo de concretizar as promessas constitucionais de proteção dos direitos essenciais e da dignidade humana dos indivíduos privados de liberdade.

A relevância dessa temática se infere prontamente da gravíssima situação em que se encontram as prisões brasileiras e do descaso das autoridades públicas em relação a elas. Nesse contexto, é premente a busca de soluções para as reiteradas violações dos direitos fundamentais dos presos, que acabam por despi-los de sua dignidade humana e, muitas vezes, por ceifar-lhes a própria vida. Além disso, a gravidade da crise acaba por reduzir as leis aplicáveis e a própria Constituição a meras declarações desprovidas de

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Geopresídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 06 maio 2018.

² BARBON, Júlia; TUROLLO JR., Reynaldo. Brasil ultrapassa Rússia e agora tem 3ª maior população carcerária do mundo. *Folha de S. Paulo*, 08 dez. 2017.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Geopresídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 06 maio 2018.

autoridade e vinculatividade, e por retroalimentar um ciclo perpétuo de violência e criminalidade que aflige a sociedade brasileira como um todo.

Constatam-se diversas causas para o problema, porém, a mais imediata é a persistente omissão e inércia da administração pública, que desvia ou deixa de aplicar recursos reservados a investimentos no sistema prisional para dar prioridade a ações que angariam maior simpatia da população, a qual, por sua vez, vê a pena como mera retribuição ao mal cometido e o preso como inimigo da sociedade, que merece ser privado de todos os seus direitos. Nessa medida, resta ao Judiciário, quando chamado a se manifestar no caso, buscar soluções para a transgressão de direitos nas prisões brasileiras. É imperativo, nessa senda, justificar a tão questionada legitimidade dos juízes para, no desempenho de suas funções constitucionalmente asseguradas, interferir em políticas do Poder Executivo para assegurar o cumprimento das disposições constitucionais que consagram os direitos fundamentais e para garantir, primordialmente, a dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento de toda a ordem jurídica brasileira.

Para tanto, o trabalho toma como paradigma o Recurso Extraordinário nº 592.581, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é cabível a determinação, ao Poder Executivo, da implementação de medidas e a realização de obras emergenciais em presídios pelo Poder Judiciário. O ajuizamento de ações que têm como pano de fundo a crise do sistema prisional integra o fenômeno da judicialização da política no Brasil e, não raro, a postura judicial que interfere na condução de políticas públicas é alcunhada como ativista, no sentido de que adentra indevidamente a esfera de discricionariedade do administrador público, em ofensa ao princípio da separação de poderes e à vontade da maioria representada nos governantes democraticamente eleitos.

Importa mencionar que, para os fins a que se propõe este estudo, a expressão “políticas públicas” será usada para referir-se às *políticas da administração pública*. Ronald Dworkin confere definição ampla ao termo ao afirmar que “política” é um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”⁴. Reitere-se, contudo, que quando aqui for invocada a expressão “políticas públicas”, não acompanhada de referência

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

expressa ao Poder Legislativo, estar-se-á tratando das atividades administrativas, ou seja, das tarefas do Poder Executivo.

Para o desenvolvimento da pesquisa, a primeira parte da dissertação, composta pelos capítulos 1 a 3, contextualiza a temática eleita e tem fulcro nas suas premissas fáticas, extraídas de notícias, de documentos e comunicados oficiais, de doutrina e de jurisprudência. Na segunda parte do trabalho, por sua vez, a qual integram os capítulos 4 e 5, serão analisados os argumentos contra e a favor da interferência judicial nas políticas públicas envolvendo as prisões brasileiras, principalmente a partir da revisão de doutrina.

Dessa forma, o primeiro capítulo expõe a crise do sistema prisional brasileiro. Descreve-se o panorama da crise, ilustrado com relatos obtidos em reportagens e em relatórios de audiências, visitas e inspeções realizadas em estabelecimentos prisionais; demonstra-se, deste modo, como os indivíduos privados de liberdade no Brasil são afetados pela superlotação, a precariedade infraestrutural, a falta de assistência material, jurídica e à saúde, a ociosidade decorrente da falta de educação e trabalho, a escassez de agentes penitenciários, o controle das unidades pelas facções criminosas, a violência, os abusos e as rebeliões. Na continuidade, examina-se alguns fatores que contribuem para os problemas relatados e a persistente omissão da administração pública em adotar medidas para solucioná-los, como a realização de investimentos nos estabelecimentos carcerários e a sua adequada gestão.

No segundo capítulo, observa-se de que modo o arcabouço normativo que compõe o ordenamento jurídico brasileiro assegura aos presos seus direitos fundamentais. Por conseguinte, demonstra-se a relevância atribuída aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana no texto da Constituição Federal de 1988 e como, no que diz respeito à titularidade desses direitos, é vedada a discriminação dos indivíduos condenados a penas de privação de liberdade. Outrossim, traz-se à colação os instrumentos normativos que visam assegurar a garantia e a concretização dos direitos fundamentais dos encarcerados, evidenciando, em cotejo com o relato feito no capítulo anterior, como a forma pela qual se dá o cumprimento da pena de privação de liberdade no Brasil, nas condições atuais, revela flagrante contrariedade a todas as normas citadas.

De outra banda, o terceiro capítulo versa sobre a judicialização da crise do sistema prisional, ou seja, sobre a multiplicação das ações judiciais, perante as instâncias nacionais e internacionais – no caso, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos –

que reclamam a garantia dos direitos fundamentais aos presos, diante do seu menoscabo nas prisões brasileiras, com foco na jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Nesse trecho, relata-se a decisão proferida pela Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, que serve de paradigma para a sequência do estudo, pois trata precisamente da interferência judicial em políticas públicas prisionais, no que se refere à determinação de que sejam adotadas medidas concretas e realizadas obras emergenciais em presídios, com o intuito de resguardar os direitos fundamentais das pessoas neles custodiadas.

Inaugurando a segunda parte da pesquisa, o quarto capítulo discorre sobre a eficácia dos direitos fundamentais a prestações que tocam aos indivíduos presos, no sentido de que lhes sejam asseguradas condições de vida digna no cárcere, defendendo-se a possibilidade de invocar-se judicialmente a aplicabilidade e a concretização daqueles direitos perante a omissão da administração pública. Argumenta-se, outrossim, que a reserva do possível, vista como a efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado para cumprir suas obrigações, não constitui limite fático à concretização dos direitos fundamentais dos presos, tendo em conta a subutilização dos fundos reservados ao sistema prisional, a possibilidade de redimensionamento das receitas e gastos públicos e a intransponível garantia, pelo Estado, do mínimo existencial, como núcleo essencial dos direitos sociais prestacionais.

Por fim, o quinto capítulo examina a impropriedade da invocação do princípio da separação de poderes como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e a permanente vinculação do administrador público aos parâmetros e objetivos constitucionais. Na sequência, discute-se a interferência judicial nas políticas prisionais e se esta configura hipótese de “ativismo”. Por derradeiro, defende-se a legitimidade democrática da imposição, pelo Judiciário, de condutas ao Poder Executivo em matéria tipicamente reservada à esfera de deliberação político-majoritária, com base em uma concepção substancial da democracia e no papel dos tribunais de defesa dos direitos fundamentais contra o arbítrio da maioria.

2 A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

2.1 PANORAMA DA SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

O quadro de total falência do sistema prisional brasileiro afeta praticamente todos os estados da Federação e constitui antiga mazela nacional, que é de conhecimento de todos os cidadãos. É sabido, portanto, que as prisões brasileiras sofrem com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de artigos de higiene básica. Aos presos faltam assistência judiciária adequada, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, onde as agressões, as torturas, os homicídios e a violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. Com um Judiciário sobrecarregado e a escassez de defensores públicos, não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Nesse cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, as quais muitas vezes resultam em mortes.

A seguir, serão introduzidos exemplos de como os referidos problemas se apresentam nos presídios brasileiros, com base em reportagens e relatórios de visita elaborados por entidades públicas e privadas, que revelam o caos do sistema prisional. Importa destacar que os exemplos utilizados repetem-se na vasta maioria das unidades de privação de liberdade do país, de modo que apenas refletem a realidade de todo o sistema carcerário.

a) Superlotação

Um dos principais problemas que compõem a crise do sistema prisional diz respeito à superlotação carcerária, que encontra-se presente em todos os Estados brasileiros. Segundo dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça, atualizados em abril de 2018, o número de pessoas presas no Brasil já supera a marca de 673 mil⁵, o que constitui a *terceira maior população carcerária do mundo*, atrás apenas dos Estados

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Geopresídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 06 maio. 2018.

Unidos e da China⁶. Esse número é muito superior às quase 408 mil vagas do sistema prisional⁷, de modo que a taxa de ocupação média dos estabelecimentos é de cerca de 156%. Ou seja, a cada 10 vagas existentes no sistema, existem aproximadamente 16 indivíduos encarcerados.

O Relatório Anual referente a 2015-2016 do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT)⁸, que realiza inspeções periódicas em unidades de privação de liberdade de todas as partes do Brasil, revelou que praticamente todos os estabelecimentos visitados naquele período encontravam-se superlotados. Constituem graves exemplos disso os Centros de Detenção Provisória de São Paulo: o de Osasco, em 2014, abrigava 2.600 presos em espaço projetado para 750⁹, e no de Sorocaba, em 2016, a taxa de superlotação chegava a 256%, havendo celas com capacidade para nove presos que abrigavam mais de 50. A taxa de superlotação observada no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, no Amazonas, foi de 254%, e de 241% no Presídio Central de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul¹⁰. De fato, o Presídio Central de Porto Alegre, em 2014, possuía 2.069 vagas, mas abrigava oficialmente 4.415 detentos¹¹, ao passo que no Complexo de Pedrinhas chegavam a viver doze presos em uma cela destinada a apenas quatro¹².

Assim, em presídios por todo o país, as celas estão abarrotadas de presos, que convivem espremidos e, muitas vezes, precisam se revezar para dormir, sentar ou comer, o que fazem até mesmo sobre o vaso sanitário¹³. Muitos presos dormem sem

⁶ BARBON, Júlia; TUROLLO JR., Reynaldo. Brasil ultrapassa Rússia e agora tem 3ª maior população carcerária do mundo. *Folha de S. Paulo*, 08 dez. 2017.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Geopresídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 06 maio. 2018.

⁸ Instituído em atendimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, em 2007, com a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas. BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 43. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁹ KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. *BBC News Brasil*, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoes_lk>. Acesso em: 08 fev. 2017.

¹⁰ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 43. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

¹¹ KAWAGUTI, op. cit.

¹² BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 43. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

¹³ Ibid.

camas ou colchões, em redes suspensas no teto, dentro de buracos feitos nas paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres¹⁴. Em Porto Alegre, a falta de vagas em penitenciárias inclusive levou o governo, em determinada ocasião, a utilizar ônibus, que ficavam estacionados em frente ao Palácio da Polícia, para abrigar presos sempre em maior número do que os veículos podem acomodar, dividindo um único banheiro químico¹⁵.

A superlotação é especialmente cruel no estado de Pernambuco, cujas prisões abrigam três vezes mais detentos do que a sua capacidade, em condições desumanas¹⁶. O Complexo do Curado, maior penitenciária do Brasil, abriga mais de sete mil presos - embora tenha capacidade para no máximo 1,8 mil¹⁷. Talvez por isso tenha sido esse o estado brasileiro escolhido pela organização internacional Human Rights Watch para a elaboração, em 2015, do relatório “O Estado deixou o mal tomar conta”.

Durante as visitas realizadas pela HRW, observou-se, em uma das celas da “ala disciplinar” – chamadas “seguro”, pois abrigam presos que cometeram infrações, mas também aqueles que foram ameaçados por outros presos e precisam ser retirados de seu pavilhão para sua própria proteção – que havia seis leitos de cimento para 60 pessoas, que precisavam dormir em redes armadas umas por cima das outras, até mesmo por cima do único vaso sanitário. Um dos presos no local, que tinha que dormir sentado por falta de espaço no chão, se amarrava às barras das grades para não cair

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. STF, 9 set. 2015. p. 23. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁵ OAB VÊ situação precária em ônibus que abriga presos em Porto Alegre. *G1* – o portal de notícias da Globo, Porto Alegre, 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2017/02/oab-ve-situacao-precaria-em-onibus-que-abriga-presos-em-porto-alegre.html>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

¹⁶ O relatório, que causou perplexidade em âmbito internacional, teve por base informações coletadas durante visitas a quatro prisões no estado Pernambuco - na região nordeste do Brasil – incluindo duas integrantes do extenso Complexo Penitenciário de Curado. HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *“O Estado Deixou o Mal Tomar Conta”* - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁷ ORTIZ, Fabíola. Maior cadeia do Brasil tem favela e área ‘Minha cela, minha vida’ para presos VIP. *BBC Brasil*, 11 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>>. Acesso em: 05 out. 2017.

sobre os outros. Nessas celas, os presos, sem camisas por conta do intenso calor e umidade, vivem espremidos em meio de um cheiro insuportável de suor, fezes e mofo¹⁸.

Outrossim, no Complexo do Curado, verificou-se celas tão superlotadas que os presos cavam buracos na parede, as "tocas", para servir de cama. Há também celas menores de 4 metros quadrados que, para acomodar grupos de dez pessoas, constroem mezaninos de madeira¹⁹.

A rede de notícias BBC News²⁰, em visita a Pedrinhas, no Maranhão, verificou que em uma das celas de triagem – destinadas a abrigar detentos recém-chegados a Pedrinhas por no máximo dez dias, até que sejam transferidos para celas comuns - vinte e quatro detentos se amontoavam em espaço projetado para abrigar apenas quatro, onde disputavam espaço para dormir sobre o concreto, sem colchões nem travesseiros. Além disso, observou-se que alguns presos chegam a passar mais de um mês nessas condições.

Em razão da superlotação, a maioria dos estabelecimentos prisionais não faz a adequada separação dos presos em categorias. Segundo o relatório do Conselho Nacional do Ministério Público²¹, com base em inspeções realizadas em quase 1.600 unidades penitenciárias brasileiras, 79% dos estabelecimentos (1.269) não separam presos provisórios de definitivos, 67% (1.078) não separam pessoas que estão cumprindo penas em regimes diferentes (aberto, semiaberto, fechado), 78% (1.243) não separam presos primários dos reincidentes e em 68% (1.089) dos locais não há separação por periculosidade ou conforme o delito cometido²².

b) Precariedade infraestrutural

Os presídios não oferecem, além de espaço, condições mínimas de conforto e salubridade. Na maior parte dos estabelecimentos inspecionados pelo Conselho

¹⁸ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *"O Estado Deixou o Mal Tomar Conta"* - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

¹⁹ ORTIZ, Fabíola. Maior cadeia do Brasil tem favela e área 'Minha cela, minha vida' para presos VIP. *BBC Brasil*, 11 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>>. Acesso em: 05 out. 2017.

²⁰ FELLETT, João. Fotos expõem superlotação e 'cela de castigo' em Pedrinhas. *BBC News*, Washington, 07 out. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37581856>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

²¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 63-9. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²² Ibid., p. 56-61.

Nacional de Justiça em 2014, verificou-se que dependências, grades, instalações sanitárias e elétricas estavam em péssimo estado de conservação, carecendo de ampla reforma²³. Nas unidades inspecionadas pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura²⁴, não foram raras as situações em que havia esgoto a céu aberto, comida estragada no chão das galerias, locais muito escuros e sem ventilação, insetos e roedores percorrendo os espaços das unidades, precariedade na estrutura hidráulica e elétrica, entre outros problemas.

De um modo geral, as penitenciárias brasileiras possuem estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação. Não raramente, as áreas de banho de sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes²⁵.

O relatório da Human Rights Watch²⁶ também destacou o saneamento inadequado das penitenciárias visitadas em Pernambuco, tendo observado que os pavilhões de uma das unidades não possuíam água corrente, de modo que os presos precisavam coletar água em baldes para beber, tomar banho, fazer a limpeza e dar descarga. Eles utilizavam torneiras nos pátios, onde água era disponibilizada apenas três vezes ao dia, meia hora por vez. Durante a visita da HRW, havia esgoto correndo a céu aberto pelos pátios da prisão e o lixo se acumulava por toda parte²⁷.

No presídio de Uruguaiana, cuja perigosa situação deu origem ao RE nº 592.581/RS ao Supremo Tribunal Federal (o qual será visto em mais detalhes na sequência), os detentos se encontravam permanentemente expostos a risco de morte em razão das péssimas condições da fiação elétrica do citado Albergue, havendo notícia, inclusive, de que um dos presos perdeu a vida por eletrocussão. De acordo com

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mutirão Carcerário: Relatórios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

²⁴ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 41. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. STF, 9 set. 2015. p. 23. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁶ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *“O Estado Deixou o Mal Tomar Conta” - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco*. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

²⁷ Ibid.

inspeções realizadas no local, este era visivelmente inapropriado para habitação, pois possuía umidade exacerbada, grande concentração de poeira, instalações elétricas expostas e parte do telhado prestes a ceder, colocando em risco a vida de apenados e funcionários²⁸.

c) Falta de assistência material, jurídica e à saúde

Os presos frequentemente não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escovas de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. Dos estabelecimentos prisionais inspecionados pelo Conselho Nacional do Ministério Público²⁹, quase metade (780) não possui cama para todos os presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009), não é fornecido material de higiene pessoal em 40% dos locais (636) e não há fornecimento de toalha de banho em 66% deles (1.060). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%) e as visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços daqueles (1.039). Cerca de 10% dos estabelecimentos (155) sequer contavam com um espaço para que os presos pudessem tomar banho de sol (solário).

Outro elemento produtor de maus tratos, segundo o Mecanismo Nacional, é a alimentação dos internos, no que tange à sua regularidade, acessibilidade e qualidade. Parte significativa das unidades visitadas não fornecia quantidade suficiente de comida ou a oferecia em intervalos muito longos, sendo que havia, geralmente, problemas quanto à qualidade dos alimentos, que muitas vezes chegavam aos presos estragados³⁰.

As péssimas condições sanitárias e de ventilação, aliadas à superlotação e à falta de cuidados médicos adequados, fazem com que doenças se espalhem entre os presos. A prevalência de infecção pelo vírus HIV nas prisões pernambucanas é 42 vezes maior que

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 8-11. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 63-9. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

³⁰ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 81. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

a média observada na população brasileira, e a de tuberculose chega a ser quase 100 vezes maior³¹.

Ademais, as enfermarias das prisões sofrem com a falta de profissionais e medicamentos e presos doentes muitas vezes não são levados aos hospitais por falta de escolta policial³². Segundo o Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), nas penitenciárias visitadas foram observadas muitas pessoas bastante adoecidas, sem receber tratamento adequado, o que contribui para a transmissão de doenças, inclusive aos funcionários³³.

O Mecanismo Nacional ainda observou, nas unidades visitadas, a existência de problemas de acesso à assistência jurídica. Tanto nas unidades prisionais quanto no sistema socioeducativo, as pessoas alegavam desconhecer sua situação legal³⁴. Nesse sentido, o então Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN referiu, perante a CPI, que há uma defasagem no número de defensores públicos que atendem as unidades prisionais em quase todos os estados inspecionados³⁵. Com efeito, em dois terços dos presídios inspecionados pelo Conselho Nacional do Ministério Público não havia serviço de assistência jurídica prestado na própria unidade³⁶. Há, ainda, um déficit de defensores públicos em todo o país, dado que, em 2013, a Defensoria Pública estava presente em apenas 28% das comarcas brasileiras³⁷.

Talvez por isso, na grande maioria das unidades de privação de liberdade no Brasil, há presos provisórios que encontram-se detidos há vários meses e, em alguns casos, há anos, sendo que muitos deles sequer tiveram contato com sua defesa ou participaram de qualquer audiência com o juiz. Aliás, muitas dessas pessoas foram

³¹ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). “*O Estado Deixou o Mal Tomar Conta*” - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

³² Ibid.

³³ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 81. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

³⁴ Ibid.

³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI – Sistema Carcerário Brasileiro*. Brasília, DF, agosto de 2015. p. 69.

³⁶ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 39. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

³⁷ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/en-GB/mapadefensoria>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

presas em flagrante por furto ou por crimes de menor potencial ofensivo, de modo que, dependendo do seu perfil e de acordo com a Lei, poderiam estar respondendo a seus processos em liberdade. Além disso, esses presos provisórios são mantidos com presos já condenados - com os quais chegam a dividir as mesmas celas³⁸.

d) Falta de educação e trabalho

Segundo o relatório do DEPEN³⁹, apenas 12% da população prisional no Brasil está envolvida em algum tipo de atividade educacional, entre aquelas de ensino escolar e atividades complementares. Em relação às atividades complementares, 2% da população prisional total do país encontra-se envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares. Isso é ainda mais grave quando se tem em conta que 17,75% da população prisional brasileira sequer acessou o ensino médio⁴⁰, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental, e que mais de 75% dos presos não possuem qualquer formação profissional⁴¹. Outrossim, conforme o Conselho Nacional do Ministério Público, 60% dos estabelecimentos visitados não contam com biblioteca, sendo que falta espaço para prática esportiva em cerca de metade dos locais⁴².

De outra banda, apenas 15% da população prisional exerce atividades laborais, internas e externas aos estabelecimentos penais⁴³. Essa situação basicamente inviabiliza a ressocialização do preso após o cumprimento da pena, pois retira-lhe qualquer perspectiva de integração no mercado de trabalho e obtenção de renda fora do meio criminoso.

³⁸ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 30. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

³⁹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça: Brasília - DF, 2017. p. 53. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴⁰ Ibid., p. 34.

⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI – Sistema Carcerário Brasileiro*. Brasília, DF, agosto de 2015. p. 74.

⁴² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 81. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁴³ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça: Brasília - DF, 2017. p. 56. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Além disso, nas unidades femininas, as poucas atividades disponibilizadas, tais como cursos e trabalhos, reforçam estereótipos de gênero, como costura, lavanderia e manicure. Assim, há pouca possibilidade para que também as mulheres presas se qualifiquem para atuar no mercado formal de trabalho⁴⁴.

e) Escassez de agentes penitenciários e controle das unidades pelas facções criminosas

As prisões brasileiras também sofrem com escassez de pessoal. O sistema como um todo possui um número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado e não contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições⁴⁵.

Em Pernambuco, a média – que é a pior do país - é de um guarda para cada oito presos. Em uma prisão pernambucana que funciona em regime semiaberto, apenas quatro agentes penitenciários ficam de plantão em cada turno para se ocuparem de 2.300 detentos, como relatou o diretor do estabelecimento à Human Rights Watch⁴⁶. Todavia, até mesmo no mais rico estado brasileiro, São Paulo, segundo noticiado pela agência de notícias Reuters, um único guarda supervisiona 300 a 400 prisioneiros em algumas penitenciárias⁴⁷. Além disso, nos cárceres femininos visitados, a segurança ainda é realizada majoritariamente por agentes do sexo masculino⁴⁸.

Essas condições acabam por transferir aos próprios presos (que apresentam “bom comportamento”) as tarefas que incumbem aos agentes, como a de abrir as celas dos presos no início do dia e a fechá-las ao final da tarde, a exemplo do Presídio Central

⁴⁴ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 42. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. STF, 9 set. 2015. p. 24. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁶ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *“O Estado Deixou o Mal Tomar Conta” - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco*. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁴⁷ BRAZIL PRISON RIOTS: What’s the cause? *BBC News*, Londres, 9 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-38534769>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 33. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

de Porto Alegre. Aliás, em alguns estabelecimentos a ação do Estado pareceu limitada a algumas atividades e rotinas institucionais, não passando, em determinadas circunstâncias, das grades dos pavilhões ou galerias⁴⁹ – áreas que normalmente contém vários conjuntos de celas –, nas quais os presos circulam livremente, pois muitas celas não são mantidas trancadas e algumas não possuem nem mesmo porta⁵⁰.

No interior do Presídio Central de Porto Alegre, por exemplo, mais de 4.400 presos circulam livremente sem a organização em celas. Já no Complexo do Curado, segundo ativistas e magistrados, os presos também circulam livremente em grandes pavilhões, onde montaram barracas e cantinas improvisadas que formam uma pequena vila. Seria possível encontrar no local desde o comércio irregular de alimentos até barracas vendendo telefones celulares ostensivamente⁵¹.

Cada galeria tem um “prefeito” (às vezes o próprio chaveiro), como são chamados pelos detentos, responsável pela administração do espaço e a comunicação com as autoridades. Em nome da galeria, ele faz as reivindicações, encaminhamentos para assistência médica, transferências, entre outros. Já houve várias denúncias de cobranças, por parte dessas “prefeituras”, de pedágios para que as demandas fossem encaminhadas⁵². Em caso recente que evidencia o absoluto descontrole do Presídio Central de Porto Alegre pelas autoridades, uma sessão do Tribunal do Júri foi cancelada porque uma das facções que comandam a unidade impediu que o réu saísse da galeria e fosse levado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários⁵³.

No Complexo do Curado, em Pernambuco, o detento interessado em um espaço na “área VIP” do presídio, que consiste em “favelas” construídas no pátio do estabelecimento pelo comando do narcotráfico local, precisa pagar um “aluguel” de

⁴⁹ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 32. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁵⁰ KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. *BBC News Brasil*, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoes_lk>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁵¹ Ibid.

⁵² DORNELLES, Renato. “São os presos que mandam no presídio. E a sociedade paga caro por isso”. *Zero Hora*, Porto Alegre, 16 set. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/09/renato-dornelles-sao-os-presos-que-mandam-no-presidio-e-a-sociedade-paga-caropor-isso-7394586.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁵³ DAROIT, Felipe. Júri é cancelado após facção impedir saída de preso do Presídio Central. *Zero Hora*, Porto Alegre, 06 set. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/09/juri-e-cancelado-apos-facciao-impedir-saida-de-presos-do-presidio-central-7393267.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

cerca de 120 reais por semana. As favelas em questão são compostas por barracos de madeira ou alvenaria, alguns com mais de um andar, e possuem até becos e vielas⁵⁴.

Desse modo, a ausência do Estado dentro dos muros das penitenciárias abre espaço para a atuação das já referidas organizações criminosas, as quais estão presentes em 17% dos estabelecimentos inspecionados pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁵⁵. No Complexo de Pedrinhas, no Maranhão, o critério central escolhido pelo Estado para a separação dos presos era o pertencimento a determinado grupo criminoso. Do mesmo modo, as distintas galerias do Presídio Central de Porto Alegre dividem-se entre as facções criminosas que as controlam, cada uma contendo centenas de presos (em pelo menos uma delas há cerca de 500). Nesse contexto, não é o Estado que decide onde os presos serão colocados dentro do presídio, pois para evitar que sejam misturados com grupos rivais, o que os colocaria em risco, eles são distribuídos conforme a facção à qual pertencem.

Todos estes grupos criminosos criam regras de conduta muito rigorosas e, caso não sejam respeitadas, há grande risco de represálias. No Amazonas, havia “celas cativeiros”, locais onde ocorriam “sanções disciplinares” paralelas à legislação, incluindo-se punições com morte. No Maranhão, foram amplamente noticiados nos veículos de comunicação os casos de decapitação cometidos por presos de facções rivais. Nesse contexto, os presos podem ser extorquidos, ameaçados ou sofrer qualquer tipo de violência sem que o Estado fique a par dos acontecimentos ou tome providências a respeito⁵⁶.

f) Violência e abusos

De acordo com o Relatório Anual do MNPCT, ao mesmo tempo em que apresenta baixa ingerência no cotidiano das unidades, abrindo margem para a ação de facções criminosas, o Estado periodicamente se insere nos cárceres por meio da utilização

⁵⁴ ORTIZ, Fabíola. Maior cadeia do Brasil tem favela e área ‘Minha cela, minha vida’ para presos VIP. *BBC Brasil*, 11 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>>. Acesso em: 05 out. 2017.

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 61. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁵⁶ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 32. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

abusiva da força pelos agentes de segurança e de forças especiais de segurança, gerando práticas de tortura e maus tratos⁵⁷. As inspeções realizadas pelo Mecanismo verificaram que a atuação dos agentes de segurança nas unidades do Maranhão, por exemplo, é marcada pelo uso sistemático e rotineiro de spray de pimenta, de armamento com balas de borracha e bombas de gás, inclusive dentro das celas. Alguns agentes chegam a portar, até mesmo, armas de fogo. Em outros locais, como São Paulo, os agentes frequentemente espancam os presos e os agridem verbalmente. Em Santa Catarina, por sua vez, as pessoas privadas de liberdade apontaram a realização da prática conhecida como “pau de arara”, em que o preso é mantido pendurado de ponta-cabeça, tendo braços e pernas amarrados. Nesses locais, as pessoas privadas de liberdade apresentavam sinais visíveis de tais práticas violadoras, por ocasião das visitas no MNPCT⁵⁸.

Outra forma pela qual o Estado busca ingerir nas unidades é por meio da intervenção, de tempos em tempos, de forças especiais de segurança. Essas operações ocorrem com o intuito de revistar os espaços das unidades e conter situações de tumulto entre os presos, como motins e rebeliões. Por exemplo, em São Paulo, muitos presos mencionaram as ações do Grupo de Intervenção Rápida (GIR) da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP), ao passo que no Amazonas foram coletados registros que indicavam tais operações. Uma delas, inclusive, contou com a presença do Exército. Tais operações geralmente são marcadas por graves violações de direitos, ocasionando práticas de tortura e maus tratos contra as pessoas privadas de liberdade. Os agentes de segurança lançam bombas de gás e sprays de pimenta dentro das galerias cheias de pessoas, utilizam balas de borracha, fazem os presos retirarem suas roupas ou sentar apenas de cueca nos pátios das unidades no chão quente e os agridem física e verbalmente. Vários presos, em alguns estados, mencionaram ter ficado com sequelas físicas, tais como cegueira e queimaduras, ocasionadas pela ação dos agentes de segurança nessas operações⁵⁹.

⁵⁷ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 31-4. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁵⁸ Ibid., p. 33.

⁵⁹ Ibid., p. 34.

Na Penitenciária Feminina de Sant’ana, em São Paulo, o GIR realizou uma grande operação em agosto de 2015, pouco antes da visita do MNPCT. Os agentes desse grupo especial desferiram diversos socos, pontapés, bem como realizaram várias ofensas verbais e ameaças de morte contra as mulheres. Foram lançadas bombas de gás lacrimogênio nas galerias e algumas pessoas foram arrastadas pelos cabelos. Ainda, as mulheres foram obrigadas a levantar suas blusas para expor os seios e, caso desobedecessem, eram espancadas. No dia da visita do MNPCT, foi possível observar que muitas ainda estavam com marcas das agressões físicas cometidas pelos agentes do GIR⁶⁰.

O Presídio Central de Porto Alegre, por sua vez, apresenta uma peculiaridade em relação às unidades prisionais de outros estados visitados. A Brigada Militar, órgão que exerce funções de Polícia Militar no Rio Grande do Sul, atua na administração e segurança do PCPA desde o ano de 1994. Sua intervenção se iniciou após uma rebelião dos presos, devendo ter ficado restrita a 120 dias, e, no entanto, mantém-se mesmo após 20 anos. Atualmente, há 340 policiais trabalhando na unidade, que funciona, desse modo, como se estivesse permanentemente em operação policial militar. A natureza ostensiva da Brigada é tão presente na unidade que todos os policiais andam fortemente armados, com espingardas, pistolas e armamentos menos letais. Ainda, todo o Presídio Central é rodeado por cachorros e a direção do local fez questão de mencionar que os cães são “assassinos”, como se pudessem atacar a qualquer momento. Apesar de toda essa ostensividade, a unidade é dividida por facções e o Estado não consegue sequer adentrar em suas galerias, conforme já mencionado⁶¹.

Além disso, o MNPCT deparou-se com o uso abusivo do isolamento como sanção disciplinar e com as péssimas condições infraestruturais das celas de isolamento. Em muitos presídios visitados, os internos são sancionados por infrações disciplinares com a pena de isolamento sem a devida averiguação mediante procedimento disciplinar e sem qualquer garantia de contraditório e ampla defesa⁶². Também as inspeções no

⁶⁰ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 32. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 33 jan. 2017.

⁶¹ Ibid., p. 34.

⁶² Ibid., p. 35.

CNMP revelaram que 37% dos estabelecimentos (585) não observam o direito de defesa do preso na aplicação de sanção disciplinar⁶³.

Ademais, conforme o exposto, as condições das celas de isolamento são ainda mais degradantes do que as das celas comuns e, muitas vezes, os presos não recebem banho de sol. Além disso, embora o isolamento não possa ultrapassar 30 dias, muitos presos relataram estar há meses isolados. Segundo o Mecanismo, as condições de insalubridade, alto risco e segregação podem equiparar-se à prática de tortura dentro de realidade observada nas unidades visitadas⁶⁴.

Outros métodos de tortura utilizados em sanções disciplinares são vistos comumente na aplicação de sanções coletivas. No presídio Urso Branco, em Rondônia, em retaliação a uma rebelião ocorrida na unidade, agentes penitenciários teriam conduzido todos os internos à quadra de futebol da unidade, trajando apenas roupas íntimas, e os feito passar seis dias dormindo ao relento, obrigados a fazer as suas necessidades fisiológicas no local. Diversos presos teriam sofrido queimaduras de segundo e terceiro grau devido à exposição ao sol escaldante, com termômetros marcando 40^o⁶⁵. No presídio Regional de Joinville, em Santa Catarina, há relatos consistentes de que dezenas de detentos teriam sido colocados nus no pátio e obrigados a passar mais de duas horas sem se mexer, sendo alvos de balas de borracha, gás de pimenta, bombas de efeito moral, além de violentos chutes por parte de agentes penitenciários⁶⁶.

Também são frequentes, nos presídios, os casos de abuso sexual, especialmente contra detentos homossexuais. Aliás, não raro há relatos de estupro coletivo. A Human Rights Watch entrevistou dois presos que relataram terem sido vítimas de estupro coletivo, tendo denunciado as agressões aos agentes penitenciários, que os ignoraram.

⁶³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 95-7. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁴ BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 34-7. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁶⁵ OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie*. São Paulo, out. 2007. p. 31. Disponível em <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco-a_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

⁶⁶ POLÍCIA investigará tortura em presídio de Joinville. *Consultor Jurídico*, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/policia-civil-investigara-tortura-presidio-regional-joinville>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

Em um desses casos, uma investigação foi aberta somente após uma representante da Ouvidoria da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do estado pressionar as autoridades para que tomassem providências. O outro caso nunca foi investigado, de acordo com a vítima⁶⁷.

g) Aumento da criminalidade

A falta de controle e eventual conivência dos agentes penitenciários permite o ingresso nos presídios de itens que contribuem para as atividades criminosas desenvolvidas dentro e fora dos seus muros. Não é incomum, no sistema prisional brasileiro, que parentes ou comparsas de presos levem, ilicitamente, drogas, aparelhos celulares ou outros itens para dentro das penitenciárias, sendo estes mesmos telefones utilizados para dar ordens a criminosos que se encontram fora dos muros da prisão. No Presídio Central de Porto Alegre, que recebe cerca de 240 mil visitantes por ano, foram apreendidos, entre 2010 e 2014, 66 quilos de drogas e 48 armas, sendo que só em 2013 o número de telefones celulares encontrados nos pavilhões chegou a 2.400⁶⁸. Nas unidades inspecionadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, houve apreensão de drogas em cerca de 40% (654) dos estabelecimentos inspecionados⁶⁹.

As organizações criminosas que controlam os presídios, em troca de lealdade e pagamentos, oferecem proteção, trazem suprimentos, fornecem transporte para que a família os visite e até mesmo pagam por advogados⁷⁰. Dessa forma, os presídios acabam servindo como meio de recrutamento para o crime, pois após cumprir sua pena, o preso é obrigado a permanecer na organização criminosa – o que o incentiva a cometer mais delitos para pagar dívidas que contraiu em troca de "proteção"⁷¹. Em suma, as facções comandam atividades criminosas não somente dentro, mas principalmente fora dos presídios, incluindo o tráfico de drogas, roubos e brigas com gangues rivais.

⁶⁷ HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *"O Estado Deixou o Mal Tomar Conta"* - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

⁶⁸ KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. *BBC News Brasil*, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoes_lk>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 100. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁷⁰ WELCOME to the the middle ages (Prison in Brazil). *The Economist*, Londres, 18 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/americas/21594254-brazils-hellish-penal-system-overcrowded-violent-and-brutalising-welcome-middle-ages>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

⁷¹ KAWAGUTI, op. cit.

Um dos episódios mais marcantes da atuação de facções criminosas que operam de dentro dos presídios ocorreu no ano de 2006, quando uma delas – conhecida como PCC - orquestrou uma série de ataques contra alvos policiais em São Paulo em retaliação à transferência de integrantes da organização para uma penitenciária de segurança máxima. Na ocasião, a ordem da facção aos integrantes que não estavam presos, principalmente aqueles que lhe deviam favores, foi de matar policiais militares e civis, bombeiros e guardas municipais, sendo que 493 pessoas morreram na onda de ataques. O ápice da violência foi no dia 15 de maio, uma segunda-feira, em que por conta do medo de ataques pelos criminosos, a movimentada capital paulista ficou paralisada – o transporte público parou de funcionar, as escolas suspenderam as aulas e o comércio fechou as portas⁷².

Para citar um episódio mais recente, cabe mencionar a ação do grupo Sindicato do Crime do Rio Grande do Norte (RN), que incendiou ao menos 15 ônibus e um carro oficial do Governo do Estado, na capital, em retaliação à transferência de 220 detentos de uma penitenciária a outra⁷³.

h) Fugas, motins e rebeliões

O desespero dos presos com as condições por trás das grades e a falta de controle do Estado sobre o sistema prisional facilitam a ocorrência de fugas de detentos. Somente no ano de 2013, nos 1.500 presídios visitados pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foram registradas 20.310 fugas (incluindo os casos em que presos, valendo-se de saída temporária não vigiada, não retornam na data marcada), com a recaptura de 3.734 presos e o retorno espontâneo de 7.264⁷⁴.

Revoltados com o tratamento que recebem na prisão, os apenados brasileiros regularmente dão início a rebeliões ou orquestram a tomada de reféns, como familiares visitando o estabelecimento, que podem perdurar por semanas a fim de atrair a atenção das autoridades para suas demandas, que incluem a remoção para celas menos lotadas,

⁷² ACAYABA, Cíntia et al. Há dez anos, São Paulo parou durante série de ataques contra policiais e civis. *G1* – portal de notícias da Globo, São Paulo, 15 maio 2016.

⁷³ CRISE em Natal chega às ruas com ataques a ônibus após transferência de presos. *El País Brasil*, 17 jan. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/18/politica/1484778899_532433.html>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 100-1. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

mais segurança contra a violência das facções, o fornecimento de água, comida e vestimentas, e a deposição de diretores das penitenciárias⁷⁵.

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões, 23 das quais com reféns. Ao todo, houve 769 mortes, das quais 110 foram classificadas como homicídios e 83 como suicídios⁷⁶.

O maior massacre da história dos presídios brasileiros ocorreu em outubro de 1992, na Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como Carandiru. Sob a justificativa de acalmar a rebelião que teve início com uma briga de presos rivais no Pavilhão 9, a Tropa de Choque da Polícia Militar invadiu a unidade, o que resultou na morte de 111 presos. O presídio foi desativado em 2002, mas os fatos lá ocorridos foram relatados em livros e chegaram às telas de cinema. O Tribunal de Justiça de São Paulo anulou, em setembro de 2016, os quatro julgamentos que condenaram a penas que variam de 48 a 624 anos os 73 policiais militares pelo massacre. Por isso, um novo julgamento será marcado⁷⁷, mas até hoje nenhum dos PMs envolvidos foi preso⁷⁸.

Em outro caso, ocorrido em um domingo de fevereiro de 2001, a organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) organizou uma megarrebelião simultânea e tomada de agentes penitenciários e familiares como reféns em 29 presídios de São Paulo como represália pela transferência, da Casa de Detenção, dos principais chefes do grupo. O saldo foi de 16 mortos e dezenas de feridos⁷⁹.

Quase um ano depois, no maior presídio do estado de Rondônia, conhecido como Urso Branco, um grupo de presos jurados de morte foi retirado do isolamento e colocado com os demais detentos nos pavilhões – onde 27 foram assassinados a golpes de armas artesanais, tendo suas cabeças e outras partes do corpo decepadas. Funcionários que

⁷⁵ TAVENER, Ben. Brazil's Overcrowded and Mismanaged Prisons Are at the Breaking Point. *Vice News*, 02 abr. 2015. Disponível em: <<https://news.vice.com/article/brazils-overcrowded-and-mismanaged-prisons-are-at-the-breaking-point>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

⁷⁶ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. p. 100-1. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁷⁷ MATUOKA, Ingrid. Carandiru: Justiça determina novo julgamento. São Paulo, *Carta Capital*, 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/mobiliza/carandiru-justica-determina-novo-julgamento>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁷⁸ KANNENBERG, Vanessa. De Carandiru ao massacre de Manaus: as mais violentas rebeliões em presídios do Brasil. *Zero Hora*, Porto Alegre, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/01/de-carandiru-ao-massacre-de-manaus-as-mais-violentas-rebelioes-em-presidios-no-brasil-9063655.html>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁷⁹ Ibid.

realizaram as transferências foram julgados e a maior parte absolvida, após alegar que cumpriam ordens da Justiça⁸⁰.

Já o Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, sediou uma rebelião que durou cerca de 30 horas com um saldo de 18 detentos mortos, em 2010. A rebelião começou quando os detentos se apoderaram das armas dos agentes penitenciários. Cinco agentes penitenciários foram mantidos reféns. Em um certo momento, a polícia tentou invadir o local, mas os presos jogaram duas cabeças decepadas por cima do muro. Os presos pediam melhores condições de tratamento e alimentação. À época, com capacidade para dois mil presos, Pedrinhas tinha mais de quatro mil. O presídio também enfrentou uma crise ao longo do ano de 2013, quando cerca de 60 presos foram assassinados nas sete prisões do complexo. Durante o ano de 2014, pelos menos outros 17 foram mortos nos presídios. Em 2015, vieram à tona casos de canibalismo dentro do presídio⁸¹.

Os casos citados são apenas alguns dentre as maiores rebeliões ocorridas em presídios brasileiros, que ainda são frequentes em alguns estados do país. Somente em janeiro de 2017, ao menos 126 detentos foram mortos em diferentes rebeliões⁸² e dezenas fugiram de casas prisionais localizadas em diversos Estados — já no primeiro final de semana, 74 presos escaparam⁸³. Na rebelião ocorrida na penitenciária de Roraima, trinta presos foram decapitados com facas, alguns ainda vivos, e tiveram seus corações e outras partes do corpo arrancadas e enfileiradas no pátio, como exibem as filmagens feitas pelos próprios presos e postadas por eles nas redes sociais⁸⁴. Da mesma

⁸⁰ KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. *BBC News Brasil*, São Paulo, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoas_lk>. Acesso em: 08 fev. 2017.

⁸¹ KANNENBERG, Vanessa. De Carandiru ao massacre de Manaus: as mais violentas rebeliões em presídios do Brasil. *Zero Hora*, Porto Alegre, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/01/de-carandiru-ao-massacre-de-manaus-as-mais-violentas-rebelioes-em-presidios-no-brasil-9063655.html>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

⁸² VEJA quais foram as rebeliões e fugas em massa nas prisões brasileiras em 2017. *Gaúcha ZH*, Rio de Janeiro, 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/01/veja-quais-foram-as-rebelioes-e-fugas-em-massa-nas-prisoas-brasileiras-em-2017-9388668.html>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

⁸³ KANNENBERG, op. cit.

⁸⁴ REBELIÃO EM Roraima teve decapitação e coração arrancado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 06 jan. 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/rebeliao-em-roraima-teve-decapitacao-coracao-arrancado-20737083>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

forma, em janeiro de 2018, um único complexo prisional situado em Goiás foi palco de três rebeliões na mesma semana, ocasionando nove mortes, 14 feridos e 200 fugas⁸⁵.

2.2 OS FATORES QUE CONTRIBUEM PARA O PROBLEMA E A OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já foi referido, um dos principais aspectos da crise do sistema prisional é a superlotação das unidades de privação de liberdade. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil, de modo que em junho de 2016 a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representa um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes, ao passo que, em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes⁸⁶.

Este crescimento das taxas de encarceramento é consequência de diversos fatores, o principal deles sendo, por óbvio, o aumento da criminalidade. Este, por sua vez, pode ser reconduzido à acentuada desigualdade socioeconômica entre a população, à precariedade do acesso à educação pública básica, à falta de policiamento adequado e qualificado, dentre inúmeros outros fatores. Não se pretende, aqui, discorrer sobre as múltiplas causas de fenômeno complexo que é a violência urbana. Não obstante, é possível deduzir que a omissão do Estado na garantia de direitos básicos aos seus cidadãos também está na origem na criminalidade que assola o Brasil. Aliás, o encarceramento funciona de forma altamente seletiva e atinge quase que exclusivamente os pobres. Dessa forma, constituem óbices incontornáveis aos avanços sociais no país a ineficiência dos poderes públicos, a corrupção em larga escala, o desvio de verbas, a péssima administração dos recursos públicos e, atualmente, a crise econômica da qual o Brasil vem se recuperando lentamente.

⁸⁵ CENÁRIO DE três rebeliões em 5 dias, Complexo Prisional em Goiás abriga quase o triplo da capacidade de presos. *G1* – o portal de notícias da Globo, Goiânia, 05 jan. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/cenario-de-3-rebelioes-em-5-dias-complexo-prisional-em-goias-abriga-mais-do-que-o-dobro-da-capacidade-de-presos.ghtml>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

⁸⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça: Brasília - DF, 2017. p. 9-12. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Outrossim, a sobrecarga e conseqüente lentidão do Poder Judiciário, bem como o suposto uso insuficiente de medidas alternativas à prisão, também contribuem para a superlotação no cárcere, pois fazem parte do que os juristas brasileiros têm denominado “cultura do encarceramento”. Com efeito, 40% dos indivíduos sob custódia no Brasil são presos provisórios, que aguardam condenação definitiva⁸⁷, sendo que cerca de 37% dos réus presos preventivamente enquanto respondem ao processo não são, após o julgamento, condenados a pena privativa de liberdade⁸⁸.

Outro fator que contribui para o aumento da população carcerária desde o ano de 2006 é a chamada Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 2006), que abrandou as sanções cominadas à posse de drogas para consumo próprio, afastando a aplicação de pena privativa de liberdade, mas as enrijeceu para o crime de tráfico, agora punido com reclusão de cinco a quinze anos, estando vedada a conversão em penas restritivas de direitos, conforme o art. 33. Desde que a Lei foi introduzida, o número de pessoas detidas por tráfico aumentou de 33.000 em 2005 para 138.000 em 2012⁸⁹.

Com efeito, no sistema carcerário brasileiro, atualmente cerca de 28% dos detentos respondem por crimes de tráfico de drogas, 25% por roubo, 12% por furto e 11% por homicídio. No que diz respeito ao encarceramento feminino, os dados são ainda mais significativos, pois 62% das mulheres estão presas por crime de tráfico de entorpecentes⁹⁰. Ou seja, o número de indivíduos envolvidos em crimes violentos não ultrapassa 40% dos encarcerados no Brasil.

Por mais importantes que sejam os esforços para a redução do encarceramento, contudo, é a omissão do Poder Executivo em relação ao sistema prisional que deve ser tida como diretamente responsável pela violação dos direitos fundamentais dos apenados. Como demonstram os relatos anteriores, faltam investimentos para a criação

⁸⁷ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça: Brasília - DF, 2017. p. 13. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁸⁸ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Rio de Janeiro, 2015. p. 38. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

⁸⁹ WELCOME to the the middle ages (Prison in Brazil). *The Economist*, Londres, 18 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/americas/21594254-brazils-hellish-penal-system-overcrowded-violent-and-brutalising-welcome-middle-ages>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

⁹⁰ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça: Brasília - DF, 2017. p. 40-3. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

de vagas que acompanhem as crescentes taxas de encarceramento, para a realização de reformas nos estabelecimentos, para a contratação de pessoal, para a implementação de programas que promovam a ressocialização dos criminosos, para a adequada prestação de serviços aos presos e para a gestão eficiente das unidades de privação de liberdade, que se encontram simplesmente “abandonadas” pelo poder público, submetendo os indivíduos nelas custodiados a um quadro de maus tratos e tortura, e inviabilizando o sucesso do seu retorno à sociedade. Até mesmo a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, pelo Judiciário, fica obstada, muitas vezes, pela ausência de investimentos do Poder Executivo no sistema penitenciário. É o caso do monitoramento por tornozeleira eletrônica, por exemplo, que muitas vezes fica impossibilitado por falta de pagamentos, problemas estruturais ou atrasos nas licitações⁹¹.

Entretanto, o que causa mais perplexidade é que o Estado dispõe de recursos a serem investidos no sistema prisional. Aliás, o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi criado pela Lei Complementar nº 79/94 especificamente para isso. Gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, o FUNPEN constitui, no âmbito federal, a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros (art. 1º). A lei prevê as fontes de financiamento (art. 2º) e especifica as hipóteses de destinação dos recursos (art. 3º, incisos I a XIV), cujo repasse aos estados é realizado mediante convênios, acordos ou ajustes (art. 3º, § 1º). Por conseguinte, basta aos entes federados, para acessar as verbas do Funpen, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

Porém, apesar da situação calamitosa do sistema penitenciário brasileiro, a maior parte dos recursos disponíveis do Fundo Penitenciário não é efetivamente gasta. Segundo dados obtidos pelo Supremo Tribunal Federal, desde a sua criação em 1994 até 2014, o fundo arrecadou mais de 4,4 bilhões de reais (em valores não atualizados). No entanto, apenas parcela desse valor, cerca de 3,4 bilhões de reais, foi disponibilizada aos

⁹¹ BERTONI, Estevão. SP fica sem tornozeleira eletrônica para monitorar saída de presos. *Folha de S. Paulo*, 23 mar. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1753079-sp-fica-sem-tornozeleira-eletronica-para-monitorar-saida-de-presos.shtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018. MONITORAMENTO de presos é suspenso no RN por falta de pagamento. *G1* – o portal de notícias da Globo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/03/monitoramento-de-presos-e-suspenso-no-rn-por-falta-de-pagamento.html>>. Acesso em: 27 abr. 2018. CARDOZO, Daniel. Saiba como o DF monitora presos com tornozeleiras eletrônicas. *Metrópoles*, 04 out. 2017. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/justica-distrito-federal/marcacao-cerrada-a-usuarios-de-tornozeleiras-eletronicas>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Estados⁹² e, até 2013, mesmo diante da precariedade dos estabelecimentos penitenciários no país, haviam sido empregados pouco mais de R\$ 350 mil no sistema carcerário⁹³. Em janeiro de 2017, conforme levantamento divulgado pela ONG Contas Abertas, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), contava com 2,4 bilhões de reais em recursos disponíveis para repasse⁹⁴.

Isto se deve a uma série de motivos. Primeiro ao contingenciamento de parte do orçamento do FUNPEN pelo governo federal para obtenção do superávit primário, visando atingir suas metas fiscais⁹⁵. Outro problema seria a rigidez e a burocracia impostos pela União para liberação de recursos aos demais entes federativos, que não conseguem cumprir as exigências formuladas pelo governo federal para o repasse⁹⁶.

Nos últimos anos, tais dificuldades catalisaram algumas mudanças. Em 2015, uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em ação movida pelo Partido Socialismo e Liberdade que será relatada na sequência deste estudo, obrigou o Executivo a liberar o saldo acumulado do Funpen para a construção e reforma de presídios e proibiu novos contingenciamentos⁹⁷. Pouco mais de um ano depois, em outubro de 2016, o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Claudio Lamachia, pediu ao ministro da Justiça informações acerca do fato de que, até aquele momento, nenhuma medida havia sido tomada pelo governo para cumprir a decisão do STF. Na ocasião, o Ministério da Justiça esclareceu que existiam mais de R\$ 3 bilhões em recursos financeiros disponíveis

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 69. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹⁴ FUNDO federal para presídios tem 2,4 bilhões disponíveis. *G1* – o portal de notícias da Globo, 04 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fundo-federal-para-presidios-tem-r-24-bilhoes-disponiveis-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 69. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. STF, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

no Fundo, mas que a liberação dependia de aprovação de um projeto de lei pelo Congresso. Isto também ocorria, de acordo com a pasta, porque, apesar da disponibilidade financeira, os limites estabelecidos no orçamento de 2016 para as obras em presídios estavam limitados a R\$ 259 milhões⁹⁸. Com efeito, o Projeto de Lei (PLS 25/2014) que impede o contingenciamento de créditos orçamentários programados para o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) foi aprovado por unanimidade em 27 de fevereiro de 2018, no Plenário do Senado, e agora segue para análise da Câmara dos Deputados⁹⁹.

Todavia, mesmo quando há transferência significativa de recursos do Fundo Penitenciário Nacional aos estados, verifica-se inutilização e retorno de grande parte dos valores disponíveis, o que se deve à inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados¹⁰⁰. A este propósito, matéria publicada no Jornal O Globo em 2015¹⁰¹ revelou que o Plano Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, lançado em 2011, destinado a reduzir a superlotação dos presídios, não avançou. Segundo se apurou, “dos 99 convênios fechados com estados para criação de 45.934 vagas ao custo de R\$ 1,2 bilhão, nada foi concluído, segundo dados do próprio Ministério da Justiça”. O texto informa, ainda, que “há 46 obras que ainda nem começaram” e “das 53 que já tiveram início, 33 estão paralisadas”. Em janeiro de 2017, novamente foi noticiado que, das cem construções de presídios pelo país, pelo menos trinta estavam paradas¹⁰².

⁹⁸ FUNDO federal para presídios tem 2,4 bilhões disponíveis. *G1* – o portal de notícias da Globo, 04 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fundo-federal-para-presidios-tem-r-24-bilhoes-disponiveis-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Senado aprova projeto que veda contingenciamento de recursos do FUNPEN. *Senado Notícias*, 27 fev. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/27/senado-aprova-projeto-que-veda-contingenciamento-de-recursos-do-funpen>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015, p. 63-66. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 69. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁰¹ MARIZ, Renata. Programa lançado em 2011 para construir prisões ainda não concluiu nenhuma. *O Globo*, 27 abr. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/programa-lancado-em-2011-para-construir-prisoas-ainda-nao-concluiu-nenhuma-15983462>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

¹⁰² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO tem mais de R\$ 2 bilhões em caixa sem uso. *G1* – o portal de notícias da Globo, 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/departamento-penitenciario-tem-mais-de-r-2-milhoes-em-caixa-sem-uso.html>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

Outrossim, em dezembro de 2016, o Presidente Michel Temer autorizou o repasse de R\$ 1,2 bilhão aos estados para a construção de prisões e a modernização do sistema penitenciário. Não obstante, pouco mais de R\$ 49 milhões foram investidos, apenas 4% do valor total. Ao final de dezembro de 2017, o governo federal ampliou em um ano o prazo para que os estados e o Distrito Federal utilizassem os recursos do FUNPEN para a execução de projetos de obras e construção de presídios referentes a 2016, que deveriam ter sido investidos até aquele mês. Para isso, segundo o diretor-geral do DEPEN, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária flexibilizou as exigências para aprovação de projetos¹⁰³.

Não bastasse a ineficiência das gestões dos entes federativos, em outubro de 2017, o Departamento Penitenciário Nacional notificou órgãos de controle sobre seis estados, entre eles o Rio de Janeiro, em que parte do dinheiro do Fundo Penitenciário Nacional transferido não estava nas contas do Banco do Brasil abertas pelo governo federal para monitorar os gastos. Tais contas apontavam saldo inferior ao repassado, sem justificativa de gasto. Na maioria dos casos, o estado recebeu 100% do montante em um fundo próprio, mas repassou valores inferiores para as contas posteriormente abertas, às quais o Depen tem acesso¹⁰⁴.

Há, ainda, notícia de casos em que os governos federal e estadual fazem todo o necessário para a realização de investimentos no sistema prisional, mas encontram a resistência do governo municipal para levar a cabo os projetos. É exemplo recente disso o episódio ocorrido em Tijucas, no estado de Santa Catarina, que somou-se à lista de municípios que se recusam a emitir as licenças de instalação que autorizariam a construção de unidades prisionais em seu território, sob o argumento de que está indo a favor do que quer a população, que é contra a penitenciária¹⁰⁵.

Não há, portanto, como justificar a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Embora a falta de recursos seja geralmente

¹⁰³ GOVERNO prorroga prazo para estados investirem recursos do fundo penitenciário. *Agência Brasil*, 22 dez. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/governo-prorroga-prazo-para-estados-investirem-recursos-do-fundo-penitenciario>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹⁰⁴ MARIZ, Renata. Governos retiram recursos do sistema penitenciário sem justificativas. *O Globo*, 02 out. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governos-retiram-recursos-do-sistema-penitenciario-sem-justificativas-21895522#ixzz5Dt4hDhD6>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

¹⁰⁵ SILVA, Anderson. Tijucas aumenta fila de municípios que se recusam a autorizar a construção de novas unidades. *Jornal de Santa Catarina*, 04 jul. 2017. Disponível em: <<http://jornaldesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/seguranca/noticia/2017/07/tijucas-aumenta-fila-de-municipios-que-se-recusam-a-autorizar-a-construcao-de-novas-unidades-9832850.html?impressao=sim>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

apontada como o principal limitador à execução de políticas públicas para o aperfeiçoamento do sistema prisional, a verdade é que o tema ainda é negligenciado pela administração pública, em função da dificuldade de articulação entre os entes federados e da preferência dos governos em estabelecerem políticas e ações aparentemente mais atrativas, como segurança pública (que jamais será eficiente no combate à criminalidade enquanto permanecer este círculo vicioso), saúde e educação.

Na verdade, o comportamento dos dirigentes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos¹⁰⁶. Atemorizada pelos crescentes índices de criminalidade e revoltada com a insegurança pública, a sociedade brasileira busca na pena uma forma de vingança contra o criminoso. Em um ambiente de medo, no qual as pessoas se sentem permanentemente ameaçadas pela violência, esta assume identidade na figura dos indivíduos presos¹⁰⁷. E o medo faz vir à tona toda a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade. Perante os olhos da sociedade, por consequência, aquele que descumpra a lei perde sua condição humana e passa a não ser merecedor de respeito aos seus direitos mais básicos. Nesse contexto, as ações ou omissões, das autoridades públicas, sobretudo daquelas eleitas por voto popular, parecem se amoldar a essa concepção majoritária na sociedade.

Nos dizeres de Raúl Zaffaroni:

Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de ter suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente¹⁰⁸.

Além disso, inexistente a tradição de estudo dos direitos humanos no país, de modo que a população, com pouco conhecimento sobre o significado e a importância da garantia dos direitos fundamentais dos presos, passou a ver eles com repúdio. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos:

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016. p. 226.

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 254, p. 56, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/68>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

Apesar (...) do que dispõe o direito, parece que a formação da cultura brasileira ainda não foi capaz de incorporar as noções de igualdade essencial dos indivíduos e da dignidade de cada ser humano. Assim, os compromissos formais com os direitos humanos acabam sendo construídos sobre uma base moral e filosófica que não é realmente compartilhada pela maior parte da sociedade e que, por isso mesmo, diante de quaisquer ameaças – como, por exemplo, a ameaça da violência urbana –, revela sua fragilidade. A hipótese que se suscita aqui é a de que a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano¹⁰⁹.

Porém, a sociedade brasileira e seus governantes olvidam-se do fato de que os presos invariavelmente retornarão à sociedade da qual foram alienados. De fato, nossa legislação processual penal prevê o rápido retorno do apenado à sociedade com o instrumento da progressão de regime da pena – que se dá após o cumprimento de somente 1/6 daquela. Também ignora-se o fato de que o tratamento desumano conferido aos presos pelo sistema prisional brasileiro acaba por retroalimentar a criminalidade nas ruas. Ana Paula de Barcellos também fala do “(...) equívoco de a sociedade imaginar que o tratamento conferido aos presos não repercutirá negativamente sobre ela mesma, como se fosse possível segregar (...) o mundo fora das prisões e o mundo dentro das prisões”¹¹⁰.

Afinal, o Estado prende jovens e os coloca em presídios ou centros de detenção provisórios para crimes de menor importância, como o tráfico de drogas desenvolvido por negociantes pequenos, de origem pobre, sem implementar salvaguardas para evitar a brutalização desses jovens durante a detenção, transformando-os em alvos fáceis para o crime organizado e as facções criminosas, das quais muitos presos acabam dependendo para sobreviver dentro do cárcere. Ademais, o preso não recebe qualquer orientação ou formação profissional para, uma vez livre, ser capaz de sustentar-se por meio de trabalho não ligado ao crime.

Conforme Luigi Ferrajoli, em constatação perfeitamente aplicável ao sistema prisional brasileiro, a prisão é um aparato coercitivo, máxima expressão do poder do Estado sobre o cidadão, mas em cujo interior o próprio Estado é ausente. Nas palavras do autor:

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 254, p. 52, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/68>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 57.

É um lugar de expiação no qual, em linha de princípio, deveria realizar-se a máxima igualdade perante a lei e que, em seu lugar, manifesta, de fato, a máxima discriminação classista, sendo povoada quase que exclusivamente por sujeitos vulneráveis, social, econômica e culturalmente marginalizados (...) ¹¹¹.

Dessa forma, as penitenciárias tornam-se verdadeiras “escolas do crime” e acabam por contribuir para o aumento da criminalidade. Com efeito, as altas taxas de encarceramento não surtem qualquer resultado em termos de redução dos crimes, muito pelo contrário: o Brasil é recordista mundial em número de homicídios, cerca de 60 mil por ano ¹¹². Outrossim, a prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. Estima-se que cerca de 70% dos presos no Brasil, uma vez em liberdade, voltam a ser presos pela prática de novos crimes ¹¹³.

Conforme a observação de Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir* - que permanece aplicável ao sistema carcerário brasileiro do século XXI -, as prisões, ao invés de devolver os egressos à sociedade plenamente recuperados, na verdade contribuem para exacerbar ainda mais o seu sentimento de revolta pela existência indigna que o Estado lhes impõe para o cumprimento das respectivas penas. Nesse sentido, acrescenta o pensador francês que:

(...) o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça ¹¹⁴.

O que se vê, portanto, é a violação sistemática dos direitos fundamentais dos encarcerados no Brasil. O sofrimento que lhes é infligido ultrapassa em muito aquele que já seria inerente à privação de liberdade, desrespeitando os próprios fundamentos do Estado brasileiro, como se verá na sequência deste trabalho. E essa violação assume

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Revista Crítica Penal y Poder*, Universidad de Barcelona, n. 11, p. 7, set. 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783/19710>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

¹¹² BARROCAL, André. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*, São Paulo, 02 mar. 2015.

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 254, p. 58, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/68>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 62.

um caráter ainda mais grave por ser perpetrada pelo próprio poder público contra aqueles que estão sob sua custódia. Além disso, como mostra a preocupação com a faceta ressocializadora da pena, os reflexos dessa crise são a retroalimentação da criminalidade e a perpetuação de um ciclo vicioso de violência e desrespeito à própria vida.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO DOS PRESOS

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos humanos. A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais e sua colocação logo no início do texto constitucional denotam a intenção do constituinte de outorgar-lhes posição de destaque. O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).

Na realidade, a proteção aos direitos fundamentais constitui a própria “razão de ser” do Estado Moderno. A organização política do Estado de Direito tem suas origens nas revoluções liberais do século XVIII, que buscaram garantir as liberdades individuais contra os abusos de poder que marcaram o período conhecido como Absolutismo. Segundo Ingo Sarlet:

(...) A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem¹¹⁵.

Outrossim, Gonet Branco explica que o próprio movimento do constitucionalismo, surgido dos estertores do regime absolutista, queria que se assegurasse a separação de poderes e se proclamasse direitos individuais, em documento constitucional, como garantias da liberdade almejada¹¹⁶. Daí o célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 proclamar que: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”. Com efeito, o artigo 2º do mesmo documento aponta que “a

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43.

¹¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 108.

finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”¹¹⁷.

Em termos históricos, alguns autores dividem os direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”, conforme a época e o contexto em que foram positivados. Nessa perspectiva, os “*direitos de primeira geração*” ou “*direitos de liberdade*” seriam aqueles reconhecidos nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental, como produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, encontrando suas raízes sobretudo na doutrina iluminista e jusnaturalista. Surgem e afirmam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como *direitos de defesa*, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder¹¹⁸. São, por este motivo, apresentados como *direitos de cunho negativo*, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou oposição perante o Estado”¹¹⁹.

É o caso dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Posteriormente, foram complementados por um leque de liberdades, como as liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião e associação, e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia¹²⁰. Também a igualdade formal e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus* e direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, como relembra Paulo Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental¹²¹.

Posteriormente, entretanto, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e da igualdade não gerava a garantia do seu

¹¹⁷ FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaração-de-direitos-do-homem-e-do-cidadão-1789.html>. Acesso em: 07 dez. 2016.

¹¹⁸ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 126. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 168.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 564.

¹²⁰ LAFER, op. cit., p. 126-7.

¹²¹ BONAVIDES, op. cit., p. 563.

efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios. Assim se deu o progressivo reconhecimento dos “*direitos de segunda geração*”, que atribuem ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual¹²², mas sim de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”¹²³.

No plano do constitucionalismo, houve a introdução dos denominados “*direitos sociais*”, que pretendiam assegurar condições materiais mínimas de existência¹²⁴. Estes direitos caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo *direitos a prestações sociais estatais*, como assistência social, saúde, educação e trabalho. São alcunhados *direito de igualdade* por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização dos direitos abstratamente reconhecidos nas primeiras declarações de direitos¹²⁵. É, porém, já no século XX, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados, tendo sido pioneiras a Constituição mexicana de 1917, a Constituição alemã de Weimar de 1919 e, no Brasil, a Constituição de 1934. Com isso, a igualdade formal ou jurídica do liberalismo converteu-se na igualdade material ou fática do Estado Social¹²⁶.

Na esfera internacional, a formação de um sistema normativo de proteção dos direitos humanos seguiu-se ao final da Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades e à violação maciça de direitos humanos, cometidas ao longo do conflito, especialmente pelo regime nazista. É a partir do período pós-guerra, dessarte, que se dá o reconhecimento dos direitos humanos com caráter global e universal¹²⁷, visando limitar o poder do Estado mediante a criação de um aparato internacional de proteção de tais direitos¹²⁸. Essa tendência implicou a ruptura com o conceito clássico de soberania do Estado e a afirmação da subjetividade internacional do indivíduo¹²⁹,

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56-7.

¹²³ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 127.

¹²⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 48.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 58.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 376-8.

¹²⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 100.

¹²⁸ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 668.

¹²⁹ MARTINS, *op. cit.*, p. 83.

entendendo-se que a proteção da pessoa humana não pode depender exclusivamente do governo do país de que é nacional¹³⁰.

Na lição de Jorge Miranda, a proteção internacional dos direitos do homem, ou seja, a promoção, por meios jurídicos-internacionais, da garantia dos direitos fundamentais relativamente ao próprio Estado de que cada um é cidadão, teve por causa, sobretudo, o repúdio à opressão feita por regimes políticos de variadas ideologias e a formação da consciência universal da dignidade da pessoa humana¹³¹. Segundo o autor, “até há cerca de setenta anos, os direitos fundamentais, concebidos contra, diante ou através do Estado, só por este podiam ser assegurados; agora também podem ser assegurados por meio das instâncias internacionais”¹³².

É nessa esteira que houve a inclusão do valor fundamental da dignidade da pessoa humana no preâmbulo da Carta das Nações Unidas – documento que marca a fundação da organização em outubro de 1945 – segundo o qual esta tem por ideal, entre outros, o de “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”. Em consonância com o preâmbulo, o artigo 1º da Carta define como um dos propósitos da ONU a cooperação internacional para “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”¹³³.

A ideia de um valor intrínseco do ser humano radica no pensamento filosófico clássico e no ideário judaico-cristão, sendo que na Idade Média, São Tomás de Aquino referiu-se expressamente à “*dignitas humana*”, como a qualidade inerente a todos os seres humanos, que os separa dos demais seres e objetos, por aqueles terem sido criados à imagem e semelhança de Deus, e por possuírem a capacidade de autodeterminação. Foi, contudo, com Immanuel Kant que se completou o processo de secularização da dignidade. Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, o filósofo alemão afirmou que, enquanto as coisas possuem um preço, as pessoas possuem dignidade, que faz de cada indivíduo um fim em si mesmo, nunca um

¹³⁰ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo* – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 668.

¹³¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 70.

¹³² Ibid., p. 279.

¹³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas no Brasil. *Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

meio ou instrumento para a consecução de resultados¹³⁴. Do mesmo modo, Jorge Miranda ensina que a dignidade é uma “característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento”¹³⁵.

Melo Alexandrino define a dignidade da pessoa humana como “a referência da representação do valor do ser humano”¹³⁶, ao passo que Ingo Sarlet a conceitua como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (...) ¹³⁷.

Ou seja, o respeito à dignidade da pessoa humana depende da efetiva fruição dos direitos fundamentais. Consoante esse entendimento, Vieira de Andrade afirma que o reconhecimento dos direitos fundamentais tem por fim proteger a dignidade da pessoa humana, princípio de valor que está na base de todos estes direitos e que a eles confere unidade de sentido¹³⁸. Também Reis Novais ensina que o fundamento dos direitos fundamentais reside, em última análise, na dignidade humana¹³⁹. Conforme Jorge Miranda, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais têm em comum, “de modo direto e evidente”, a sua fonte ética na dignidade “de todas as pessoas”¹⁴⁰. Por isso, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, na sua condição de valor inerente a todo ser humano, é ao mesmo tempo valor inspirador e fim último dos direitos fundamentais.

Atualmente, a Constituição, como documento que confere “unidade de sentido, de valor e de concordância prática” ao sistema de direitos fundamentais, repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa “fundamento e fim da sociedade e do Estado”¹⁴¹. Como ensina Ana Martins, “o valor fundamental, que perpassa os instrumentos nacionais e internacionais relativos aos direitos humanos, é o

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 31-48.

¹³⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 279.

¹³⁶ ALEXANDRINO, José Melo. *O Discurso dos Direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 42.

¹³⁷ SARLET, op. cit., p. 70.

¹³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 96-7 e 101-2.

¹³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 49-51.

¹⁴⁰ MIRANDA, op. cit., p. 279.

¹⁴¹ Ibid., p. 278.

da dignidade inerente à pessoa humana”¹⁴². Reis Novais afirma, nesse diapasão, que o respeito à dignidade humana “constitui o princípio supremo em que assentam os Estados de Direito”¹⁴³.

Ana Martins observa que, a partir do que restou estabelecido na Carta das Nações Unidas, a organização passou a desempenhar um papel precípua no progressivo desenvolvimento e codificação dos direitos humanos¹⁴⁴. Assim, em dezembro de 1948, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que constitui o primeiro catálogo internacional de direitos humanos, abrangendo tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais, e que inspirou as constituições de muitos Estados. O diploma também proclama, no seu preâmbulo, “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”¹⁴⁵.

Em 1966, a Assembleia Geral decidiu pela adoção de dois pactos mais específicos sobre os direitos proclamados na Declaração Universal, que são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados pela resolução 2200 (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro daquele ano.

Já no plano regional, a proclamação dos direitos humanos surgiu no âmbito de organizações internacionais como o Conselho da Europa - com a célebre Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 -, a Organização dos Estados Americanos, a Organização de Unidade Africana e a Liga dos Estados Árabes. E tanto a nível global quando regional, existem ainda uma série de convenções sobre temas específicos, como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis ou Degradantes (1984).

Também concluiu-se, ao fim da Segunda Guerra Mundial, com base nas atrocidades cometidas pelos regimes totalitários que deram causa ao conflito, que a mera declaração de direitos, sem a previsão de mecanismos para a sua efetiva proteção contra os arbítrios das maiorias governantes, era insuficiente. A partir disso, a evolução do direito constitucional baseou-se, dentre outras inovações, em atribuir força normativa à Constituição, que deixou

¹⁴² MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 94.

¹⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 49-51.

¹⁴⁴ MARTINS, op. cit., p. 100.

¹⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas no Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

de ser mero documento político ou declaração de direitos para tornar-se verdadeira norma jurídica vinculativa¹⁴⁶. E a rigidez de que se revestiram as normas constitucionais, em especial as consagradoras de direitos fundamentais, passou a se impor mediante o controle de constitucionalidade das leis¹⁴⁷. Tornou-se tarefa precípua do Poder Judiciário, dessarte, a garantia dos direitos albergados na Constituição em face de condutas comissivas ou omissivas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Da mesma forma, observou-se o fenômeno da *materialização* das cartas constitucionais¹⁴⁸, cujos preceitos passaram a incorporar valores morais - como a *dignidade da pessoa humana* e o *bem-estar social* - e prever diretrizes políticas - como a prestação universal de serviços de saúde - com o intuito de garantir a tais elementos, por gozarem de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do poder público, a necessária observância pelos governantes¹⁴⁹. Vieira de Andrade ensina que o conjunto de direitos fundamentais constitui o núcleo essencial da Constituição material, com a qual se identifica ou até mesmo se confunde¹⁵⁰.

No Brasil, a Constituição atual também veio a encerrar um longo período de autoritarismo, tendo sido fruto da redemocratização do país. A Carta foi promulgada em 1988, após o fim de uma ditadura militar que durou vinte anos (1965-1985) e que, assim como os regimes ditatoriais que assolaram outros Estados latino-americanos, foi marcada por execuções, desaparecimentos forçados, torturas, prisões ilegais e arbitrárias, perseguição político-ideológica e abolição das liberdades de expressão, reunião e associação. Por isso, a Carta de 1988 preocupou-se em garantir um amplo rol de direitos fundamentais, que resulta em um maior número de pretensões dos cidadãos perante o poder público, no sentido de ver respeitados estes mesmos direitos e cominar de ilegalidade os atos a eles contrários.

¹⁴⁶ CASTÁN, Maria Luisa Marín. Sobre la judicializaci3n de la pol3tica: una aproximaci3n desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosof3a*, Madrid, n. 20, p. 126, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁴⁷ BARROSO, Lu3s Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionaliza3o do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SAMPAIO, Jos3 Ad3rcio Leite (Coord.). *Constitui3o e Crise Pol3tica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 103.

¹⁴⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. S3o Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das pol3ticas p3blicas. *Revista de Direito Administrativo*, Funda3o Get3lio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 85-6, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

¹⁵⁰ ANDRADE, Jos3 Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constitui3o Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 101.

A relevância do propósito de defesa dos direitos fundamentais para a formação da presente ordem político-social se infere, prontamente, da leitura do preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...)”¹⁵¹. Consoante Ingo Sarlet, as normas de direitos fundamentais integram o núcleo essencial da nossa Constituição formal e material¹⁵².

Ademais, o artigo 1º do documento, no inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem-jurídico constitucional brasileira. Dessarte, conforme a lição de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana foi guindada à condição de princípio fundamental do nosso Estado democrático de Direito, que assume também a condição de valor fundamental e superior do ordenamento jurídico brasileiro¹⁵³. Por conseguinte, o princípio fundamental da dignidade serve como parâmetro de aplicação, interpretação e integração de toda a legislação vigente no Brasil¹⁵⁴.

Nessa linha, a Carta Magna garantiu um extenso rol de direitos fundamentais em seu Título II, sob a nomenclatura “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que dividiu em cinco categorias, a saber: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos e e) partidos políticos. Guardando alguma consonância com a divisão histórica dos direitos fundamentais, refletida nos pactos internacionais da ONU e na Constituição brasileira vigente, os direitos civis e políticos foram enumerados, principalmente, ao longo do impressionante rol de setenta e oito incisos e quatro parágrafos contidos no art. 5º, que alberga os “direitos e deveres individuais e coletivos”. Já os direitos sociais e econômicos vêm previstos, principalmente, nos artigos 6º e 7º, que albergam os “direitos sociais”, também situados sob o Título II, juntamente com os demais “direitos e garantias fundamentais”, o que torna clara a intenção do constituinte em firmar o Brasil como um Estado Social. Essa intenção é reafirmada ao longo de todo o texto constitucional, como

¹⁵¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 73.

¹⁵³ Ibid., p. 82-4.

¹⁵⁴ Ibid., p. 103.

se vê do artigo 170, segundo o qual a ordem econômica há de ter por fim “assegurar a todos existência digna”, e do artigo 193, que informa que a ordem social terá como objetivo “o bem-estar e a justiça sociais”, dentre outros.

Observe-se, também, que a enumeração contida no Título II da CF/88 não é exaustiva, uma vez que seu art. 5º, § 2º, prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais¹⁵⁵, ao dispor que os direitos previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O dispositivo em questão adere à concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais¹⁵⁶, no sentido que o rol de direitos fundamentais que integram o ordenamento jurídico brasileiro abrange não somente aqueles albergados no Título II da Constituição, como os insculpidos em disposições normativas dentro e fora desse diploma, inclusive em tratados internacionais ratificados pelo país.

Outrossim, a Carta Maior proclama que a República Brasileira rege-se, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), que também orientam, internamente, todo o ordenamento jurídico. De fato, o Brasil é signatário de quase todos os tratados que versam sobre direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas, da Organização dos Estados Americanos, do Mercosul, dentre outras organizações, sendo integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, voluntariamente sujeito à jurisdição da Corte¹⁵⁷.

A estes diplomas que consagram direitos humanos, o ordenamento jurídico brasileiro atribui *status* supralegal, ou seja, situam-se acima de toda e qualquer lei e abaixo apenas da Constituição Federal, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁸ que vai ao encontro do já mencionado art. 5º, § 2º, da CF/88. Além disso, uma reforma constitucional em 2004 passou a assegurar a possibilidade de se garantir hierarquia de norma constitucional aos tratados sobre direitos humanos ratificados pelo

¹⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 451.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 275-6.

¹⁵⁷ BRASIL. *Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Reclamante Banco Bradesco S.A. e reclamado Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. STF, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

Brasil, mediante votação com quórum qualificado, conforme o rito de aprovação de uma emenda constitucional (art. 5º, § 3º). Resta clara, dessa forma, a intenção da Constituinte brasileira de 1988 de firmar compromisso com a ordem internacional no que se refere à garantia dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, o sistema de controle de constitucionalidade vigente no país combina a fiscalização difusa, de matriz americana, que pode ser realizada por todo juiz ou tribunal no julgamento de um caso concreto, e a fiscalização concentrada, de matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional – no caso, o Supremo Tribunal Federal. No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1981, sendo que a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta de inconstitucionalidade), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Essa fórmula foi maximizada pela Constituição de 1988, com a admissão de uma variedade de ações diretas e a ampliação do rol de legitimados à sua propositura.

Com isso, deu-se uma abertura muito abrangente para o exercício do controle da constitucionalidade, em um esforço do legislador constituinte em atribuir a maior eficácia possível aos preceitos constitucionais, bem como em disponibilizar aos cidadãos diversos instrumentos para a garantia dos seus direitos fundamentais.

Aliás, no que pertine à nomenclatura de tais direitos, adota-se a distinção apontada por Gomes Canotilho¹⁵⁹, segundo o qual os *direitos do homem* são “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, ao passo que os *direitos fundamentais* são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, sendo “direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Ainda que, em larga medida, se trate dos mesmos direitos, portanto, intitulam-se fundamentais os direitos humanos inscritos em diplomas normativos de cada Estado, ou seja, incorporados e positivados numa ordem jurídica concreta.

Em que pese tal diversidade semântica figurar também na Constituição Brasileira de 1988, parece mais correta a utilização da expressão *direitos fundamentais* quando reportando-se às leis brasileiras – como será feito neste estudo - porque tudo indica ser essa a escolha do legislador constitucional. Este, inspirado principalmente na Lei

¹⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976¹⁶⁰, refere-se aos “direitos e garantias fundamentais” na epígrafe do Título II, que abrange o principal catálogo de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalte-se, nessa esteira, que o cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal¹⁶¹. Assim, o princípio da não-discriminação deve servir de vetor à proteção dos direitos fundamentais. Segundo Ana Martins, esse princípio baseia-se na igual dignidade de todos os seres humanos¹⁶². Isso significa que os direitos humanos referem-se a todas as pessoas, sem distinção de qualquer espécie, seja de sexo, raça, cor, nacionalidade, idade, religião, orientação sexual ou qualquer outra condição. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁶³, que proclama, já nos primeiros artigos:

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. (...)

(...)

Artigo 7º

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O princípio também é afirmado no art. 1º, par. 3, da Carta das Nações Unidas, no art. 2º, n. 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e nos demais instrumentos internacionais que versam sobre os direitos humanos.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: autonomia e dignidade no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 253, jan./jun. 2010.

¹⁶² MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 173-4.

¹⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas no Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

No escólio de Gomes Canotilho, princípio da igualdade, que na sua acepção formal significa que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”¹⁶⁴, tem como um de seus consectários a função primária de não-discriminação dos direitos fundamentais, que consiste em assegurar que o Estado “trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais”¹⁶⁵. Outrossim, Gonet Branco, ao destacar que alguns direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira não se aplicam a todos os homens indistintamente – como é o caso dos direitos que tocam aos trabalhadores –, ainda assim afirma o caráter universal de tais direitos, no sentido de que “a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos”¹⁶⁶. De qualquer forma, o artigo 3º da Constituição Federal consigna, como um objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, “*sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, e o artigo 5º enuncia a *igualdade de todos perante a lei*, “*sem distinção de qualquer natureza*”¹⁶⁷..

Nesse sentido, tem-se por óbvio que mesmo aquele indivíduo que comete crimes permanece na condição de titular de todos os seus direitos fundamentais não atingidos pela pena de privação de liberdade, e que não existe distinção entre as pessoas encarceradas e outras que não se encontram na mesma situação (exceto no que diz com a liberdade de circulação e locomoção), uma vez que todas elas gozam dos direitos inerentes à sua condição humana, com o propósito de garantir-lhes uma vida digna. Ingo Sarlet observa:

(...) não se deverá olvidar que a dignidade (...) independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos¹⁶⁸.

Como afirma Luigi Ferrajoli, a pena é uma violência institucionalizada e organizada que se justifica como garantia essencial alternativa à “lei do mais forte” que

¹⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 426.

¹⁶⁵ Ibid., p. 410.

¹⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 119.

¹⁶⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 53.

rege em sua ausência. É a negação da vingança e, de modo geral, às “mais graves reações informais ao delito que se produziriam em sua ausência; por isso se dirige a minimizar a violência e a arbitrariedade da resposta sancionatória”. Convém recordar que a pena de prisão “foi concebida há pouco mais de dois séculos pelo pensamento iluminista como fator de minimização, racionalização e humanização do direito penal, como alternativa às penas corporais, às penas infames e aos suplícios”¹⁶⁹. Por conseguinte, essa reação punitiva deve ser regulada pelo direito, como garantia da imunidade da pessoa contra os excessos arbitrários. Deve consistir, portanto, em uma pena taxativamente determinada por lei, com duração proporcional à gravidade do delito.

Assim, o condenado por crime ao qual é cominada pena de privação de liberdade, para o qual não há substituição da pena por medidas alternativas, é privado, precipuamente, como antes mencionado, de sua liberdade de locomoção e circulação, albergada no art. 5º, inciso XV e LIV, da CF/88, tal como nos artigos IX e XIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 9 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no artigo 7 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, a Constituição Federal, em seu art. 15, inciso III, ainda determina a suspensão dos direitos políticos do condenado enquanto durarem os efeitos de sua condenação transitada em julgado.

No entanto, *todos os demais direitos fundamentais* – desde o direito à integridade física, a imunidade contra a tortura ou os maus tratos, as outras liberdades fundamentais como a de manifestação do pensamento, até o direito à saúde e à educação não sofrem qualquer restrição em razão da aplicação da pena de privação de liberdade, posto que são direitos universais e invioláveis, reconhecidos a todos sem distinção. Nessa senda, conforme Luigi Ferrajoli¹⁷⁰, não somente a pena de reclusão não pode significar a redução de qualquer um desses direitos como - pelo contrário - ao ser o preso confiado à execução penal, a instituição carcerária deve ser a primeira responsável por qualquer violação dos seus direitos.

Afinal, por mais grave que seja o crime, contudo, a condenação não retira, em hipótese alguma, a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Revista Crítica Penal y Poder*, Universidad de Barcelona, n. 11, p. 5, set. 2016. Livre tradução. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783/19710>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

¹⁷⁰ Ibid., p. 5-6.

persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos, de modo que a aplicação da pena não importa na privação de qualquer outro direito fundamental.

Desse modo, a sanção, que tem como fim último a reintegração do delinquente à coletividade, deve conferir à retribuição pelo crime cometido um sentido de racionalidade e proporcionalidade, quer dizer, seu escopo é fazer com que a pena não ultrapasse limites prévia e expressamente previstos em lei, de modo a que as penitenciárias não sejam instituições que exacerbem o natural sentido de revolta ou mesmo de injustiça daqueles que delas saem, para logo depois – como não raro acontece na situação brasileira – retornarem como reincidentes na prática do mesmo ou de outros crimes.

3.2 O ARCABOUÇO NORMATIVO QUE GARANTE A PROTEÇÃO AOS PRESOS

Além dos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal e pelas convenções internacionais das quais o Brasil é parte, que são direitos atribuídos a todos os indivíduos brasileiros sem distinção, existem ainda uma série de disposições, tanto nos citados instrumentos normativos quanto em outros diplomas específicos, que regem precisamente as salvaguardas que devem ser garantidas aos indivíduos privados de liberdade.

A Constituição Federal de 1988, naquilo que especificamente diz respeito aos apenados, veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III), proíbe a existência de penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea 'e'), impõe o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII) e assegura aos presos o respeito a sua integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX), como direitos fundamentais assegurados aos presos, insculpidos no artigo 5º da Lei Maior.

Os preceitos referidos guardam consonância com os tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é parte e que integram o ordenamento interno dos direitos fundamentais, conforme previsão do art. 5º, § 2º da CF. Tais diplomas claramente serviram de inspiração ao legislador brasileiro, conforme se verifica nos preceitos a seguir citados, os quais contemplam diversos direitos e garantias aos presos.

Como visto, são consideradas normas de natureza supralegal aquelas contidas nos tratados que versam sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento interno e, desde a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, possuem *status* constitucional os aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º.

Entre os diversos diplomas internacionais que versam sobre os direitos fundamentais dos presos incorporados ao direito interno, constituindo, desse modo, normas vinculantes e de aplicação cogente, *hierarquicamente superiores às demais normas infraconstitucionais*, entende-se oportuno destacar algumas que, a par da legislação interna específica, demonstram, por meio das suas previsões, em comparação com o relato do que ocorre nas prisões brasileiras, a consistente violação aos direitos dos apenados.

Menciona-se, inicialmente, o art. 5º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹⁷¹, que dispõe:

Artigo 5.

Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 11.

(...)

2. (...) Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966¹⁷², no mesmo sentido prevê:

Artigo 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

(...)

Artigo 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

(...)

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros.

Também a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de novembro de 1969¹⁷³, estabelece:

¹⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Nações Unidas no Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

¹⁷² BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹⁷³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos ('Pacto de San José da Costa Rica')*, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

Artigo 5º – Direito a integridade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
(...)
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
(...)
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Verifica-se, com base em tais dispositivos, que a finalidade principal das penas é a reabilitação do condenado, ou seja, o objetivo de recuperá-lo e retorná-lo ao convívio social normal. Com efeito, diz-se que as finalidades da pena no sistema normativo brasileiro são a retribuição ao delito perpetrado, a intimidação e reafirmação do Direito Penal e a ressocialização do condenado, “para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada”¹⁷⁴.

Outrossim, em todos estes diplomas repete-se a vedação à tortura e às penas ou tratamentos cruéis ou degradantes, a qual vem regulada mais detidamente pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Essa convenção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1984 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 40 de 1991, define *tortura* como qualquer ato cometido por agentes públicos ou atores no exercício da função pública pelo qual se inflija intencionalmente a uma pessoa dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a fim de obter informação ou confissão; de castigá-la por um ato que cometeu ou que se suspeite que tenha cometido; intimidar ou coagir; ou por qualquer razão baseada em algum tipo de discriminação (artigo 1º). Nessa esteira, o diploma legal impõe aos Estados que criminalizem e impeçam de todas as formas a prática de atos de tortura (artigos 2º e 4º) e que proíbam ainda quaisquer outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanas ou degradantes quando cometidas por pessoa no exercício de função pública ou com sua aquiescência. (artigo 16).

Observa-se nesse domínio que, não obstante os referidos diplomas não contenham uma definição para tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, que monitora a implementação do Pacto Internacional de

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 370.

Direitos Civis e Políticos pelos Estados-Partes, tem considerado como tais os casos de maus tratamentos infligidos a prisioneiros¹⁷⁵.

A partir desse entendimento, a Conferência Mundial de Direitos Humanos convocou a adoção de um protocolo opcional à Convenção, em 18 de dezembro de 2002, ratificado pelo Brasil em janeiro de 2007 e promulgado por meio do Decreto nº 6.085, com o objetivo de “reforçar a proteção de pessoas privadas de liberdade contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”, por meio de “meios não-judiciais de natureza preventiva, baseados em visitas regulares a centros de detenção por órgãos nacionais e internacionais independentes” (artigo 1º). Para a consecução desses objetivos foi previsto o estabelecimento de um Subcomitê de Prevenção e determinado que cada Estado-Parte deverá “manter, designar ou estabelecer, dentro de um ano da entrada em vigor do presente Protocolo ou de sua ratificação ou adesão, um ou mais mecanismos preventivos nacionais independentes para a prevenção da tortura em nível doméstico” (artigo 17)¹⁷⁶.

O Estado brasileiro, com este fim, instituiu o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), que faz parte do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, de acordo com a Lei nº 12.847, de 02 de agosto de 2013. O órgão é composto por 11 especialistas independentes (peritos), que têm acesso às instalações de privação de liberdade, como centros de detenção, estabelecimento penal, hospital psiquiátrico, abrigo de pessoa idosa, instituição socioeducativa ou centro militar de detenção disciplinar. Constatadas transgressões, os peritos devem elaborar relatórios com recomendações às demais autoridades competentes, que podem usá-los para adotar as devidas providências.¹⁷⁷

De outra banda, o PIDCP determina, em seu artigo 9, que “ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos”, e que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz”, tendo

¹⁷⁵ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 152.

¹⁷⁶ BRASIL. *Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

o direito a ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade¹⁷⁸. Tais disposições foram reproduzidas de forma praticamente idêntica pelos artigos 5 e 7 do Pacto de San José da Costa Rica.

Além das normas mencionadas, também foram elaborados, no âmbito das Nações Unidas, instrumentos de *soft law* - posto que não são vinculantes mas, ainda assim, exercem influência política¹⁷⁹ - que estabelecem diretrizes para o adequado tratamento dos indivíduos privados de liberdade, como é o caso das Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, adotadas em 1955¹⁸⁰ e secundadas por um Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão¹⁸¹, de 1988, e por Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos¹⁸², de 1990. As referidas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos passaram por revisão em dezembro de 2015- quando sua nova versão recebeu o nome

¹⁷⁸ BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹⁷⁹ “(...) particular non-binding instruments or documents or non-binding provisions (...) form a special category that may be termed ‘soft law’. This terminology is meant to indicate that the instrument or provision in question is not of itself ‘law’, but its importance within the general framework of international legal development is such that particular attention requires to be paid to it. (...) a document, for example, does not need to constitute a binding treaty before it can exercise an influence in international politics”. SHAW, Malcom N. *International Law*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 83-4.

¹⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, de 9 de dezembro de 1988*. Universidade de São Paulo (USP): Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, São Paulo, SP. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica.-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Protecao-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>. Acesso em: 10 nov. 2016.

¹⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, de 1990*. Universidade de São Paulo (USP): Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, São Paulo, SP. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica.-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Protecao-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/principios-basicos-relativos-ao-tratamento-de-reclusos.html>. Acesso em: 10 nov. 2016.

de Regras de Nelson Mandela¹⁸³ - e estabelecem condições relativas à acomodação e ao tratamento dos detentos, a serem adotadas por estabelecimentos prisionais.

A 1ª regra do documento já afirma que “todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano”, que “nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes” e que “a segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada”. Nesse sentido, a Regra 3 frisa que o encarceramento já é aflitivo por retirar da pessoa o direito à autodeterminação, não devendo este sofrimento ser agravado pelo sistema prisional.

Outrossim, merece destaque a Regra 4, que atribui às penas de privação de liberdade o propósito de “proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência”, objetivos que só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, “a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis”. Para tanto – em consonância com tal regra -, as administrações prisionais devem oferecer aos encarcerados educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência, inclusive aquelas de natureza social, religiosa, esportiva e de saúde.

Por fim, deve-se observar, quanto à necessidade de cuidado diferenciado com as mulheres encarceradas, Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para as Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)¹⁸⁴, de 2010, que objetiva o atendimento das necessidades específicas das mulheres em situação de detenção ou reclusão, como as celas adequadas para gestantes, o atendimento médico adequado e a garantia das condições de higiene específicas às características biológicas da mulher.

Verifica-se, portanto, que são inúmeros os instrumentos internacionais, ratificados pelo Brasil, que consagram a proteção dos direitos fundamentais dos

¹⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Regras de Mandela - Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*, de 22 de maio de 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2016.

¹⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)*, de 22 de julho de 2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2016.

indivíduos privados de liberdade contra abusos e violações, na tentativa de estabelecer padrões mínimos de tratamento dos apenados a serem observados pelos Estados.

Em consonância com o disposto na Constituição Federal e nos tratados ratificados, as regras infraconstitucionais repisam a proteção formal dos direitos fundamentais dos encarcerados, que incluem o respeito à sua integridade física e moral e os direitos à vida, à saúde, à educação, à assistência judicial, bem como as demais garantias essenciais à proteção da dignidade de tais indivíduos.

Com efeito, a Lei de Execução Penal (LEP) – Lei nº 7.210 de 1984¹⁸⁵ – anterior inclusive à Constituição Federal, reúne as normas relativas à execução das penas e das medidas de segurança e arrola os direitos que devem ser garantidos aos presos. Elaborada nos moldes dos instrumentos das Nações Unidas sobre o tema, estabeleceu diversas regras, as quais se encontram em consonância com os padrões internacionais antes mencionados e têm por objetivo prevenir o crime e orientar o retorno do internado à convivência em sociedade.

Já no seu Título 1, o diploma afirma que a execução penal tem por objetivo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (artigo 1º), e que ao condenado “serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (artigo 3º). Outrossim, o artigo 40 impõe a todas as autoridades “o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. A LEP ainda dispõe, expressamente, que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (artigo 10º).

Conforme o artigo 11, o Estado deve prestar ao preso assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Constituem direitos do preso, enumerados no artigo 41:

- I - alimentação suficiente e vestuário;
- II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
- III - Previdência Social;
- IV - constituição de pecúlio;
- V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;
- VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
- VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
- VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
- IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

¹⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2016.

- X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
- XI - chamamento nominal;
- XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
- XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;
- XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
- XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes;
- XVI - atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

De fato, a LEP assegura ao preso o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (artigos 12 e 13); atendimento médico, farmacêutico e odontológico, incluindo acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, que podem ser prestados em local diverso do estabelecimento penal (artigo 14); assistência jurídica, integral e gratuita, dentro e fora dos estabelecimentos penais (artigos 15 e 16); instrução escolar e a formação profissional (artigos 16 a 21); assistência social (artigos 22 e 23); assistência religiosa, com liberdade de culto (artigo 24); assistência ao egresso, consistente na orientação e no apoio, inclusive material, para reintegrá-lo à vida em liberdade (artigo 25).

O diploma ainda garante a separação entre os presos provisórios e os condenados e, dentre tais categorias, a separação dos presos conforme a reincidência e a gravidade do crime por cuja prática estão sendo acusados ou foram condenados (artigo 84). Outras condições mínimas exigidas para os estabelecimentos penais incluem:

Art 82. (...)

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

(...)

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários;

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade;

(...)

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante;

(...)

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

(...)

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

(...)

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

A Lei de Execução penal também estabelece que o trabalho do condenado terá finalidade educativa e produtiva, será prestado em condições de segurança e higiene (artigo 28) e remunerado, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo (artigo 29), com jornada normal de trabalho não inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados (artigo 33).

Quanto à disciplina do preso, a LEP dispõe que não haverá sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar e que as sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado (artigo 44), e só poderão ser aplicadas, por decisão motivada, após a instauração de procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa (artigo 59).

Importante mencionar, ainda, que não há previsão, na legislação criminal brasileira, de penas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, incluindo as penas cruéis ou de natureza afliitiva e a pena de morte, abolida por protocolo adicional à Convenção Americana, ratificado pelo Brasil em 1996¹⁸⁶.

Ademais, em observância às referidas regras e princípios delineados no âmbito das Nações Unidas, bem como na Lei de Execução Penal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), tendo por modelo o disposto nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos de 1955, elaborou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil¹⁸⁷. Entre tais regras destacam-se, por claramente demonstrar a afronta às garantias dos detentos nas prisões brasileiras:

¹⁸⁶ BRASIL. *Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

¹⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). *Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994*. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

(...)

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

(...)

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.

(...)

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

(...)

Art. 15. A assistência à saúde do preso, de caráter preventivo curativo, compreenderá atendimento médico, psicológico, farmacêutico e odontológico.

Também foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN por meio da Lei Complementar nº 79/94, prevendo e garantindo os recursos públicos que devem ser direcionados e empregados na construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais, entre outras atividades necessárias a modernizar e aprimorar o sistema penitenciário brasileiro.

Conclui-se, portanto, com base na legislação vigente no Brasil, que o Estado, enquanto responsável pela custódia do preso, tem o dever de zelar pelos seus direitos e de recuperá-lo para que possa retornar ao adequado convívio em sociedade. Lamentavelmente, não é o que atualmente ocorre no Brasil.

Conforme o exposto, a pena de privação de liberdade, no Brasil, deixou de ser uma limitação, tão somente, ao direito de ir e vir do apenado, que na prática é condenado a passar fome, calor, ser privado de sono, adoecer e sofrer os mais brutais abusos físicos e psicológicos, tendo praticamente todos os seus direitos fundamentais violados e restando despido de sua dignidade. Ou seja, a pena que é efetivamente aplicada, além de flagrantemente ilegal e significativamente mais gravosa do que a

punição prevista em lei para qualquer crime no Brasil, consiste em tratamento cruel, desumano e degradante, que pode ser, inclusive, equipado a práticas de tortura.

Como ilustrado anteriormente, nas superlotadas prisões brasileiras, que tornaram-se verdadeiros “depósitos de seres humanos”¹⁸⁸, inexistem condições mínimas de salubridade, segurança, assistência à saúde e atividades de trabalho e educação, restando às pessoas privadas de liberdade uma rotina degradante e sem perspectivas de ressocialização. Além disso, a superlotação, a violência e o domínio de facções criminosas em tais unidades criam um cenário de caos.

Percebe-se, desse modo, que as condições das prisões brasileiras representam flagrante contrariedade a todas as normas de direito constitucional, infraconstitucional e internacional aqui arroladas, restando como alternativa socorrer-se ao Poder Judiciário em busca de medidas que garantam o cumprimento dos preceitos violados.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 63. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE DO SISTEMA PRISIONAL

Diante das omissões, pelo Estado Brasileiro, que violam sistematicamente os direitos fundamentais dos encarcerados, integrantes da sociedade civil e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública têm buscado socorro perante o Poder Judiciário. Multiplicam-se, nesse contexto, as ações ajuizadas perante as instâncias nacionais e internacionais em defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade no Brasil.

A crise penitenciária é, por vezes, utilizada como argumento em pleitos individuais. São exemplos disso as ações que pedem a concessão, a presos, de liberdade provisória ou de transferência para o regime de prisão domiciliar sob o pretexto de que as condições precárias dos presídios implicam o cumprimento de pena mais gravosa do que a prevista legalmente para o crime cometido¹⁸⁹. Nesse mesmo contexto, a Justiça tem repetidamente condenado o Estado ao pagamento de indenizações a ex-presos pelos danos à sua integridade física e/ou moral sofridos dentro do sistema carcerário¹⁹⁰.

De outra banda, também já se somam as ações coletivas ajuizadas com o intuito de provocar mudanças no sistema carcerário, como as ações civis públicas que requerem a interdição, a reforma ou a construção de novos presídios, diante da superlotação e da precariedade das unidades de privação de liberdade existentes¹⁹¹. No ano de 2017, somente no Estado do Rio Grande do Sul, a Justiça Estadual interditou ao menos quatro presídios¹⁹², e no total mais de trinta unidades se encontram interditadas atualmente¹⁹³.

¹⁸⁹ A título de exemplo: Habeas corpus nº 211557, STJ, 07/03/2013; Agravo de Execução Penal 0040627-56.2014.8.19.0000, TJ/RJ, 11/09/2014; Habeas corpus nº 32443, TRF3, 29/08/2006; Habeas corpus nº 00011083320138140070, TJ/PA, 02/05/2013.

¹⁹⁰ São exemplos: Apelação cível nº 7007563386, TJ/RS, 05/03/2018; Apelação cível nº 0011619-18.2012.822.0001, TJ/RO, 09/04/2015.

¹⁹¹ É o que se vê em: Apelação cível nº 2006.004105-9, TJ/MS, 24/05/2006; Agravo de instrumento nº 1032513006852001, TJ/MG, 11/11/2015; Ação civil pública nº 10702838229, TJ/RS, 06/02/2009; MA: Justiça determina construção de presídios e reforma de Pedrinhas. São Luís, *G1 MA*, 04 jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/01/ma-justica-determina-construcao-de-presidios-e-reforma-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

¹⁹² JUSTIÇA INTERDITA presídio de Palmeira das Missões por superlotação. *G1 RS*, Porto Alegre, 30 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2017/01/justica-interdita-presidio-de-palmeira-das-missoes-por-superlotacao.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018. JUSTIÇA INTERDITA presídio estadual de Lajeado. *Gaúcha ZH*, Porto Alegre, 30 jan. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/06/justica-interdita-presidio-estadual-de-lajeado-9826585.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018. JUSTIÇA INTERDITA presídio de Bento Gonçalves. *Pioneiro*, Porto Alegre, 21 set. 2017. Disponível em:

As referidas ações coletivas são particularmente polêmicas do ponto de vista de que se baseiam no que muitos consideram uma “intromissão” do Poder Judiciário em políticas públicas da administração do sistema prisional, ou seja, em esfera de atuação tipicamente reservada ao Poder Executivo, desprezando o princípio da separação de poderes e a vontade da maioria democraticamente legitimada.

No entanto, visto que o menoscabo dos direitos fundamentais observado nas prisões é um tema que afeta o país inteiro, seria improdutivo e verdadeiramente impossível analisar de forma ampla a jurisprudência nacional sobre a questão produzida em primeira e segunda instância. Além disso, já que se fala em direitos fundamentais, nada mais apropriado do que basear-se na forma como o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, tem se pronunciado sobre o assunto.

4.1 AS DENÚNCIAS AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

É importante notar, antes de adentrar o relato das ações julgadas pelo STF, que também se buscou a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelo tratamento que confere aos indivíduos encarcerados.

Como informado, o Brasil é parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tendo aderido à sua Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de instrumento juridicamente vinculante para aqueles Estados que o ratificaram e que, para além de consagrar a proteção de direitos humanos, atribuiu a dois órgãos a competência para conhecer os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados partes da Convenção, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em apertada síntese, a Comissão possui a função primordial de receber as denúncias de violações de direitos humanos protegidos pelos instrumentos jurídicos que integram o Sistema, perpetradas por Estados partes da Organização dos Estados

<<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2017/09/justica-interdita-presidio-de-bento-goncalves-9909877.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018. JUSTIÇA INTERDITA presídio de Frederico Westphalen. *Infoco RS*, Porto Alegre, 8 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.infocors.com.br/2017/06/poder-judiciario-interdita-presidio-de.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

¹⁹³ MAIS DE 30 presídios estão interditados no RS. *Gaúcha ZH*, Porto Alegre, 2 nov. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/11/mais-de-30-presidios-estao-interditados-no-rs-cj9ifbgp90euv01qn7zw8om4p.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Americanos, conforme o disposto no artigo 41 da Convenção¹⁹⁴. Contudo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos não emite decisões vinculantes em casos de desrespeito a direitos humanos, posto que a competência para fazê-lo é da Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta por sete juízes nacionais dos Estados membros¹⁹⁵.

Assim, ao constatar a responsabilidade do Estado denunciado por uma transgressão, a Comissão elabora um relatório final contendo recomendações acerca da reparação dos danos causados à vítima e das medidas a serem tomadas para prevenir futuras violações, como se depreende dos artigos 50 e 51 da Convenção. A Comissão Interamericana também pode, conforme o art. 25 do seu regulamento¹⁹⁶, solicitar ao Estado que adote medidas cautelares “relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano”.

Se, todavia, o Estado deixa de implementar tais recomendações formuladas pela Comissão dentro do prazo estipulado, nos casos em que foi reconhecida a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente a própria Comissão é que pode, com base no artigo 61 da CADH, submeter o caso à Corte para que emita um julgamento juridicamente vinculante¹⁹⁷. Consoante os artigos 67 e 68 da Convenção, a decisão da Corte é inapelável e obrigatória, não podendo o Estado recursar-se a cumpri-la. A Corte também possui competência para ordenar medidas provisórias, a pedido da Comissão Interamericana, em casos de extrema urgência ou gravidade e quando necessário para evitar dano irreparável a indivíduos, como prevê o § 2º do mesmo artigo.

Nas últimas décadas, vários estabelecimentos prisionais brasileiros foram denunciados ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos por afronta aos direitos humanos dos apenados, e têm sido objeto de procedimentos junto à Comissão e à Corte

¹⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* ('Pacto de San José da Costa Rica'), assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁹⁵ ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights: the successor to international human rights in context*. Oxford: Oxford University Press. 2013. p. 982.

¹⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp>>. Acesso em: 04 maio 2018.

¹⁹⁷ ALSTON, op. cit., p. 983.

há anos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e assegurar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país.

Foi o caso, dentre outros, do Complexo do Curado, de Pernambuco¹⁹⁸, da Penitenciária Urso Branco, de Roraima¹⁹⁹, do Complexo do Tatuapé, de São Paulo²⁰⁰, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, também de São Paulo²⁰¹, e do Complexo de Pedrinhas, do Maranhão²⁰², sendo que para cada um foram expedidas ao menos três ou mais ordens de medidas provisórias que vêm sendo descumpridas. Ou seja, as determinações de cumprimento de medidas provisórias são persistentemente renovadas pela Corte Interamericana, sem que se verifiquem ações efetivas por parte do Estado brasileiro.

O mesmo ocorre com a Comissão Interamericana, que solicitou o cumprimento de medidas cautelares ao Estado Brasileiro, para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Complexo de Pedrinhas, do Maranhão²⁰³, e do Presídio Central de Porto Alegre, do Rio Grande do Sul²⁰⁴, dentre outros.

¹⁹⁸ Foram expedidas resoluções em maio de 2014, outubro de 2015, novembro de 2015, novembro de 2016, fevereiro e novembro de 2017. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Complexo Penitenciário do Curado, resolução de 15 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_05.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

¹⁹⁹ Foram expedidas resoluções em junho e agosto de 2002, abril e julho de 2004, setembro de 2005, maio de 2008, agosto e novembro de 2009, julho e agosto de 2011. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Penitenciária Urso Branco, resolução de 25 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_por.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁰⁰ Foram expedidas resoluções em novembro de 2005, julho de 2006, julho de 2007, junho e novembro de 2008. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Complexo do Tatuapé, resolução de 25 de novembro de 2008*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_06_ing.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁰¹ Foram expedidas resoluções em julho e setembro de 2006, junho e novembro de 2008. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, resolução de 25 de novembro de 2008*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_ing.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

²⁰² Foram expedidas resoluções em novembro de 2014, fevereiro de 2017 e março de 2018. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, resolução de 14 de março de 2018*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁰³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução 11/2013*. Medida Cautelar nº 367-13. Assunto Pessoas Privadas de Liberdade no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” sobre o Brasil, de 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

²⁰⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução 14/2013*. Medida Cautelar nº 8-13. Assunto Pessoas Privadas de Liberdade no

Vale fazer uma breve exposição do caso da Penitenciária Urso Branco perante o Sistema interamericano. Localizada no Estado de Rondônia, a unidade prisional foi palco de um dos maiores massacres de presos no país, quando 27 pessoas foram assassinadas na passagem do dia 1º para 2 de janeiro de 2002²⁰⁵. Em decorrência de tal acontecimento, bem como das irregularidades, abusos e violações de direitos verificadas, o estabelecimento foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Tendo em vista que as medidas cautelares determinadas pela CIDH ao Estado brasileiro não restaram exitosas, o caso foi levado ao conhecimento da Corte, a fim de que fossem concedidas medidas provisórias necessárias para a proteção à vida e à integridade pessoal dos internos da Penitenciária Urso Branco²⁰⁶.

Desde a submissão do caso pela CIDH à Corte, esta emitiu diversas resoluções na tentativa de compelir o Estado brasileiro a adotá-las e, desse modo, efetivar a tutela dos direitos humanos naquela realidade. Foram publicadas as resoluções de 18 de junho de 2002, de 29 de agosto de 2002, de 22 de abril de 2004, de 07 de julho de 2004, de 21 de setembro de 2005, de 02 de maio de 2008, de 17 de agosto de 2009, de 25 de novembro de 2009, de 26 de julho de 2011 e de 25 de agosto de 2011. Em todas elas, houve falha na prestação de informações e e no cumprimento das medidas ordenadas ao Estado brasileiro pela Corte.

A situação se agravou de tal maneira que foi necessário que a Corte convocasse três audiências públicas com a CIDH, os petionários das medidas e o Estado brasileiro, realizadas em 28 de junho de 2004, em 30 de setembro de 2009 e em 25 de agosto de 2011, com o objetivo de ouvir o Estado acerca do descumprimento das medidas provisórias ordenadas no referido caso.

O expediente no Sistema Interamericano só foi arquivado na Corte em 25 de agosto de 2011, quando a República Federativa do Brasil firmou com os representantes das vítimas o “Pacto para melhoria do sistema prisional do estado de Rondônia e levantamento das medidas provisórias outorgadas pela Corte Interamericana de

“Presídio Central de Porto Alegre” sobre o Brasil, de 30 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-CautelarPres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

²⁰⁵ Foram expedidas resoluções em junho e agosto de 2002, abril e julho de 2004, setembro de 2005, maio de 2008, agosto e novembro de 2009, julho e agosto de 2011. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Penitenciária Urso Branco, resolução de 18 de junho de 2002*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ursobranco_se_01_ing.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁰⁶ Ibid.

Direitos Humanos”, que propõe, dentre outros, a ampliação e a reforma da infraestrutura dos presídios, a qualificação dos profissionais que atuam naqueles, a investigação e punição dos responsáveis pelas violações ocorridas e a implementação de medidas de combate à violência no sistema penitenciário²⁰⁷.

Cabe referir, contudo, que o arquivamento do caso não significou a resolução dos problemas apontados, implicando somente no levantamento das medidas provisórias expedidas pela Corte. Ao contrário do que se esperava, em 2013 o Sindicato dos Agentes Penitenciários de Rondônia (Singeperon) apresentou denúncia ao Supremo Tribunal Federal alegando o descumprimento do Pacto pelo governo do estado²⁰⁸. Além disso, segundo relatam ativistas, casos de tortura e ameaças contra presos continuaram acontecendo de forma sistemática na unidade. Recentemente, facções criminosas que atuam na penitenciária foram investigadas por ordenar ataques a veículos na capital Porto Velho²⁰⁹.

O que se verifica, portanto, é que o Brasil tem descumprido reiteradamente as determinações da Comissão e da Corte. Isso se deve, dentre uma série de fatores, à falta de definição expressa, em legislação interna brasileira, da Corte Interamericana como última e vinculativa instância no julgamento de causas que envolvem a proteção de direitos humanos, o que converte, no campo prático, as normas previstas na Convenção Americana em mandamentos de cunho mais moral do que jurídico, fragilizando, assim, todo o sistema convencional. Tampouco há previsão legal de um mecanismo eficaz de cumprimento e execução das decisões proferidas pelo Sistema Interamericano.

Outra dificuldade reside justamente na coordenação entre os entes federativos para dar cumprimento a tais decisões, já que, no Brasil, embora seja a União quem responde pelas eventuais rupturas de compromissos internacionais assumidos pelo país, a maioria dos estabelecimentos prisionais são estaduais, incluindo aqueles já

²⁰⁷ Foram expedidas resoluções em junho e agosto de 2002, abril e julho de 2004, setembro de 2005, maio de 2008, agosto e novembro de 2009, julho e agosto de 2011. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso da Penitenciária Urso Branco, resolução de 25 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_por.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁰⁸ SINGEPERON denuncia violações e descumprimento de pacto internacional ao STF, ministérios e órgãos de direitos humanos da Presidência da República. *Singeperon*, Porto Velho, 15 maio 2013. Disponível em: <http://singeperon.com.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=742>. Acesso em: 5 maio 2018.

²⁰⁹ KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. *BBC News Brasil*, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoas_lk>. Acesso em: 08 fev. 2017.

denunciados ao Sistema Interamericano. Cançado Trindade já salientou que a proteção internacional dos direitos humanos depende em grande parte da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação²¹⁰.

De outra parte, o próprio Sistema Interamericano ainda não dispõe de um sistema eficaz de execução das sentenças da Corte no ordenamento jurídico interno dos Estados por ela condenados, pois não prevê nem articula sanções políticas ou econômicas. Na visão de Pasqualucci, o fracasso da OEA em exercer pressões políticas sobre os Estados-partes tem sido um aspecto negativo considerável do funcionamento do Sistema Interamericano²¹¹.

Não são raros, nessa esteira, os comunicados oficiais emitidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos diante das frequentes notícias de graves violações de direitos fundamentais perpetradas nas penitenciárias brasileiras. Em janeiro de 2017, por exemplo, a CIDH condenou publicamente os atos de violência ocorridos em quatro centros de detenção nos estados de Amazonas e Roraima, que resultaram na morte de mais de uma centena de pessoas, e instou o Estado brasileiro a investigar e esclarecer as circunstâncias em que ocorreram tais fatos, bem como a punir os responsáveis²¹².

Em tentativa mais recente de compelir o Brasil a cumprir os compromissos firmados perante o Sistema Interamericano, a Corte Interamericana emitiu uma resolução²¹³, na qual reuniu em um único processo as medidas provisórias determinadas ao Estado Brasileiro nos casos de quatro penitenciárias, incluindo os afamados complexos penitenciários do Curado e de Pedrinhas, tendo em vista que as transgressões dos direitos humanos em tais unidades constituem fenômeno de âmbito nacional²¹⁴.

²¹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 40, n. 1, jan./jun. 1997.

²¹¹ PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 343-4.

²¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *CIDH Condena a Morte de Quase Uma Centena de Pessoas em Prisões do Brasil*. Comunicado de Imprensa, 12 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/002.asp>>. Acesso em: 17 maio 2017.

²¹³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 13 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

²¹⁴ ALESSI, Gil. Justiça interamericana monta 'supercaso' contra presídios brasileiros. *El País Brasil*, 26 jan. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Na resolução, a Corte formulou 52 perguntas sobre o sistema prisional brasileiro e convocou audiência com o país sobre o assunto, que foi realizada no dia 19 de maio de 2017. Além disso, solicitou ao Estado que indicasse medidas concretas para, dentre outras finalidades, reduzir a superlotação carcerária, ampliar o percentual de população penal que trabalha ou estuda, melhorar os serviços de saúde e as condições de alimentação, higiene e fornecimento de água nos estabelecimentos prisionais, evitar o enfrentamento de facções criminosas no local e prevenir a ocorrência de rebeliões. Até o momento não há, contudo, notícia de que tenha havido melhora na situação dos estabelecimentos prisionais em questão, como decorrência dessa exortação da Corte IDH.

Conclui-se, pelo exposto, que as denúncias ao Sistema Interamericano, das afrontas aos direitos humanos em unidades de privação de liberdade no Brasil, embora tenham sido responsáveis por promover algumas mudanças positivas, tem sido insuficientes para efetivamente garantir o respeito aos direitos fundamentais dos encarcerados nas respectivas penitenciárias e, principalmente, para gerar impacto na crise do sistema prisional.

4.2 A VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O tema da transgressão dos direitos fundamentais dos presos chegou ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, que desempenha o papel de corte constitucional no país.

Existem diferentes instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro para que uma discussão chegue à análise do Supremo Tribunal Federal. A ampla competência reservada ao STF, discriminada no artigo 102 da Constituição Federal, abrange a) a fiscalização concentrada de constitucionalidade, veiculada por meio da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, *a*), da ação declaratória de constitucionalidade (CF, arts. 102, I, *a* e 103, § 4º), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e da ação direta interventiva (art. 36, III); b) a fiscalização difusa de constitucionalidade por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e c) o julgamento das ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), a exemplo

daquelas que versam sobre as infrações penais comuns cometidas pelo Presidente da República ou membros do Congresso Nacional (art. 102, I, *b*), e do *habeas corpus* quando, dentre outras hipóteses, o coator é Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente é autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *i*).

As ações julgadas pelo STF que versam, direta ou indiretamente, sobre a grave e reiterada violação de direitos fundamentais perpetrada no sistema prisional brasileiro decorrem do fato de que, como titular do controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, que se apresenta também como última instância no julgamento de ações de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal erige-se a principal guardião dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, proferindo a palavra final sobre a forma como devem ser interpretados e garantidos. E, enquanto no exercício de tal competência, as suas decisões sobre o tema, sendo ou não vinculantes do ponto de vista formal, sempre influenciam a jurisprudência produzida pelos magistrados das instâncias inferiores.

Nessa esteira, importa observar que as decisões proferidas pelo STF no julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos públicos, como se depreende do disposto no art. 102, § 2º, da Constituição de 1988. Já no controle difuso e incidental de constitucionalidade, que é realizado como questão prejudicial ao deslinde de um caso concreto, os efeitos das decisões proferidas, até recentemente, vigoravam *inter partes*, ou seja, vinculavam somente as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.

No entanto, o efeito *erga omnes* e a vinculatividade das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, embora não fossem atribuídos de forma automática aos julgamentos proferidos em controle difuso, podiam ser obtidos também nesses casos mediante instrumentos como a edição de uma *súmula vinculante*, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, ou a suspensão, pelo Senado Federal, da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, conforme o disposto no art. 52, X, da Carta Constitucional.

Ademais, à luz do que dispõe o § 3º do artigo 102 da CF, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, tornou-se requisito de admissibilidade de todo recurso extraordinário a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais

discutidas no caso. Segundo o artigo 1.035, § 1º, do CPC, possuem repercussão geral as “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. Ainda, conforme o § 3º, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal.

Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão de todos os processos pendentes de julgamento, individuais ou coletivos, tramitando em todo o território nacional e que versem sobre a questão em relação à qual foi reconhecida a repercussão, conforme estabelece o § 5º do artigo 1035 do CPC. Por fim, da decisão sobre causa com repercussão geral é elaborada súmula, à luz do que determina o § 11º do mesmo artigo.

Esse requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários visa, portanto, selecionar aqueles cujo conteúdo realmente possui relevância social, política, econômica ou jurídica que transcenda os interesses subjetivos da causa, contribuindo não somente para a redução do número de processos que chegam à Corte, como também para uniformizar a interpretação constitucional.

Outrossim, o instituto da *reclamação* confere, ainda que por meios indiretos, vinculatividade aos entendimentos exarados pelos tribunais superiores. A reclamação, conforme os artigos 102, inciso I, alínea (l), e 105, inciso I, alínea (f) da CF/88 e o artigo 988 do CPC, pode ser proposta pela parte interessada ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Superior Tribunal do Trabalho para, dentre outras finalidades, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante, de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, e garantir a autoridade das decisões do tribunal, *inclusive de acórdão de recurso extraordinário* com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias. É cabível a reclamação ao STF, desse modo, quando suas decisões monocráticas ou colegiadas, mesmo as proferidas fora do âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, são desrespeitadas ou descumpridas por autoridades judiciárias ou administrativas.

Definindo a possibilidade de atribuir efeito *erga omnes* e vinculatividade às decisões prolatadas em controle difuso, o STF preconizou, no julgamento da ADI nº 3406/RJ²¹⁵, em novembro de 2017, que se o Plenário decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, vinculantes e *erga omnes*. Considerou o Ministro Celso de Mello, no referido julgamento:

Se estar diante de verdadeira mutação constitucional que expande os poderes do STF em tema de jurisdição constitucional. Para ele, o que se propõe é uma interpretação que confira ao Senado Federal a possibilidade de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF. Mas a eficácia vinculante resulta da decisão da Corte²¹⁶.

Vale referir que os julgados produzidos por tribunais, sobretudo os tribunais superiores, já tendem a gozar de autoridade persuasiva, ou sejam, acabam por guiar a maior parte da jurisprudência hierarquicamente inferior, mesmo quando autorizada a discordar do entendimento daqueles, nos casos em que se encontram desprovidos de força vinculante. No Brasil, de fato, a orientação formulada por um tribunal superior torna-se, quase automaticamente, um consenso na comunidade jurídica, que se vale de ementas e súmulas – não somente as vinculantes – como “discursos prévios de fundamentação”²¹⁷ prontos a serem aplicadas a casos semelhantes que lhe sejam postos em causa. Segundo Maurício Ramires, no Brasil “o direito vai a reboque dos tribunais, principalmente dos tribunais superiores”. Para o autor, “é comum que uma decisão do plenário do Supremo – ainda que por maioria apertada – ‘pacifique’ o entendimento a respeito de uma polêmica em todo o país”²¹⁸.

Sem pretender adentrar o mérito da aplicação de precedentes jurisprudenciais no direito brasileiro, as reflexões aqui feitas confirmam a relevância das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, repercutindo não só juridicamente, mas

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relator: Ministra Rosa Weber. STF, 29 nov. 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 886*. Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²¹⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 57.

²¹⁸ Ibid., p. 56-7.

também na área política e social, como no caso dos julgamentos que interessam a este estudo, os quais têm suas origens nas graves violações de direitos fundamentais perpetradas pelo poder público nas penitenciárias brasileiras. Aliás, uma rápida busca por jurisprudência em *sites* da rede mundial de computadores já evidencia a multiplicação de julgados que reproduzem a orientação formulada pelo STF nas principais ações, por ele julgadas, que versam sobre a crise do sistema carcerário brasileiro.

Algumas dessas ações serão objeto de análise neste estudo, merecendo especial destaque o Recurso Extraordinário nº 592.581, que definiu a orientação jurisprudencial focada na mais urgente e imediata solução à crise dos presídios brasileiros, qual seja, a que exige da administração pública a implementação de medidas concretas para reverter o quadro de sistemática afronta aos direitos fundamentais nas unidades prisionais.

4.3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581/RS

O Recurso Extraordinário nº 592.581/RS foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em agosto de 2008, contra acórdão que reformou a sentença de primeiro grau, em ação civil pública, que havia condenado o Estado do Rio Grande do Sul a realizar obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, de modo a adequá-lo aos requisitos básicos da habitabilidade e salubridade dos estabelecimentos penais, incluindo o conserto dos telhados, das janelas e das instalações hidrossanitárias, bem como a adequação das instalações elétricas, entre outras medidas²¹⁹.

O aresto recorrido admitiu que a precariedade das condições a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual de Uruguaiana constitui violação de sua integridade física e moral, mas concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. p. 3. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20CIVIL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

invasão de campo decisório reservado à administração pública e de afronta ao princípio da separação de poderes²²⁰.

Segundo o acórdão do tribunal estadual, o pedido de reforma do presídio tinha por fundamento direitos albergados em normas constitucionais programáticas e não autoexecutáveis, que apenas traçam linha geral de ação ditada ao poder público. Seu cumprimento estaria sujeito à discricionariedade do administrador e aos limites materiais da “reserva do possível”, seara na qual é descabida a intervenção do Poder Judiciário, até mesmo porque a este falta capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos²²¹.

No RE, o Ministério Público sustentou que a decisão em pauta infringe o disposto nos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, da CF, que albergam o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental, assegurado aos presos, à sua integridade física e moral. O parquet argumentou, em suma, que a decisão recorrida desconsiderou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de questões de ordem orçamentária impedirem ou postergarem políticas públicas vocacionadas à implementação dos direitos de natureza fundamental, estando o poder público vinculado à sua efetivação²²².

A controvérsia central deste recurso, portanto, gravitava em torno da questão se cabe ao Judiciário impor à administração pública “obrigações de fazer”, consistentes na implementação de medidas e obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais de pessoas sob custódia temporária do Estado.

Em seu voto, o Ministro relator, Ricardo Lewandowski, salientou o fato, incontestado nos autos e no próprio acórdão recorrido, de que a situação do presídio objeto da ação é efetivamente atentatória à integridade física e moral de seus detentos.

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. p. 1-2 e 7-8. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20CIVIL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

²²¹ Ibid., p. 6-8.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 4. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Dentre os vários problemas relatados, o Ministro citou o risco de morte em razão das péssimas condições da fiação elétrica do Albergue, havendo notícia, inclusive, de que um dos presos perdeu a vida por eletrocussão; a insalubridade das instalações, o telhado prestes a cair, dentre outros²²³.

O Ministro relator lembrou que a pena, no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, tem uma função eminentemente ressocializadora, ou seja, “tem o escopo de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, de torná-lo um cidadão prestante, após ter ele saldado seu débito para com a sociedade”. Citando Claus Roxin, disse que da sua lição se extrai que:

A sanção tem como fim último a reintegração do delinquente na coletividade, mas também que ela deve conferir à retribuição pelo crime cometido um sentido de racionalidade e proporcionalidade, quer dizer, seu escopo é fazer com que a pena não passe de limites prévios e expressamente previstos em lei, de modo a que as penitenciárias não sejam instituições que exacerbem o natural sentido de revolta ou mesmo de injustiça daqueles que delas saem, para logo depois – como é comum – retornarem como reincidentes na prática do mesmo ou de outros crimes²²⁴.

Lewandowski informou, de acordo com relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN em 2014, que o déficit de espaço nas prisões brasileiras ultrapassou a soma de 230 mil vagas, fato que constitui uma das principais causas para o agravamento da crise no sistema²²⁵.

Na sequência, valeu-se de relatórios publicados pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP e pelo Conselho Nacional do Ministério Público para ilustrar o panorama da grave situação dos presídios brasileiros em capítulos do seu voto que intitulou “Descida ao inferno de Dante”, “Excursionando pelo Hades” e “Fábrica de Criminosos”²²⁶.

Complementou dizendo que, no quadro atual das prisões brasileiras, verifica-se “uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra”. Trata-se, segundo o relator, de um processo de verdadeira “coisificação” de

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 8-11. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²²⁴ Ibid., p. 14-5.

²²⁵ Ibid., p. 20.

²²⁶ Ibid., p. 21-33.

seres humanos presos, amontoados em “masmorras medievais”. Concluiu que os presos estão sendo submetidos, pelo Estado, “a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral” e “rompe com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de sua liberdade de ir e vir”²²⁷.

A justificar a necessidade de intervenção judicial na questão dos presídios, Lewandowski destacou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, XXXV, de Constituição Federal²²⁸, como uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo para que o conteúdo mínimo do valor da dignidade da pessoa humana “seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”²²⁹.

Destacou que “não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à administração pública” na medida em que constatada “clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção”, ainda que se possa questionar “os limites de sua atuação, à luz da teoria da separação de poderes”²³⁰.

Ademais, consoante Lewandowski, a hipótese examinada no caso não cuida de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas amparadas em normas constitucionais programáticas ou alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Trata-se, ao revés, “do cumprimento da obrigação mais elementar daquele Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais”. O relator sustentou, nessa esteira, que a reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente dignas aos detentos exige “uma intervenção enérgica do Judiciário para

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 29-37. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²²⁸ Art. 5º, XXXV da CF: *A lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.*

²²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 37. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²³⁰ *Ibid.*, p. 33.

que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurado”, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a este tema. Para o Ministro, sem a intervenção judicial para corrigir tal situação, “ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já antecipam as sangrentas rebeliões de presos, as quais de repetem, com macabra regularidade, em todas as unidades da federação”²³¹.

Aduziu, ainda, que não haveria carência de verbas a justificar a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Segundo ele, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ, que no âmbito federal constitui a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros, arrecadou, até junho de 2015, a considerável importância de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). Argumentou que bastaria, portanto, que os entes federados, para acessar essas verbas, celebrassem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN²³².

Referiu causar espanto, nessa senda, que mesmo diante da precariedade dos estabelecimentos penitenciários no país, o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante, dado que até 2013 foram utilizados pouco mais de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais) no sistema carcerário. De acordo com o relator, isso se deve, em parte, ao contingenciamento de verbas do Fundo e, de outro lado, à inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados²³³.

Lewandowski concluiu seu voto no sentido de que não busca defender que o Judiciário possa implementar políticas públicas de forma ampla ou impor suas próprias convicções políticas à vontade da maioria, mas sim que lhe incumbe, em casos como o do recurso submetido a julgamento, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo “a

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 57-60. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²³² Ibid., p. 49-50.

²³³ Ibid., p. 50-1.

necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana”²³⁴.

Pertinente mencionar ainda trechos dos votos de outros Ministros, em especial no que se refere ao mínimo existencial, à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e à reserva do possível.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, em antecipação de voto, assinalou que o juiz não pode pretender substituir o gestor público, mas pode, “à luz das escolhas políticas” deste, determinar medidas para que “seja cumprido o programa constitucional vinculante, que compreende precisamente a dignidade dos que estão encarcerados”²³⁵. No corpo do seu voto, Fachin ressaltou que:

Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia, segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis. E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, pouco vistas, sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que esses grupos minoritários – como o são os encarcerados em geral – tenham suas situações de privação expostas e que diante da violação de seus direitos o Poder Judiciário os garanta²³⁶.

Já o Ministro Luiz Roberto Barroso observou 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”. Ressaltou que a judicialização não substitui a política, que “tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar”. Porém, o caso em julgamento seria uma exceção:

(...) 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

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 40-1. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²³⁵ Ibid., p. 67.

²³⁶ Ibid., p. 83.

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.²³⁷

Barroso acrescentou, ainda, como justificativas, a omissão institucionalizada do Poder Executivo na questão do sistema prisional e o fato de ser um dever do Estado preservar os direitos dos presos que estão sob sua guarda, concluindo que o Judiciário “não só pode como deve (...) interferir para determinar a realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana”²³⁸.

Com relação à reserva do possível, o Ministro referiu não se tratar de “uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais”, mas sim “um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos”. Continuou dizendo que o Estado, ainda que dispondo de escassos recursos, deve observar as “prioridades impostas pela Constituição”, no caso, “obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana”²³⁹.

A seu turno, o Ministro Luiz Fux destacou que a Constituição Federal tem como “centro de gravidade” a dignidade da pessoa humana e, “numa especificação desse núcleo da dignidade”, estabelece que “nenhum preso pode ser tratado em situação degradante e que é assegurada a integridade física, psíquica e moral do preso pelo Estado-custodiante”. Ainda, argumentou que “a alegação da existência da reserva do possível não pode infirmar um direito fundamental, tanto mais quando se está diante de um confronto com o mínimo existencial”²⁴⁰.

O Ministro Celso de Mello, de outra parte, frisou que a situação dos presídios “constitui típica hipótese que se traduz em desvio ou excesso de execução, que configura, em face de sua patente ilicitude”, situação desautorizada pela própria Lei nº 7.210/84 (LEP), cujo art. 185 prescreve que “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”. Para o Ministro, “o excesso de execução, na realidade, (...)”

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 95. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²³⁸ Ibid., p. 96.

²³⁹ Ibid., p. 97-8.

²⁴⁰ Ibid., p. 105-6.

nada mais é do que a expressão do inaceitável comportamento ilícito do Estado na execução da pena”²⁴¹.

O Ministro Gilmar Mendes ainda fez a premente observação de que:

(...) a sociedade com muita justiça, talvez, não compreende, muitas vezes, a colocação do tema numa perspectiva de defesa dos direitos humanos, cansada que está do quadro de impunidade e de violência. Mas esse tema está associado, inexoravelmente, à ideia de segurança pública. Na medida que tenhamos presídios com condições dignas, também, o tema de segurança pública estará sendo devidamente contemplado²⁴².

Por fim, em agosto de 2015, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, assentou, sob o ângulo da repercussão geral²⁴³, o entendimento de que é lícito ao Poder Judiciário impor à administração pública a promoção de medidas ou a execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes²⁴⁴. Assim ficou a ementa do julgado:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 57. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁴² Ibid., p. 114.

²⁴³ Tema 220: Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 132-3. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.

4.4 OUTRAS AÇÕES AJUIZADAS PERANTE O STF QUE VERSAM SOBRE A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

a) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347

Prevista no art. 102, § 1º, da CF, e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, a arguição de descumprimento de preceito fundamental se volta contra atos dos poderes públicos que importem em lesão ou ameaça a preceitos fundamentais da Constituição. Para o seu cabimento, é necessário que (1) exista lesão ou ameaça a preceito fundamental, (2) causada por ato dos poderes públicos e (3) não haja nenhum outro instrumento apto a sanar esta lesão ou ameaça. Nem a Constituição, nem a Lei 9.882/99 definiram quais preceitos constitucionais são fundamentais. Nada obstante, há consenso doutrinário no sentido de que nessa categoria figuram os direitos fundamentais²⁴⁵.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, em maio de 2015, na qual pleiteou, em medida liminar, o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e, por consequência, a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alegou decorrerem de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Apontou a adequação da via eleita ante o preenchimento dos requisitos próprios: violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do poder público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade²⁴⁶.

²⁴⁵ TAVARES, André Ramos. Comentários à Lei nº 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 17.

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 8-18. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

O arguente alicerçou seu pedido em representação formalizada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com base na qual afirmou serem as prisões brasileiras “verdadeiros infernos dantescos” em razão das seguintes situações: celas superlotadas, imundas e insalubres; proliferação de doenças infectocontagiosas; comida intragável; temperaturas extremas; falta de água potável e de produtos higiênicos básicos; homicídios frequentes; espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado; ausência de assistência judiciária adequada, de acesso à educação, à saúde e ao trabalho²⁴⁷.

Trouxe ainda, como argumentos para embasar a sua pretensão, as alegações de que as instituições prisionais estão dominadas por facções criminosas; de que é comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar em liberdade há anos; de que houve o crescimento significativo da população carcerária, que aumentou mais de 650% em um período de 25 anos; de que o uso abusivo da prisão provisória pelo Judiciário contribui para a superlotação e evidencia uma “cultura do encarceramento”; de que inexiste a separação, nos presídios, entre os presos provisórios e os definitivos; e de que a “mistura” entre presos com graus diferentes de periculosidade afasta a possibilidade de ressocialização, contribuindo para que as taxas de reincidência cheguem a 70% e convertendo os estabelecimentos prisionais em “escolas do crime”²⁴⁸.

Sustentou que o cenário descrito implica a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição da tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III) e das sanções cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”), o dispositivo que impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º,

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 4. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁴⁸ Ibid., p. 9-11.

inciso XLVIII), o que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX), o que prevê a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII) e os direitos fundamentais à saúde, educação, alimentação apropriada e acesso à Justiça²⁴⁹.

Afirmou que a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, e que o argumento de escassez de recursos não poderia prevalecer em qualquer hipótese, por tratar-se da satisfação do mínimo existencial dos presos²⁵⁰. Também destacou que o Poder Judiciário estaria descumprindo o artigo 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU e o artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito de todo preso à “audiência de custódia”²⁵¹, medida que poderia reduzir a superlotação prisional, já que, por meio dela, ficariam retidos no sistema carcerário somente aqueles indivíduos para os quais a privação de liberdade se mostrasse indispensável, sendo liberados, mediante a prestação de garantias, todos os demais²⁵².

Concluiu que o quadro descrito configura o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, o qual permite ao juiz constitucional impor aos poderes públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação daquelas, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis, principalmente quando envolvidas minorias impopulares como são os presos²⁵³.

Em síntese, o arguente postulou ao Supremo Tribunal Federal o deferimento de liminar para que fosse determinado, aos juízes e tribunais, que considerassem o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro para priorizar e facilitar a aplicação de

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 11-2. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁵⁰ Ibid., p. 13.

²⁵¹ Os referidos dispositivos estabelecem, em suma, que toda pessoa detida deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz, e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o respectivo processo.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 9. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁵³ Ibid., p. 7.

penas alternativas à prisão, e que implementassem, em até noventa dias, as audiências de custódia; e à União, que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Ao final, além da confirmação das medidas cautelares, pleiteou a declaração do “estado de coisas inconstitucional” e a determinação, ao Governo Federal – e posteriormente, aos governos dos estados -, de que elabore e encaminhe ao Supremo, no prazo máximo de três meses, um plano nacional, envolvendo os três Poderes e visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro²⁵⁴.

O relator do processo, Ministro Marco Aurélio, reconhecendo o problema carcerário brasileiro, referiu que o déficit prisional ultrapassa a casa das 206 mil vagas, ocasionado o problema da superlotação, “que pode ser a origem de todos os males” do sistema prisional. Assinalou que a maior parte dos encarcerados no Brasil está sujeita a condições de tortura, a homicídios e violência sexual, a celas imundas e insalubres, à proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável e falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, à insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, à discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual, bem como ao amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, consolidando a violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos. Afirmou que “o quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”²⁵⁵.

Ainda, de acordo com o Ministro, o menoscabo dos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”, disse²⁵⁶.

Marco Aurélio ponderou que há problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal, para alinhar-se ao entendimento de que o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante de ações coordenadas dos três poderes do Estado. “A

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 140-8. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁵⁵ Ibid., p. 22-4.

²⁵⁶ Ibid., p. 26.

responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”, afirmou. Conceituou a ação judicial em pauta como o que a doutrina designa de “litígio estrutural”, no qual se faz necessário um amplo conjunto de mudanças institucionais, envolvendo uma pluralidade de autoridades públicas²⁵⁷.

O relator ainda explicou o que configuraria, para a Corte Constitucional da Colômbia, o “estado de coisas inconstitucional” cujo conceito formulou. Segundo uma série de decisões desse tribunal, há três pressupostos principais para restar caracterizado o ECI: a situação de violação generalizada de direitos fundamentais; a inércia ou a incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e a superação das transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades. Para o Ministro, os referidos pressupostos permitem concluir com segurança, tendo em conta o quadro relatado, que o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na alcunha de “estado de coisas inconstitucional”²⁵⁸.

Ainda, segundo Marco Aurélio, tanto a sub-representação parlamentar como a impopularidade dos presos, que formam uma minoria marginalizada, impedem o avanço de soluções para a falência do sistema prisional. Os governantes, salvo raríssimas exceções, não reivindicam recursos públicos a serem aplicados no sistema carcerário porque temem a perda de apoio eleitoral decorrente de tal escolha. Seria por isso que os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais: quando condenadas judicialmente a atuar, as autoridades públicas “se escudam no Estado de Direito e no consuetudinário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos”²⁵⁹.

Segundo o Ministro relator, apenas o Supremo Tribunal Federal revelar-se-ia capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o avanço de soluções. “Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 26-9. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁵⁸ Ibid., p. 32-5.

²⁵⁹ Ibid., p. 32-4.

políticos se apresentem obstruídos”, afirmou, “sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas”. Nessa esteira, entendeu que, no caso em exame, a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, justificaria a necessidade de o STF exercer função atípica e excepcional, interferindo em políticas públicas e escolhas orçamentárias, sem que se pudesse cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes²⁶⁰.

Todavia, como esclareceu Marco Aurélio, as medidas defendidas em seu voto não autorizariam o Judiciário a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução das tarefas que lhe são próprias. Caberia aos tribunais o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisando a formulação de novas políticas públicas, coordenando a atuação dos órgãos do Estado na adoção dessas medidas e monitorando a eficiência das soluções, sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. “Não se trata de substituição aos demais Poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias”, ponderou o Ministro. Atuando desse modo, o Supremo Tribunal reservaria aos Poderes Executivo e Legislativo o campo democrático e técnico de escolhas sobre a forma mais adequada para a superação do estado de inconstitucionalidades, “vindo apenas a colocar a máquina estatal em movimento e cuidar da harmonia dessas ações”²⁶¹.

Assim, em setembro de 2015, o Plenário do STF, por maioria e nos termos do voto do relator, deferiu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas para determinar aos juízes e tribunais que implementassem, em até noventa dias, as audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão, e à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos²⁶². Os pedidos principais deduzidos na ADPF nº 347 ainda não foram julgados.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio. STF, 9 set. 2015. p. 31. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁶¹ Ibid., p. 35-7.

²⁶² Ibid., p. 209-10.

b) Recurso Extraordinário nº 641.320/RS

Em maio de 2011, o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário contra o acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJRS que, ao condenar o réu à pena privativa de liberdade, em regime inicial semiaberto, reconheceu o direito ao condenado, na falta de vagas destinadas ao regime que atendessem às exigências da Lei de Execuções Penais, de cumpri-la em prisão domiciliar, mesmo sem preencher os requisitos para obtenção da substituição de regime²⁶³.

No entendimento do *Parquet*, o aresto impugnado viola os arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos II, XLVI e LXV, da Constituição Federal, que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade e da individualização da pena e a proibição da prisão ilegal, respectivamente. O recorrente afirmou que a impossibilidade material de o Estado instituir estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto que atenda a todas as exigências da legislação penal não autoriza, por si só, o Poder Judiciário a conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses legalmente previstas. Eventual problema de superlotação das penitenciárias seria questão a ser resolvida no âmbito da administração pública, não podendo servir como justificativa para a concessão da prisão domiciliar.²⁶⁴

No acórdão, prolatado em maio de 2016, o relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, sinalizou, com base em números divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional, referentes a junho de 2014, o déficit no número de vagas dos regimes semiaberto e aberto, que estaria na ordem de 210.000 (duzentas e dez mil) vagas, bem como o grande número de pessoas em prisão domiciliar por falta de vagas, alertando ainda sobre a existência de 32.460 (trinta e dois mil, quatrocentos e sessenta) sentenciados em regime fechado, com direito à progressão, aguardando a abertura de vagas no semiaberto. O Ministro explicou, nessa esteira, que os modelos de estabelecimento adequados ao regime foram praticamente abandonados, e sequer existem na maior parte dos estados brasileiros²⁶⁵.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. STF, 11 maio 2016. p. 5. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=40761>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁶⁴ Ibid., p. 6.

²⁶⁵ Ibid., p. 11-3.

Nesse contexto, o relator do recurso entendeu que a manutenção do condenado em regime mais gravoso seria um excesso de execução, ferindo os princípios constitucionais em matéria penal da mais alta relevância, quais sejam, o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX)²⁶⁶.

Por outro lado, o Ministro ponderou que a Lei de Execução Penal é bastante restritiva quanto ao cabimento da prisão domiciliar, admitindo-a apenas em caráter humanitário, nas poucas hipóteses do artigo. 117, e que o deferimento do regime pela falta de vagas adequadas no sistema carcerário tem ocorrido a despeito da falta de previsão legal para tanto. Além disso, a prisão domiciliar teria vários inconvenientes, como a necessidade de que o condenado possua uma residência ou familiares que o acolham, o fato de que, sem poder deixar a casa para trabalhar, o preso depende economicamente de terceiros, e o fato de o ócio certamente não ser contributivo para a ressocialização. Outrossim, a prisão domiciliar é uma alternativa de difícil fiscalização, de modo a garantir a segurança pública²⁶⁷.

Por tais razões, o Ministro Gilmar Mendes sugeriu, em lugar da prisão domiciliar do condenado ao regime semiaberto, havendo viabilidade, a determinação de (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas e (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Para tanto, o relator do recurso propôs a estruturação de centrais para acompanhamento do cumprimento de tais medidas, incluindo a proposta de criação de um Cadastro Nacional de Presos e, até que fossem estruturadas as medidas alternativas propostas, reconheceu a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar ao sentenciado²⁶⁸.

Ao final, o relator do recurso, acompanhado pela maioria do Plenário, resolveu a controvérsia da repercussão geral²⁶⁹, fixando o entendimento de que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza manutenção do condenado em regime

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. STF, 11 maio 2016. p. 14-7. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=40761>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁶⁷ Ibid., p. 26-7.

²⁶⁸ Ibid., p. 23-31.

²⁶⁹ Tema 432: Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado.

mais gravoso, de modo que, havendo déficit de vagas, cabe o deferimento de prisão domiciliar ao condenado, sendo preferível a determinação da saída antecipada do apenado do regime em questão mediante o monitoramento eletrônico e o cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo²⁷⁰.

Em razão de tal julgamento, foi aprovada a Súmula Vinculante nº 56, que prevê: “A falta de vagas em estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros do Recurso Extraordinário 641.320”²⁷¹.

c) Recurso Extraordinário nº 580.252/MS

O Recurso Extraordinário nº 580.252/MS foi oposto ao acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que decidiu pela improcedência de pedido de indenização movido por detento, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP), por dano moral causado pelas “ilegítimas e sub-humanas condições a que estava submetido no cumprimento de pena em estabelecimento prisional”²⁷².

No referido acórdão, argumentou-se que, uma vez reconhecido o direito pleiteado pelo autor, o princípio da isonomia exigiria que todos os demais detentos fossem indenizados, o que geraria um dispêndio vultuoso aos cofres do Estado. Afirmou-se, outrossim, que a omissão do Estado no caso não foi ilícita, posto que compreendida pela esfera da “reserva do possível”, em atenção ao orçamento do estado, não gerando, portanto, o dever de indenizar. Nesse diapasão, concluiu-se que existe, de fato, a necessidade de reformas no sistema prisional mato-grossense, a fim de garantir melhores condições de vida e dignidade aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais do estado, mas que tal propósito não obterá êxito por meio

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. STF, 11 maio 2016. p. 55-6. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=40761>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. STF, 8 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 4.

de ação indenizatória, que em nada alteraria a permanente “situação de dano” em que se encontram aquelas unidades penitenciárias²⁷³.

No recurso extraordinário, a parte recorrente apontou ofensa à Constituição Federal, em relação ao artigo 5º, incisos III, que garante a proteção individual contra a tortura e o tratamento desumano ou degradante, e XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e ao artigo 37º, § 6º, da Constituição, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros. O demandante asseverou, em suma, que sua submissão a tratamento desumano e degradante foi expressamente reconhecida pelo acórdão recorrido, o que lhe causa anormal sofrimento configurador de dano moral indenizável, e que o princípio da reserva do possível não poderia ser abstratamente invocado, sob pena de o Estado utilizar esse argumento para afastar sua responsabilidade em diversas áreas de sua atuação²⁷⁴.

Em seu voto, o relator do recurso, Ministro Teori Zavascki, afirmou que o dever do Estado de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por atos de seus agentes ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Sustentou, assim, que não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o princípio da reserva do possível, que embora se aplique a certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, não guarda qualquer pertinência com a responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes. Segundo o Ministro, embora a eliminação das violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependa da adoção de políticas públicas voltadas especificamente à obtenção de tais resultados, disso não decorre que as transgressões causadoras de danos aos detentos devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização²⁷⁵.

O relator entendeu, ademais, que ainda que não se admita ao indivíduo encarcerado um direito subjetivo individual de deduzir em juízo pretensões que visem a obrigar o Estado a formular e implantar política pública determinada, certamente não se

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 5-6.

²⁷⁴ Ibid., p. 6-7.

²⁷⁵ Ibid., p. 11-3.

pode negar àquele o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento de prestações inerentes ao que se denomina mínimo existencial²⁷⁶.

Zavascki asseverou, por fim, que a violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado²⁷⁷.

Nesses termos, em fevereiro de 2017, foi provido o recurso, por maioria, para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, sendo fixada a seguinte tese de repercussão geral²⁷⁸:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento²⁷⁹.

Impende mencionar ainda que, em outubro de 2014, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil formalizou ação direta de inconstitucionalidade versando sobre o mesmo tema. A ADI nº 5.170 pede ao Supremo Tribunal Federal, principalmente, que 1) atribua interpretação conforme a Constituição aos artigos 43, 186 e 927 do Código Civil, a fim de ser declarada a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos quando os submete à prisão em condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de superlotação carcerária; (2) determine que a indenização seja paga por meio de prestações mensais, iguais e sucessivas por tempo equivalente ao da prisão nas referidas condições e (3) edite sentença aditiva de princípio determinando que o Executivo e o Legislativo providenciem a criação de um

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 14.

²⁷⁷ Ibid., p. 14.

²⁷⁸ Tema 365: Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária.

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 2.

fundo que receberá uma proporção das indenizações pagas, para financiar políticas não estatais de ressocialização dos detentos. Essa ação, contudo, ainda não foi julgada²⁸⁰.

d) *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641

Ajuizado em maio de 2017 pela Defensoria Pública da União, o *habeas corpus* coletivo nº 143.641²⁸¹ pedia a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). Na ação, as autoridades apontadas como coatoras foram todos os juízes estaduais, federais e distritais com competência criminal, bem como todos os tribunais de justiça, tribunais regionais federais e o Superior Tribunal de Justiça²⁸².

Para o impetrante do *habeas corpus*, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa²⁸³.

Na sessão de julgamento da ação, o defensor público-geral federal, da tribuna, destacou que “não é preciso muita imaginação” para perceber os impactos do cárcere em recém-nascidos e em suas mães: a criança nascida ou criada em presídios fica afastada da vida regular. Já as advogadas do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, assistentes do impetrante, defenderam o cabimento do *habeas* coletivo, afirmando que apenas um instrumento com esta natureza pode fazer frente a violências

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170*. Relator: Ministra Rosa Weber. STF, 20 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4655662>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁸² Ibid., p. 1.

²⁸³ Ibid., p. 4-7.

que se tornaram coletivizadas. Para elas, trata-se do caso mais emblemático de violência prisional com violação aos direitos humanos²⁸⁴.

Consoante o artigo 647 do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. Ora, à luz do art. 102, I, "i", da Constituição da República, cabe ao STF julgar *habeas corpus* "quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância"²⁸⁵.

Ao julgar o *habeas* coletivo nº 143.641, a segunda turma do STF decidiu pelo cabimento da figura processual. Para o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a hodierna existência de relações sociais massificadas e burocratizadas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. Lewandowski citou processo julgado pela Corte Suprema argentina, que, em caso envolvendo pessoas presas em situação insalubre, reconheceu o cabimento de *habeas* coletivo. O mesmo ocorreu com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, em situação envolvendo presos colocados em contêineres, transformou um HC individual em *corpus* coletivo. O Ministro ainda observou que o conhecimento do *writ* coletivo homenageia a tradição jurídica brasileira de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico do *habeas corpus*²⁸⁶.

Quanto ao mérito da ação, o relator mencionou que a situação degradante dos presídios brasileiros já foi discutida pelo STF no julgamento das medidas liminares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. O relator citou dados do Infopen (Levantamento de Informações Penitenciárias) para afirmar que há, de fato, deficiência estrutural no sistema prisional que faz com que mães e crianças estejam experimentando situações degradantes, privadas de cuidados médicos pré-

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Tuma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. *Notícias STF*, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

²⁸⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 20 fev. 2018. p. 15-20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

natais e pós-parto, inexistindo, outrossim, berçários e creches para seus filhos. O ministro revelou que seu voto traz narrativas absolutamente chocantes do que acontece nas prisões brasileiras com mulheres e mães, que demonstram um descumprimento sistemático de normas constitucionais, assim como de tratados sobre direitos humanos firmados pelo Brasil, quanto ao direito das presas e seus filhos²⁸⁷.

Para o ministro, parte do problema é a “cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem como lei da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. De qualquer forma, segundo o relator, o quadro fático especialmente inquietante se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional²⁸⁸.

Além disso, lembrou que os cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos das crianças, bem como ao artigo 5º, inciso XLV, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. O ministro destacou ainda que o legislador tem se revelado sensível a essa realidade e por isso foi editada a Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) que, segundo Lewandowski, trouxe aspectos práticos relacionados à custódia cautelar da gestante e da mãe encarcerada, ao modificar o artigo 318 do CPP, que autoriza o juiz a converter a prisão preventiva em domiciliar quando a mulher estiver grávida ou quando for mãe de filho de até 12 anos incompletos²⁸⁹.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, em fevereiro de 2018, por maioria de votos, conceder o habeas corpus coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos sob sua guarda ou pessoa

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 20 fev. 2018. p. 21-38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁸⁸ Ibid., p. 22-38.

²⁸⁹ Ibid., p. 38-46.

com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas, mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes²⁹⁰.

A decisão foi comunicada aos presidentes de todos os tribunais estaduais e federais do Brasil para que, no prazo de 60 dias, analisassem e implementassem de modo integral as determinações fixadas pela Turma²⁹¹.

4.5 ANOTAÇÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA RELATADA

Verifica-se que as lides reportadas têm, em sua origem, a precariedade das condições dos presídios brasileiros e a sistemática violação dos direitos fundamentais dos indivíduos neles encarcerados. Observa-se, ainda, que o tema que perpassa as referidas ações é o descaso e a omissão do Poder Executivo em relação ao sistema prisional, com base na administração ineficiente e na ausência de investimentos nos estabelecimentos carcerários, tendo por resultado a barbárie aqui narrada.

Embora a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 mencione falhas nas políticas legislativas, o fato é que, no Brasil, conforme o exposto no capítulo anterior, leis que garantam direitos aos presos é o que não falta. O que falta é seus preceitos saírem do papel mediante ações a cargo do Executivo. Os direitos assegurados aos presos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, na Lei do Fundo Penitenciário Nacional e nos inúmeros tratados ratificados pelo Brasil simplesmente não se concretizam em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados. E os governantes pouco fazem para alterar a situação.

Em relação à ADPF, oportuno destacar o entendimento de Lenio Streck no sentido de que a tese do estado de coisas inconstitucional é demasiadamente abrangente

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 20 fev. 2018. p. 55-6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Tuma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. *Notícias STF*, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

e ambiciosa para ser convertida em medidas práticas²⁹². De qualquer forma, trata-se de ação cujo mérito ainda aguarda julgamento, razão pela qual optou-se pela adoção do RE 592.581/RS como paradigma para este estudo.

Cumprir referir, ainda, que no Brasil o orçamento público é de iniciativa do Poder Executivo (art. 165 da CF), que o elabora com base em seus planos de ação, cabendo ao Legislativo somente aprovar ou rejeitar a proposta. Aprova-se apenas uma verba geral para as despesas, sem a discriminação de gastos específicos, o que outorga uma significativa margem de discricionariedade ao administrador público – cuja omissão ou desvio ensejam o controle judicial. Estão primordialmente a cargo do Executivo, portanto, as decisões sobre a alocação dos recursos e as despesas do governo. Porém, no que concerne à administração do sistema prisional, a alocação dos recursos necessários não vem sendo feita, como conclui-se da gravidade da crise carcerária e do crescente déficit de vagas nos presídios.

No que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, as notícias sobre o tema evidenciam que tem empreendido esforços, capitaneados pelo Conselho Nacional de Justiça, para combater o encarceramento e reduzir a superlotação das prisões. É o que demonstram, por exemplo, os *mutirões carcerários*, realizados desde agosto de 2008. A iniciativa reúne juízes que percorrem os estados da Federação para analisar a situação processual das pessoas que cumprem pena, - revisando as prisões de presos definitivos e provisórios - além de inspecionar unidades carcerárias, com o objetivo de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execução Penal. Segundo dados fornecidos pelo CNJ, até 2014 ao menos 400 mil processos de presos já haviam sido analisados, pelo menos 45 mil presos haviam sido libertados e mais de 80 mil benefícios concedidos, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros²⁹³. Somente no Estado do Paraná, entre 2011 e 2017 mais de 27 mil

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma forma de ativismo. Observatório Constitucional, *Consultor Jurídico*, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

²⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Mutirão Carcerário*. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

benefícios foram concedidos em mutirões carcerários²⁹⁴, sendo que, atualmente, todos os estados da Federação já foram visitados ao menos uma vez²⁹⁵.

Dentro do CNJ, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário também desenvolve projetos de recuperação dos presos, incluindo o Programa Começar de Novo, que “administra, em nível nacional, oportunidades de estudo, capacitação profissional e trabalho para detentos, egressos do sistema carcerário, cumpridores de penas alternativas e adolescentes em conflito com a lei”²⁹⁶.

Além disso, em fevereiro de 2015, foi lançado o projeto “Audiência de Custódia”, que consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisão em flagrante, para que se analise prontamente, em audiência, a legalidade, a necessidade e a adequação da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz pode também avaliar se o preso foi sujeito a tortura ou maus-tratos na detenção, entre outras irregularidades²⁹⁷. As audiências de custódia encontram previsão em tratados assinados pelo Brasil, nomeadamente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Com esse projeto, as audiências passaram a ser adotadas em vários estados do país, mesmo antes de se tornarem obrigatórias por determinação do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347²⁹⁸.

Não se questiona a importância de mudanças em políticas legislativas e na orientação jurisprudencial, tampouco o fato de que ainda se fazem necessários avanços na forma de atuação dos membros de ambos os Poderes diante da situação das prisões brasileiras. O que se afirma, contudo, é que tais ações se mostram insuficientes diante da omissão do Poder Executivo, a cargo de quem está a responsabilidade por buscar soluções imediatas para a grave situação em que se encontram os estabelecimentos prisionais, e a quem falta motivação política para fazê-lo.

²⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Mutirões carcerários beneficiam 27,6 mil no Paraná. *CNJ*, 6 fev. 2017. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/84323-mutiroes-carcerarios-beneficiam-27-6-mil-no-parana>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

²⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Mutirão Carcerário*. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

²⁹⁶ Ibid.

²⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia*. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

²⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AM pode economizar 27 milhões por ano com audiências, diz Lewandowski. *CNJ*, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80108-am-pode-economizar-r-27-milhoes-por-ano-com-audiencias-diz-lewandowski>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

Diante dessa inércia da administração pública no enfrentamento da crise prisional, resta ao Judiciário, quando provocado, a tarefa de propor as medidas emergenciais necessárias para combater a conseqüente transgressão de direitos fundamentais. No entanto - e aqui reside a verdadeira controvérsia - é necessário verificar em que medida podem os tribunais intervir em esfera de atuação tipicamente reservada ao Poder Executivo, com a finalidade de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais arrolados na Constituição Federal.

Nesse diapasão, os pleitos judiciais que visam a implementação de medidas concretas para o melhoramento, a reforma ou a construção de presídios são os que melhor consubstanciam a discussão aqui proposta. É o que se verifica no Recurso Extraordinário nº 592.581, em cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, que agora passa a ser observado pelas instâncias judiciais inferiores, de que podem os juízes e os tribunais determinar ao Poder Executivo a promoção de medidas e a execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, com o objetivo de assegurar a efetivação da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dos presos.

Dentre os vários argumentos que fundamentam as críticas à interferência judicial na administração do sistema prisional, os principais são no sentido de que a efetivação dos direitos a prestações estatais não pode ser exigida judicialmente, de que indisponibilidade de recursos constitui verdadeiro limite fático à concretização de tais direitos e de que a imposição judicial de condutas tipicamente reservadas à esfera de discricionariedade administrativa configura hipótese de ativismo judicial, carecendo de legitimidade democrática e configurando afronta ao princípio da separação de poderes. Nos capítulos que seguem, pretende-se contribuir para o debate de tais questões, à luz da controvérsia trazida à baila no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS.

5 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS A PRESTAÇÕES DOS PRESOS E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

5.1 A EFICÁCIA E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS A PRESTAÇÕES DOS PRESOS

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de ser descabida a determinação, pelo Poder Judiciário, da promoção de medidas e da realização de obras emergenciais em presídio, contra a qual foi interposto o Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, embora reconhecendo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à integridade física e moral dos apenados, entendeu que a obrigação imposta ao Poder Executivo, pelo juízo de primeiro grau, atende *norma constitucional de cunho programático*, ou seja, *não se trata de disposição autoexecutável*, mas que apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público, reservada à esfera da discricionariedade do administrador público, *sendo ilegítima a intervenção judicial em políticas públicas*²⁹⁹.

A controvérsia passa pela compreensão, portanto, da eficácia dos direitos fundamentais de que os presos são titulares, e da consequente possibilidade de demandar judicialmente prestações com base naquelas deduzidas.

No Brasil, a primeira doutrina amplamente utilizada acerca da eficácia das normas constitucionais foi a difundida por Ruy Barbosa, um dos idealizadores da República brasileira, com base no modelo norte-americano de distinção entre normas autoexecutáveis (*self-executing provisions*) e não autoexecutáveis (*not self-executing provisions*). As primeiras seriam normas imediatamente aplicáveis, aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, já que seu conteúdo se encontra devidamente determinado, ao passo que as segundas seriam as disposições que requerem complemento normativo para tornar efetivos os seus preceitos³⁰⁰.

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20USTI%C7A%20-%202021.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

³⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 241. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 252 e ss.

Dentre as várias propostas de sistematização do problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais que se seguiram à de Ruy Barbosa, a que obteve maior receptividade na doutrina e na jurisprudência brasileira foi a de José Afonso da Silva³⁰¹, que formulou uma teoria “tricotômica” da eficácia. Segundo o doutrinador, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Na categoria das normas constitucionais de eficácia plena incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais ou tem a possibilidade de os produzir, como as normas que contêm proibições, isenções, imunidades ou prerrogativas. São normas dotadas de *aplicabilidade direta, imediata e integral*³⁰², pois possuem alta densidade normativa, ou seja, não dependem de complementação legislativa para disciplinar diretamente as relações jurídicas, e permitem imediata exigência pelo indivíduo da satisfação do que comandam³⁰³. É exemplo disso o preceito do art. 73, *caput*, da CF/88, dispondo que o Tribunal de Contas da União é integrado por nove ministros e tem sede no Distrito Federal.

O grupo das normas de eficácia contida abrange normas que incidem imediatamente e estão aptas para produzir plenos efeitos, mas que podem ter sua eficácia contida por normas restritivas. Possuem *aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não-integral*³⁰⁴. É o caso do art. 170 da CF, que assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica (...), salvo nos casos previstos em lei”.

Por sua vez, as normas de *eficácia limitada* são as que não produzem todos os seus efeitos essenciais, pois não receberam do legislador constituinte a normatividade para, desde logo, produzirem seus efeitos imediatos, de modo que reclamam desenvolvimento normativo posterior. Possuem *aplicabilidade indireta e reduzida*, e englobam normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios e normas declaratórias de princípios programáticos³⁰⁵. Tem-se, nesse caso, normas abertas e de baixa densidade, como o art. 3º, IV, que estatui ser objetivo fundamental da República

³⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 79 e ss.

³⁰² Ibid., p. 79 e 89.

³⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

³⁰⁴ SILVA, op. cit., p. 79 e 105.

³⁰⁵ Ibid., p. 73 e 106 e ss.

Federativa do Brasil promover “o bem de todos”. Repare-se na ampla margem de apreciação que essa norma enseja aos seus concretizadores, para definir em que consiste o bem de todos³⁰⁶. Nessa linha, é norma que pede expressamente a interposição legislativa, por exemplo, a do § 1º do art. 102 da CF, que prevê que o Supremo Tribunal Federal apreciará a arguição de descumprimento de preceito fundamental, “na forma da lei”. Este instituto somente ganhou vida prática quando foi editada a lei que o regulou.

Importa mencionar que, consoante preleciona José Afonso da Silva, a eficácia jurídica consiste na possibilidade de aplicação da norma, enquanto a eficácia social ou efetividade refere-se à efetiva aplicação da norma no mundo dos fatos³⁰⁷.

Jorge Miranda também distingue as normas entre *exequíveis* e *não exequíveis por si mesmas* com base em sua completude, ou seja, na necessidade de complementação por normas legislativas para que realizem sua finalidade específica, traço que identifica a norma constitucional não exequível por si mesma³⁰⁸. O autor ainda propõe a divisão das normas constitucionais entre *normas preceptivas* - que gozam de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de fato - e *normas programáticas* - como aquelas dirigidas a certos fins e dependentes de concretização, mas afirma que entre essas duas classes não há diferença de valor, posto que nenhuma é mera proclamação política ou cláusula não-vinculativa, vislumbrando-se somente diferenças em grau de efetividade³⁰⁹.

Segundo Jorge Miranda, todas as normas exequíveis por si mesmas podem considerar-se preceptivas, mas entre as normas não exequíveis por si mesmas encontram-se tanto normas preceptivas como normas programáticas. Separam-se estas, no entanto, porque as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postulam apenas a intervenção do legislador, dependendo apenas de fatores jurídicos, enquanto as normas programáticas exigem não só a lei como “providências administrativas e operações materiais”, dependendo ainda (e sobretudo) de fatores econômicos e sociais³¹⁰.

³⁰⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

³⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 66.

³⁰⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 201.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 198-9 e 201.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 202.

Confrontando tal classificação com a proposta por José Afonso da Silva, o constitucionalista lusitano observa que as normas de eficácia plena correspondem às normas preceptivas exequíveis por si mesmas, as normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem, *grosso modo*, às normas preceptivas não exequíveis por si mesmas, e as normas declaratórias de princípios programáticos equivalem às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficam à margem, embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas³¹¹.

Especificamente quanto às normas que consagram direitos fundamentais, uma das classificações mais utilizadas é a que os divide, de acordo com o critério de sua função preponderante, em *direitos de defesa* e *direitos a prestações*. Essa sistematização inspirou-se na teoria desenvolvida por Jellinek, no final do século XIX, dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado.

Conforme preleciona Jellinek, o *status* do indivíduo é *passivo* quando se encontra em posição de subordinação aos poderes públicos, possuindo deveres para com o Estado, que o vincula por meio de mandamentos ou proibições. Já o *status negativo* diz respeito ao espaço de liberdade que deve ser garantido ao indivíduo contra ingerências dos poderes públicos. Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que realize uma prestação, ocupando *status positivo*. Por sua vez, é *ativo* o *status* do indivíduo que desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, mediante os direitos políticos, como o direito de voto. A partir dessa teoria, que foi recebendo depurações ao longo do tempo, podem-se decalcar as espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas, quais sejam: direitos de defesa e direitos a prestações³¹².

Enquanto *direitos de defesa*, os direitos fundamentais são reconhecidos primordialmente como direitos de liberdade, ou seja, como direitos de *status negativo*³¹³, aos quais corresponde um dever de abstenção ou proibição de agressão por parte de seus destinatários públicos e privados. São, desse modo, direitos que limitam o poder estatal, pois buscam assegurar uma esfera de autodeterminação individual contra as

³¹¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 203-4.

³¹² ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 219-32.

³¹³ *Ibid.*, p. 383.

interferências do Estado³¹⁴. Em tese, dessarte, os direitos de defesa correspondem em larga medida aos direitos civis e políticos oriundos da primeira geração de direitos fundamentais, os quais estão contidos, em sua maioria, no art. 5º da Constituição Federal (Capítulo I). Trata-se, primordialmente, dos direitos de liberdade e, para alguns doutrinadores³¹⁵, também do direito à igualdade.

Porém, mesmo no capítulo reservado aos direitos fundamentais sociais da Constituição brasileira de 1988 foram contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares aos tradicionais direitos de liberdade, as assim denominadas “liberdades sociais”, das quais são exemplos o direito de livre associação sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), bem como os direitos dos trabalhadores a férias e ao repouso semanal remunerado (art. 7º). Percebe-se, dessa forma, que os direitos de defesa abrangem não somente os direitos de liberdade, propriedade e igualdade, como também os direitos sociais de liberdade – no caso, as liberdades sociais – e os direitos políticos³¹⁶.

Quanto à sua eficácia, os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, no sentido de que são plenamente desfrutáveis e exigíveis em juízo³¹⁷. As normas que os preveem são preceptivas, conferindo verdadeiros poderes de exigir comportamentos do Estado³¹⁸. A aplicabilidade imediata e a plena eficácia desses direitos fundamentais explicam-se pela circunstância de que as normas que os abrigam receberam do constituinte, em regra, suficiente normatividade e independem de intermediação concretizadora, adequando-se à clássica concepção das normas autoexecutáveis³¹⁹. É justamente aos direitos de defesa, portanto, que a norma contida no art. 5, § 1º, da CF oportuniza a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora,

³¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 168.

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 289.

³¹⁶ Ibid., p. 272 e ss.

³¹⁷ Ibid., p. 272 e 289-91. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 142.

³¹⁸ ANDRADE, op. cit., p. 183.

³¹⁹ SARLET, op. cit., p. 272 e 289-91. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 142.

assegurando sua plena *justiciabilidade*, no sentido de que sua satisfação pode ser demandada judicialmente contra os destinatários passivos³²⁰.

Os direitos a prestações, por sua vez, que de modo geral podem ser reconduzidos ao *status positivo* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza fática ou normativa³²¹. Na ótica de Vieira de Andrade, não se trata de direitos *contra* o Estado, “mas sim de direitos *através* do Estado”³²². Como explicita Ingo Sarlet, os *direitos a prestações em sentido amplo* são integrados pelos direitos à proteção e à participação da organização e procedimento, assim como pelos *direitos a prestações em sentido estrito*, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional³²³. Assim, enquanto os direitos de defesa asseguram liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades³²⁴.

Os direitos a prestação jurídica pedem a normatização pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento que permitam aos indivíduos desfrutarem dos direitos fundamentais. Já os direitos a prestações materiais, que recebem o rótulo de *direitos a prestações em sentido estrito*, têm por objeto uma utilidade concreta (bem ou serviço)³²⁵. São tidos como os direitos sociais por excelência³²⁶, que resultam da concepção social do Estado e que objetivam a realização da igualdade material. Podem ser extraídos exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais enumerados no art. 6º da Constituição - o direito à educação, à saúde, à alimentação, à moradia, ao trabalho, ao transporte, etc.

Nessa esteira, se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo

³²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 290 e 299.

³²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 383. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 168.

³²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58.

³²³ SARLET, op. cit., p. 272.

³²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 143. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 300.

³²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 143 e ss.

³²⁶ ALEXY, op. cit., p. 443.

maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas. Com efeito, a maioria deles, quer pela forma como enunciados na Constituição, quer pelo seu objeto, depende da interposição do legislador para produzir plenos efeitos³²⁷. Ademais, trata-se de direitos cuja realização depende, muitas vezes, da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica³²⁸.

Para Vieira de Andrade, estes direitos não podem ser determinados pelos juízes quanto aos seus pressupostos e à extensão do seu conteúdo, fazendo-se necessária uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, com base em escolhas num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos e o próprio princípio democrático. Não se trata, segundo o autor, de preceitos constitucionais aplicáveis imediatamente ou exequíveis por si mesmos³²⁹, pelo que, conforme Ana Martins, não podem ser diretamente invocados³³⁰. Gonet Branco também postula não caber, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos a prestações³³¹.

Ocorre que a Constituição de 1988 adotou expressamente, no § 1º do art. 5º, o *princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais*, influenciada por outras constituições que também se seguiram a períodos históricos de menoscabo daqueles direitos, nomeadamente a Lei Fundamental alemã (art. 1º, inc. III) e as constituições da Espanha (art. 33) e de Portugal (art. 18/1)³³². Diferentemente da Constituição Portuguesa, contudo, segundo a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos de liberdade e não os direitos a prestações do Estado³³³, o constituinte brasileiro não pretendeu excluir do âmbito do

³²⁷ BRANCO, op. cit., p. 146-7. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 176-7.

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 309 e 10.

³²⁹ ANDRADE, op. cit., p. 359-60.

³³⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Direitos Sociais. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, p. 76, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7248/4915>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

³³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 146-7.

³³² Ibid., p. 133. SARLET, op. cit., p. 273.

³³³ ANDRADE, op. cit., p. 96 e 173-4.

art. 5º, § 1º, os direitos sociais, políticos e de nacionalidade, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – é evidente.

No caso brasileiro, a inexistência de regime jurídico diverso para os direitos sociais pode ser demonstrada pelo fato de terem sido incluídos no Capítulo II do Título II, que arrola os “Direitos e Garantias Fundamentais” em cinco capítulos, do art. 5º ao 17, rompendo-se com a tradição inaugurada na Constituição de 1934, que os albergava no título concernente à ordem econômica. Aliás, essa formulação está afinada com o compromisso de nossos constituintes com o Estado Social materializado particularmente no artigo 3º do Texto Fundamental, que estabelece como objetivos da República Federativa “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Dessa feita, em que pese a localização do dispositivo no art. 5º, que descreve os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, pudesse sugerir a aplicação da norma somente a estes, o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação “direitos e garantias fundamentais”, tal como enunciado na epígrafe do Título II da CF/88³³⁴. A toda evidência, portanto, a nossa Constituição não estabeleceu distinção dessa natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, estando todos sujeitos, nesse sentido, ao mesmo regime jurídico. Aliás, há que sustentar-se, de acordo com tal lógica, que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange inclusive aqueles situados fora do catálogo do Título II, em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, harmonizando-se, nesse último caso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais insculpida no art. 5º, § 2º, da CF/88³³⁵.

Consoante o esposado anteriormente, entretanto, há direitos fundamentais, especialmente entre os direitos sociais, que, em virtude de sua função prestacional e da forma de sua positivação, se enquadram na categoria das normas dependentes de concretização legislativa e/ou administrativa. Para Blanco de Moraes, as normas que garantem os direitos a saúde, educação e moradia assumem caráter programático – diferenciando-se das normas constitucionais preceptivas - e carecem de efetividade

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 274.

³³⁵ *Ibid.*, p. 275-6.

imediate, ou seja, não são imediatamente aplicáveis em juízo, mas antes se destacam como comandos fixados ao legislador que lhes garantirá exequibilidade “no respeito da respectiva liberdade de programação das prioridades políticas e dentro da reserva financeira e material do possível”³³⁶. Como visto, as chamadas *normas programáticas*, também alcunhadas “normas-programas”, traçam objetivos a serem alcançados pelo Estado e impõem tarefas aos poderes públicos, seja por meio da edição de leis ou de esforços materiais³³⁷.

Com efeito, a forma de positivação dos direitos sociais prestacionais na Constituição brasileira muitas vezes se dá sob as vestes de normas definidoras de fins e tarefas a serem implementadas pelos órgãos estatais ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude³³⁸. O fato é que, ainda que os direitos a prestações sejam dotados de plena eficácia e também se beneficiem do princípio da aplicabilidade imediata, não há, por certo, como sustentar que tal se dê de forma idêntica aos direitos de defesa. Segundo Ana Martins, as diferenças quanto à estrutura e à densidade que apresentam os direitos fundamentais costumam, de fato, repercutir no seu regime jurídico³³⁹. Dito de outro modo, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não tem o condão de transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis em juízo, ainda que se cuide de preceitos que não receberam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador³⁴⁰.

No escólio de Gomes Canotilho, o sentido da aplicabilidade direta é de que os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios imediatamente eficazes, por via direta da Constituição e não somente por meio da interposição do legislador. Nesse sentido, os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Mas isso não significa, segundo o doutrinador lusitano, que os direitos em

³³⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 602-4.

³³⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79-80.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 279-80.

³³⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Direitos Sociais. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, p. 72, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7248/4915>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

³⁴⁰ SARLET, op. cit., p. 277 e ss.

questão dispensam a concretização por meio das entidades legiferantes e administrativas. Assim, a aplicabilidade imediata pela Constituição não significa que sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos³⁴¹.

Por isso, na lição de Ingo Sarlet, a melhor interpretação da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, no sentido de Alexy, como uma espécie de mandado de otimização³⁴² (ou maximização). Isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais³⁴³. Nessa mesma linha, Gomes Canotilho³⁴⁴ acrescenta ao catálogo de princípios da interpretação constitucional propostos por Hesse, o *princípio da máxima efetividade*, o que significa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” e que “no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”. Este princípio de alguma forma contém o princípio da força normativa da Constituição formulado por Hesse³⁴⁵.

Dito de outro modo, em favor das normas de direitos fundamentais vigora uma presunção de plenitude eficaz, o que significa, em última análise, que também os direitos fundamentais a prestações materiais são exigíveis em juízo, devendo o Judiciário - sem desconsiderar os limites a sua atividade -, diante da falta de concretização de um direito fundamental, viabilizar sua fruição mediante o preenchimento das lacunas existentes, com o intuito de extrair da norma que os consagra a maior eficácia possível³⁴⁶. Paulo Bonavides afirma, a este respeito, que em atenção à eticidade que vincula os direitos sociais à dignidade da pessoa humana, urge interpretá-los de um modo que lhes reconheça “o mesmo quadro de proteção e garantia” aberto pelo constituinte em favor de todos os direitos fundamentais³⁴⁷.

³⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 438.

³⁴² ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 67-8.

³⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 284 e ss.

³⁴⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 1.224.

³⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

³⁴⁶ SARLET, op. cit., p. 282-8.

³⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 643.

Aliás, para Vieira de Andrade, também os preceitos relativos aos direitos sociais prestacionais constituem *normas preceptivas*, que “concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (a que chamamos pretensões)” e impõem ao legislador “a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efetivo”³⁴⁸. Outrossim, conforme Gomes Canotilho, embora não se possa, em geral, derivar direitos subjetivos a prestações diretamente das normas que albergam os direitos de natureza econômica, social e cultural, tampouco a produção dos instrumentos normativo-concretizadores é deixada à livre disponibilidade dos poderes públicos³⁴⁹. Na ordem constitucional brasileira, portanto, também os direitos fundamentais sociais são, no escólio de Paulo Bonavides, plenamente *justiciáveis*³⁵⁰.

Com efeito, a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça, catalogado como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXV, o qual dispõe expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este dispositivo vai ao encontro do que determina o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo o qual “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. Nessa linha, a Constituição Federal criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), destinados a colmatar eventuais lacunas na realização dos direitos fundamentais, especialmente na formulação de políticas públicas destinadas a atender à determinações constitucionais³⁵¹.

Talvez os direitos sociais não devessem, em um país com a realidade brasileira, ter sido alçados ao nível constitucional das liberdades fundamentais, mas sim ter ficado a par de ordens constitucionais como a alemã e a norte-americana. O fato, contudo, é que na ordem jurídica brasileira tais direitos foram efetivamente inseridos pelo legislador constituinte no título da Constituição que enumera os *direitos e garantias fundamentais*, estando abrangidos, ainda que somente do ponto de vista de maximização de sua

³⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 363.

³⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 591.

³⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 647.

³⁵¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 691.

eficácia, pela regra da aplicabilidade imediata das normas que os consagram. Nesse contexto, é indiscutível que a observância daqueles direitos é dever que se impõe, com prioridade, a todos os poderes constituídos, cabendo ao Judiciário exigir seu cumprimento dos órgãos públicos sempre que convocado a tanto.

Chega-se à conclusão, dessa feita, que o Poder Judiciário pode e deve controlar, quando legitimamente provocado a fazê-lo, tanto as omissões inconstitucionais quanto a suficiência das políticas públicas que concretizam direitos fundamentais, inclusive os sociais prestacionais. Entender de forma diversa enfraqueceria em demasia a obrigatoriedade do Estado em dar cumprimento aos direitos fundamentais prestacionais, que se tornariam um instrumento jurídico completamente inoperante. Consoante preleciona Cruz Villalon, citado por Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”³⁵². Desponta como válido, nessa senda, o questionamento formulado por Norberto Bobbio:

Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’³⁵³?

Trata-se, em suma, de outorgar, a todos os direitos fundamentais, efeitos reforçados relativamente à demais normas constitucionais, posto que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia daqueles direitos constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Como afirmou Ingo Sarlet³⁵⁴, “negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”.

Quanto ao caso dos presos, ainda, há que se considerar algumas particularidades. Como visto, um dos argumentos apresentados pelo acórdão recorrido no RE nº 592.581 é de que a implementação de medidas concretas em prol de estabelecimentos prisionais, como é o caso da realização de obras emergenciais, atende a *normas constitucionais programáticas*, cuja concretização consiste em opção discricionária do administrador, já

³⁵² VILLALON, 1989, p. 41 apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

³⁵³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: 1992. p. 72.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 286.

que depende da possibilidade fática a ser por ele avaliada. Todavia, verifica-se que os direitos fundamentais cuja satisfação reclamam os indivíduos privados de liberdade, mediante a imposição judicial de medidas à administração pública, no que tange a realização de melhorias no sistema carcerário, são todos, do ponto de vista jurídico, direitos cuja promoção pode ser demandada em juízo.

Afinal de contas, o direito fundamental do preso a ter respeitada sua integridade física e moral é, à primeira vista, um típico direito de liberdade, visto que é elencado no art. 5º, XLIX, da Constituição de 1988, nos seguintes termos: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Albergado no artigo da Lei Fundamental brasileira que trata, sob uma perspectiva histórica, dos direitos civis e políticos, consiste em direito de defesa, dotado de aplicabilidade imediata e autoexecutoriedade, cuja satisfação pode ser demandada em juízo. Evidentemente, não se trata de norma constitucional programática, como sugere o acórdão contestado no Recurso Extraordinário.

Ocorre, contudo, que o indivíduo privado de liberdade se encontra impossibilitado, por óbvio, de prover suas necessidades e de determinar suas condições de habitação. É, por conseguinte, o próprio Estado, como guardião desse indivíduo, que se torna garantidor de sua integridade física e moral, e o principal responsável por proporcionar-lhe condições de vida digna. Isso sem falar em condições que assegurem o cumprimento da finalidade de ressocialização da pena. Em outras palavras, não cabe ao Estado uma postura de abstenção, mas sim de prestação e promoção.

Por este motivo, o direito à integridade física e moral do preso reclama prestações do Estado, seja na destinação e no efetivo investimento de recursos no sistema carcerário, seja na melhor administração das penitenciárias - o que for necessário ao cumprimento do dispositivo em questão. Somente por este viés é possível explicar o argumento invocado no referido acórdão, no sentido de que a norma do art. 5º, inc. XLIX, da CF é de cunho programático, posto tratar-se de situação na qual um direito de defesa parece assumir as feições de um direito a prestação.

Porém, Canotilho já afirmou que mesmo os direitos, liberdades e garantias, caracterizados por sua função de defesa, podem assumir uma dimensão positiva, e eventualmente serem traduzidos em direitos a prestações, em razão do dever de proteção, a cargo do Estado, das condições para o efetivo gozo das liberdades fundamentais. Citando o direito à vida, o autor explica que é um direito subjetivo de

defesa, com plena determinabilidade a nível normativo-constitucional, mas que pode gerar um dever de proteção pelo Estado que obriga este, por exemplo, à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária. O direito à vida, dessarte, significa não apenas o direito a não ser morto, mas também um direito a viver, no sentido de dispor de condições de subsistência mínimas, e o direito a exigir das entidades estatais a adoção de medidas impeditivas da agressão desse direito por parte de terceiros³⁵⁵.

Vieira de Andrade também refere que a maioria - senão a totalidade - dos direitos de liberdade inclui “outras faculdades de exigir ou pretender ações positivas, seja para sua proteção contra terceiros, seja para promoção das condições do seu gozo efetivo”³⁵⁶. No caso dos presos, o direito à vida e à integridade física e moral só se realiza mediante a efetiva prestação, pelo Estado, das condições materiais necessárias para assegurar o respeito a tais direitos. Reitere-se que os indivíduos privados de liberdade não têm, a toda evidência, como prover suas necessidades à própria conta, estando sob a custódia do Estado, único que pode, portanto, fornecer-lhes alimentação e assistência material e à saúde, dentre outros cuidados básicos.

Assim, é dever do Estado garantir ao preso saúde, educação, alimentação e trabalho, que são todos direitos fundamentais sociais prestacionais assegurados no art. 6º da Constituição brasileira. É como afirmou Fernanda Garcia, que atuou como Conselheira Substituta do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, no sentido de que “no que tange ao direito do presidiário à saúde, ao bem-estar, à proteção, à vida, cabe reconhecer um verdadeiro direito público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição. (...)”³⁵⁷.

De qualquer forma, no caso dos indivíduos privados de liberdade, inexistem óbices à plena efetivação, mediante pleito judicial, dos direitos fundamentais que lhes são conservados. Isso porque, quanto ao argumento de que alguns dos direitos fundamentais em questão exigem interposição legislativa que defina as prestações materiais correspondentes, verifica-se que aqueles encontram densidade normativa e

³⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 399-402.

³⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 96 e 169.

³⁵⁷ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. O dever de indenização e a superlotação carcerária no Brasil. In: GUERRA, Luiz (Coord.). *Temas Contemporâneos do Direito – Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011. p. 201.

definição pormenorizada na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), cujos dispositivos foram objeto de análise detalhada em capítulo anterior. E a constatação de que ao indivíduo é reconhecida, no mínimo, a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais a prestações, em conformidade com os pressupostos e parâmetros estabelecidos em lei, é restringir-se ao terreno da obriedade³⁵⁸.

Em atenção ao escólio de Blanco de Moraes, para quem um direito subjetivo “tem uma delimitação minimamente precisa e garante a sua execução contra demoras infundadas, já que se conforma com um poder abstrato que fundamenta pretensões determináveis e concretas, previamente definidas”³⁵⁹, não há como negar-se aos direitos previstos na Lei de Execução Penal seu caráter de direitos subjetivos e justicializáveis. Tampouco há que se falar, neste sentido, em normas programáticas, e muito menos em deixar o cumprimento dos referidos preceitos à dependência das opções discricionárias dos poderes constituídos. Aliás, a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal³⁶⁰ assim afirma:

(...) 74. A declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas. O problema central está na conversão das regras em direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções. 75. O Projeto indica com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos: alimentação suficiente e vestuária; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, quando compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; igualdade de tratamento; audiência com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contato com o mundo exterior através de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação (art. 40). 76. Esse repertório, de notável importância para o habitante do sistema prisional, seja ele condenado ou preso provisório, imputável, semi-imputável ou inimputável, se harmoniza não

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 332.

³⁵⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 602.

³⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

somente com as declarações internacionais de direitos, mas também com os princípios subjacentes ou expressos de nosso sistema jurídico e ainda com o pensamento e ideias dos penitenciaristas (...).

Por conseguinte, do ponto de vista formal, todos os direitos fundamentais do preso foram concretizados, já que as normas constitucionais que os consubstanciam produziram os efeitos legislativos esperados na Lei de Execução Penal, assegurando sua imediata aplicabilidade e exigibilidade no plano material. Para a satisfação espontânea de tais direitos, entretanto, é necessário que os agentes públicos, por meio de políticas públicas específicas, promovam os meios materiais necessários à implementação, nas unidades de privação de liberdade, da estrutura e das condições que assegurem aos presos uma existência digna e a possibilidade de reintegração à sociedade após o cumprimento da pena.

A questão fundamental, portanto, no que tange à atividade do Poder Judiciário, lastreia-se na omissão do Estado em prover os meios necessários à garantia mínima dos direitos fundamentais dos encarcerados, dada a extrema precariedade e o quadro de maus tratos presente nos presídios brasileiros. Ora, se o Estado não promove a satisfação espontânea de tais necessidades dos presos, está-se diante de lesões aos seus direitos fundamentais, nascendo, para os titulares, a pretensão de obter judicialmente a devida reparação ou efetivação daquilo que a lei lhes garante.

Em suma, quanto aos direitos cuja garantia vem sendo reclamada aos presos em ações judiciais, tem-se que são todos imediatamente aplicáveis e demandáveis judicialmente, não somente por força do art. 5º, § 1º, mas também porque foram definidos como prestações pelo legislador infraconstitucional, na Lei de Execução Penal, estando o administrador público omissivo quanto ao seu cumprimento.

O descaso do Poder Executivo em relação ao sistema carcerário, dessa forma, ocasiona clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, confrontar a inércia do administrador, impondo aos poderes públicos a proteção e a máxima efetivação dos direitos fundamentais dos apenados. A ausência de concretização dos direitos em questão, por meio de políticas públicas específicas, constitui omissão inconstitucional, que o Judiciário está autorizado a corrigir.

Isso não significa, contudo, a inexistência de limites a essa atividade judicial, os quais não podem ser desconsiderados. Com efeito, especialmente no que concerne aos

direitos fundamentais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da suposta falta de qualificação e legitimação democrática dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, da colisão com outros direitos fundamentais e de uma possível afronta ao princípio da separação de poderes, quando se fala em uma postura ativista do Judiciário, podem exercer uma influência decisiva.

5.2 CRÍTICAS AO ARGUMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais a prestações materiais possuem nítido cunho econômico, já que sua satisfação depende da existência dos meios para cumprir com as obrigações que prescrevem. Essa é a razão pela qual a ausência de recursos financeiros constitui, segundo alguns, um limite fático à efetivação desses direitos. Nessa esteira, passou-se a sustentar a colocação dos direitos a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*)³⁶¹, ideia que foi formulada pela Corte Constitucional alemã na famosa decisão sobre *numerus clausus* de vagas nas universidades ³⁶². Sustenta-se, nessa linha, que a concretização dos direitos fundamentais a prestações depende da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado que, além disso, deve ter a capacidade jurídica de utilizar tais recursos com base na distribuição das receitas e nas competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas³⁶³.

A justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementar as políticas públicas necessárias. Com efeito, o aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que decidiu pelo descabimento da determinação de que fossem realizadas obras emergenciais no presídio de Uruguaiana, teve em conta sua dependência dos recursos financeiros de que

³⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 481. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 180.

³⁶² “(...) reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. BverfGE 43, 291 (314); 33, 303 (333) apud ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 387-9 e 457.

³⁶³ ANDRADE, op. cit., p. p. 179. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 328.

dispõe o poder público, constituindo a “reserva do possível”, e da discricionariedade do administrador para decidir como dispor das verbas orçamentárias. A decisão ainda atentou, nesse sentido, para a insuficiência de recursos públicos para atender a todos os deveres fundamentais, especialmente diante da crise econômica do Estado e do vasto catálogo de direitos enumerados na Constituição Cidadã de 1988³⁶⁴.

É importante reconhecer que os direitos fundamentais podem sofrer restrição em função da necessidade de perseguir a realização de outros bens, interesses ou direitos igualmente dignos de proteção jurídica. Assim, é hoje pacífica a compreensão dos direitos fundamentais como garantias jurídicas que, apesar de vinculativas, asseguradas pelos tribunais e impostas à observância dos poderes públicos, são também garantias protegidas por normas constitucionais que remetem para juízos de ponderação posteriores a serem efetuados pelo legislador, pela administração e pelos juízes. E, obviamente, nesses juízos de ponderação, devem ser observadas as vinculações objetivas que emergem, por exemplo, da situação de uma crise financeira³⁶⁵.

No entanto, quando a limitação de um direito fundamental é constitucionalmente admissível, as razões invocadas pelo governo para justificar a restrição devem ser submetidas a um escrutínio especialmente exigente, além de respeitar os princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito³⁶⁶. Como destaca Ada Grinover, não será suficiente a alegação de falta de recursos pelo poder público. Esta deverá ser provada pela própria administração, conforme a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova³⁶⁷, contida no art. 373, § 1º, Código de Processo Civil, que atribui o dever de provar à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade para demonstrá-los.

³⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. p. 68. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20USTI%20C7A%20-%202021.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

³⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 61.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 67-8.

³⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 24, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

Dessarte, toda vez que pretender invocar a seu favor a reserva do possível, a administração poderá ser instada a demonstrar tal impossibilidade³⁶⁸. Dito de outro modo, se realmente inexistem recursos para atender plenamente as demandas de atendimento dos direitos fundamentais dos presos, isso pode e deve ser efetivamente comprovado pela administração pública perante os tribunais. Impõe-se-lhe, deste modo, o ônus de comprovar a indisponibilidade de recursos, assim como a sua eficiente aplicação.

Não obstante, é precisamente porque não há recursos ilimitados que o administrador público deve priorizar os gastos destinados à satisfação dos direitos fundamentais, em conformidade com as opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário pelo Estado. Afinal de contas, o lugar de destaque que a Constituição de 1988 conferiu aos direitos fundamentais, calcados no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, erige sua concretização a fim último a ser perseguido pelo Estado brasileiro. Alia-se a isso a presunção de aplicabilidade imediata e o postulado de maximização da eficácia que abrange todos os direitos fundamentais, forte no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Consoante a pontual observação de Gomes Canotilho³⁶⁹, que vale para todos os direitos fundamentais, “um direito social sob a ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”. Paulo Bonavides também afirma que a garantia social deve ser concretizada prioritariamente na “escala das disponibilidades materiais da prestação estatal”, cujos limites não servem de argumento com que excluir os direitos sociais da proteção que lhes confere sua posição de direitos fundamentais³⁷⁰.

Em um Estado Social, nessa lógica, o orçamento não é óbice à concessão dos direitos fundamentais a prestações, mas seu instrumento de realização, mediante “programação econômico-financeira”. Não pode o Estado paralisar a concretização dos seus objetivos e prioridades constitucionalizados por ausência de substrato econômico, mas deve sim redimensionar as suas receitas e os seus gastos para atingi-los. Assim, “a ausência de recursos não é indicativo de que o direito fundamental social não poderá ser

³⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

³⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 481.

³⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 645.

concedido, mas fator que determinará a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores deste gasto público”³⁷¹.

Diante da escassez de recursos, portanto, a solução é realocá-los, investindo em primeiro lugar naqueles bens e serviços mais essenciais aos cidadãos. No caso dos indivíduos privados de liberdade, isso se traduz, pelo menos, na garantia de condições de vida dignas na prisão, que é o se discutiu no RE nº 591.581/RS. Segundo Joachim Krell, “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas, como transportes, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde”³⁷². Como observa Ingo Sarlet, “quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação”³⁷³.

Por conseguinte, conforme Ada Grinover, está habilitado o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinar ao poder público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública, como a realização de obras em presídios³⁷⁴.

Digno de nota, contudo, é o fato de que recursos existem, se não para solucionar a crise carcerária, ao menos para atenuá-la. É o caso, inclusive, do já mencionado Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), criado pela Lei Complementar nº 79/94 e gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) como principal fonte de recursos, no âmbito federal, para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros (art. 1º), cujo repasse aos estados é realizado mediante

³⁷¹ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108-9.

³⁷² KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 53.

³⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 379.

³⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 24-5, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

convênios, acordos ou ajustes (art. 3º, § 1º). Desde a sua criação em 1994 até 2014, o fundo arrecadou mais de 4,4 bilhões de reais (em valores não atualizados)³⁷⁵.

Todavia, apenas parcela deste valor, de cerca de 3,4 bilhões de reais, foi disponibilizada aos Estados³⁷⁶, e, até 2013, mesmo diante da precariedade dos estabelecimentos penitenciários no país, haviam sido empregados pouco mais de 350 mil reais no sistema carcerário³⁷⁷. Em janeiro de 2017, conforme levantamento divulgado pela ONG Contas Abertas, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) contava com 2,4 bilhões de reais em recursos disponíveis para repasse³⁷⁸. Isso se deve, em parte, ao contingenciamento de verbas do Fundo pelo governo federal, visando atingir suas metas fiscais³⁷⁹, e, de outro lado, à inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos estados³⁸⁰. Não há, de qualquer modo, carência de verbas a justificar a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Pelo contrário: a insuficiente aplicação dos recursos públicos que se destinam a melhorias no sistema prisional revela o descaso dos governantes brasileiros.

Além disso, a preocupação em priorizar o atendimento aos direitos fundamentais do cidadão é ainda maior em um país no qual a imoralidade, a ineficiência e o desperdício – ou desvio – de recursos públicos têm sido uma constante nas gestões

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 69. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

³⁷⁶ Ibid., p. 69.

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

³⁷⁸ FUNDO federal para presídios tem 2,4 bilhões disponíveis. *G1* – o portal de notícias da Globo, 04 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fundo-federal-para-presidios-tem-r-24-bilhoes-disponiveis-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 69. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 63-6. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. p. 69. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

políticas de todas as esferas de governo. Com efeito, a impropriedade do argumento da ausência de recursos como motivo bastante para a omissão do Estado é a própria constatação – igualmente fática – da contradição entre este discurso e o empenho de exorbitantes recursos públicos – financeiros, de pessoal e de material – em prioridades incompatíveis com a Constituição. Afinal, são feitos vultosos gastos em publicidade governamental, na criação de centenas de cargos para novos Ministérios, na construção de estádios para eventos esportivos e em outros tantos projetos de discutível prioridade, enquanto se deixa ao largo e em situação precária os serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais, como educação, saúde, segurança e o sistema penitenciário.

Entende-se, desse modo, que em muitos casos a observância dos direitos fundamentais depende não da existência de recursos ou da disponibilidade jurídica para manejá-los, mas sim da realocação de verbas de modo a priorizar, na gestão política, o cumprimento do que a própria Constituição, como fonte de legitimidade também dos poderes Executivo e Legislativo, tratou de consagrar como uma prioridade em nosso Estado Democrático de Direito. Cabe ao poder público, portanto, a obrigação de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível na condição de limite fático e jurídico à efetivação de direitos fundamentais. O que é inaceitável, nesse sentido, é admitir-se o argumento da reserva do possível como desculpa genérica para o Estado descumprir seus deveres mais essenciais. Nas palavras de Ingo Sarlet³⁸¹:

O que tem sido falaciosa é a forma como a reserva tem sido utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (...) o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais, e, o que é mais grave, de caráter jusfundamental.

Ademais, se é razoável o entendimento de que o âmbito de proteção de um direito deve obter-se, caso a caso, tendo em conta outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, também é certo que deve haver ao menos a proibição da diminuição da extensão do *núcleo essencial* dos direitos fundamentais, a constituir um

³⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 381-3.

redução última intransponível por qualquer medida legal restritiva³⁸². No escólio de Juarez Freitas, há ofensa à proporcionalidade quando, “na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade (...) a um em detrimento abusivo dos outros”, sendo sempre antijurídicas, posto que desproporcionais, as omissões que erradicam nuclearmente um direito fundamentais³⁸³.

Ou seja, todo direito fundamental possui um conteúdo essencial que pode ser entendido como um limite absoluto correspondente ao valor que justifica o direito, funcionando como barreira última e efetiva contra o abuso do poder, como barreira que não pode ser rompida pelo governante, seja qual for o interesse contrário que persiga³⁸⁴. Disso é possível deduzir que todo indivíduo - pelo princípio da universalidade - tem um direito fundamental, conforme Gomes Canotilho, a um “núcleo básico de direitos sociais”, ou seja, ao atendimento do núcleo essencial de tais direitos como condição do *mínimo de existência*, na ausência do qual o estado se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas³⁸⁵.

Na doutrina, o primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para a existência digna foi o publicista Otto Bachof, que já no início da década de cinquenta considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada³⁸⁶. Tal entendimento passou a ser chancelado em uma série de decisões posteriores das cortes alemãs, inclusive do Tribunal Federal constitucional, resultando no reconhecimento definitivo do status constitucional da garantia estatal do *mínimo existencial*³⁸⁷.

Ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida, mas também a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria

³⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 458-61.

³⁸³ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). *Comentários à Jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 9-10.

³⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 310.

³⁸⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 518.

³⁸⁶ Bachof, *VVDStRL* nº 12, 1954, p. 42-3 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 339-40.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 340.

razão de ser do Estado e é pressuposto para o exercício de todos os outros direitos fundamentais. Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc³⁸⁸, que é, efetivamente, o que a administração dos estados brasileiros faz com os apenados sob sua custódia. Dito de outro modo, a denegação dos serviços essenciais aos presos acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, que é vedada de forma praticamente absoluta na Constituição (salvo em caso de guerra regularmente declarada), conforme o inciso XLVII, alínea *a*, do art. 5º.

No Brasil, o argumento da reserva do possível já é conhecido e bastante discutido na seara das demandas envolvendo o direito à saúde, mas pouco se tem analisado sua significância no que diz respeito à proteção dos indivíduos privados de liberdade. A situação é diferente, porque eles estão sob a guarda do Estado. Nessa perspectiva, antes da concretização de direitos sociais, as prestações fornecidas pelo Estado revelam-se, para o apenado, como a satisfação dos seus direitos de defesa contra a imposição de penas cruéis e como garantia da sua integridade física e moral, já que tais indivíduos se encontram sob a custódia do Estado e, por consequência, impedidos de prover, de forma independente, condições de vida minimamente dignas para si. A garantia ao preso de seus direitos a saúde, educação e trabalho, entre outros, coaduna-se com o fato de que a pena máxima permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro consiste na restrição ao direito de ir e vir do apenado.

Nesse viés, os direitos sociais de cunho prestacional, em seu objetivo de proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, buscam, em última análise, assegurar o direito fundamental à vida e, mais do que isso, garantir uma existência digna³⁸⁹. Essa constatação serve para justificar a imperatividade da garantia do mínimo existencial, que deve ser compreendido não somente como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a vida humana, mas mais do que isso, uma vida com dignidade³⁹⁰. Lembrando que, se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo.

Segundo Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana, como “princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte”, que serve

³⁸⁸ Bachof, *VVDStRL* nº 12, 1954, p. 42-3 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 373.

³⁸⁹ SARLET, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., 2015, p. 136-38.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 136-8.

também de critério de interpretação e integração de todas as normas jurídicas do ordenamento, embora seja relativamente aberta como todos os princípios – até porque a sua concretização se faz histórico-culturalmente – “não deixa de encerrar um valor absoluto”. Pode haver a ponderação da dignidade de uma pessoa com a dignidade de outra pessoa, mas não com qualquer outro princípio, valor ou interesse³⁹¹. Nessa linha, Melo Alexandrino preleciona que a dignidade, que pode ser apreendida como valor, como princípio ou como regra, possui as feições de *norma de garantia*, na medida em que protege a essência da Constituição material, de *norma de direito fundamental* e também de *norma sobre direitos fundamentais*, já que, como último recurso, pode funcionar como regra de “limites dos limites”³⁹².

O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, de acordo com essa lógica, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. A ideia, conforme o exposto, é de que onde faltam condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido³⁹³.

Nessa perspectiva, conclui-se que os direitos a prestações constituem direitos originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o padrão mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito³⁹⁴. E aos direitos originários a prestações se reconhece, além de um dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao seu exercício efetivo, também a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos³⁹⁵. É imperativo reconhecer, portanto, na esfera de um padrão mínimo existencial, um direito subjetivo definitivo a prestações³⁹⁶, que não pode deixar de ser objeto de apreciação judicial.³⁹⁷ Em suma, na esfera da garantia do mínimo existencial, que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou seja, a uma estrita garantia da

³⁹¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 280.

³⁹² ALEXANDRINO, José Melo. *O Discurso dos Direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 48-9.

³⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 374.

³⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 518.

³⁹⁵ Ibid., p. 477.

³⁹⁶ SARLET, op. cit., p. 373 e 376.

³⁹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 678.

sobrevivência física, há que reconhecer a exigibilidade, inclusive judicial, da prestação em face do Estado³⁹⁸.

Robert Alexy adere a essa noção de um padrão mínimo de direitos sociais fundamentais, que o autor chama de “mínimo vital”, incluindo os direitos a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um *standard* mínimo de assistência médica. Segundo o autor, este padrão mínimo visa assegurar a *liberdade fática* do indivíduo, como pressuposto para o exercício das liberdades jurídicas. Para a pessoa que se encontra em “situação deficitária” – diz ele – e que não dispõe da sua liberdade fática, as liberdades jurídicas carecem de todo o seu valor e “não lhe servem para nada”, convertendo-se em “fórmulas vazias”. Pode-se inclusive afirmar, no escólio de Alexy, que o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais mínimas deverá prevalecer, no caso concreto, quando ponderado com os bens coletivos, os direitos fundamentais de outros indivíduos e os princípios democráticos e da separação de poderes, que serão estudados adiante³⁹⁹.

Não se está, aqui, a afirmar que os presos têm direito somente a um mínimo existencial. Como visto, a presunção de aplicabilidade imediata e o princípio da máxima eficácia revelam a justiciabilidade até mesmo daqueles direitos fundamentais dependentes de interposição legislativa, no sentido de que sua concretização pode ser obtida junto aos tribunais, precisamente em razão da sua fundamentalidade, desde que ponderada com outros bens e valores igualmente relevantes. Além disso, no caso dos presos, seus direitos fundamentais estão pormenorizados em lei infraconstitucional, cujos preceitos são imediatamente aplicáveis, podendo as respectivas prestações ser exigidas em juízo. Nas palavras de Ingo Sarlet:

(...) ao advogarmos o entendimento de que na esfera do mínimo existencial (que não poderá ser reduzido ao nível de um mero mínimo vital, ou, em outras palavras, a uma estrita garantia da sobrevivência física) há que reconhecer a exigibilidade (inclusive judicial!) da prestação em face do Estado, não estamos – enfatize-se este ponto – afastando a possibilidade de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos, mas apenas afirmando que neste plano (de direitos subjetivos para além do mínimo existencial) o impacto dos diversos limites e objeções que se opõe ao reconhecimento destes direitos (especialmente o comprometimento de outros bens fundamentais) poderá, a depender das circunstâncias do caso, prevalecer⁴⁰⁰.

³⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 373 e 376.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 447-55.

⁴⁰⁰ SARLET, op. cit., p. 381-83.

No entanto, o mínimo existencial busca delimitar um núcleo dos direitos a prestações que não podem, em hipótese alguma, deixar de ser atendidos em prol da satisfação de interesses diversos, devendo sua garantia constituir a absoluta prioridade de um Estado Democrático de Direito, sob pena de violação da própria dignidade da pessoa humana. Ou seja, ao menos o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais deve ser sempre assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direitos fundamentais. O reconhecimento de direitos subjetivos a prestações na seara do mínimo existencial não se fundamenta apenas no baixo comprometimento dos recursos públicos, “mas também na necessidade e na imposição constitucional de se priorizar as demandas vinculadas ao mínimo existencial, inclusive no que diz com eventual redistribuição de recursos ou sua suplementação”⁴⁰¹.

Ainda que não fosse possível exigir do Estado a implementação de políticas públicas determinadas em relação à questão carcerária, certamente não se poderia negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter judicialmente ao menos o atendimento das prestações inerentes ao mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida. Ou seja, contra uma pretensão de garantia do mínimo existencial, alicerçado na dignidade da pessoa humana, não cabe a invocação da reserva do possível, devendo o Estado manejar seus recursos, por mais escassos que sejam, de modo a sempre, prioritariamente, garantir o atendimento deste núcleo essencial dos direitos fundamentais, que pode ser deduzido em juízo de forma imediata. Está o Judiciário plenamente legitimado, portanto, a impor medidas concretas à administração pública que garantam o atendimento do mínimo existencial dos indivíduos privados de liberdade. Colaciona-se a excelente conclusão de Juarez Freitas:

Afinal, em um país que arrecada mais de um terço do PIB em tributos, não se mostra plausível o argumento da falta de recursos para o descumprimento do essencial, normalmente confundido com o mínimo para a subsistência. Não há desculpa para o passivismo complacente, submisso, servil, obscurantista e redutor do valor intrínseco dos seres vivos. Passou da hora de acolher, com todos os consectários, o direito fundamental à boa administração, cogente o bastante para redimensionar a gestão pública brasileira, no intuito de fazê-la

⁴⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 376-7.

menos burocrática, mais parceira da sociedade. Menos evasiva, mais assertiva. Menos campeã das inconstitucionalidades (por ação e inércia), mais corresponsável pela guarda efetiva dos direitos fundamentais⁴⁰².

Reitere-se, contudo, que não se está a afastar a possibilidade de direitos subjetivos a prestações, exigíveis em juízo, que ultrapassem estes parâmetros mínimos para uma existência digna, mas apenas a afirmar que, neste plano, devem ser consideradas as objeções que se impõem à satisfação de tais prestações, dentre elas a suposta ausência de legitimidade democrática dos tribunais e o princípio da separação de poderes.

⁴⁰² FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). *Comentários à Jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 17.

6 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PRISIONAIS

6.1 IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O investimento de recursos públicos no sistema prisional envolve, como esposado anteriormente, decisões de cunho socioeconômico, que caberiam em primeira linha ao administrador público, e não ao juiz. A escolha das políticas públicas a serem implementadas ou, em outros termos, dos meios pelos quais as finalidades constitucionais podem ser alcançadas é atividade tipicamente reservada pela Constituição à definição político-majoritária. A Constituição fixa, de forma vinculante, fins ou metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo poder público, mas cabe a este definir como atingir estes fins⁴⁰³.

De outra banda, argumenta-se que aos juízes, que estão vocacionados a alcançar a justiça do caso concreto - a chamada microjustiça -, faltaria a capacidade funcional necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações derivadas de direitos fundamentais⁴⁰⁴, na medida em que aquelas se encontram na dependência, muitas vezes, de condições de natureza macroeconômica. Dito de outro modo, o juiz, por vocação e treinamento, não tem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Roberto Barroso alerta, nesse sentido, para o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis, que pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário⁴⁰⁵.

Em tese, a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular⁴⁰⁶. Essa é a posição manifestada pela União, como terceira interessada, nos

⁴⁰³ BARROSO, 2002, p. 118 apud BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 97-8, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁴⁰⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 208.

⁴⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (Org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 236.

⁴⁰⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 146-7.

autos do RE nº 592.581/RS, para quem “(...) a distribuição de recursos entre as diferentes ações prestacionais realizadas pelo Estado reflete não apenas a sua situação econômica em determinado momento histórico, mas também as diretrizes políticas definidas pelo governo da maioria”⁴⁰⁷.

No entendimento de Vieira de Andrade, “as opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído”. Tais decisões não caberiam ao juiz, na sua função aplicadora, e sim aos órgãos “competentes para a definição das linhas gerais das políticas econômicas (...) ou para a sua implementação”⁴⁰⁸. Conforme Blanco de Moraes, não compete aos tribunais imiscuir-se na definição das políticas públicas, mas apenas controlar a sua validade constitucional com referência a parâmetros objetivos, sob pena de gerar insegurança no planejamento e gestão das políticas públicas e desafiar as previsões orçamentais, que correm o risco de se tornar “peças inúteis”⁴⁰⁹.

Cabe ao administrador, dessa forma, em casos que compõem as “políticas da administração”, sem prazo certo para a implementação, avaliar a oportunidade e a possibilidade de concretização de metas governamentais, como a realização de obras públicas, que muitas vezes esbarram na escassez de recursos financeiros denominada reserva do possível⁴¹⁰. Com efeito, são dotados de discricionariedade aqueles atos administrativos em relação aos quais a lei deixa margem de liberdade ao administrador, que pode exercer um juízo de conveniência e oportunidade na adoção da conduta que melhor atende ao interesse público. Eles diferenciam-se, por evidência, dos chamados atos vinculados, cujos elementos e forma de execução ficam inteiramente definidos na

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 335 e 373.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 59. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

⁴⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 180-1.

⁴⁰⁹ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 605-13.

⁴¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

lei, não sendo concedida ao administrador qualquer liberdade quanto à sua realização⁴¹¹.

Ademais, embora todos os atos administrativos possam ser submetidos à apreciação judicial de sua legalidade - este é o corolário natural do princípio da legalidade - este controle judicial deve limitar-se aos elementos vinculados do ato em questão, não podendo o juiz se substituir ao administrador e avaliar os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta, porque se trata de um juízo de mérito administrativo⁴¹². Nas palavras de Carvalho Filho⁴¹³, “se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador”.

E essa limitação ao exame dos aspectos discricionários dos atos administrativos decorre da divisão de funções e tarefas entre o Executivo e o Judiciário, conseqüência do dogma da separação de poderes, que foi adotado pela Constituição de 1988 como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil⁴¹⁴. Para Blanco de Moraes, outrossim, aceitar que o STF brasileiro possa operar juízos livres de conformação sobre políticas públicas, sob o pretexto de realizar direitos sociais, “abalaria irremediavelmente o princípio da separação de poderes”⁴¹⁵.

Também a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, contestada no RE nº 592.581, afirmou que a efetiva realização dos direitos dos presos nas unidades em que estão custodiados sujeita-se à discricionariedade do administrador para decidir sobre como dispor das verbas orçamentárias, de escolher onde devem ser aplicadas e quais obras deve realizadas, por não se tratar de atividade vinculada. Nessa seara, o controle judicial dos atos administrativos não deve passar do exame da legalidade e da moralidade, não se permitindo ao Judiciário que substitua o Poder Executivo na execução das atividades da administração, especialmente quanto a direitos sociais prestacionais. Afinal, o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder

⁴¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 383-90.

⁴¹² *Ibid.*, p. 773-8.

⁴¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 54.

⁴¹⁴ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴¹⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 610.

Judiciário, nele penetrando, violaria o princípio da separação e independência dos poderes⁴¹⁶.

Não há, entretanto, como considerar o princípio da separação de poderes como impeditivo à efetivação dos direitos fundamentais pelo Judiciário. Isso porque o paradigma da rígida separação de poderes, pelo menos em sua configuração inicial, como resposta à experiência do absolutismo, há muito tempo que foi superado pelo sistema de freios e contrapesos e a crescente constitucionalização dos direitos humanos, e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram John Locke e Montesquieu, os seus formuladores históricos.

Até a primeira metade do século XX, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral⁴¹⁷. À época, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador⁴¹⁸. Não se reconhecia à Constituição caráter normativo, e muito menos a possibilidade de demandar judicialmente o cumprimento dos seus preceitos⁴¹⁹. Com ensina Reis Novais: “Era a época do domínio incontestado do lema *direitos fundamentais à medida da lei* (...) ideia que se complementava no ideal da redução do juiz a simples boca que pronuncia as palavras da lei”⁴²⁰.

As circunstâncias históricas realmente demonstram que os parlamentos tiveram um papel fundamental na oposição ao Antigo Regime, e que a deliberação legislativa representou não apenas a superação das monarquias absolutas como a realização dos princípios máximos da igualdade e da liberdade, consagrando a democracia por meio da representação popular majoritária. O Judiciário, ao contrário, era historicamente ligado

⁴¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. p. 6-8. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20USTI%20C7A%20-%202021.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 103.

⁴¹⁸ Ibid., p. 102.

⁴¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985. p. 55 e ss.

⁴²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 152-3.

às monarquias e ao clero e durante muito tempo, após as revoluções burguesas, continuou a ser visto com grande desconfiança pelos europeus⁴²¹.

Nos Estados Unidos da América, ao contrário, o grande vilão no processo de independência norte-americana foi justamente a intolerância e a exação excessiva do Parlamento britânico, que acabou por conduzir à ruptura entre as colônias e a metrópole. Desde cedo percebeu-se, nos Estados Unidos, que o Legislativo poderia transformar-se em violador dos direitos e liberdades individuais e deveria, por isso, sofrer limitações “impostas pela Constituição, como norma hierarquicamente superior, e garantidas pelo Judiciário”⁴²². O marco inicial do *judicial review* data de 1803, com o rumoroso caso *Marbury vs. Madison*, a partir do qual as demais instâncias do Poder Judiciário norte-americano deixaram de aplicar as leis que contrariassem a Constituição⁴²³, dando origem ao controle difuso de constitucionalidade das leis, que também foi adotado pelo Brasil com a instauração da República (1891), pela Lei nº 221⁴²⁴, de 1894, que organizou a Justiça Federal da República.

Posteriormente, na Europa, “o mito do Poder Legislativo como mantenedor maior dos direitos individuais desfez-se ruidosamente com a instalação dos regimes nazista e fascista”, que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade, sem qualquer oposição consistente dos parlamentos. Na verdade, pior que a falta de reação dos representantes do povo foi o apoio prestado pelo próprio povo, em sua maioria, a políticas de exclusão e destruição de grupos minoritários⁴²⁵. Um segundo saldo do pós-

⁴²¹ ENTERRÍA, op. cit., p. 56. NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 30-1.

⁴²² BARCELLOS, Ana Paula de. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 53, 2000, p. 79. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.phpC=MTg1Mw%2C%2C>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁴²³ (...) O juiz Marshall, presidente da Suprema Corte, sustentou que “como a Constituição estabelece que ela própria será a lei suprema do país, os tribunais em geral e a Suprema Corte em última instância devem ter o poder de declarar nulas as leis que violem a Constituição”. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 223.

⁴²⁴ Art. 13 (...) § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição. BRASIL. *Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894*. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

⁴²⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 79.

guerra, nessa lógica, foi a percepção do fracasso que a concepção de Constituição até então vigente tinha representado⁴²⁶.

Foi necessário, portanto, que a Europa passasse pela dramática experiência dos regimes totalitários dos anos vinte e trinta do século passado, com toda a panóplia de horrores praticados por governos eleitos democraticamente e apoiados, muitas vezes entusiasticamente, pela maioria da população, para que os europeus se convencessem da necessidade de proteger os direitos fundamentais contra as maiorias no poder⁴²⁷. Por consequência, ao final da década de 40, passou-se a adotar, também nos países europeus, o modelo norte-americano de supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário⁴²⁸.

Hoje, é possível falar em um constitucionalismo caracterizado pela superação da supremacia do Parlamento⁴²⁹ e pela afirmação da supremacia da Constituição, reconhecida como fundamento de toda a ordem jurídica⁴³⁰. O momento atual é marcado, por conseguinte, pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. No Estado constitucional de Direito, a Constituição é verdadeira norma jurídica vinculativa e não mero documento político ou programático⁴³¹. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes⁴³². Conforme Reis Novais, essa aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova

⁴²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 80-1, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁴²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 30-1.

⁴²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 103.

⁴²⁹ No resumo de Alec Stone Sweet: "(...) com uma educada reverência para Westminster, a soberania parlamentar pode ser declarada morta". SWEET, Alec Stone. Why Europe Rejected American Judicial Review – and Why it May Not Matter. *Michigan Law Review*, n. 101, p. 2.745, 2002-2003. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

⁴³⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 350.

⁴³¹ CASTÁN, María Luisa Marín. Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, Madrid, n. 20, p. 126, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁴³² SWEET, Alec Stone. *Governing With Judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 36.

forma de organização política, que atende por nomes diversos, como Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito⁴³³.

Outrossim, as Constituições contemporâneas caracterizam-se pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição)⁴³⁴. Mesmo onde não vigoraram os regimes nazista e fascista, a opressão política e a violação reiterada de direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes autoritários ao longo do século passado, também na América Latina. Desse modo, passou-se a introduzir de forma explícita nos textos constitucionais preceitos contendo valores, como a dignidade da pessoa humana, e opções políticas, gerais - como a redução das desigualdades sociais - e específicas - como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação, saúde, etc, na esperança de que tais elementos normativos formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada - e continua a ser - pelo fato de tais preceitos gozarem de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do poder público. Por este mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária⁴³⁵.

A Constituição brasileira promulgada em 5 de outubro de 1988, que se seguiu a um longo período de ditadura militar, restaurou a preeminência dos direitos individuais, proclamados juntamente com um significativo rol de direitos sociais. O Estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. As reivindicações populares de ampla participação política são positivadas em várias normas, como a que assegura as eleições diretas para a chefia do Executivo em todos os níveis da Federação. A Constituição que, significativamente, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o título sobre direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de

⁴³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 152-3.

⁴³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

⁴³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 85-6, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo “cidadã”, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso da promulgação.

A criação da justiça constitucional foi consequência natural do funcionamento das instituições do Estado a partir do momento em que se assumiu a Constituição como norma jurídica. Tornou-se tarefa precípua do Poder Judiciário, dessarte, a garantia dos direitos insculpidos na Constituição em face de condutas comissivas ou omissivas dos Poderes Legislativo e Executivo. Nessa esteira, a rigidez de que passaram a se revestir as normas constitucionais, em especial as consagradoras de direitos fundamentais, passou a se impor mediante o controle de constitucionalidade das leis⁴³⁶. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais⁴³⁷.

Dito isso, e afirmando-se a inexistência de Estado de Direito sem a separação de poderes, impositivo também reconhecer que no Estado Democrático do século XXI a estrutura da separação de poderes é bem diferente da adotada pelo Estado Liberal do final do século XVIII. De fato, a propalada crise de separação de poderes afeta somente um modelo específico de separação de poderes, que já vem sendo superado – aquele consolidado pelas revoluções burguesas que consagra a supremacia do parlamento e da lei⁴³⁸.

No atual modelo de Estado Constitucional de Direito afirma-se a natureza instrumental do princípio da separação de poderes, o qual não é um valor em si mesmo⁴³⁹ e permite a conformação da função do Poder Judiciário, enquanto no exercício da justiça constitucional, com as atribuições dos demais poderes. Em outras palavras, o princípio da separação de poderes tornou-se instrumento da realização dos direitos fundamentais, o que aponta a precedência destes em relação àquele.

Nesse caso, Gomes Canotilho leciona que “a separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo

⁴³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 296-7.

⁴³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 103.

⁴³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 91.

como um dogma de valor intemporal”⁴⁴⁰. Desde a sua concepção, o dogma da separação de poderes evoluiu de forma distinta em cada país que o acolheu, mas, hodiernamente, não configura mais aquela rigidez de outrora⁴⁴¹. Ao passo que na França não se reconhece até hoje a fiscalização da constitucionalidade das leis aos tribunais, nos Estados Unidos, desde o princípio, como já mencionado, restou admitida a *judicial review* e prevaleceu um sistema de interferências recíprocas, encerrado na conhecida fórmula de *checks and balances*, que já havia sido apontada por Montesquieu como uma providência necessária que tornasse possível que *le pouvoir arrête le pouvoir*⁴⁴².

No Brasil, adotou-se a técnica de independência orgânica e harmonia dos poderes, própria do presidencialismo, como aponta a cláusula “independentes e harmônicos entre si” do art. 2º da CF/88. Isso significa que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Ou seja, não obstante a independência orgânica que dispõe cada poder – no sentido de que é livre para organizar-se e não se subordina aos demais poderes no exercício das atribuições que lhe são próprias –, a Constituição Federal instituiu mecanismos de interferências e controle mútuos, visando ao estabelecimento do já referido sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), como forma de evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro e, especialmente, dos governados⁴⁴³. Integra este sistema de controle mútuo entre os poderes o controle judicial de constitucionalidade, aliado ao fato de que a Constituição Federal expressamente assegura, sem ressalvas em relação aos poderes, o direito fundamental de apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Nesse sentido, o que caracteriza a separação de poderes não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas, predominantemente, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções

⁴⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 556-7.

⁴⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

⁴⁴² MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 120-23.

⁴⁴³ SILVA, op. cit., p. 109-10.

“atípicas”, que são realizadas, não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por cada poder como meios de garantir não somente o equilíbrio entre si, como também sua própria autonomia⁴⁴⁴.

Por isso que, além de exercer, com prioridade, a sua função típica de administrar, pode o Executivo realizar as funções atípicas de legislar (ex.: editar atos normativos, medidas provisórias e leis delegadas) e julgar (ex.: anular seus próprios atos e decidir processos administrativos fiscais e disciplinares). Da mesma forma pode o Legislativo, além de desempenhar a sua função típica de legislar, exercer as funções atípicas de julgar (ex.: o Presidente da República e os Ministros do STF por crime de responsabilidade) e administrar (ex.: os seus próprios órgãos, serviços e servidores). Finalmente, para além de realizar a sua função típica de julgar, pode o Judiciário exercer as funções atípicas de legislar (ex.: elaborar o seu regimento interno) e administrar (ex.: também os seus próprios órgãos, serviços e servidores).

Além disso, todos os poderes retiram sua legitimidade da Constituição, razão pela qual a observância de seus preceitos fundamentais por ordem do Judiciário sobrepõe-se à rígida distribuição de funções entre magistrados, administradores e congressistas. No escólio de Goyard-Fabre, “a Constituição é a regra formal que, ao mesmo tempo, exprime a potência soberana da Nação e, canalizando-a, gerencia o Poder do Estado”⁴⁴⁵. Em outras palavras, a Constituição é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, como é o caso do Poder Legislativo e do Poder Executivo. E essa primazia das normas constitucionais, que se encontram no ápice do ordenamento jurídico, apresenta-se de forma reforçada nos direitos fundamentais, que constituem a finalidade última do Estado de Direito.

Aliás, na sua origem histórica, a racionalidade do pacto fundador do Estado de Direito ou do contrato social em que assenta o Estado constitucional está intimamente associada à preservação dos direitos do homem e à sua garantia enquanto direitos fundamentais. O pacto social só cobra sentido enquanto compromisso de as instituições estatais garantirem aos indivíduos, por meio desse pacto, a preservação dos seus

⁴⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 26, n. 28, p. 153, 2016.

⁴⁴⁵ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 109.

direitos fundamentais⁴⁴⁶. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) já dizia, em seu art. 16, que a Constituição significa direitos fundamentais e separação de poderes, mas ao mesmo tempo afirmava, logo no art. 2º, que “a finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. No Estado Constitucional de Direito, portanto, a submissão dos juízes à lei e seu respeito pela separação de poderes restam submetidos à necessária prevalência dos direitos fundamentais⁴⁴⁷.

Reitera-se, nessa linha, que a separação de poderes é instrumental relativamente ao objetivo principal de qualquer Estado de Direito: a garantia dos direitos fundamentais das pessoas perante os poderes públicos.⁴⁴⁸ Nas palavras de Reis Novais, “(...) no Estado de Direito material dos nossos dias, deve haver a consciência da instrumentalidade do primeiro princípio, a separação de poderes, relativamente à centralidade do segundo termo, e a garantia dos direitos fundamentais”⁴⁴⁹. Nessa perspectiva, Jorge Miranda proclama que “Estado de Direito só existe quando (...) se dá limitação material do poder político mediante a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana”⁴⁵⁰.

É necessária, por consequência, sob as vestes do Estado democrático de Direito, uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação de poderes, a fim de que ele possibilite o atendimento das reivindicações da sociedade contemporânea, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido, “para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o alvitre e, hoje também, a omissão estatal”⁴⁵¹. O princípio da separação de poderes não pode servir de justificativa a permitir e acobertar a violação sistemática de direitos fundamentais pela administração pública, impedindo o Poder Judiciário de exercer sua função de defensor de direitos e guardião da Constituição.

⁴⁴⁶ STERN, 2004. p. 3 e ss. e 26 e ss. apud NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 31-2.

⁴⁴⁷ PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 508.

⁴⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 22.

⁴⁴⁹ Idem. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 166.

⁴⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 281-82.

⁴⁵¹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 88.

Luigi Ferrajoli define o Estado de Direito, em sua concepção de sinônimo de “garantismo”, como “não simplesmente um Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público “está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes”; b) no plano substancial, da submissão de todos os poderes do Estado “à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos”, por meio da incorporação em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, “das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária”⁴⁵².

Ora, se o Estado não promove a satisfação espontânea das necessidades dos presos, está-se diante de lesões aos seus direitos fundamentais, nascendo, para os titulares, a pretensão de obter judicialmente a devida reparação ou efetivação daquilo que a lei lhes garante. Reitera-se que, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a lesão ou mesmo a ameaça de lesão a direito habilita seu titular a pleitear a atuação do Poder Judiciário, o que constitui uma garantia fundamental do cidadão brasileiro. Na lição de Reis Novais:

A normatividade da Constituição só estará verdadeiramente assegurada quando para qualquer lesão de um direito fundamental a ordem jurídica preveja um meio jurisdicional capaz de proporcionar o termo da violação e a reparação do titular afectado. Daí que, expressa ou implicitamente consagrada na Constituição, a garantia do acesso aos tribunais para tutela dos direitos fundamentais seja hoje percebida como imprescindível a qualquer Estado de Direito⁴⁵³.

É inconcebível, nessa lógica, deixar-se a concretização de um direito fundamental sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa ou da discricionariedade do administrador em formular políticas públicas. Não seria demais lembrar a ponderação segundo a qual a Constituição manifesta uma “ideia sobre como as pessoas devem ser tratadas, e não uma ideia sobre como decidir publicamente como as pessoas

⁴⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 667-8.

⁴⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 180.

devem ser tratadas”⁴⁵⁴. Cabe ao Poder Judiciário, nesse sentido, fazer prevalecer as normas constitucionais sobre todas as outras normas e atos dos poderes constituídos. E isso, como se sabe, não é ofensivo ao princípio da separação de poderes, exatamente porque foi a própria Constituição que outorgou expressamente ao Poder Judiciário essa capacidade.

Vale repisar, nessa senda, o fato de que um Estado Democrático de Direito é regido (quicá “governado”) por sua Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, os quais sempre constituirão limites da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade sempre vinculada do administrador e dos órgãos jurisdicionais⁴⁵⁵.

Aliás, diz-se que à administração pública é outorgado um “poder-dever de agir”, pois as funções administrativas devem ser obrigatoriamente exercidas quando assim o exige o interesse da coletividade, revestindo-se de ilegitimidade a inércia do administrador público. Nas palavras de Lopes Meirelles: “Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade”⁴⁵⁶. Ainda, segundo Juarez Freitas, “o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para defender o máximo dos direitos fundamentais”, sendo antijurídica a omissão administrativa que não observa, por inércia, deveres diretamente estatuídos pela Lei Fundamental. Nas palavras do autor: “Trata-se da arbitrariedade por omissão”⁴⁵⁷.

Admite-se, com base nisso, a possibilidade de responsabilização do Estado por conta de sua inoperância na implementação de medidas (administrativas e legais, concretas e normativas) que sejam indispensáveis à plena realização dos direitos fundamentais, notadamente quando existe um dever de proteção e, por conseguinte, de atuação⁴⁵⁸. Com efeito, Canotilho ensina que a força dirigente dos direitos fundamentais relativamente ao Poder Executivo impõe-se mesmo perante os tradicionais atos de governo, praticados no exercício de uma função política. É inequívoca, portanto, a

⁴⁵⁴ MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 41.

⁴⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 384.

⁴⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 82-3.

⁴⁵⁷ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). *Comentários à Jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 9-10.

⁴⁵⁸ SARLET, op. cit., p. 314.

vinculação aos direitos fundamentais dos atos políticos dotados de discricionariedade, bem como sua sujeição ao controle judicial, quando um ato administrativo viola aqueles direitos⁴⁵⁹.

Por tais razões, sempre que uma ação ou omissão administrativa implica a violação de um direito fundamental, o Judiciário está plenamente legitimado a exercer controle sobre o ato em questão, posto tratar-se de aspecto relativo à sua legalidade – ou melhor, inconstitucionalidade – que não pode ser deixada à conveniência e oportunidade do administrador. Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omissa a conduta comissiva imposta na lei, inclusive pela via judicial, formulando pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer.

Cabe a observação, a este respeito, de que enquanto as condutas comissivas inconstitucionais devem ser alvo de invalidação, as condutas omissivas demandam integração. Essa integração é indispensável para que os objetivos do Estado constitucionalmente delineados – e principalmente a satisfação dos direitos fundamentais – não dependam do arbítrio das injunções político-partidárias do momento a influenciarem os demais poderes, os quais são conceitualmente parciais e movidos por interesses próprios. Assim, se a Constituição estabelece inúmeros direitos que os legisladores ou administradores se negam a implementar, não pode o Judiciário se omitir, contribuindo para fraudar a vontade constitucional. Em muitas situações, sequer há confronto entre os poderes, mas mera ocupação de espaços vazios⁴⁶⁰.

6.2 DISTINÇÃO ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

É evidente o atual impacto da constitucionalização e rigidez dos direitos fundamentais sobre as políticas públicas. Conforme o exposto anteriormente, a fórmula jurídico-política do atual Estado Constitucional de Direito assumiu como traços uma Constituição normativa, o protagonismo dos valores e princípios na teoria das fontes jurídicas, e a ampliação da justiça constitucional na proteção dos direitos

⁴⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 445-6.

⁴⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 234.

fundamentais⁴⁶¹. Que haja alguma expansão do Judiciário dentro de um sistema político assim delineado, o que pode ser considerado um fenômeno normal e, até certo ponto, previsível, não somente no Brasil, mas a nível global, alcançando inclusive países que seguiram o modelo inglês de soberania parlamentar, como o Reino Unido e o Canadá⁴⁶².

Na lição de Blanco de Moraes, a nova teoria do direito e da Constituição, à qual se dá o nome de neoconstitucionalismo, e que tem servido de fundamentação das decisões prestacionais “ativistas” tomadas pelo Judiciário brasileiro, possui como traços dominantes, entre outros, uma Constituição de recorte principiológico, dirigente e onipresente, que determina ao poder constituído o que pode e o que deve decidir, “pois tudo pode ser constitucionalizado, não havendo espaços isentos de regulação”, e a construção do Direito por meio da interpretação, pelo que a jurisprudência condiciona o sentido da norma⁴⁶³. Trata-se da fase do pós-positivismo, na qual se reconhece a normatividade dos princípios em grau constitucional, convertendo-os em “pedestal” sobre o qual assenta “todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁴⁶⁴.

Foi este contexto que conduziu ao fenômeno intitulado “judicialização da política”, no qual questões relevantes do ponto de vista social, moral e político estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário⁴⁶⁵. Pela definição de Ran Hirschl, a judicialização da política “inclui a ampla transferência às cortes de algumas das mais pertinentes e polêmicas controvérsias políticas que um ordenamento possa contemplar”⁴⁶⁶. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, em razão de uma transferência de decisões estratégicas sobre temas

⁴⁶¹ CASTÁN, Maria Luisa Marín. Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, Madrid, n. 20, p. 128, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁴⁶² HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. Fordham Law Review, v. 87, n. 2, p. 721, 2006. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴⁶³ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 584-7.

⁴⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264-6.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 228-9.

⁴⁶⁶ HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. Fordham Law Review, v. 87, n. 2, p. 722, 2006. Livre tradução. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a esse Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados⁴⁶⁷.

Afinal, na medida em que as constituições de nossos dias passaram a incorporar em seus textos noções de conteúdo axiológico e diretrizes políticas, também trouxeram para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais⁴⁶⁸. Desse modo qualificadas como questões jurídicas, as atividades políticas do Estado, quando não regularmente cumpridas, submetem-se ao crivo do Judiciário, aqui residindo a própria essência da judicialização da política⁴⁶⁹.

As decisões judiciais são políticas, segundo Reis Novais, “por repercutirem politicamente, designadamente quando contrariam os desígnios e planos políticos das maiorias no poder”, na medida em que se fundam em uma constituição de “forte carga política”⁴⁷⁰. Com efeito, quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado⁴⁷¹. Como observa Marín Castán, “as constituições de nossos dias assumem a função de modelar o conjunto da vida social e por isso as relações entre legislação e jurisdição já não podem apresentar-se de maneira estritamente hierárquica, mas de modo consideravelmente mais complexo⁴⁷². Mantém-se pertinente e atual, nesse contexto, a observação de Alexis de Tocqueville, parafraseado por Ran Hirschl, de que, com o “novo constitucionalismo”,

⁴⁶⁷ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 128-9, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁴⁶⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

⁴⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 26, n. 28, p. 156, 2016.

⁴⁷⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 177.

⁴⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 724, 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁴⁷² CASTÁN, Maria Luisa Marín. Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, Madrid, n. 20, p. 126, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

quase não há dilemas envolvendo políticas públicas ou desacordos políticos que não se tornem eventualmente judiciais⁴⁷³.

No Brasil, principalmente, a constitucionalização abrangente e analítica e o sistema de controle de constitucionalidade adotado garantiram proporção ainda maior à judicialização da política. Como já foi observado, a Constituição brasileira atual – apelada de “Constituição Cidadã” –, foi promulgada em 1988, após o processo de redemocratização do país, que se seguiu a um período de autoritarismo que durou vinte anos e resultou na ampla restrição a liberdades individuais e democráticas. Por isso, a Carta preocupou-se em garantir um amplo rol de direitos fundamentais, que resulta em um maior número de pretensões dos cidadãos perante o poder público, no sentido de ver respeitados estes mesmos direitos e cominar de ilegalidade os atos a eles contrários.

Além disso, a Constituição Cidadã “pretendeu uma constitucionalização absolutamente abrangente, com regramento principiológico e analítico”⁴⁷⁴, a fim de regular de forma detalhada as atividades dos poderes públicos constituídos, consolidando a estrutura democrática então estabelecida e coibindo abusos por parte dos governantes. Também introduziu-se de forma explícita, no texto constitucional de 1988, preceitos contendo valores, como a dignidade da pessoa humana, e opções políticas, como a redução das desigualdades sociais e a prestação de serviços pelo Estado, na esperança de formar um consenso mínimo a ser observado pelas majorias, resguardado em face da discricionariedade da política ordinária. Este modelo, como visto, resulta na “judicialização da vida”, posto que hoje, no país, as principais controvérsias de natureza moral ou política desaguam no Judiciário.

Outrossim, o sistema de controle de constitucionalidade vigente no país combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo rol

⁴⁷³ TOCQUEVILLE, 1835, p. 102-9 apud HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, v. 87, n. 2, p. 722, 2006. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁴⁷⁴ PINHEIRO, Antonio Saldanha. Ativismo judicial: implementação forçada de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, JC, n. 206, p. 10, out. 2017.

de legitimados à sua propositura. Com isso, deu-se uma abertura muito abrangente para o exercício do controle da constitucionalidade.

Reitera-se, nessa perspectiva, que a judicialização da política decorre, na realidade, do próprio ordenamento jurídico que franqueia aos cidadãos a busca de condutas dos poderes públicos, inclusive de políticas públicas. Como resultado de tal configuração jurídica e social, a judicialização da política no Brasil constitui um fato irrefutável, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não tem a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Ou seja, é inevitável, nesse contexto, que questões políticas sejam decididas no Judiciário, inclusive o tratamento que deve ser dado aos indivíduos privados de liberdade no país, abrangendo questões de política criminal e penitenciária. O que se questiona é até que ponto o Poder Judiciário, por estar autorizado a exercer o controle sobre tais políticas, pode imiscuir-se na definição delas, impondo condutas a serem adotadas pela administração pública.

Por tal razão importa distinguir o fenômeno da judicialização da política daquilo que se denomina “ativismo judicial”. A judicialização, como demonstrado, corresponde a circunstância fática que resulta do desenho institucional de países como o Brasil. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização, tratando-se de um modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance⁴⁷⁵. O ativismo consiste, assim, em uma atitude, ou seja, é um *behaviorismo* judicial⁴⁷⁶.

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreram profundas mudanças em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 234.

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 724, 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁴⁷⁷ BARROSO, op. cit., p. 234.

Atualmente, entretanto, as definições atribuídas ao “ativismo judicial” frequentemente assumem uma conotação depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Elival da Silva Ramos caracteriza a atuação judicial ativista como “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”, ou seja, como a “(...) descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁴⁷⁸. Por sua vez, Lenio Streck define o ativismo como a atuação judicial que extrapola os limites jurídicos e/ou invade a competência dos demais poderes, representando um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político. Nessa linha, o autor ainda conceitua como ativistas as decisões judiciais proferidas à margem da lei, radicadas nas convicções pessoais e nas ideologias do julgador, que decide os casos de uma perspectiva subjetivista ou conforme os “clamores da sociedade”. Nesse sentido, Streck conclui que o ativismo judicial é sempre prejudicial à democracia⁴⁷⁹.

No entanto, conforme importante reflexão trazida por Mark Tushnet, a definição do que seria o ativismo judicial traz uma série de dificuldades hermenêuticas e pragmáticas, especialmente em face da inexistência de critérios claros para estabelecer quando uma decisão é ativista, até porque, para isso, seria preciso estabelecer critérios do que seria o padrão normal de julgamento, o que igualmente se afigura impossível, em face da abertura interpretativa que caracteriza o direito - e especialmente o direito constitucional - atual⁴⁸⁰.

Afinal, com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos,

⁴⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-7.

⁴⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 727-30, 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁴⁸⁰ TUSHNET, 2007, p. 415-436 apud LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 129, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

preestabelecidos no próprio sistema jurídico⁴⁸¹. Com efeito, os preceitos constitucionais deixam uma ampla margem de atuação quando funcionam com cláusulas de conteúdo aberto, normas de princípio e conceitos indeterminados, que não respondem a um modelo mecanicista e dedutivista de aplicação da lei, e transferem ao intérprete a definição concreta do seu sentido e alcance⁴⁸².

Dessa forma, a evolução do constitucionalismo ocasionou uma transformação do Direito, que, ao adquirir um caráter principiológico e valorativo, vinculado, notadamente, aos direitos fundamentais, demanda uma atuação diferenciada do julgador na sua conformação e concretização⁴⁸³. Impõe-se a superação da figura do “juiz napoleônico”, como “boca que pronuncia as palavras da lei” e sua substituição pela figura do juiz investido de discricionariedade para interpretar as normas⁴⁸⁴. Nesse contexto, a atuação do magistrado, no caso concreto, se afigura como determinante para a conformação do direito, por meio de uma atividade criativa, construtiva, de integração do texto normativo com a realidade, passando a jurisprudência de fonte supletiva a elemento central de configuração da ordem jurídica⁴⁸⁵. No escólio de Paulo Bonavides: “Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização”⁴⁸⁶.

Ronald Dworkin pondera, quando afirma que a Constituição protege os cidadãos mediante a restrição do poder de decisão das maiorias políticas, que enquanto algumas dessas restrições constitucionais assumem a forma de regras precisas, outras assumem a forma de padrões vagos, como o princípio da igualdade, cujos conceitos cumpre à Suprema Corte definir. Para o norte-americano, trata-se de cláusulas constitucionais

⁴⁸¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

⁴⁸² CASTÁN, Maria Luisa Marín. Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, Madrid, n. 20, p. 131, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁴⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 591.

⁴⁸⁴ CASTÁN, op. cit., p. 131.

⁴⁸⁵ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos derechos humanos e fundamentales? *Revista de Investigações Constitucionais*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 128-9, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

⁴⁸⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 591.

difíceis, que devem ser entendidas como um “apelo a conceitos morais”, sendo que somente um tribunal ativista está preparado para dar-lhes resposta⁴⁸⁷.

É digno de nota, contudo, que mesmo no plano dos direitos fundamentais onde pontificam princípios, conceitos indeterminados e normas abertas iluminadas por valores de ordem ética, como o princípio da dignidade da pessoa humana, esses enunciados axiológicos carecem ser interpretados por meio de uma metodologia jurídica, sendo decisiva a relação de significado que o poder constituinte lhes pretendeu semanticamente cometer. Não podem, portanto, ser concebidos como “delegações normativas em branco” ao intérprete judicial para criar o Direito a partir das suas próprias pré-compreensões políticas e filosóficas⁴⁸⁸.

Entende-se, porém, que nem toda forma de ativismo judicial radica-se em decisões desprovidas de racionalidade jurídica, que invadem indevidamente o campo decisório dos outros poderes. O ativismo judicial, no sentido da interpretação que procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos, como princípios e conceitos jurídicos indeterminados, pode sim ser legitimamente exercido⁴⁸⁹. Em tais hipóteses, o fundamento da legitimidade da atuação judicial transfere-se ao processo argumentativo: a demonstração racional de que a solução proposta é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional⁴⁹⁰.

Dito de outro modo, verifica-se que uma decisão pode ser “expansiva” ou ativista sem se render ao subjetivismo ou ao populismo, desde que o juiz, seguindo então o padrão sugerido por Streck como mais correto, fundamente a sentença com argumentos de princípio, e não de política ou moral⁴⁹¹. Em outras palavras, os juízes constitucionais

⁴⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 209-14 e 231.

⁴⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 592.

⁴⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 234.

⁴⁹⁰ CASTÁN, María Luisa Marín. Sobre la judicializaciones de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, Madrid, n. 20, p. 131, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁴⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 729, 2016. Disponível em:

devem decidir exclusivamente com base em princípios jurídicos – ainda que, invariavelmente, de interpretação condicionada pelas respectivas pré-compreensões – suscetíveis de adesão e reconhecimento pelos seus pares, independentemente das convicções políticas, morais, religiosas ou filosóficas de cada um⁴⁹².

Ademais, a normatividade da Constituição e o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, e em especial dos direitos fundamentais, sujeitam o texto constitucional a uma interpretação dirigida a obter normas diretamente aplicáveis às controvérsias, o que exige, a seu turno, uma postura mais ativa do juiz que o interpreta⁴⁹³. Blanco de Moraes, quando faz a crítica ao ativismo judicial, e neste passo o insere na corrente neoconstitucionalista, refere que é marca desta a figura do juiz como intérprete autorizado a exercer não apenas uma fiscalização de constitucionalidade de ordem negativa, invalidando as leis contrárias à Constituição, “mas também um controlo positivo de todo o direito ordinário que não garanta a efectivação máxima dos direitos fundamentais”⁴⁹⁴. O autor lusitano observa, outrossim, que a corrente neoconstitucionalista traz consigo a revalorização da garantia dos direitos fundamentais sociais e o reconhecimento da “existência de uma unidade dogmática entre todos os direitos fundamentais”, que assumem idêntico valor e aproximado regime de proteção, independentemente do fato de as normas que os declaram serem, ou não, exequíveis por si mesmas⁴⁹⁵.

Com base em tais argumentos, entende-se, conforme Miguel Carbonell, que o neoconstitucionalismo gera a expansão da atividade judicial no sentido de que comporta e até requer certo grau de ativismo judicial⁴⁹⁶. Mas adota-se, para tanto, a compreensão do ativismo judicial como a maior interferência do Judiciário no espaço de atuação

<<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁴⁹² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 132.

⁴⁹³ CASTÁN, Maria Luisa Marín. Sobre la judicializaci3n de la pol3tica: una aproximaci3n desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofa*, Madrid, n. 20, p. 130-1, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁴⁹⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omiss3o no ordenamento brasileiro: activismo judicial moment3neo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, Jo3o Carlos; MACHADO, J3natas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jos3 Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 586.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 586-7.

⁴⁹⁶ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de an3lisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (editores). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 155.

reservado aos outros dois Poderes, em sua tarefa de concretização dos valores e fins constitucionais. O ativismo, nesse sentido, estaria atrelado à postura à qual Oscar Vieira dá o nome de responsividade, associada à ideia de que o Judiciário deve estar envolvido, ainda que subsidiariamente, na tarefa de responder às promessas criadas pela Constituição ou pela legislação⁴⁹⁷.

Segundo Barroso, há diversos precedentes de postura ativista ou proativa (expressão que preferiu adotar em seu voto no RE nº 592.581) do Supremo Tribunal Federal, manifestada por diferentes linhas de decisão, incluindo a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas insuficientes⁴⁹⁸, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde e, mais recentemente, sobre o sistema carcerário.

Nesse diapasão, a decisão judicial que impõe à administração a promoção de medidas emergenciais em prol do sistema prisional, pode ser considerada expansiva e proativa no sentido de que busca, em condutas tipicamente reservadas ao Poder Executivo, as soluções necessárias à preservação dos direitos fundamentais e do próprio mínimo existencial dos presos. Não se trata, contudo, de uma decisão que pode ser cunhada de ativista no sentido de que é excessiva ou imprópria, ou seja, não se aplica a ela o conceito de ativismo dos autores que o veem como algo censurável.

Nessa senda, Lenio Streck pontifica que uma decisão só é caracterizada como ativista quando, a respeito dela, responde-se *negativamente* a “três perguntas fundamentais acerca de se está diante de um direito fundamental exigível, se a decisão pode ser universalizada” e se cabe a “transferência de recursos para atender aquele direito”. Conclui-se que, no caso da garantia, pelo Poder Judiciário, dos direitos fundamentais dos presos e da satisfação do seu mínimo existencial, mediante a imposição de condutas ao Poder Executivo, não se está diante de uma decisão judicial ativista, ao menos não no sentido depreciativo que o autor atribui ao termo, já que responde-se afirmativamente a todas as perguntas referidas⁴⁹⁹. Afinal, trata-se de

⁴⁹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Ativismo judicial? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

⁴⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 234.

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Jurisdição*: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 181-4.

direitos que devem ser garantidos a todas as pessoas encarceradas, sendo que existem recursos para tanto, com o que sequer se estaria violando a reserva do possível.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez, no Recurso Extraordinário nº 592.581, do que dispor que cabe ao Judiciário condenar o administrador a efetivamente cumprir o que já está definido na Lei de Execução Penal, superando sua omissão transgressora dos direitos e valores que estão na base da Constituição. Fez isso, aliás, mediante a imposição não de uma reforma sistêmica, mas somente da realização de medidas e obras emergenciais indispensáveis à garantia da integridade e do mínimo existencial dos presos – o que não quer dizer que não seja necessária, oportunamente, uma reforma mais abrangente do sistema.

Trata-se, portanto, de uma atuação judicial constitucionalmente autorizada e francamente necessária na realidade brasileira, inclusive sob o viés dos princípios da dignidade da pessoa humana e da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, entre tantos outros preceitos da Lei Maior. Em suma, o que se observa é que o ativismo judicial comporta diversas interpretações, e nem todas são prejudiciais em um país tão desigual e assimétrico como o Brasil.

6.3 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A constitucionalização dos direitos fundamentais, aliados à rigidez dos preceitos constitucionais e à materialização das constituições, na medida em que servem de limite à atuação dos poderes públicos, também restringem o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, razão pela qual não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.

Conforme Reis Novais, a “força de resistência dos direitos fundamentais” pode inibir o livre exercício do poder democrático na medida em que um poder não eleito, que é o Poder Judiciário, tenha, em nome da salvaguarda dos direitos fundamentais, a possibilidade constitucionalmente garantida de invalidar ou condicionar as medidas decididas pelos órgãos legitimamente eleitos para governar. E o Poder Judiciário pode

inibir esses poderes democráticos tanto mais quanto a indeterminação ou o caráter principiológico de grande parte das normas constitucionais de direitos fundamentais se traduza em “alargamento objetivo da margem de decisão do juiz” relativamente ao legislador ou ao administrador, já que estes ficam obrigados a observar aquelas normas em conformidade com a interpretação ou a concretização que delas vier a fazer a cada momento o juiz constitucional⁵⁰⁰.

Em tese, contudo, a destinação e aplicação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular⁵⁰¹. Essa é a posição manifestada pela União, como terceira interessada, nos autos do RE nº 592.581/RS, para quem “(...) a distribuição de recursos entre as diferentes ações prestacionais realizadas pelo Estado reflete não apenas a sua situação econômica em determinado momento histórico, mas também as diretrizes políticas definidas pelo governo da maioria”⁵⁰².

Argumenta-se, no entanto, que ao legislador deve-se dar prioridade sobre o juiz quando se trata de concretizar as normas incorporadoras de valores morais e políticos⁵⁰³. Com efeito, juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, ou seja, sua investidura não tem o batismo da vontade popular. E essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões, em matérias de relevância política, às dos agentes políticos eleitos, gera o que se denomina *dificuldade contramajoritária*, com base na teoria de Alexander Bickel. De acordo com o constitucionalista norte-americano, o próprio controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária, pois “quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de

⁵⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 28.

⁵⁰¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 146-7. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 335 e 373.

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 59.

⁵⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela”⁵⁰⁴.

Shapiro, a este respeito, afirmou que a operação do sistema político “sob um regime de implementação judicialmente forçada de direitos” representa uma “alteração fundamental da natureza do governo democrático”⁵⁰⁵. Isso porque a minoria derrotada no Parlamento não raramente triunfa, nos tribunais, sobre a maioria democraticamente eleita, o que, segundo Reis Novais, “constitui a mais directa contestação institucional à observância da regra da maioria”⁵⁰⁶.

Gargarella delimitou a questão de forma clara:

Como é possível um minúsculo grupo de juízes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular⁵⁰⁷?

Para Blanco de Moraes, um órgão de controle jurisdicional perderia a imparcialidade inerente ao exercício dessa função para passar a exercer materialmente o exercício da atividade legislativa, operando uma concentração de poderes própria de um “governo de juízes” carente de mandato popular direto⁵⁰⁸.

A atuação judicial “expansiva” recebe duras críticas, nessa perspectiva, especialmente sob o viés de sua legitimidade democrática, visto que o magistrado não recebe o batismo do voto popular para tomar decisões de cunho político. Ran Hirschl, para designar a transferência de poder decisório das instituições representativas ao Judiciário, cunhou a expressão “juristocracia”⁵⁰⁹. Como observa Lenio Streck, a concretização de direitos pela via judicial não pode deixar de considerar que a prestação

⁵⁰⁴ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova Iorque: Bobbs-Merrill, 1986. p. 16-7. Livre tradução.

⁵⁰⁵ SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 181.

⁵⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 28-9.

⁵⁰⁷ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. p. 27.

⁵⁰⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 605-13.

⁵⁰⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 1.

jurisdicional não é ilimitada e que o “jogo” democrático tem de ser respeitado, sob pena de partirmos “de uma democracia para uma juristocracia”⁵¹⁰.

Todavia, como ensina Jorge Miranda, Estado Democrático de Direito traduz a confluência de Estado de Direito e democracia, significando que o poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria, mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição, com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder⁵¹¹. Em conceito semelhante, Reis Novais⁵¹² afirma que a fórmula “Estado Democrático de Direito” traduz semanticamente a concepção que sustenta a integração entre direitos fundamentais e regra da maioria,

Partindo do princípio de que o Estado de Direito é o Estado limitado e vinculado juridicamente à garantia e promoção dos direitos fundamentais e que (...) o princípio da maioria desempenha um papel vital na identificação de um regime político democrático.

Nessa linha, alguns autores defendem a existência de uma dimensão substancial da democracia, que aponta para a garantia dos direitos fundamentais, que acresceria à formal ou procedimental – a regra da maioria⁵¹³. Um desses autores é Luigi Ferrajoli, para quem, em um sentido “substancial e social” de democracia, o Estado de Direito “reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos”. Neste sentido, ensina o jurista italiano:

(...) o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às maiorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto. Não há diferença, sob tal aspecto, entre direitos de liberdade e direitos sociais: mesmo os direitos sociais, como está sempre mais evidente nos países ricos, nos quais a pobreza tende a se tornar uma condição de minoria,

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 722, 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁵¹¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 282.

⁵¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 23.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 25.

são direitos individuais virtualmente contrários à vontade e ao interesse da maioria⁵¹⁴.

Assim, não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reiterar que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. Ou seja, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação político-majoritária; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais, e submete-se sempre à precedência da garantia dos direitos fundamentais. Conforme Gomes Canotilho, ao princípio majoritário sobrepõe-se o princípio da constitucionalidade, de modo que a maioria:

Não pode dispor de toda a legalidade, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada⁵¹⁵.

Luigi Ferrajoli dá o nome de “democracia constitucional” ao “conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder”, que postula a garantia dos direitos fundamentais e a reparação contra suas violações⁵¹⁶. Outrossim, Reis Novais leciona que “a democracia constitucional é uma democracia limitada pelos valores constitucionais na medida em que as maiorias que governam ficam privadas de dispor livremente dos interesses, bens e direitos protegidos pela Constituição”⁵¹⁷.

Nessa senda, Jorge Miranda refere que “numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais”⁵¹⁸. Konder Comparato também observa que “a soberania do povo, não dirigida à realização dos direitos humanos, conduz

⁵¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 695-6.

⁵¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 329.

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trota, 2008. p. 27.

⁵¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 25.

⁵¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 282.

necessariamente ao arbítrio da maioria”⁵¹⁹. Afinal, a maioria pode aproveitar a sua supremacia conjuntural para afetar os interesses e os direitos dos que pensam diversamente. Por conseguinte, como ensina Gomes Canotilho, embora a democracia tenha o princípio majoritário como um de seus pilares, isso não pode significar um “absolutismo da maioria”⁵²⁰. De fato, a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, como a Assembleia Jacobina do período do terror na Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas, impondo-se sua limitação.

Modernamente, essa limitação é levada a cabo pelas Constituições que procuram excluir determinados temas do debate político, especialmente a garantia irrestrita dos direitos fundamentais – tanto para as maiorias, como para as minorias – e as regras da própria deliberação majoritária, de modo a garantir-se a permanente abertura do sistema democrático⁵²¹. Precisamente, o que a Constituição faz é eleger, reunir e preservar as regras, os direitos e os valores – incluindo os princípios de justiça, os direitos fundamentais e a separação de poderes – e preservá-los contra as decisões da maioria política que a cada momento governa. Dworkin também afirma que a Constituição “destina-se a proteger os cidadãos (ou grupo de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando esta maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum”⁵²².

Nesse contexto, Reis Novais eleva os direitos fundamentais à condição de “trunfos contra a maioria”, com base no termo cunhado por Dworkin (*rights as trumps*)⁵²³. O autor defende que ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra o Estado, e portanto contra a maioria que governa, “mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos e dispõe do apoio de uma maioria

⁵¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151, 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004/11576>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

⁵²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 329.

⁵²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 99, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

⁵²² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 208-9.

⁵²³ “(...) *rights are best understood as trumps over some background justifications for political decisions that states a goal for the community as a whole*”. DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984. p. 153.

social”⁵²⁴. Como observa Robert Alexy: “os direitos fundamentais são posições tão importantes, que sua atribuição ou denegação aos indivíduos não pode ficar nas mãos da maioria parlamentar simples”⁵²⁵. E essa posição privilegiada dos direitos fundamentais abrange, com base em tudo o que foi exposto, aqueles que se traduzem em prestações do Estado, especialmente na esfera do mínimo existencial, sob pena de configurar omissão inconstitucional. No escólio de Luigi Ferrajoli:

Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que *nem sobre tudo se pode decidir*, nem mesmo em maioria, a regra do Estado social de direito é aquela a qual *nem sobre tudo se pode não decidir*, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode decidir, mesmo se não interessarem à maioria⁵²⁶.

Segundo o jurista italiano, a regra da maioria está limitada pelos “direitos fundamentais de todos: os direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar, e os direitos sociais – direito à saúde, à educação, à seguridade social e à subsistência – que toda maioria está obrigada a satisfazer”⁵²⁷.

No Brasil, especialmente, as maiorias políticas mais do que ignoram: simplesmente desprezam os direitos fundamentais dos indivíduos que cumprem pena de privação de liberdade. Em um ambiente de medo, vistos sob a ótica de inimigos, os indivíduos encarcerados são tidos por grande parte da sociedade brasileira como seres despidos de sua humanidade, e merecedores de todo tipo de sofrimento. Desse modo, muitos cidadãos brasileiros indignam-se com o fato de que o dinheiro do contribuinte é empenhado em medidas destinadas a garantir o “bem-estar” de “bandidos”, em vez de ser investido em outros projetos que contam com maior adesão popular, em prol dos “cidadãos de bem”.

Naturalmente, os mecanismos majoritários no país repercutem essa mesma orientação. Nessa linha de pensamento, e preocupados com o apoio popular, os governantes democraticamente legitimados persistem em ignorar a situação dos presídios brasileiros, deixando de investir na sua recuperação e desviando recursos disponíveis para tal propósito em prol de outros fins. Aí que se revela de suma

⁵²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 22.

⁵²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 395. Livre tradução.

⁵²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 693.

⁵²⁷ Idem. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trota, 2008. p. 27.

importância a atuação contramajoritária da justiça constitucional – especialmente a do Supremo Tribunal Federal – em garantia dos direitos fundamentais dos aprisionados.

Aliás, no caso dos presos, sua marginalização e exclusão das deliberações políticas é ainda mais flagrante do que ocorre com outros grupos minoritários, porque aqueles têm suspensos seus direitos políticos enquanto duram os efeitos de sua condenação transitada em julgado, conforme o art. 15, inciso III, da CF. Por essas razões, pode-se afirmar que os indivíduos privados de liberdade formam uma minoria praticamente desprovida de representação política, estando a defesa dos seus direitos e interesses deixada quase que exclusivamente à atuação dos tribunais. Conforme sustentado pela União, no julgamento do RE nº 592.581/RS:

O que se percebe é que, ao mesmo tempo em que assegurou aos presos o direito ao tratamento íntegro, a Carta Republicana negou-lhes o acesso direto ao embate democrático. Essa negativa parece assomar como o principal motivo pelo qual os condenados não conseguem influir nas decisões orçamentárias. E o alheamento desse momento decisório possivelmente está a penalizá-los com a falta de recursos para investimento na modernização do sistema carcerário. Forma-se, em torno do destino dos encarcerados, um círculo vicioso, a sentenciá-los não apenas com a segregação física, mas também com o exílio político, social e econômico.⁵²⁸

Felizmente, as minorias, em um Estado Democrático de Direito, embora não sejam contempladas com a adequada representação política, têm assegurado, em maior ou menor extensão, o acesso ao Judiciário, para tornar efetivos seus direitos e interesses. É uma das principais tarefas atribuídas aos magistrados, portanto, a de exercerem seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, quando flagrantemente incompatível com os preceitos constitucionais fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Em suma, não se pretende outra coisa senão tomar a complexidade institucional, presente nas democracias constitucionais contemporâneas, como instrumento apto a impedir que qualquer grupo de indivíduos exerça muito poder, por muito tempo, ou que questões que dizem respeito a direitos fundamentais sejam decididas de forma arbitrária.

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. p. 46. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Ronald Dworkin referiu-se ao “fórum do princípio” para afirmar que, em uma sociedade democrática, algumas questões mais fundamentais de moralidade política devem ser debatidas como “questões de princípio e não apenas de poder político”⁵²⁹. Para o doutrinador norte-americano, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁵³⁰. Nessa linha, são questões de princípio as que envolvem os direitos fundamentais das pessoas, e não a melhor forma de se promover o bem-estar geral. Dworkin conclui, a este respeito, que a revisão judicial “oferece a promessa de que os conflitos mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça”⁵³¹.

Dessa feita, eventuais desacordos jurídicos não têm solução que dê espaço à subjetividade do debate político, precisando da arbitragem técnica e imparcial do juiz, cuja “superior aptidão funcional” para decidir se um direito está ou não a ser legitimamente afetado, segundo Reis Novais, apoia-se, dentre outras razões, na independência que lhe está institucionalmente garantida, a que acresce sua ausência de responsabilidade política, e na imparcialidade, bem como na necessidade de fundamentação e de coerência exigidas às decisões judiciais⁵³².

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia é precisamente seu prestígio público, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*, único atributo capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral. Trata-se da legitimidade fundada no respeito e na confiança que os juízes inspiram no povo, com base na independência com que os magistrados exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui⁵³³.

⁵²⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 102.

⁵³⁰ Idem. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36.

⁵³¹ Idem. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101-3.

⁵³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 118-19.

⁵³³ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151, 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004/11576>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

Isso é especialmente verdade no Brasil, notadamente em razão da profunda desconfiança dos cidadãos em relação aos governantes. Afinal, há mais de uma década, o país vive grave crise política, que se deve em parte à ineficiência da administração pública e, também, a uma série de escândalos de corrupção, envolvendo todas as esferas dos Poderes Executivo e Legislativo e deixando incólumes poucos atores políticos com alguma relevância. Neste cenário, o Poder Judiciário, responsável pelo julgamento e a condenação desses mesmos governantes, emerge como bastião da moralidade e como a única instância confiável. Como observa Ran Hirschl, a judicialização da política é um fenômeno mais provável quando as instituições judiciais são vistas, pelos movimentos sociais, os grupos de interesse e os ativistas políticos, como órgãos mais confiáveis, imparciais e eficientes na tomada de decisões do que as não raro tendenciosas instâncias decisórias majoritárias e outras instituições governamentais burocraticamente limitadas⁵³⁴.

Numa sociedade como a brasileira, por consequência, a presunção de que os Poderes Legislativo e Executivo visam ao interesse geral mantém-se no plano jurídico-formal, mas não é, atualmente, partilhada pela opinião pública, que, por força desse período de desvelamento da corrupção que graças o sistema político brasileiro tem os "políticos" como objeto de escárnio. Este descrédito não colhe o juiz, que, pela sua qualificação jurídica e seleção por meio de concurso, condição que, em tese, lhe atribui independência e imparcialidade, produz na sociedade o entendimento de que é melhor que a ele, juiz, seja dada a decisão em matérias importantes do que aos "políticos" - vistos como ignorantes, corruptos e demagogos. Ademais, o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas pelo contraditório, e as decisões resultantes são sujeitas a reexame. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas⁵³⁵.

Além disso, no que diz com as políticas prisionais, ter como legítima a atuação judicial que impõe a implementação de medidas concretas ou a realização de obras emergenciais à administração pública não significa, necessariamente, permitir-se aos

⁵³⁴ HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. Fordham Law Review, v. 87, n. 2, p. 744, 2006. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁵³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 198, p. 15-6, 1994. Disponível em: <<file:///Users/dani/Downloads/46407-96626-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

juízes que “governem” ou “façam políticas públicas”. Mesmo porque em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Quando não estão em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, os tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas a legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais.

No entanto, garantir o direito do preso à sua integridade física e moral não precisa ser atividade de substituição ao gestor, mas exigir que este, de acordo com suas escolhas políticas, orçamentárias e técnicas, cumpra a exigência constitucional. Isso significa dizer que, configurada hipótese na qual o Poder Executivo omite-se em efetivar os direitos fundamentais, cabe ao Judiciário condená-lo a obrigações de fazer, a exemplo da adequação ou construção de estabelecimentos prisionais.

Com esse fim, o Judiciário pretende retirar o administrador público da inércia mediante a interferência na formulação das políticas públicas, para que sejam adotadas as necessárias à consecução dos objetivos constitucionais. Não se trata, dessarte, de substituição aos demais poderes nas tarefas que lhes são próprias, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação da administração, deixando a esta o estabelecimento das minúcias.

Aliás, quanto ao argumento, sustentado no aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que a crise econômica enfrentada pelos Estados brasileiros deveria ser levada em conta como limite fático à realização de obras emergenciais no presídio de Uruguaiana⁵³⁶, tem-se que nesse contexto de escassez de recursos, pelo contrário, adquire especial importância o papel contramajoritário que desempenham os tribunais, na defesa, contra o alvitre da maioria, dos direitos fundamentais daqueles que a

⁵³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. p. 6-8. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20USTI%C7A%20-%202021.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar, como é o caso dos indivíduos presos no Brasil.

Como defende Reis Novais, em tempos de crise, a Constituição deve assumir “uma nova e reforçada aplicabilidade” e o Tribunal Constitucional deve ser “ainda mais vigilante e guardião dos direitos e garantias nela previstos do que em tempos de normalidade”. Isso pois, nas situações de “anormalidade política, econômica ou social”, os direitos e garantias constitucionais passam a ser fortemente ameaçados pelas decisões da maioria parlamentar ou governamental. Num contexto como este, interesses, direitos e garantias individuais ou de setores particulares da sociedade são vistos e percebidos, por todos os outros, “como interesses menores” face à premência das questões financeiras pendentes de solução, as quais tendem a ocupar o primeiro plano dos objetivos políticos e da atenção midiática. Ou seja, em um cenário de crise, a opinião pública tende a ser mais indulgente para com o sacrifício de direitos individuais “impostos no quintal do vizinho”⁵³⁷.

É precisamente nessas alturas que a justiça constitucional desempenha, como nunca, o seu papel insubstituível na garantia dos direitos fundamentais e dos princípios de justiça que a comunidade desejou preservar das decisões maioritárias e que, por isso mesmo, colocou na Constituição⁵³⁸. Afinal, como diz Cattoni de Oliveira, há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais⁵³⁹.

De outra parte, observa-se que a Constituição submete o legislador e o administrador democraticamente legitimados, na medida em que consiste em ato dotado de legitimidade democrática superior, visto que, enquanto as leis infraconstitucionais e os atos administrativos resultam de uma maioria conjuntural, posto que elaborados por políticos eleitos num dado momento histórico, a Constituição advém de uma maioria soberana que se impõe aos poderes constituídos, devendo ser

⁵³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 53-6.

⁵³⁸ Ibid., p. 55-7.

⁵³⁹ OLIVEIRA, 2015 apud STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, vol. 17, n. 3, p. 724, 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

assegurada a sua supremacia, que, reiterar-se, consiste na mais eficaz proteção aos direitos fundamentais e, por conseguinte, ao Estado democrático de Direito⁵⁴⁰.

Assim, a ideia de indisponibilidade e vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais obteve, no fórum próprio de Estado de Direito que é o momento constituinte, o apoio de uma maioria democrática qualificada, cuja vontade é concretizada pelos órgãos judiciais, na jurisdição constitucional⁵⁴¹. Aqui se vislumbra a ideia segundo a qual, nas palavras de Goyar-Fabre, “a soberania popular consiste essencialmente no poder constituinte do povo”⁵⁴².

Ademais, a regra de deliberação majoritária não é sinônimo de democracia, que exige, para além da vontade da maioria, a garantia de um conjunto mínimo de direitos fundamentais para todos os indivíduos. A soberania popular democrática é, antes de tudo, um corolário da ideia de igualdade⁵⁴³, ou seja, o adequado funcionamento de uma democracia depende da igual participação de todos os cidadãos nas deliberações políticas, o que exige, a seu turno, o respeito e a promoção dos direitos fundamentais de modo a oferecer a cada indivíduo as condições mínimas para participar de tais deliberações.

Por isso Gomes Canotilho afirma que os direitos fundamentais têm uma função democrática, na medida em que o exercício democrático do poder depende da participação livre - assente em garantias e também na criação de direitos sociais e económicos - de todos os cidadãos⁵⁴⁴. Rawls considera que, abaixo de um certo nível de bem-estar material e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais⁵⁴⁵. Também Reis Novais afirma que os direitos fundamentais “são condição do regular funcionamento da democracia”, pois sem a possibilidade de exercício de tais direitos, não se pode garantir a possibilidade de efetiva igual participação de todos nas decisões da comunidade, com o que “a regra da maioria falha a racionalidade que a justifica”; quando se priva parte da

⁵⁴⁰ RECK, Melina Breckenfeld. *Constitucionalização Superveniente?* São Paulo: Renovar, 2012. p. 257-8.

⁵⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 244.

⁵⁴² GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 108.

⁵⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 293.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 290.

⁵⁴⁵ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Queluz de Baixo: Editorial Presença, 1997. p. 169.

população de direitos, “a vida política não é livre nem igualitária e, logo, o poder e o seu exercício não são democráticos”⁵⁴⁶.

É essencial em um Estado de Direito, dessa forma, que também as minorias, ou quaisquer indivíduos que não se vejam representados nos agentes políticos eleitos, tenham seus direitos resguardados, em atenção aos princípios da igualdade democrática e da autodeterminação⁵⁴⁷. Hesse também manifesta-se no sentido de que a legitimidade majoritária não é suficiente para a ordem democrática da lei fundamental, sendo necessário garantir o exercício de influência também daqueles grupos que não fazem parte da maioria sustentadora do domínio político⁵⁴⁸. Da mesma forma, Dworkin pondera que “nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína do poder político”, já que “muitos cidadãos (...) são inteiramente destituídos de privilégios”. Para o doutrinador norte-americano, as minorias ganham poder político por meio do acesso aos tribunais⁵⁴⁹. Nessa esteira, desponta como relevante a função contramajoritária da justiça constitucional na proteção das minorias e dos grupos vulneráveis, sob pena de comprometimento da legitimidade democrática das próprias ações estatais.

Outrossim, a expansão da atividade jurisdicional para questões políticas consubstancia um modo de expansão da própria democracia, em sua acepção material, pois oferece um novo espaço de participação popular na tomada de decisões políticas. Conforme preleciona Ingo Sarlet, há que considerar-se o direito de ação como forma de manifestação concreta da cidadania ativa e instrumento de participação do indivíduo no controle social sobre os atos do poder público⁵⁵⁰. Afinal, a jurisdição constitucional não deixa de ser um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”.

Dominique Rousseau, nessa esteira, caracteriza a democracia representativa como sazonal e opõe-lhe uma forma contínua de democracia:

⁵⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 26-7.

⁵⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 329.

⁵⁴⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 121-3.

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31-2.

⁵⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 377.

A democracia contínua se poderia definir – ao menos provisoriamente – como um além da representação, não porque suprima sua importância, mas porque a transforma e alarga o espaço de participação popular por meio de formas particulares – e, notadamente, pela jurisdição constitucional – que permitem aos indivíduos exercerem um trabalho político: o controle, fora dos momentos eleitorais, da ação dos governantes⁵⁵¹.

Nesse diapasão, vê-se que os próprios tribunais tornaram-se espaços democráticos. Aliás, a possibilidade de *amicus curiae* e das audiências públicas, a intervenção do Ministério Público, assim como o amplo rol de legitimados a propor análises de constitucionalidade, tanto no âmbito do sistema de controle abstrato quanto do difuso, asseguram a democracia participativa na justiça constitucional brasileira.

Quanto ao *amicus curiae*, a Lei nº 9.868/99 permitiu que o relator nos casos de ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de órgãos ou entidades (art. 7º, § 2º). A Lei nº 9.882 (sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) também possui previsão semelhante (art. 6º, § 2º). Além disso, o Código de Processo Civil faz menção ao *amicus curiae* no art. 1.038, referente ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos: “O relator poderá: I – solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; (...)”⁵⁵², possibilitando que indivíduos possam se manifestar como amigos da Corte.

No caso das audiências públicas, as Lei nº 9.868/99 e 9.882/99 possibilitam que aquelas sejam realizadas para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria discutida, como ocorreu no julgamento do RE nº 641.320/RS, que versava sobre a falta de vagas em estabelecimentos prisionais⁵⁵³. Além disso, não obstante o fato de que o exame difuso de constitucionalidade pode ser provocado por qualquer indivíduo, tem-se que, mesmo nas ações de fiscalização de constitucionalidade pela via concentrada, a sociedade interage de modo indireto com o Supremo Tribunal

⁵⁵¹ ROUSSEAU, Dominique. *La Justice Constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 155-6.

⁵⁵² BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Gilmar Mendes abre audiência pública sobre regime prisional nesta segunda-feira (27). *Notícias STF*, 24 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239455>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

Federal, por meio da representação a entes com poderes processuais de provocação da Corte Suprema, como, por exemplo, a Procuradoria Geral da República⁵⁵⁴.

A respeito do tema, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADI nº 3.510 (em que se controvertia a lei de biossegurança no quanto regulava a pesquisa médica com células-tronco embrionárias), referiu-se a aspectos dos procedimentos de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal para defender a legitimidade democrática do julgamento:

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os experts sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático⁵⁵⁵.

Essa é a posição adotada por autores que, propugnando uma concepção deliberativa de democracia, “rejeitam a redução do regime democrático ao voto da maioria” e “concebem materialmente os direitos fundamentais enquanto condições de existência de uma democracia” em que os participantes se empenham coletivamente num “processo deliberativo racional, argumentativo e imparcial de prossecução do bem público”, em que tanto o Parlamento quanto o Tribunal Constitucional têm uma natureza representativa⁵⁵⁶. Como diz Terri Peretti: “a legitimidade de cada instituição não é determinada por sua democraticidade, mas por seu valor instrumental em prover pontos de acesso para a expressão de visões e interesses opostos”⁵⁵⁷. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo.

⁵⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141.

⁵⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Requerente Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. STF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁵⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 24-5.

⁵⁵⁷ PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. New Jersey: Princeton University Press, 2001. p. 190.

Vale mencionar, nesse sentido, a íntegra do raciocínio de Robert Alexy:

O princípio fundamental "todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados⁵⁵⁸.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal se torna um espaço ainda mais democrático na medida em que seus membros são nomeados pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, o que consiste em uma via indireta da democracia representativa, e podem sofrer *impeachment* pelos membros do Poder Legislativo⁵⁵⁹. Reis Novais afirma que a nomeação dos respectivos membros de um Supremo Tribunal, por um ou mais órgãos democraticamente legitimados, é algo que lhe atribui indiscutível legitimidade democrática. Trata-se de instituição que "assume objetivamente uma natureza quase paradoxal: tem uma vocação funcional *contramajoritária*, mas os seus membros são necessariamente designados com influência determinante da maioria, sem o que careceriam da referida legitimidade"⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, p. 66, jul./set. 1999.

⁵⁵⁹ JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 112-3. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. p. 256.

⁵⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. p. 176-7.

Shapiro, a esse respeito, concluiu:

A judicialização não substitui o poder normativo do legislativo e da administração pelo poder normativo dos juízes, e nem mesmo concede aos juízes a última palavra no processo político. Ela apenas inclui os juízes em uma vasta e multifacetada lista de atores políticos⁵⁶¹.

As considerações anteriores levam à conclusão, em suma, de que a interferência judicial da esfera decisória reservada ao Poder Executivo, na medida em que se faz necessária à proteção dos direitos fundamentais contra as violações perpetradas pela maioria governante, e desde que ponderada com direitos e interesses contrários, não somente goza de legitimidade democrática como também serve de instrumento à democracia, revelando-se tarefa imprescindível em um Estado Constitucional de Direito.

Entende-se que, no caso dos presídios brasileiros, a grave violação aos direitos fundamentais, alcançando a transgressão da dignidade da pessoa humana, justifica plenamente a necessidade de os magistrados exercerem função atípica, interferindo em políticas públicas e escolhas orçamentárias, sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes⁵⁶². Afinal, na situação descrita, somente o Poder Judiciário revela-se capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o avanço de soluções, sob pena de – nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello – “chegar-se a um somatório de inércias injustificadas”⁵⁶³.

Verifica-se, outrossim, que a Constituição que guia o ordenamento jurídico brasileiro, situada no atual contexto de menoscabo dos direitos fundamentais pelas instâncias político-majoritárias exige, em muitos casos, uma atuação expansiva do Poder Judiciário, especialmente na defesa de grupos minoritários e vulneráveis como os que integram os indivíduos privados de liberdade. Isso é especialmente verdade no Brasil, considerando tanto a persistente ineficiência observada na administração pública quanto os escândalos que enfraquecem os poderes legislativo e executivo perante a sociedade.

⁵⁶¹ SHAPIRO, Martin. The United States. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 59.

⁵⁶² Ibid., p. 31.

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. STF, 9 set. 2015. p. 31. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

De fato, o ativismo judicial tende a se instalar em situações de “descolamento” entre a classe política e a sociedade civil, nas quais as demandas sociais não são atendidas de maneira efetiva. Em outras palavras, contribui para esse fenômeno a desilusão social com a política majoritária, em razão da crise de representatividade dos líderes eleitos. Como esposado anteriormente, o princípio da separação de poderes pode ser compreendido de forma diferente conforme a época e o local, podendo estar mais adequado à realidade brasileira, portanto, aquele que oferece maior protagonismo ao Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais.

Nessa linha, a decisão judicial que, em atenção ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais dos presos, bem como às normas infraconstitucionais que asseguram tais direitos, impõe ao Estado a adoção de medidas concretas e a realização de obras emergenciais em presídios, pode ser caracterizada como criativa e, em certa medida, expansiva e proativa, pois busca soluções para a efetivação dos referidos direitos na esfera de discricionariedade de outros poderes. Essa decisão, contudo, claramente obedece aos parâmetros legais e constitucionais, ainda mais por tratar-se de caso em que a administração está a violar, repetidamente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos presos.

Igualmente, a decisão utilizada como paradigma neste estudo não abdicou da devida ponderação com os limites fáticos à plena efetivação, pelo Estado, dos direitos fundamentais dos indivíduos sob sua custódia, tendo observado que existem, de fato, recursos a serem investidos no sistema carcerário, cabendo à própria administração demonstrar o contrário, e que, ao menos contra a garantia do mínimo existencial dos apenados, não prospera a invocação do argumento da reserva do possível.

É de se destacar que ao Poder Judiciário não cabe se substituir ao legislador ou ao gestor. Mas, em lugar de uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma superada compreensão sobre a separação de poderes, é possível, sim, conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, pois isso promove a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária. Com isso, é possível uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta o direito fundamental do preso à sua integridade física e moral durante sua custódia pelo Estado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro de total falência do sistema prisional brasileiro afeta praticamente todos os estados da Federação. As prisões brasileiras sofrem com celas superlotadas, estruturas precárias, imundas e insalubres, onde proliferam doenças infectocontagiosas e faltam aos presos atendimento médico, inclusive às presas gestantes e seus filhos. Também faltam aos presos água potável, comida saudável e artigos de higiene básica. Nas prisões, os indivíduos permanecem em absoluta ociosidade, pois não se dedicam ao estudo ou ao trabalho, de modo que saem do cárcere sem ter condições de desenvolver atividade laboral que os afaste do mundo do crime.

De outra parte, a escassez de agentes penitenciários deixa as prisões sob o controle dos presos, sendo que, em algumas delas, os detentos controlam a entrada e a saída das galerias, onde as celas não são trancadas ou sequer têm portas. Sem a adequada supervisão por parte do Estado, os presos comandam atividades criminosas dentro e fora dos muros das prisões, e os indivíduos privados de liberdade são obrigados a filiar-se a uma facção criminosa para sobreviver dentro do cárcere. As agressões, os homicídios, as torturas e a violência sexual contra os presos também são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. Revoltados com o tratamento que recebem na prisão, os detentos regularmente organizam fugas, dão início a rebeliões ou orquestram a tomada de reféns, por vezes resultando na morte de dezenas de pessoas.

Na prática, portanto, a pena de privação de liberdade, no Brasil, deixou de ser uma limitação, tão somente, ao direito de ir e vir do apenado, que também é condenado a passar fome, calor e frio, ser privado de sono, adoecer e sofrer os mais brutais abusos físicos e psicológicos, tendo praticamente todos os seus direitos fundamentais violados e restando despido de sua dignidade. A pena que é efetivamente aplicada, além de flagrantemente ilegal e significativamente mais gravosa do que a punição prevista em lei para qualquer crime no Brasil, consiste em tratamento cruel, desumano e degradante, que pode ser, inclusive, equiparado a práticas de tortura. Desse modo, inviabiliza-se aquele que é o principal objetivo da pena, que é a ressocialização do condenado.

A crise do sistema prisional é complexa e advém de inúmeros fatores. Para além da sempre crescente criminalidade no país, a superlotação dos estabelecimentos carcerários deve-se, em parte, ao uso insuficiente de medidas alternativas à pena

privação de liberdade, seja por falhas na prestação jurisdicional, seja porque não há estrutura para monitorar seu cumprimento. Para isso, contudo, o Conselho Nacional de Justiça lidera esforços que têm exibido resultados na redução do encarceramento e do número de presos provisórios, como a realização, pelos juízes, dos mutirões carcerários e das audiências de custódia. Além disso, não há carência de leis que definam e assegurem o cumprimento dos direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade. Com efeito, o relato do que ocorre nas prisões é ainda mais chocante quando contrastado com o disposto na Constituição Federal e na extensa legislação, vigente no Brasil, que formalmente garante ao preso o pleno gozo de todos os seus direitos não atingidos pela condenação.

A relevância do propósito de defesa dos direitos humanos para a formação da ordem político-social brasileira se infere, prontamente, da amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, da sua colocação logo no início do texto constitucional e da sua consagração expressa como cláusulas pétreas do sistema. Outrossim, a Constituição adotou uma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, que abrangem não somente aqueles consagrados na própria Carta como outros decorrentes dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Além disso, o artigo 1º da Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa humana, princípio de valor que confere sentido e finalidade aos direitos fundamentais, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, sobre o qual repousa toda a ordem jurídica nacional. E a dignidade, como valor intrínseco a todo ser humano, não distingue o indivíduo que comete crimes, o qual permanece na condição de titular de todos os seus direitos fundamentais não atingidos pela pena de privação de liberdade. Afinal, todas as pessoas são iguais em dignidade, ainda que se portem de forma indigna. É o que prescreve o princípio constitucional da igualdade e seu consectário lógico, o princípio da não-discriminação, no sentido de que todas as pessoas nascem e permanecem como titulares dos mesmos direitos fundamentais, sem distinção de qualquer espécie. Assim, não somente a pena de privação de liberdade não pode afetar negativamente qualquer outro direito fundamental como, pelo contrário, por ser o preso confiado à execução penal, o Estado deve ser o primeiro responsável por assegurar o respeito e a efetivação dos seus direitos.

Nesse sentido, observa-se a abundância de normas que prescrevem especificamente a garantia dos direitos dos presos pelo Estado. A Constituição Federal e

todos os principais instrumentos internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil expressamente garantem ao preso o respeito à sua integridade física e moral, vedam a tortura e o tratamento desumano ou degradante e proíbem a existência de penas cruéis. Outrossim, desde 1984, o tratamento que deve ser conferido aos presos no país é regulamentado pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), elaborada nos moldes das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. A Lei proclama que a principal finalidade da pena é a ressocialização do condenado e detalha, ao longo de cerca de 200 artigos, de que forma incumbe ao Estado assegurar, ao indivíduo privado de liberdade, os direitos à vida, à saúde, à educação, ao trabalho remunerado e de acesso à justiça, entre outros.

Verifica-se, nessa esteira, que leis que garantem direitos aos presos é o que não falta; o que falta é seus preceitos saírem do papel mediante ações a cargo do Poder Executivo. Os direitos assegurados aos presos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e nos inúmeros tratados ratificados pelo Brasil simplesmente não se concretizam em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e os governantes pouco fazem para alterar a situação.

Afinal, por mais relevantes que sejam os esforços de redução do encarceramento, é a omissão do administrador público em relação ao sistema prisional que é responsável, de forma imediata, pela violação dos direitos fundamentais dos apenados, já que faltam investimentos e ações para a criação de novas vagas, para a contratação de pessoal, para a adequada prestação de serviços aos presos e para a realização de reformas nos estabelecimentos, dentre outras medidas. Essa omissão administrativa é ainda mais grave diante do fato de que o Estado efetivamente dispõe de recursos a serem investidos no sistema prisional, contando, inclusive, com fundo criado especificamente para o financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros. O que se observa, nesses casos, é a subutilização dos recursos do fundo – que acumula valores na casa dos bilhões de reais - devido ao contingenciamento de verbas pelo governo federal, que dificulta sua transferência aos estados e, por parte desses entes federados, à inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos de construção e melhoria do sistema prisional.

Preocupados com a própria popularidade, os governantes preferem investir em projetos que angariam maior apoio do eleitorado. Na realidade, o descaso do administrador público em relação ao sistema prisional amolda-se à concepção

majoritária dos cidadãos, os quais, atemorizados com a escalada de violência e criminalidade, assinalam os apenados como inimigos da sociedade e aceitam as penas cruéis e desumanas como forma legítima de punição daquele que descumpre as leis. Paralelamente, as penitenciárias tornam-se verdadeiras “escolas do crime” e acabam por contribuir para o aumento da criminalidade, como comprovam as altas taxas de reincidência observadas entre os egressos do sistema prisional.

Diante dessa situação, resta como alternativa socorrer-se ao Poder Judiciário em busca de medidas que garantam o cumprimento dos preceitos legais e constitucionais violados. Efetivamente, a situação dos presídios tem resultado na multiplicação de ações nas quais pleitea-se desde indenizações por danos físicos e/ou morais sofridos dentro das instalações carcerárias até a interdição, a reforma ou a construção de estabelecimentos prisionais. A crise dos presídios chegou inclusive ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem repetidamente condenado o Estado brasileiro ao cumprimento de medidas cautelares para a proteção da vida e da integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, mas que vêm sendo descumpridas. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, que desempenha o papel de corte constitucional no país, proferiu entendimento final sobre o tema da omissão do Poder Executivo em relação ao sistema prisional, em decisão que vincula todos os órgãos públicos à sua observância.

Trata-se do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, no qual o STF assentou, sob o ângulo da repercussão geral, o entendimento de que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública a promoção de medidas ou a execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. O recurso havia sido interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que havia decidido não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, para adequá-lo aos requisitos básicos da habitabilidade e salubridade, sob pena de indevida invasão de campo decisório reservado à administração pública e de afronta ao princípio da separação de poderes.

Segundo o acórdão do tribunal estadual, o pedido de reforma do presídio tinha por fundamento direitos albergados em normas constitucionais programáticas e não autoexecutáveis. Seu cumprimento, conforme o entendimento exarado no aresto, estaria

sujeito à discricionariedade do administrador e aos limites materiais da “reserva do possível”, seara na qual é descabida a intervenção do Poder Judiciário, até mesmo porque a este falta capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.

Ocorre que o direito fundamental do preso à sua integridade física e moral é, à primeira vista, um direito de liberdade ou de defesa, como são chamados os direitos aos quais corresponde um dever de não interferência ou proibição de agressão por parte dos seus destinatários. Quanto à sua eficácia, esses direitos, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, no sentido de que são plenamente desfrutáveis e exigíveis em juízo. Isso se explica pela circunstância de que as normas que os consagram – consideradas normas preceptivas - receberam do constituinte, em regra, suficiente normatividade e independem de intermediação concretizadora, adequando-se à clássica concepção das normas autoexecutáveis ou exequíveis por si mesmas.

No caso dos presos, contudo, o Estado se torna o primeiro responsável por garantir-lhe condições de vida digna, pois os mantém sob custódia, o que evidentemente impossibilita tais indivíduos de proverem suas próprias necessidades enquanto cumprem a pena de privação de liberdade. Na perspectiva dos encarcerados, portanto, a garantia de sua integridade física e moral fica sob a absoluta dependência da efetivação, pelo Estado, de prestações de ordem material. Nesse sentido, incumbe em primeira linha ao Estado oferecer aos presos assistência material, à saúde, jurídica e educacional, que correspondem aos seus direitos fundamentais sociais prestacionais, traduzindo-se tanto na destinação e no efetivo investimento de recursos no sistema carcerário, quanto na melhor administração das penitenciárias.

Os direitos sociais prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dos direitos de liberdade e obrigam o Estado, como seu destinatário, a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza fática ou normativa. Via de regra, as normas que os albergam não receberam do legislador constituinte a normatividade suficiente para, desde logo, produzirem seus efeitos imediatos, pelo que não se trata, em tese, de preceitos constitucionais exequíveis por si mesmos. Não seria possível deles extrair, nesse sentido, direitos subjetivos imediatamente deduzíveis em juízo.

No entanto, com a consagração do princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, o constituinte pretendeu abranger também os direitos sociais, que inseriu sob o mesmo regime jurídico de proteção e garantia dos direitos de liberdade. Desse modo, ainda que dos direitos fundamentais a prestações, por sua forma de positivação, não se possa sempre deduzir direitos subjetivos, concretos e definitivos de forma automática, o fato é que, em relação a eles, o princípio da aplicabilidade imediata funciona, no sentido de Alexy, como uma espécie de mandado de otimização, que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível a tais direitos.

Isso quer dizer, em última análise, que os direitos fundamentais a prestações também são justiciáveis, no sentido de que podem ter sua efetivação demandada em juízo. Dessa forma, diante da falta de concretização de um direito fundamental, os juízes e tribunais se encontram autorizados a viabilizar sua fruição mediante o preenchimento das lacunas existentes, com o intuito de extrair da norma que os consagra a maior eficácia possível. Trata-se, em suma, de outorgar a todos os direitos fundamentais efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, posto que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia daqueles direitos constitui, na verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade no âmbito da Constituição.

Não obstante, no caso dos indivíduos privados de liberdade, verifica-se que os seus direitos fundamentais já foram objeto de interposição normativa e receberam definição pormenorizada na Lei de Execução Penal, cujos preceitos são imediatamente aplicáveis e asseguram a possibilidade de exigir compulsoriamente do Estado as prestações neles estabelecidas. Dessarte, a ausência de concretização material dos direitos em questão, por meio de políticas públicas, constitui omissão administrativa antijurídica e inconstitucional, que o Judiciário está autorizado a suprir.

Outrossim, a reserva do possível, vista como a efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado para cumprir suas obrigações, não constitui limite fático à concretização dos direitos fundamentais dos presos, não obstante sua dependência de recursos financeiros. Afinal, é precisamente porque não há recursos ilimitados que o administrador público deve redimensionar suas receitas e priorizar os gastos destinados à satisfação dos direitos fundamentais, de acordo com as opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário pelo Estado. Afinal de contas, o lugar de destaque que a Constituição de 1988 conferiu a tais direitos, calcados no

princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, transforma sua concretização em fim último a ser perseguido pelo Estado brasileiro.

Por outro lado, efetivamente há recursos disponíveis para atenuar a crise carcerária, como é o caso do Fundo Penitenciário Nacional, que possui valores na casa dos bilhões aguardando o devido investimento, sempre obstado em razão da burocracia, da ineficiência e do desinteresse da administração na causa dos presos. Da mesma forma, a impropriedade do argumento da ausência de recursos como motivo bastante para a omissão do Estado é a própria constatação – igualmente fática – da contradição entre este discurso e o empenho de exorbitantes recursos públicos – financeiros, de pessoal e de material – em prioridades incompatíveis com a Constituição, ainda mais grave em um país no qual a imoralidade têm sido uma constante nas gestões políticas.

Além disso, todo direito fundamental possui um núcleo essencial que deve ser sempre assegurado, o qual pode ser entendido como um limite absoluto correspondente ao valor que justifica o direito, funcionando como reduto último e intransponível pelos governantes, sejam quais forem os interesses contrários perseguidos. Disto é possível deduzir que todo indivíduo tem um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais que constitui um mínimo existencial, cuja ausência resulta em sacrifício da própria dignidade da pessoa humana, quando não – no caso dos presos - da própria vida humana. Nessa linha, o não atendimento do mínimo existencial dos apenados tem significado, na prática, a aplicação de penas cruéis e, com assustadora frequência, de penas de morte.

Ou seja, ao menos o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais deve ser sempre assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direito fundamentais. Foi para corroborar este entendimento que apontou-se doutrina no sentido de que, pelo menos na esfera de um mínimo existencial, os direitos a prestações tornam-se imediatamente exigíveis em juízo. Assim, não se pode negar ao indivíduo encarcerado o direito de obter, inclusive judicialmente, pelo menos o atendimento das prestações inerentes ao mínimo existencial, assim consideradas aquelas prestações que, à luz das normas constitucionais, podem ser desde logo identificadas como necessariamente presentes qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida.

Não se está, contudo, a afastar a exigibilidade, em juízo, de direitos subjetivos a prestações que ultrapassem estes parâmetros mínimos para uma existência digna, mas

apenas a afirmar que, nesse plano, devem ser consideradas as objeções que se impõem à satisfação de tais prestações, entre elas o respeito ao princípio da separação de poderes e a suposta ausência de legitimidade democrática dos tribunais para imiscuir-se na definição de políticas públicas, visto tratar-se da imposição judicial de condutas administrativas tipicamente reservadas à discricionariedade do Poder Executivo.

Porém, não há como considerar o princípio da separação de poderes como impeditivo à plena efetivação dos direitos fundamentais. O paradigma da rígida separação de poderes, pelo menos em sua configuração inicial, como resposta à experiência do absolutismo, há muito tempo foi superado pelo sistema de freios e contrapesos e a crescente constitucionalização dos direitos humanos, e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram John Locke e Montesquieu, os seus formuladores históricos. A evolução do constitucionalismo difundiu e consolidou, entre os países ocidentais, o modelo norte-americano de supremacia da Constituição, à qual se subordinam todos os poderes constituídos, sendo garantido por mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade.

Cabe ao Poder Judiciário, nesse sentido, fazer prevalecer as disposições constitucionais sobre todas as outras normas e atos dos poderes Executivo e Legislativo, no exercício de tarefa que lhe foi atribuída pela própria Constituição. E essa primazia das normas constitucionais, que se encontram no ápice do ordenamento jurídico, apresenta-se de forma reforçada nos direitos fundamentais, que constituem a finalidade última do Estado de Direito, como já afirmava a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Dessarte, no atual modelo de Estado Democrático de Direito, afirma-se a natureza instrumental do princípio da separação de poderes para a realização dos direitos fundamentais, o que aponta a precedência destes em relação àquele.

Nesses termos, a Constituição permanentemente vincula a discricionariedade do administrador e submete o exercício de sua atividade ao controle jurisdicional. Por tal razão, sempre que uma ação ou omissão administrativa implica a violação de um direito fundamental, o Judiciário está plenamente legitimado a exercer controle sobre o ato em questão, posto tratar-se de aspecto relativo à sua legalidade – ou melhor, inconstitucionalidade – que não pode ser deixado à conveniência e oportunidade do administrador. Ora, se o Estado não promove a satisfação espontânea das necessidades básicas dos presos, está-se diante de lesões aos seus direitos fundamentais, nascendo,

para os titulares, a pretensão de obter judicialmente a devida reparação ou efetivação daquilo que a lei lhes garante, o que constitui garantia fundamental do cidadão brasileiro assegurada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Dessa forma, o administrado tem o direito subjetivo de exigir do administrador omissa a conduta comissiva imposta na lei, inclusive pela via judicial, formulando pedido de natureza condenatória de obrigação de fazer. Diante de uma omissão da administração pública, a tarefa de integração judicial se torna indispensável para que a satisfação dos direitos fundamentais não dependa do arbítrio das injunções político-partidárias do momento a influenciarem os governantes, os quais são conceitualmente parciais e movidos por interesses próprios. Assim, se a Constituição estabelece e confere tratamento especial a inúmeros direitos que os legisladores ou administradores se negam a implementar, não pode o Judiciário se omitir, contribuindo para fraudar a vontade constitucional.

Essa interferência judicial nas políticas prisionais integra o fenômeno mais amplo da judicialização da política, cuja principal característica reside num protagonismo do Judiciário em razão da transferência, a esse Poder, de decisões sobre temas relevantes do ponto de vista social, moral e político, tradicionalmente reservadas à esfera de deliberação político-majoritária. Trata-se, no entanto, de consequência natural da fórmula jurídico-política contemporânea do Estado Constitucional de Direito, que assumiu como traços a materialização da Constituição, agora repleta de valores, princípios e diretrizes políticas, e a ampliação da justiça constitucional na proteção dos direitos fundamentais, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados. Nessa senda, a judicialização da política decorre, na realidade, do próprio ordenamento jurídico, que franqueia aos cidadãos a busca de condutas dos poderes públicos, inclusive de políticas públicas.

Este fenômeno assumiu proporções ainda maiores no Brasil, país regido por uma Constituição dirigente e onipresente, com regramento principiológico e analítico, que consagrou, sob um único regime, amplo rol de direitos fundamentais de liberdade e a prestações sociais, resultando em um maior número de pretensões dos cidadãos perante o poder público. Outrossim, o sistema de controle de constitucionalidade vigente no país combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional, fórmula maximizada no sistema brasileiro pela

admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo rol de legitimados à sua propositura. Com tudo isso, deu-se uma abertura muito abrangente para o exercício do controle da constitucionalidade, e qualificaram-se como jurídicas questões tradicionalmente políticas, agora sujeitas ao crivo do Judiciário.

Nesse contexto, a expressão ativismo judicial é utilizada para descrever a postura adotada pelo Judiciário diante da judicialização da política e, para muitos, possui uma conotação depreciativa, pois caracteriza-se pelo exercício impróprio do poder judicial, prejudicial à democracia, que invade a esfera de competência dos demais poderes e profere decisões à margem da lei e radicadas nas convicções pessoais do julgador.

No entanto, com a materialização da Constituição, notadamente no plano dos direitos fundamentais, pontificam princípios e conceitos indeterminados que transferem ao intérprete algum grau de discricionariedade na definição concreta do seu sentido e alcance, passando a jurisprudência de fonte supletiva a elemento central de configuração da ordem jurídica. Ademais, a normatividade da Lei Fundamental, aliada ao princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, sujeita o texto constitucional a uma interpretação dirigida a obter normas diretamente aplicáveis às controvérsias, o que exige, a seu turno, uma postura mais ativa do juiz que o interpreta.

Por conseguinte, o ativismo judicial, visto como a forma de interpretação que procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos, pode sim ser legitimamente exercido. Desde que essa concretização normativa fundamente-se em argumentos jurídicos racionais e em métodos hermenêuticos amplamente reconhecidos por pares, a decisão judicial resultante pode ser “expansiva” ou proativa sem render-se ao subjetivismo ou ao populismo.

Observa-se, nessa esteira, que o ativismo judicial comporta diversas interpretações, e nem todas são prejudiciais em um país tão desigual e assimétrico como o Brasil. Dessarte, o ativismo judicial pode ser compreendido como uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação reservado aos outros dois Poderes, incluindo a imposição de condutas ou de abstenções, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas insuficientes.

Nessa senda, a decisão judicial que impõe à administração a promoção de medidas emergenciais em prol do sistema prisional pode ser considerada expansiva e proativa no sentido de que busca, em condutas tipicamente reservadas ao Poder Executivo, as soluções necessárias à preservação dos direitos fundamentais e do próprio mínimo existencial dos presos. Não se trata, contudo, de uma decisão que pode ser cunhada de ativista no sentido de que é excessiva ou imprópria, ou seja, não se aplica a ela o conceito de ativismo dos autores que o veem como algo censurável.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal nada mais fez, no Recurso Extraordinário nº 592.581, do que dispor que cabe ao Judiciário condenar o administrador a efetivamente cumprir o que já está definido na Lei de Execução Penal, superando sua omissão transgressora dos direitos e valores que estão na base da Constituição. Trata-se, além disso, de direitos que devem ser garantidos a todas as pessoas encarceradas, sendo que existem recursos para tanto, com o que sequer se estaria violando a reserva do possível. Constitui, portanto, uma atuação judicial constitucionalmente autorizada e francamente necessária na realidade brasileira. Fez isso, aliás, mediante a imposição não de uma reforma sistêmica, mas somente da realização de medidas e obras emergenciais e indispensáveis à garantia do mínimo existencial dos presos. O que não quer dizer que não seja necessária, oportunamente, uma reforma mais abrangente do sistema.

Mas essa expansividade judicial também recebe duras críticas sob o viés de sua legitimidade democrática, visto que o magistrado não recebe o batismo do voto popular para tomar decisões de cunho político. Em tese, a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular. E essa possibilidade de as instâncias judiciais sobrepuem suas decisões, em matérias de relevância política, às dos agentes políticos eleitos, gera o que se denomina dificuldade contramajoritária, porque a minoria derrotada no Parlamento não raramente triunfa, nos tribunais, sobre a maioria democraticamente eleita.

Importa reiterar, nesse diapasão, que as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação político-majoritária. Ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais, e submete-se sempre à precedência da garantia dos direitos fundamentais. Afinal, em uma

democracia constitucional, as maiorias que governam ficam privadas de dispor livremente dos interesses, bens e direitos protegidos pela Constituição, abrangendo tanto os direitos de defesa, que nenhuma maioria pode violar, quanto os direitos sociais prestacionais, que toda maioria está obrigada a satisfazer. Nesse sentido, ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra a maioria que governa, pois embora a democracia tenha o princípio majoritário como um de seus pilares, isso não pode significar um absolutismo da maioria. Constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis.

No Brasil, notadamente, as maiorias políticas, como visto, mais do que ignoram - simplesmente desprezam os direitos fundamentais dos indivíduos que cumprem pena de privação de liberdade, tidos por grande parte da sociedade como seres despidos de sua humanidade e merecedores de todo tipo de sofrimento. Aliás, no caso dos presos, sua exclusão das deliberações políticas é também formal, na medida em que têm suspensos seus direitos políticos enquanto durarem os efeitos de sua condenação penal.

Nesse sentido, desponta como fundamental, para a proteção dos direitos dos encarcerados, o exercício da justiça contramajoritária pelos tribunais na efetivação dos seus interesses. Mesmo porque a regra de deliberação majoritária não é sinônimo de democracia, cuja dimensão substancial exige a garantia de um conjunto mínimo de direitos fundamentais para todos os indivíduos. A soberania popular democrática é, antes de tudo, um corolário da ideia de igualdade, isto é, o adequado funcionamento de uma democracia depende da igual participação de todos os cidadãos nas deliberações políticas, o que exige, a seu turno, o respeito e a promoção dos direitos fundamentais de modo a oferecer a cada indivíduo as condições mínimas para participar de tais deliberações.

Além disso, observa-se que a Constituição submete o legislador e o administrador democraticamente legitimados na medida em que consiste em ato dotado de legitimidade democrática superior, visto que, enquanto as leis infraconstitucionais e os atos administrativos resultam de uma maioria conjuntural, posto que elaborados por políticos eleitos num dado momento histórico, a Constituição advém de uma maioria soberana que se impõe aos poderes constituídos, devendo ser assegurada a sua supremacia, que, reitera-se, consiste na mais eficaz proteção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, do Estado democrático de Direito.

Outrossim, a expansão da atividade jurisdicional para questões políticas consubstancia um modo de expansão da própria democracia, em sua acepção material, pois oferece um novo espaço de participação popular na tomada de decisões políticas. Na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza à população múltiplos instrumentos de acesso aos tribunais, incluindo as ferramentas do *amicus curiae* e das audiências públicas nas ações de fiscalização de constitucionalidade que tramitam no STF, a justiça permite aos indivíduos exercerem o controle, fora dos momentos eleitorais, da ação dos governantes.

Essa concepção mais robusta da democracia adquire particular relevância no Brasil, notadamente em razão da profunda desconfiança dos cidadãos em relação aos governantes eleitos. Este descrédito não colhe o juiz, que, pela sua qualificação jurídica e seleção por meio de concurso, condição que, em tese, lhe atribui independência e imparcialidade, produz na sociedade o entendimento de que é melhor que a ele, juiz, seja dada a decisão em matérias importantes, do que aos "políticos". Ademais, o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas pelo contraditório, e as decisões resultantes são sujeitas a reexame. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Quando não estão em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, os tribunais devem ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador. Isso deve ser feito não só por razões ligadas a legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos e macroeconômicos das decisões proferidas em casos individuais.

Entende-se, contudo, que no caso dos presídios brasileiros, as graves violações de direitos fundamentais, alcançando a transgressão da dignidade da pessoa humana, justificam plenamente a necessidade de os magistrados exercerem função atípica, interferindo em políticas públicas e escolhas orçamentárias, sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e à separação de poderes. Isso não significa que o Judiciário possa substituir-se ao gestor público, mas sim que pode determinar à

administração que, de acordo com suas próprias escolhas técnicas e orçamentárias, cumpra a exigência constitucional.

Afinal, na situação descrita, somente o Poder Judiciário revela-se capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o avanço de soluções, não podendo também ele ficar impassível diante da crise do sistema prisional, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas, que transforma a Constituição e - o que é pior - seus direitos fundamentais em mera declaração de intenções desprovida de vinculatividade. A realidade brasileira exige, portanto, maior protagonismo ao Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais. Com isso, é possível uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta a dignidade do preso durante sua custódia pelo Estado.

REFERÊNCIAS

- ACAYABA, Cíntia et al. Há dez anos, São Paulo parou durante série de ataques contra policiais e civis. *G1* – portal de notícias da Globo, São Paulo, 15 maio 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ha-dez-anos-sao-paulo-parou-durante-serie-de-ataques-contr-policiais-e-civis.html>>. Acesso em: 4 jan. 2017.
- ALESSI, Gil. Justiça interamericana monta ‘supercaso’ contra presídios brasileiros. *El País Brasil*, 26 jan. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/24/politica/1487961377_891224.html>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- ALEXANDRINO, José Melo. *O Discurso dos Direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- _____. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights: the successor to international human rights in context*. Oxford: Oxford University Press. 2013.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BARBON, Júlia; TUROLLO JR., Reynaldo. Brasil ultrapassa Rússia e agora tem 3ª maior população carcerária do mundo. *Folha de S. Paulo*, 08 dez. 2017.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 02 abr. 2018.
- _____. Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, v. 53, p. 78-106, 2000. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.phpC=MTg1Mw%2C%2C>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, 2010.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/68>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

BARROCAL, André. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*, São Paulo, 02 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 225-49.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 102-3.

_____; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: autonomia e dignidade no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-74, jan./jun. 2010.

BERTONI, Estevão. SP fica sem tornozeleira eletrônica para monitorar saída de presos. *Folha de S. Paulo*, 23 mar. 2016. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/03/1753079-sp-fica-sem-tornozeleira-eletronica-para-monitorar-saida-de-presos.shtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. Nova Iorque: Bobbs-Merrill, 1986.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 103-94.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Exposição de Motivos nº 213, de 9 de maio de 1983*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. *Relatório Final da CPI – Sistema Carcerário Brasileiro*. Brasília, DF, agosto de 2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015>. Acesso em: 30 jan. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia*. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Geopresídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 06 maio 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura*. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/sistema-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-snpct/mecanismo/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Mutirão Carcerário*. Brasília. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. AM pode economizar 27 milhões por ano com audiências, diz Lewandowski. *CNJ*, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80108-am-pode-economizar-r-27-milhoes-por-ano-com-audiencias-diz-lewandowski>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Mutirão Carcerário: Relatórios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Mutirões carcerários beneficiam 27,6 mil no Paraná. *CNJ*, 6 fev. 2017. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/84323-mutiroes-carcerarios-beneficiam-27-6-mil-no-parana>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). *Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994*. Disponível em: <<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. *Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

_____. *Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002*. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 09 dez. 2017.

_____. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela XL Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

_____. *Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007*. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 18 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6085.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. INFOPEN – junho de 2016. Ministério da Justiça: Brasília - DF, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/en-GB/mapadefensoria>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. *Lei nº 12.847, de 02 de agosto de 2013*. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm>. Acesso em: 09 dez. 2016.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. *Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894*. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-221-20-novembro-1894-540367-publicacaooriginal-40560-pl.html>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. *Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/file/conteudo/arquivo/2016/06/4b63892a5643662be57c9faf221ac9d0.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

_____. Senado Federal. Senado aprova projeto que veda contingenciamento de recursos do FUNPEN. *Senado Notícias*, 27 fev. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/27/senado-aprova-projeto-que-veda-contingenciamento-de-recursos-do-funpen>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Tuma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. *Notícias STF*, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Relator: Ministra Rosa Weber. STF, 29 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3406&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.170*. Relator: Ministra Rosa Weber. STF, 20 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4655662>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510*. Requerente Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. STF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. STF, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 143.641*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 886*. Brasília, 27 de novembro a 1º de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ministro Gilmar Mendes abre audiência pública sobre regime prisional nesta segunda-feira (27). *Notícias STF*, 24 maio 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239455>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Reclamante Banco Bradesco S.A. e reclamado Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. STF, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252*. Reclamante Anderson Nunes da Silva e reclamado Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. STF, 16 fev. 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641.320*. Reclamante Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e reclamado Luciano da Silva Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. STF, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=40761>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. *Notícias STF*, 8 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. STF, 8 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

BRAZIL PRISON RIOTS: What's the cause? *BBC News*, Londres, 9 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-38534769>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. El neconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (editores). *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 155.

CARDOZO, Daniel. Saiba como o DF monitora presos com tornozeleiras eletrônicas. *Metrópoles*, 04 out. 2017. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/justica-distrito-federal/marcacao-cerrada-a-usuarios-de-tornozeleiras-eletronicas>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CASTÁN, Maria Luisa Marín. Sobre la judicialización de la política: una aproximación desde el neoconstitucionalismo. *Astrolabio Revista Internacional de Filosofía*, Madrid, n. 20, p. 126, 2017. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/viewFile/329710/420327>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CAVALLARO, J. L.; SCHAFFER, E. J. Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, San Francisco, v. 56, n. 2, p. 218-82, dez. 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1407763>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

CENÁRIO DE três rebeliões em 5 dias, Complexo Prisional em Goiás abriga quase o triplo da capacidade de presos. *G1 – o portal de notícias da Globo*, Goiânia, 05 jan. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/cenario-de-3-rebelioes-em-5-dias-complexo-prisional-em-goias-abriga-mais-do-que-o-dobro-da-capacidade-de-presos.ghtml>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 15-99.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*, Universidade de São Paulo, v. 18, n. 51, 2004, p. 151-60. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10004/11576>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CONHEÇA interior de presídio onde ocorreu massacre com 56 mortes. *G1 – o portal de notícias da Globo*, Manaus, 06 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/conheca-interior-de-presidio-onde-ocorreu-massacre-com-56-mortes.html>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CRISE em Natal chega às ruas com ataques a ônibus após transferência de presos. *El País Brasil*, 17 jan. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/18/politica/1484778899_532433.html>. Acesso em: 25 fev. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional e democrático de direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, v. 26, n. 28, p. 150-69, 2016.

DAROIT, Felipe. Júri é cancelado após facção impedir saída de preso do Presídio Central. *Zero Hora*, Porto Alegre, 06 set. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/09/juri-e-cancelado-apos-facciao-impedir-saida-de-presos-do-presidio-central-7393267.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO tem mais de R\$ 2 bilhões em caixa sem uso. *G1* – o portal de notícias da Globo, 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/01/departamento-penitenciario-tem-mais-de-r-2-milhoes-em-caixa-sem-uso.html>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

DIREITOS HUMANOS dependem mais da família, diz brasileiro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u478443.shtml>>. Acesso em: 28 out. 2016.

DORNELLES, Renato. “São os presos que mandam no presídio. E a sociedade paga caro por isso”. *Zero Hora*, Porto Alegre, 16 set. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/09/renato-dornelles-sao-os-presos-que-mandam-no-presidio-e-a-sociedade-paga-carro-por-isso-7394586.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984. p. 153-67.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EM DECISÃO histórica, STF intervém no sistema carcerário. *Veja*, São Paulo, 09 set. 2015. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/em-decisao-historica-stf-intervem-no-sistema-carcerario/>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

FELLET, João. Fotos expõem superlotação e ‘cela de castigo’ em Pedrinhas. *BBC News*, Washington, 07 out. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37581856>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trota, 2008.

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Jurisdicção y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Revista Crítica Penal y Poder*, Universidad de Barcelona, n. 11, p. 1-10, set. 2016.

Disponível em:

<<http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783/19710>>.

Acesso em: 23 mar. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, 1994. Disponível em: <<file:///Users/dani/Downloads/46407-96626-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789*. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declara%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-do-homem-e-do-cidad%C3%A3o-1789.html>. Acesso em: 07 dez. 2016.

FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (org.). *Comentários à Jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional*. Barueri: Manole, 2012. p. 1-19.

FUNDO federal para presídios tem 2,4 bilhões disponíveis. *G1* – o portal de notícias da Globo, 04 jan. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/fundo-federal-para-presidios-tem-r-24-bilhoes-disponiveis-aponta-ong.ghtml>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. O dever de indenização e a superlotação carcerária no Brasil. In: GUERRA, Luiz (Coord.). *Temas Contemporâneos do Direito – Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011. p. 201.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GOVERNO prorroga prazo para estados investirem recursos do fundo penitenciário. *Agência Brasil*, 22 dez. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/governo-prorroga-prazo-para-estados-investirem-recursos-do-fundo-penitenciario>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, p. 24-5, 2010. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. *Fordham Law Review*, v. 87, n. 2, p. 721-53, 2006. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4205&context=flr>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HORROR NA prisão: 31 presos são mortos, decapitados e têm o coração arrancado. *Gazeta do Povo*, Boa Vista, 06 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/horror-na-prisao-31-presos-sao-mortos-decapitados-e-tem-o-coracao-arrancado-2mzwn4eycsft46p1y17p2b1h7>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH (HRW). *"O Estado Deixou o Mal Tomar Conta"* - A crise do sistema prisional do estado de Pernambuco. Nova Iorque, out. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

INSTITUÍDO em atendimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, em 2007, com a ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da Organização das Nações Unidas. BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). *Relatório Anual (2015-2016)*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília, 2016. p. 43.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JUSTIÇA INTERDITA presídio de Bento Gonçalves. *Pioneiro*, Porto Alegre, 21 set. 2017. Disponível em: <<http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/noticia/2017/09/justica-interdita-presidio-de-bento-goncalves-9909877.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

JUSTIÇA INTERDITA presídio de Frederico Westphalen. *Infoco RS*, Porto Alegre, 8 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.infocors.com.br/2017/06/poder-judiciario-interdita-presidio-de.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

JUSTIÇA INTERDITA presídio de Palmeira das Missões por superlotação. *G1 RS*, Porto Alegre, 30 jan. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2017/01/justica-interdita-presidio-de-palmeira-das-missoes-por-superlotacao.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

JUSTIÇA INTERDITA presídio estadual de Lajeado. *Gaúcha ZH*, Porto Alegre, 30 jan. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/06/justica-interdita-presidio-estadual-de-lajeado-9826585.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

KANNENBERG, Vanessa. De Carandiru ao massacre de Manaus: as mais violentas rebeliões em presídios do Brasil. *Zero Hora*, Porto Alegre, 02 jan. 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/01/de-carandiru-ao-massacre-de-manaus-as-mais-violentas-rebelioes-em-presidios-no-brasil-9063655.html>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

KAWAGUTI, Luis. As seis piores prisões do Brasil. *BBC News Brasil*, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoas_lk>. Acesso em: 08 fev. 2017.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-9, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

MA: Justiça determina construção de presídios e reforma de Pedrinhas. São Luís, *G1 MA*, 04 jan. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/01/ma-justica-determina-construcao-de-presidios-e-reforma-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

MAIS DE 30 presídios estão interditados no RS. *Gaúcha ZH*, Porto Alegre, 2 nov. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/11/mais-de-30-presidios-estao-interditados-no-rs-cj9ifbgp90euv01qn7zw8om4p.html>>. Acesso em: 9 jan. 2018.

MARIZ, Renata. Governos retiram recursos do sistema penitenciário sem justificativas. *O Globo*, 02 out. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governos-retiram-recursos-do-sistema-penitenciario-sem-justificativas-21895522#ixzz5Dt4hDhD6>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Programa lançado em 2011 para construir prisões ainda não concluiu nenhuma. *O Globo*, 27 abr. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/programa-lancado-em-2011-para-construir-prisoas-ainda-nao-concluiu-nenhuma-15983462>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os Direitos Sociais. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, p. 49-81, 2002. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7248/4915>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Direitos Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013.

MATUOKA, Ingrid. Carandiru: Justiça determina novo julgamento. São Paulo, *Carta Capital*, 11 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/mobiliza/carandiru-justica-determina-novo-julgamento>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 197-313.

MICHELMAN, Frank. *Brennan and Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

_____. _____. Vol. 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONITORAMENTO de presos é suspenso no RN por falta de pagamento. *G1* – o portal de notícias da Globo, 30 mar. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/03/monitoramento-de-presos-e-suspenso-no-rn-por-falta-de-pagamento.html>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. 3 – Direitos e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 579-613.

MUTIRÃO CARCERÁRIO descobre quase 50 mil presos indevidamente. *IG*, São Paulo, 18 dez. 2013. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-12-18/mutirao-carcerario-do-cnj-descobre-quase-50-mil-presos-indevidamente.html>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

_____. *Em defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OAB VÊ situação precária em ônibus que abriga presos em Porto Alegre. *G1* – o portal de notícias da Globo, Porto Alegre, 23 fev. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2017/02/oab-ve-situacao-precaria-em-onibus-que-abriga-presos-em-porto-alegre.html>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

OBSERVATÓRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie*. São Paulo, out. 2007. Disponível em <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relatorio_Presidio_Urso_Branco-a_institucionalizacao_da_barbarie_2007.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) - Comitê de Direitos Humanos. *Comentário Geral nº 20 – Proibição de tortura, ou penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, Artigo 7*. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em: 18 maio 2017.

_____. *Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, de 9 de dezembro de 1988*. Universidade de São Paulo (USP): Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, São Paulo, SP. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica.-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Protecao-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/conjunto-de-principios-para-a-protecao-de-todas-as-pessoas-sujeitas-a-qualquer-forma-de-detencao-ou-prisao.html>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Nações Unidas no Brasil. *Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Nações Unidas no Brasil. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

_____. *Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. Ministério da Justiça: Secretaria Nacional de Justiça, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. *Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, de 1990*. Universidade de São Paulo (USP): Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, São Paulo, SP. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica.-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Protecao-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/principios-basicos-relativos-ao-tratamento-de-reclusos.html>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)*, de 22 de julho de 2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2016.

_____. *Regras de Mandela - Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*, de 22 de maio de 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2016.

_____. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos*. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OAS). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução 11/2013*. Medida Cautelar nº 367-13. Assunto Pessoas Privadas de Liberdade no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” sobre o Brasil, de 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução 14/2013*. Medida Cautelar nº 8-13. Assunto Pessoas Privadas de Liberdade no “Presídio Central de Porto Alegre” sobre o Brasil, de 30 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-CautelarPres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp>>. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *CIDH Condena a Morte de Quase Uma Centena de Pessoas em Prisões do Brasil*. Comunicado de Imprensa, 12 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/002.asp>>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (‘Pacto de San José da Costa Rica’)*, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). *Caso da Penitenciária Urso Branco, resolução de 18 de junho de 2002*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ursobranco_se_01_ing.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH). *Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, resolução de 14 de março de 2018*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Resolução da Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 13 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Complexo Penitenciário do Curado, resolução de 15 de novembro de 2017*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_05.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Penitenciária Urso Branco, resolução de 25 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_por.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Complexo do Tatuapé, resolução de 25 de novembro de 2008*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_06_ing.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, resolução de 25 de novembro de 2008*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_ing.pdf>. Acesso em: 17 maio 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, resolução de 14 de março de 2018*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_02.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso da Penitenciária Urso Branco, resolução de 18 de junho de 2002*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/ursobranco_se_01_ing.pdf>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. *Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, aprovados pela Resolução 2/08 da Comissão Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) em 13 de março de 2008*. Disponível em: <www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Resolução da Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 13 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

ORTIZ, Fabíola. Maior cadeia do Brasil tem favela e área 'Minha cela, minha vida' para presos VIP. *BBC Brasil*, 11 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36496295>>. Acesso em: 05 out. 2017.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de. (org.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 499-528.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

PHILLIPS, Dom. Death Toll From Brazil Prison Riot Reaches 26; Decapitations Are Seen. *The New York Times*, Nova Iorque, 15 jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/15/world/americas/brazil-natal-prison-riots.html?_r=1®ister=facebook>. Acesso em: 05 fev. 2017.

PINHEIRO, Antonio Saldanha. Ativismo judicial: implementação forçada de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, JC, n. 206, p. 10-5, out. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 665-87.

POLÍCIA investigará tortura em presídio de Joinville. *Consultor Jurídico*, 05 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/policia-civil-investigara-tortura-presidio-regional-joinville>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

PRESÍDIOS BRASILEIROS têm 'códigos penais' criados pelos próprios presos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 02 nov. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/presidios-brasileiros-tem-codigos-penais-criados-pelos-proprios-presos-17943041>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

PRISÕES-MODELO apontam soluções para crise carcerária no Brasil. *BBC*, São Paulo, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/presidios-brasileiros-tem-codigos-penais-criados-pelos-proprios-presos-17943041>>. Acesso em: 14 abr. 2017

RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Queluz de Baixo: Editorial Presença, 1997.

REBELIÃO EM Roraima teve decapitação e coração arrancado. *O Globo*, Rio de Janeiro, 06 jan. 2017. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/rebeliao-em-roraima-teve-decapitacao-coracao-arrancado-20737083>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

RECK, Melina Breckenfeld. *Constitucionalização Superveniente?* São Paulo: Renovar, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Apelação cível nº 7007563386*, TJ/RS, 05/03/2018; *Apelação cível nº 0011619-18.2012.822.0001*, TJ/RO, 09/04/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70022363717*. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e apelado Ministério Público. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. TJRS, 28 jan. 2008. p. 68. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70022363717&code=2991&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C%27A%20-%202021.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 08 mar. 2018.

RODAS, Sérgio. Direito Penal ineficiente tornou Brasil um "país de ricos delinquentes", diz Barroso. *Consultor Jurídico*, Rio de Janeiro, 17 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-17/ineficiencia-penal-gerou-pais-ricos-delinquentes-barroso>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

ROUSSEAU, Dominique. *La Justice Constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHAPIRO, Martin. The United States, p. 59. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 43-66.

_____; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

SHAW, Malcom N. *International Law*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SILVA, Ânderson. Tijucas aumenta fila de municípios que se recusam a autorizar a construção de novas unidades. *Jornal de Santa Catarina*, 04 jul. 2017. Disponível em: <<http://jornaldesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/seguranca/noticia/2017/07/tijucas-aumenta-fila-de-municipios-que-se-recusam-a-autorizar-a-construcao-de-novas-unidades-9832850.html?impressao=sim>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SINGEPERON denuncia violações e descumprimento de pacto internacional ao STF, ministérios e órgãos de direitos humanos da Presidência da República. *Singeperon*, Porto Velho, 15 maio 2013. Disponível em: <http://singeperon.com.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=742>. Acesso em: 5 maio 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Entre ativismo e judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-32, 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Estado de coisas inconstitucional é uma forma de ativismo. Observatório Constitucional, *Consultor Jurídico*, 24 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SWEET, Alec Stone. *Governing With Judges*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. Why Europe Rejected American Judicial Review – and Why it May Not Matter. *Michigan Law Review*, n. 101, p. 2.745-80, 2002-2003. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. Comentários à Lei nº 9.882/99 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Org.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 17.

TAVENER, Ben. Brazil's Overcrowded and Mismanaged Prisons Are at the Breaking Point. *Vice News*, 02 abr. 2015. Disponível em: <<https://news.vice.com/article/brazils-overcrowded-and-mismanaged-prisons-are-at-the-breaking-point>>. Aceso em: 22 jan. 2018.

TRAMITAM no STF 129 pedidos de intervenção federal em 12 das 27 unidades da federação. *Supremo Tribunal Federal (STF)*, Brasília, 19 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120304>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 40, n. 1, jan./jun. 1997.

VEJA quais foram as rebeliões e fugas em massa nas prisões brasileiras em 2017. *Gaúcha ZH*, Rio de Janeiro, 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/01/veja-quais-foram-as-rebelioes-e-fugas-em-massa-nas-prisoos-brasileiras-em-2017-9388668.html>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Ativismo judicial? *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2017/03/1867655-ativismo-judicial.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

WELCOME to the the middle ages (Prison in Brazil). *The Economist*, Londres, 18 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/americas/21594254-brazils-hellish-penal-system-overcrowded-violent-and-brutalising-welcome-middle-ages>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

ZAFFARONI, Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.