

Instituto Brasiliense de Direito Público
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

Priscila Cunha do Nascimento

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM
CÁRCERE DIGNO: RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS*
EFETIVIDADE.**

Brasília – DF

2013

Priscila Cunha do Nascimento

**A judicialização do direito fundamental a um cárcere digno:
reserva do possível *versus* efetividade.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

Brasília – DF

2013

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO

A judicialização do direito fundamental a um cárcere digno: reserva do possível *versus* efetividade.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

Aprovada pelos membros da Banca examinadora em 13/06/2013.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

Integrante: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco (IDP)

Integrante: Prof. Dr. Sergio Antonio Ferreira Victor (UNICEUB)

Aos meus pais, Helenira e Afrânio,
pelo constante incentivo.

Agradecimentos

À Deus, por sempre tornar o improvável, o impossível e o inalcançável em realidade.

À minha família, pelo apoio incondicional em todas as minhas peripécias acadêmicas. E, em especial, à minha prima Amanda que, apesar da ausência de conhecimento jurídico, auxiliou primorosamente na tradução do *abstract*.

Às minhas amigas e amigos pela compreensão nesses momentos de ausência e, em especial, à Giselle Cibilla e à Lilian Almeida pelo incentivo para me inscrever no processo seletivo de Mestrado, à Tatiana Malta por me substituir nos compromissos de trabalho durante os períodos de aula e à Sabrina Praseres, grande amiga de mestrado, que tornou, com o perdão do trocadilho, a convivência acadêmica ainda mais prazerosa.

Às professoras e professores do Mestrado por despertarem o anseio pelo conhecimento há muito em hibernação. Aos demais funcionários do Instituto Brasiliense de Direito Público, sempre a disposição na resolução dos problemas acadêmicos.

Ao meu orientador, Ney Bello, pela parceria durante a elaboração desta dissertação, podendo-se destacar os valiosos apontamentos e sugestões indispensáveis ao seu aprimoramento.

Às servidoras da biblioteca da Advocacia-Geral da União pela presteza no desempenho de suas atribuições, sempre disponibilizando os livros das mais diversas bibliotecas conveniadas ao sistema RVBI em tempo mínimo, tornando o meu trabalho menos penoso.

“Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.

Michel Foucault, Vigiar e Punir.

RESUMO

Os cárceres no Brasil encontram-se superlotados. Aos encarcerados é reconhecido o gozo de todos os direitos fundamentais que não se encontrem suspensos ou limitados pela condenação. Apesar desse reconhecimento, os direitos fundamentais dos encarcerados são cotidianamente violados. O resguardo da integridade física e moral dos encarcerados, o direito a cumprir a pena em cárceres distintos, de acordo, com a natureza do delito, idade e sexo, e, ainda, o direito das encarceradas de permanecer com seus filhos durante a amamentação, constituem o direito fundamental a um cárcere digno. Esse tipo de direito pode ser classificado como um direito fundamental completo – nos termos da teoria de Robert Alexy – composto por diversas posições jurídicas. Há uma posição negativa de mera abstenção estatal no sentido de não serem praticados atos tendentes a violar a integridade física e moral do preso. E há uma posição positiva que impõe o dever estatal de prestar um cárcere de quantidade e qualidade que atendam o disposto na Constituição. A posição positiva é relevante por envolver questionamentos relacionados à efetividade e a aplicabilidade imediata deste direito, a escassez de recursos e a discricionariedade das políticas públicas. A discricionariedade das escolhas políticas conduz a questão da legitimidade do Judiciário na realização do controle jurisdicional que lhe é inerente. A atuação do Judiciário é legítima desde que se encontre pautada em argumentos de princípio – nos termos da teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. A discricionariedade administrativa deve estar pautada em parâmetros constitucionais. A partir destes parâmetros, o Judiciário pode legitimamente apreciar tais decisões. Não há substituição dos agentes políticos democraticamente eleitos pelo Judiciário. A reserva do possível é um limite externo ao direito fundamental a um cárcere digno. As posições prestacionais *prima facie* que podem ser extraídas do direito fundamental a um cárcere digno somente se tornam definitivas após o sopesamento com os demais bens envolvidos, inclusive a reserva orçamentária. As decisões políticas devem levar em consideração os diversos direitos fundamentais prestacionais que são essenciais e precisam ser implementados. Deve observar o mínimo existencial que, de acordo com a realidade brasileira, corresponde ao mínimo vital. Exige-se ainda a igualdade nas prestações oferecidas. Esses são os parâmetros

que deverão ser igualmente utilizados pelo Judiciário na implementação judicial do cárcere digno.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Sistema carcerário. Separação de Poderes. Discricionariedade. Legitimidade democrática. Juridicidade. Efetividade. Reserva do possível. Mínimo existencial.

ABSTRACT

Jails in Brazil are overcrowded. To the imprisoned, it is recognized the enjoyment of all fundamental rights that are not suspended or limited by conviction. Despite this recognition, the fundamental rights of the imprisoned are routinely violated. The protection of the physical and moral integrity of the imprisoned, the right to serve their sentences in different jails – in accordance with the nature of the offense, age and sex – and even the right of jailed women to stay with their children during breastfeeding constitute the fundamental right to a decent jail. This fundamental right is a full fundamental right – in terms of Robert Alexy's theory – composed of various legal positions. There is a negative position of mere state abstention in the sense of the acts, which are intended to violate the physical and moral integrity of the prisoners, are not being carried out. And there is a positive position that imposes a state duty to provide a state prison, quantity, and quality that meet the provisions of the Constitution. The positive position is relevant since it involves the issue of fundamental social rights: the immediate applicability, the resource scarcity and the discretion of public policies. The discretion of political choices leads to the legitimacy question of the judiciary in exercising its inherent jurisdictional control. The role of the judiciary is legitimate provided that it is grounded in arguments of principle – in terms of Ronald Dworkin's theory of judicial decision. The administrative discretion must be grounded in constitutional parameters. Based on these parameters, the judiciary can legitimately consider such decisions. There is no substitution of politicians democratically elected by the judiciary. The reserve for contingencies is an outer limit of the fundamental right to a decent prison. The *prima facie* positions that can be extracted from the fundamental right to a decent prison only become definite after balancing it against the other properties involved, including the budgetary reserve. The political decisions must take into account the various fundamental social rights that are essential and need to be implemented. It must note that the existential minimum in accordance with the Brazilian reality is the vital minimum. It is still required that there is equality in the offered benefits. These are the parameters that should be equally used by the judiciary in the judicial implementation of the decent prison.

Keywords: Fundamental Rights. Prison System. Separation of powers. Discretion. Democratic legitimacy. Legality. Effective. Reserve for contingencies. Existential minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
I. A IDEIA DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	20
1.1. Direitos humanos versus direitos fundamentais: necessidade de uma delimitação terminológica.....	20
1.2. A evolução histórica dos direitos fundamentais a partir de suas dimensões.....	25
1.2.1. Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	25
1.2.2. Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	29
1.2.3. Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	33
1.3. A classificação dos direitos fundamentais de acordo com o seu conteúdo preponderante.....	35
1.3.1. O conteúdo preponderante dos direitos fundamentais.....	35
1.3.2. O direito fundamental completo: um contributo da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.....	36
1.4. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e o dever de proteção estatal.....	40
1.4.1. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.....	42
1.4.2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	44
1.4.3. O direito fundamental a um cárcere digno e o dever de proteção estatal.....	47
1.5. Notas distintivas dos direitos fundamentais.....	50
1.5.1. A estrutura das normas de direito fundamental: regras e princípios.....	51
1.5.2. A fundamentalidade formal e material.....	54
1.5.3. A dignidade da pessoa humana como fundamento material dos direitos fundamentais.....	59
1.6. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	68
1.6.1. A promulgação da Constituição Federal de 1988.....	68
1.6.2. O catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988.....	70
II. O DIREITO FUNDAMENTAL A UM CÁRCERE DIGNO.....	73
2.1. Os direitos fundamentais das pessoas encarceradas.....	73
2.1.1. Notas introdutórias: o preso como sujeito de direitos.....	74

2.1.2. A concepção dos direitos fundamentais dos presos na Constituição de 1988: o direito a um cárcere digno.....	79
2.1.3. A Lei de Execução Penal e o seu caráter de norma geral.....	82
2.1.4. As normas de direito internacional sobre pessoas encarceradas.	87
2.2. Direito fundamental do preso a um cárcere digno stricto sensu.	91
2.3. O dever do Estado de fornecer um cárcere digno e a sua dimensão subjetiva.	95
2.4. Há cárceres dignos stricto sensu no Brasil?	98
2.4.1. Antecedentes históricos.	98
2.4.2. A política criminal e penitenciária: qual o papel da prisão na contemporaneidade?	107
2.4.3. As impressões das Comissões Parlamentares de Inquérito sobre o sistema carcerário.	117
2.4.4. Os cárceres do País.....	120
2.4.5. A população carcerária do País.....	123
2.5. Os atores públicos e o cárcere digno stricto sensu: de quem é a responsabilidade?	128
3.1. A separação dos poderes e o controle jurisdicional.	133
3.1.1. Da origem da separação dos poderes à sua concepção atual.	134
3.1.2. A separação de poderes na Constituição de 1988.....	138
3.2. Políticas públicas, discricionariedade administrativa e restrições a direitos fundamentais.....	142
3.2.1. A natureza jurídica das políticas públicas.....	142
3.2.2. A juridicidade como parâmetro de atuação da Administração Pública.	149
3.2.3. Política pública, dever estatal e discricionariedade.	153
3.3. A esfera não justiciável da discricionariedade administrativa: o mérito.	156
3.4. Parâmetros de apreciação jurisdicional da discricionariedade.	166
3.4.1. Princípio da impessoalidade.....	166
3.4.2. Princípio da publicidade.	168
3.4.3. Princípio da moralidade.....	169
3.4.4. Princípio da eficiência.....	171
3.4.5. Princípio da finalidade pública.....	172

3.4.6. A motivação e a teoria dos motivos determinantes.	174
3.4.7. Princípio da igualdade.	176
3.4.8. Princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade.	177
3.5. Restrições a direitos fundamentais.....	180
4.1. Legitimidade democrática do Poder Judiciário.	185
4.1.1. Compreendendo a democracia e a regra da maioria.	185
4.1.2. Legitimidade democrática e a decisão judicial nos casos difíceis.	187
4.2. Direito a prestações e reserva do possível.....	192
4.2.1. Direitos a prestações: custo <i>versus</i> efetividade.....	193
4.2.2. Compreendendo a reserva do possível.....	198
4.2.3. Reserva do possível e princípios da Administração Pública.	209
4.2.4. Reserva do possível e cláusula da proibição do retrocesso.....	213
4.2.5. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.	217
4.3. O direito fundamental a um cárcere digno <i>stricto sensu</i> e os parâmetros de sua implementação judicial.	220
4.3.1. A natureza jusfundamental do cárcere digno.	221
4.3.2. O direito subjetivo do encarcerado e o dever estatal de prestar um cárcere digno: a justiciabilidade do direito fundamental a um cárcere digno.	223
4.3.3. A faceta prestacional do direito fundamental a um cárcere digno e a sua aplicabilidade imediata.	225
4.3.4. Discricionariedade administrativa e separação de poderes <i>versus</i> legitimidade do Poder Judiciário.....	229
4.3.5. Direito fundamental a um cárcere digno e o mínimo existencial.....	231
4.3.6. A reserva do possível como limite externo à implementação do cárcere digno <i>stricto sensu</i>	237
4.4. O cárcere digno e o Supremo Tribunal Federal.	240
4.4.1. Decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.	240
4.4.2. Reconhecimento de Repercussão Geral em casos envolvendo o Sistema Penitenciário.....	246
CONCLUSÃO.....	261
BIBLIOGRAFIA.....	270

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário se encontra em colapso. De acordo com dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de dezembro de 2012, a população carcerária do país é de 548.003 pessoas, no entanto, existem apenas 310.687 vagas. Faltam 237.316 vagas o que corresponde a um déficit de 43% (quarenta e três por cento).

O recolhimento do indivíduo a um cárcere marca o início da custódia do Estado. Esta custódia pode ser decorrente do direito de executar a sanção aplicada – *jus punitiois* – ou decorrente da necessidade de assegurar o *jus puniendi* do Estado, submetendo provisoriamente o indivíduo ao cárcere.

Independentemente do motivo que conduziu o Estado a privar alguém de sua liberdade, é certo que, ao estar sob os cuidados do Estado, à pessoa encarcerada devem ser assegurados todos os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica brasileira, ressalvados os incompatíveis com a permanência no estabelecimento penal, bem como os direitos suspensos em decorrência da condenação – no caso dos presos condenados em definitivo.

O cenário de sobrelotação carcerária apontado pelos dados do INFOPEN prejudica o respeito aos direitos fundamentais da pessoa encarcerada, em especial, o resguardo da sua dignidade e da sua integridade física e moral.

Os direitos fundamentais surgiram de uma “progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais”¹ que culminou com a positivação destes em um documento de supremacia normativa: a Constituição. Representam um marco na limitação do poder estatal na medida em que tais direitos não mais poderiam ser arbitrariamente subtraídos pela autoridade monárquica.

Distinguem-se dos direitos humanos por não estarem consagrados em tratados, acordos ou outros atos de cunho internacional, embora tais documentos influenciem a positivação dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado. Diferenciam-se aí

¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 41.

²Sobre o assunto, Ingo Sarlet apesar de preferir o termo “direitos fundamentais” apresenta diversos

destes por não trazerem em seu bojo a universalidade e a generalidade típica dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais são, portanto, aqueles direitos que protegem os valores escolhidos pelo constituinte como mais relevantes na construção do Estado e na convivência em sociedade, retirando-os da esfera de disponibilidade do poder constituído a partir da sua inserção na Constituição.

A primeira fase dos direitos fundamentais coincide com o Estado de Direito de concepção liberal-burguesa. O indivíduo assume posição de destaque perante o Estado. A liberdade do indivíduo atua como limite ao poder estatal. Os direitos fundamentais de primeira geração constituem aqueles direitos pessoais ou personalíssimos invioláveis da pessoa humana que perseguem a proteção da sua dignidade, integridade moral e física e da sua liberdade. Encontram-se protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, em grande parte, no art. 5º da Constituição, e nos arts. 14 e 15 da Constituição que tratam dos direitos políticos.

O direito fundamental a um cárcere digno, por apresentar o resguardo da integridade física e moral do encarcerado como uma de suas facetas, deve ser classificado como um direito fundamental de primeira dimensão.

Com as transformações sociais decorrentes do processo de industrialização, se iniciaram os questionamentos ao Estado Liberal burguês. A mera abstenção do Estado não era mais capaz de atender aos anseios da sociedade. O reconhecimento de um espaço de autonomia do indivíduo perante o Estado não bastava. Era preciso mais. O Estado tinha que agir para assegurar ao indivíduo condições mínimas para uma vida digna através de determinadas prestações jurídicas ou materiais em áreas sensíveis como trabalho, saúde, educação, assistência social, dentre outras.

A classe proletária que surgiu com a industrialização almejava o reconhecimento de um ideal de igualdade pelo Estado. Com a garantia do sufrágio universal e a ascensão da classe proletária ao poder deu-se início a elaboração de legislações relacionadas à questão social. Era o início do Estado Social intervencionista.

Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem àqueles direitos que pretendem atenuar as desigualdades sociais por meio da atuação estatal. Visam à

promoção da igualdade material entre os indivíduos. Encontram-se consagrados de maneira geral no art.6º da Constituição.

A terceira fase dos direitos fundamentais se identifica com o ideal de solidariedade e fraternidade. A preocupação com o indivíduo – característica das fases anteriores – é deixada de lado conferindo-se maior importância aos interesses da coletividade. Correspondem àqueles direitos coletivos e difusos de titularidade indefinida que se destinam não à proteção de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, mas do próprio gênero humano.

A divisão dos direitos fundamentais em dimensões atrelada ao aspecto histórico, poderia direcionar à conclusão de que os direitos fundamentais de primeira dimensão não poderiam ostentar uma faceta positiva, mas apenas a faceta negativa que lhe é característica.

O equívoco é facilmente desfeito se, em vez de considerar a divisão histórica dos direitos fundamentais, se levar em consideração o seu conteúdo preponderante. Os direitos fundamentais podem, então, ser divididos em negativos ou positivos, sendo negativos, independentemente do momento histórico, se a sua realização prescindir de uma atuação estatal concreta, e positivos, se a atuação estatal concreta é indispensável.

A classificação de acordo com o conteúdo preponderante – negativo ou positivo – é insuficiente quando um direito fundamental é constituído por diversos feixes de posições jurídicas. Os direitos fundamentais estruturados na forma de princípio são direitos *prima facie* cujo conteúdo definitivo somente se deduz após o sopesamento com os diversos bens envolvidos no caso concreto.

O direito fundamental a um cárcere digno é desse tipo. Ao lado de uma abstenção estatal de não praticar atos tendentes a violar a integridade física e moral do preso, convive um dever prestacional estatal de construir cárceres em quantidade e qualidade necessários à população carcerária.

A classificação mais adequada para esse tipo de direito fundamental é a proposta por Robert Alexy denominada 'direito fundamental completo' que permite que um direito fundamental seja composto por diversos feixes de posições jurídicas.

Apesar de ostentar essa dupla dimensão, apenas a dimensão positiva do direito fundamental a um cárcere digno – que aqui se convencionou chamar de direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* –, assume relevo por trazer à tona a discussão a respeito da efetividade e aplicabilidade imediata deste direito fundamental em razão do seu custo e por se encontrar limitado pela reserva do possível, bem como a respeito da legitimidade do Poder Judiciário em sua implementação.

A situação carcerária no país é preocupante. O maior problema enfrentado atualmente pelos Estados Federados é a sobrelotação. Dados do INFOPEN apontam ser quase idêntico o número de presos provisórios e presos condenados: em dezembro de 2012, dos 548.003 presos, 218.242 são presos condenados e 195.036 são presos provisórios. A quantidade excessiva de pessoas em uma única cela impossibilita que sejam disponibilizados os demais direitos fundamentais da pessoa encarcerada.

Mas, permanência ou agravamento desta situação não é de responsabilidade apenas dos poderes democraticamente eleitos, o Poder Judiciário, ao não conseguir acompanhar diariamente a situação do encarcerado, contribui para o agravamento do problema: a demora do juiz em decidir sobre a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; ou o não julgamento do mérito da ação criminal em tempo razoável, permitem que um número elevado de presos provisórios ocupem celas que deveriam ser ocupadas por presos permanentes.

Os problemas decorrentes da superlotação do sistema carcerário estão em apreciação na Corte Suprema do País, o que vem a corroborar a gravidade da situação. Em alguns casos, é a falta de cárceres que impossibilita o cumprimento adequado da pena ou a sua progressão. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral para analisar a possibilidade de cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido, nos termos dos art.1º, inciso III, e art.5º, incisos II, XLVI e LXV, ambos da Constituição (Recurso Extraordinário nº 641.320).

Reconheceu ainda a repercussão geral em matérias relacionadas a situação do encarcerado ou do próprio sistema carcerário; ou ainda a responsabilidade da Administração Pública em situações envolvendo as pessoas encarceradas ou foragidas

(Recursos Extraordinários nº 592.581, 580.252 e 608.880 e Recurso Extraordinário com agravo nº 638.467).

Ao Poder Legislativo compete conformar o direito fundamental a um cárcere digno, uma vez que, diferentemente de outros direitos prestacionais como a saúde e a educação, o constituinte não traçou parâmetros para implementação deste direito. Atribuição essa que, em certa medida, restou atendida com a Lei de Execução Penal, embora se trate de uma norma de âmbito nacional de caráter geral, permanecendo a necessidade de atuação legislativa dos entes federados. Assume ainda papel relevante na questão orçamentária, por ser o órgão responsável por aprovar as leis orçamentárias de iniciativa do Executivo.

Ao lado dos demais Poderes, a Administração Pública igualmente exerce um papel primordial no sistema carcerário. É ela responsável pelas decisões a respeito de qual espécie de cárcere será construído, onde se dará a construção, dentre outras decisões eminentemente políticas relacionadas à implementação da política pública voltada à concretização do direito fundamental a um cárcere digno.

Destas decisões de cunho eminentemente político, por certo, uma das mais complexas relaciona-se à alocação de recursos. No caso dos direitos prestacionais, a distribuição orçamentária é de fundamental importância, uma vez que os recursos são escassos e as necessidades infinitas.

Ao se priorizar a construção de mais cárceres produzindo uma situação de inflação penal, estar-se-á retirando orçamento de políticas sociais destinadas à mitigação da desigualdade social e, por consequência, retirando-se verba de programas sociais tendentes a prevenir a criminalidade. Há que se equacionar a repressão ao crime com a prevenção ao crime.

A Administração Pública, no cumprimento do dever estatal de prestar um cárcere digno *stricto sensu*, deve atuar com observância aos princípios constitucionais e parâmetros legais. A legitimidade da sua atuação não advém apenas do voto, mas, inclusive, da sua atuação pautada na juridicidade. Ainda que se trate de decisões discricionárias de cunho político, deverá ser guardada a consonância com a Constituição. Assim, as escolhas orçamentárias, apesar do seu viés político, para serem legítimas, devem estar pautadas nestes parâmetros jurídicos.

Quando a Administração Pública não é capaz de oferecer um cárcere digno em razão da escassez de recursos, por ser esse um dever estatal correlato ao direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*, há um direito subjetivo do encarcerado de exigir judicialmente esse dever.

Diante da situação de superlotação carcerária, a judicialização do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* é o tema central da problemática. Busca-se, então, investigar, se o Poder Judiciário pode analisar as decisões do Poder Executivo relacionadas à concretização do cárcere digno *stricto sensu*, em face ao princípio da separação de poderes e da legitimidade democrática.

Pretende-se, ainda, com fulcro na teoria dos direitos fundamentais, especificamente na teoria das restrições aos direitos fundamentais, verificar se a restrição do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* em razão da reserva orçamentária é legítima, bem como são propostos alguns parâmetros que devem ser observados nas decisões administrativas relacionadas à alocação de recursos, parâmetros estes que deverão ser adotados pelo juiz no momento da implementação judicial do cárcere digno.

Para tanto, no primeiro capítulo, apresenta-se a ideia de direitos fundamentais, por meio do estudo dos conceitos básicos indispensáveis a compreensão do denominado direito fundamental a um cárcere digno desenvolvido no capítulo seguinte. É desmistificada a relação existente entre o contexto histórico do surgimento os direitos fundamentais e o seu conteúdo preponderante, adotando-se a concepção de direito fundamental completo proposta por Robert Alexy.

No segundo capítulo, delineou-se o direito fundamental a um cárcere digno partindo-se da análise dos antecedentes históricos da prisão e do reconhecimento do encarcerado como pessoa humana detentora de direitos fundamentais. Apresentou-se o arcabouço jurídico das pessoas encarceradas e um panorama do sistema carcerário brasileiro pautado em dados coletados pelas três Comissões Parlamentares de Inquérito sobre sistema carcerário e de dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN consolidados no INFOPEN.

A atuação da Administração Pública é o objeto de investigação do terceiro capítulo, que procurou apresentar o conceito de política pública voltado à concretização

de direitos fundamentais atrelado à teoria da discricionariedade administrativa. Distinguiu-se o papel de cada um dos Poderes na conformação da vontade do Estado buscando vislumbrar a legitimidade da sua atuação. E, ainda, buscou-se apresentar os princípios regedores da atividade administrativa como parâmetro de controle judicial.

Finalmente, o quarto capítulo pretende oferecer uma compreensão a respeito da reserva do possível e da sua classificação como restrição a direito fundamental prestacional. Pretendeu-se demonstrar a legitimidade democrática do Poder Judiciário na apreciação de questões políticas a partir de uma atuação pautada em argumentos de princípios jurídicos. Por fim, foram apresentados e analisados os casos no Supremo Tribunal Federal relacionados ao sistema carcerário.

I. A IDEIA DE DIREITO FUNDAMENTAL.

Desde que o homem passou a ser o centro da vida em sociedade, as normas constitucionais se desenvolveram a partir da pessoa humana e da sua dignidade estabelecendo direitos indispensáveis à manutenção desta condição. A ideia de direito fundamental permite que se compreenda o conteúdo, as características e a importância deste instituto.

1.1. Direitos humanos versus direitos fundamentais: necessidade de uma delimitação terminológica.

A terminologia direito fundamental não é unânime no direito pátrio havendo quem denomine o instituto de “direitos humanos” ou “direitos do homem”, apenas para citar as expressões mais comuns². A ausência de consenso entre as expressões conduz a uma questão preliminar a respeito da possibilidade de tais nomenclaturas serem utilizadas como sinônimos ou se há razões que justificam a distinção.

Na medida em que o presente estudo é centrado na definição do direito fundamental a um cárcere digno e na sua efetividade, em razão do custo que lhe é inerente e, conseqüentemente, na análise da legitimidade e dos limites do Poder Judiciário na implementação judicial do cárcere digno, assume relevo tecer algumas considerações a respeito da terminologia direitos fundamentais, partindo-se da distinção entre esses e os direitos humanos.

Acerca desta distinção na designação dos direitos – acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro – a Constituição de 1988, no Título II, optou pela denominação “direitos e garantias fundamentais” ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos

²Sobre o assunto, Ingo Sarlet apesar de preferir o termo “direitos fundamentais” apresenta diversas expressões largamente utilizadas como sinônimos: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, cf. *Ibid*, p. 27.

políticos. Por outro lado, em diversas passagens utiliza a expressão “direitos humanos³”, sempre que se refere a direitos de âmbito internacional.

Na visão de Bobbio⁴, os direitos do homem em sua fase atual, cujo marco seria a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, teriam como características a universalidade e a positividade. Universalidade por se encontrarem garantidos aos cidadãos do mundo e não limitados aos cidadãos de determinado Estado, e positividade por estarem efetivamente protegidos, inclusive contra o próprio Estado, deixando a condição de meramente declaratórios ou idealizáveis⁵. Em relação ao conceito de direitos fundamentais, Bobbio utiliza os dois termos indistintamente⁶.

José Afonso da Silva, defendendo a distinção, entende que a expressão direitos humanos corresponde àquela utilizada pelos documentos internacionais, ao passo que a expressão “direitos fundamentais”:

além de referir-se a princípios que resultam da concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas⁷.

Canotilho distingue as expressões “direitos dos homens” e “direitos fundamentais” levando em consideração a sua origem e o seu significado. Os direitos

³A expressão “direitos humanos” é utilizada como princípio através do qual se deve pautar a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais (cf. art. 4º, inc. II, da Constituição). Verifica-se ainda a sua utilização no texto constitucional quando o constituinte confere *status* de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro (cf. art. 5º, §3º, CF/88), dentre outras passagens.

⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29 et. seq.

⁵O processo de desenvolvimento dos direitos do homem, de acordo com Bobbio, pode ser compreendido sob duas perspectivas. A primeira, divide-se em três fases: a) as declarações nascem como teorias filosóficas; b) essas declarações passam da teoria à prática a partir do momento em que são acolhidas por um legislador, disto decorre que os direitos passam a ser protegidos, mas são válidos apenas no âmbito de um Estado, ganhando em concretude e perdendo em universalidade e c) adquire o caráter de universalidade e positividade. Em outra perspectiva, “os direitos dos homens nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” – Ibid, p. 28 et seq.

⁶Apesar de BOBBIO, N., op. cit., 1992, p. 29 et. seq. não distinguir os termos ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ do processo evolutivo destes (cf. nota de rodapé 5 desta dissertação), é possível identificar, partindo da conceituação que aqui se defende, que os direitos fundamentais corresponderiam à segunda fase do processo evolutivo dos direitos do homem. Assim, a categoria por ele denominada “direitos positivos particulares” se identifica com a concepção adotada nesta dissertação de direitos fundamentais eis que a nota de particularidade em relação as demais fases de evolução dos direitos humanos é justamente a concretude e a perda da universalidade. “Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece”.

⁷SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178.

dos homens corresponderiam aos “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, ao passo que os direitos fundamentais seriam aqueles “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”⁸.

Compartilhando posicionamento semelhante, Sarlet leciona:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)⁹.

Sarlet os diferencia ainda em relação à dupla fundamentalidade – formal e material¹⁰ – a que estão submetidos apenas os direitos fundamentais, uma vez que os direitos humanos, apesar de positivados por documentos internacionais suscitam questionamentos a respeito da sua eficácia e efetiva proteção¹¹.

A esse respeito, Ney Barros Bello Filho afirma que apenas quando “demonstrada a existência do aspecto formal que permite a sua caracterização como norma de direito fundamental, e desde que corretamente justificada a sua referência material a um princípio fundamental¹²”, a norma será considerada um direito fundamental. O aspecto formal caracteriza-se pela expressa previsão da norma na Constituição – “onde não existir Constituição também não pode haver normas de direitos fundamentais e nem direitos fundamentais, na medida em que a positivação caracteriza a diferenciação

⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 393.

⁹Cf. SARLET, I. W., op.cit., 2011, p. 29.

¹⁰A respeito da distinção entre direitos materialmente fundamentais e direitos formalmente fundamentais vide Capítulo I, 1.4.2.

¹¹Cf. SARLET, I.W., op.cit., 2011, p. 29.

¹²BELLO FILHO, Ney Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 298.

entre direitos humanos e o direito fundamental¹³ – e na garantia de um procedimento agravado para sua modificação pelo legislador ordinário.

Vieira de Andrade partilha da opinião que os direitos fundamentais designariam em sentido estrito os direitos constitucionalmente protegidos; ao passo que à perspectiva internacionalista seriam deixados os direitos humanos¹⁴.

Advogando a distinção entre os termos, António-Enrique Perez Luño ensina:

Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se há hecho hincapié en la propension doctrinal e normativa a reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nível interno, en tanto que la formula “derechos humanos” seria la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado en estatuto jurídico positivo¹⁵.

Perez Luño¹⁶ aponta a concreção positiva como a forma mais adequada para distinguir as duas expressões. O termo direitos humanos traduz um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais. Podem ser compreendidos como um conjunto de faculdades que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

Das distinções apresentadas verifica-se que a terminologia direitos humanos é utilizada comumente para se referir aos direitos consagrados em tratados, acordos ou quaisquer atos de cunho internacional e, assim, trazem encravados em seu conceito a

¹³Ibid., p. 300.

¹⁴VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998, p. 32.

¹⁵As expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" são utilizados, muitas vezes, como sinónimos. No entanto, não têm faltado tentativas doutrinárias direcionadas a explicar o respectivo alcance de ambas as expressões. Observa-se uma propensão doutrinária e normativa de se reservar o termo "direitos fundamentais" para designar os direitos positivados a nível nacional, enquanto a expressão "direitos humanos" seria a mais usual para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como para aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançou um estatuto jurídico positivo", cf. PEREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993, p. 44, tradução nossa.

¹⁶Ibid., p. 46.

universalidade e a generalidade. Por apresentar tais características há quem questione a sua concretude ou a sua dupla fundamentabilidade, em especial por carecerem de meios protetivos efetivos, dada a ausência de previsão no ordenamento jurídico de um Estado. Esta objeção inexistente quando estes documentos de cunho internacional são incorporados no ordenamento de um Estado. Neste momento, estes direitos humanos gozam da mesma proteção que é conferida aos direitos fundamentais do Estado.

Releva apontar que alguns documentos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 – que consolidou os anseios e a esperança dos povos e estampou “de forma (a) lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda congregar ao redor de um consenso universal¹⁷” – apesar da sua abstratividade e generalidade, permitiu que em momento posterior as Constituições e os Tratados incorporassem tais valores.

Deste modo, “os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais¹⁸”.

Os direitos fundamentais são uma faceta dos direitos humanos, correspondem a fase de positivação e internalização no âmbito de um Estado das teorias filosóficas ou das exigências da dignidade, liberdade e igualdade humana de um dado momento histórico. Caracterizam-se como aqueles direitos cujos valores escolhidos como mais relevantes para construção do Estado e da convivência em sociedade pelo poder constituinte encontram-se positivados na sua lei maior: a Constituição.

Desta forma, com lucidez Ingo Sarlet conceitua os direitos fundamentais como:

(...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se a Constituição material tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)¹⁹.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 574.

¹⁸ *Ibid.*, p. 575.

¹⁹ SARLET, I.W., *op.cit.*, 2011, p. 77.

1.2. A evolução histórica dos direitos fundamentais a partir de suas dimensões.

Ultrapassados os questionamentos relativos à definição terminológica dos direitos fundamentais, tema que merece relevo diz respeito a sua evolução e ao processo de positivação das teorias filosóficas surgidas nos séculos anteriores, que culminaram com a divisão em dimensões ou gerações²⁰.

A doutrina majoritária aceita a existência de três dimensões dos direitos fundamentais, em que pese existir quem acolha a tese de que haveria uma quarta e ainda uma quinta dimensão²¹.

Entende-se pertinente o estudo apenas de três dimensões, por apresentarem a evolução histórica dos direitos fundamentais. Igualmente, entende-se que os direitos fundamentais que foram reconhecidos posteriormente às três gerações, apesar de terem surgido em um momento histórico distinto, guardam semelhanças que permitem enquadrá-los em uma das três dimensões²².

1.2.1. Direitos fundamentais de primeira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão²³:

²⁰Ultimamente tem se optado pelo termo dimensões, tendo em vista que não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais, tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, cf. SARLET, I.W., op.cit., 2011, p. 45.

²¹Bonavides elevou o direito à paz a uma categoria própria de direitos fundamentais, em razão de ser um direito natural dos povos e direito universal do ser humano. Surge assim uma quinta geração ao lado das gerações antecedentes, quais sejam, direitos individuais, direitos sociais, direito ao desenvolvimento e direito à democracia, cf. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais e Justiça, nº. 3, abr/jun. 2008.

²²Alerta-se que apesar da separação em dimensões ter como parâmetro o momento histórico do surgimento dos direitos fundamentais, sem levar em consideração o seu conteúdo preponderante, no decorrer do estudo das dimensões serão apresentadas algumas características relacionadas ao seu conteúdo, temática que será aprofundada no subcapítulo 1.3.

²³Para BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p. 563, os direitos de primeira geração se identificam com a fase inaugural do constitucionalismo ocidental, que passou por um processo dinâmico de evolução em cada país, iniciado pelo mero reconhecimento formal, posteriormente passando por concretizações parciais e progressivas para culminar com a “máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder”.

são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-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 poder²⁴.

Apresentam-se, por isso, “como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível de se intrometer na vida social²⁵”. Têm como nota característica a garantia das esferas de autonomia dos indivíduos face ao *jus imperium* do Estado, de onde decorre que estes direitos de liberdade “tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado²⁶”.

O Estado somente poderia intervir nos direitos dos cidadãos se houvesse autorização legislativa decorrente do parlamento que representa a autorização do povo a partir do primado da democracia representativa²⁷. O Estado absolutista, em face da limitação do poder, foi paulatinamente substituído pelo Estado Liberal.

Os direitos de primeira dimensão têm como “objetivo maior a proteção do hipossuficiente frente à clara força de quem detinha o poder²⁸”, daí tais direitos em face do Estado corresponderem a um dever de não ingerência no espaço de autodeterminação do indivíduo, permitindo, inclusive, que se casse no Judiciário essa não intervenção estatal. Com efeito, “os direitos de defesa vedam interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os Poderes Públicos²⁹”.

²⁴SARLET, I.W., op.cit., 2011, p. 46 et seq.

²⁵VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 43.

²⁶BOBBIO, N., op.cit., 1992, p. 32. Posteriormente, foram agregados a estes direitos os direitos políticos, “os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente – como autonomia”, permitiram a participação “mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado)”, cf. BOBBIO, N., loc.cit.

²⁷SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

²⁸BELLO FILHO, Ney Barros. *Direito ao Ambiente. Da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 15.

²⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

A caracterização como direito negativo, decorre da evolução e das contestações à teoria dos quatro *status*³⁰, de Jellinek. Em que pese comumente se associar aos direitos de primeira geração o *status* negativo da teoria de Jellinek³¹, o que se entende por *status* negativo não corresponde integralmente à sistemática elaborada pelo citado doutrinador, mas, ao contrário, à compreensão *lato sensu* do conceito.

Acaso se adotasse a teoria dos quatro *status* nos termos em que foi formulada por Jellinek, alcançar-se-ia as conclusões apresentadas por Perez Luño³², que identifica o *status* negativo com os direitos pessoais, o *status civitatis* ou positivo aos direitos civis e o *status* ativo ou da cidadania ativa aos direitos políticos.

De acordo com Jellinek *status* negativo significa que

Ao membro do Estado é concedido um *status*, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status negativo*, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo. (...) protegido pela pretensão do indivíduo ao seu reconhecimento e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada³³.

Esse *status* negativo, intrinsecamente ligado à superação das teorias absolutistas e totalitárias vigentes no período anterior as revoluções liberais, constitui o núcleo dos direitos pessoais ou personalíssimos, direitos invioláveis inerentes a toda pessoa, que explicitam e concretizam os valores da liberdade e da dignidade da pessoa humana no Estado de Direito³⁴. Constituem-se, pois, segundo Perez Luño, daqueles que prioritariamente se dirigem à afirmação da integridade moral da pessoa, como expressão concreta de sua dignidade e daqueles que perseguem a proteção de sua integridade física e de sua liberdade.

³⁰De acordo com Robert Alexy, “*status* é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como uma relação que qualifica o indivíduo, o *status* deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito” – cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255.

³¹BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p. 563, identifica os direitos de primeira geração como detentores do *status* negativo.

³²PEREZ LUÑO, A., op. cit., 1993, passim.

³³JELLINEK, George. System der subjektiven öffentlichen Rechte apud ALEXY, R., op.cit., 2011, p. 259 et seq.

³⁴PEREZ LUÑO, A., op. cit., 1993, p. 175.

Os direitos civis de primeira geração, de acordo com Perez Luño, seriam classificados com o de *status* positivo ou *civitatis*, tendo em vista garantirem aos cidadãos algumas faculdades ou pretensões jurídicas em face dos poderes públicos. Na concepção de Jellinek, o indivíduo está inserido nesse *status* “sempre que o Estado a ele reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, (quando) garante ao indivíduo pretensões positivas³⁵”. Ao passo que, os direitos políticos de primeira geração seriam classificados como direitos de *status* ativo ou da cidadania ativa, por se caracterizarem com aqueles que permitem ao cidadão participar da formação da vontade do Estado como membro da comunidade política³⁶. De acordo com Alexy “para que o indivíduo seja inserido nesse *status*, a ele “devem ser outorgadas capacidades que estejam além de sua liberdade natural” como, por exemplo, o direito de votar³⁷”.

Partindo dessa concepção, os direitos de primeira geração (direitos pessoais, civis e políticos), se pautados nos estritos termos da teoria dos quatro *status* de Jellinek poderiam ser classificados como de *status* negativo, positivo ou ativo³⁸.

Aqui se esclarece definitivamente a suposta inconsistência jurídica da utilização do *status* negativo para caracterizar os direitos fundamentais de primeira geração e o *status* positivo para direitos fundamentais de segunda dimensão. Parte-se de um conceito amplo do *status* negativo e de um conceito estrito do *status* positivo formulados por Jellinek, daí o problema.

A esse respeito, é interessante apresentar a conclusão de Robert Alexy:

O *status* negativo em sentido estrito – e original de Jellinek – diz respeito exclusivamente a liberdades jurídicas não-protetidas. O *status* negativo em sentido amplo – que extrapola a sistemática de Jellinek – diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o

³⁵JELLINEK, George. System der subjektiven öffentlichen Recht apud ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 263 et seq.

³⁶PEREZ LUÑO, A., op. cit., 1993, p. 181.

³⁷ALEXY, R., op.cit., 2011, p. 268.

³⁸Isso porque a classificação dos direitos como detentores do *status* passivo é de mais difícil compreensão, posto que corresponderiam aqueles em que o indivíduo no âmbito da esfera de suas obrigações individuais se encontra em posição de sujeição ao Estado, cf. JELLINEK, George. System der subjektiven öffentlichen Recht apud ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 256. O conceito é tão aberto que Alexy entende que o *status* passivo não é “uma abstração acerca de determinadas posições, que podem ser inteiramente descritas com o auxílio” “das modalidades de dever, proibição e competência – ou de seu converso a sujeição”, e, “nesse sentido reduzíveis a essas modalidades normativas”, cf. ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 257.

status negativo em sentido estrito. Ao *status* positivo em sentido amplo pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas. Já ao *status* positivo em sentido estrito pertencem somente direitos a ações positivas. As consequências sistemáticas dessa divisão para o sistema de Jellinek são simples e claras. Os direitos que são acrescentados ao *status* negativo em sentido estrito para que se possa convertê-lo em um *status* negativo em sentido amplo (direitos de defesa) são uma subespécie dos direitos do *status* positivo em sentido amplo³⁹.

Assim, somente é possível identificar os direitos de primeira geração como direitos de *status* negativo se por *status* negativo se compreender não a definição formulada originalmente por Jellinek, mas a sua reformulação, nos moldes apresentados por Alexy, ou seja, como direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa).

A partir do exposto, há como sustentar, acolhendo as conclusões de Jairo Schäfer, em aprofundado estudo que os direitos fundamentais de primeira dimensão apresentam as seguintes características: “a) direito-chave: liberdade; b) função do Estado: omissão, c) eficácia vinculativa principal da norma: Estado; d) espécie de direito tutelado: individual; e) concepção política do Estado: liberal⁴⁰”. Estes direitos possuem ainda, em regra, um *status* negativo em sentido amplo perante o Estado ou, em outras palavras, direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa)⁴¹.

1.2.2. Direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão representam um estágio mais avançado desta espécie de direito decorrente dos questionamentos ao Estado Liberal, no momento em que:

o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não garantia o seu efetivo gozo, acabaram já no decorrer do séc. XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento

³⁹ Ibid., p. 267.

⁴⁰ SCHÄFER, J., op. cit., 2005, p. 21.

⁴¹ Utilizou-se a expressão “em regra” por se defender nesse estudo que alguns direitos de primeira geração podem exigir uma prestação do Estado, característica esta comumente vinculada aos direitos de segunda dimensão. Em virtude de se conceber direitos fundamentais que apresentam essa dupla natureza, no subcapítulo 1.3 a classificação dos direitos fundamentais levará em conta não o seu momento histórico, mas o seu conteúdo preponderante.

progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social⁴².

É certo que a ideia democrática não estava ausente nas teorias liberais, ao contrário, era um de seus componentes. Encontrava-se comprimida, e desenvolveu-se a partir dos questionamentos ao Estado Liberal decorrente do processo de industrialização⁴³.

No início os cidadãos – que naquela época restringiam-se à classe burguesa – dispunham eles próprios dos meios necessários à satisfação das suas necessidades, por exemplo, com saúde, segurança e habitação, não sendo imprescindível “assegurar juridicamente através da sua jusfundamentalização e consagração constitucional⁴⁴” tais direitos. A partir do momento em que à classe proletária é reconhecida a condição de cidadão, a busca pela igualdade material assume destaque.

As bases ideológicas do Estado Social, de acordo com Paulo Bonavides, advêm de Rousseau e Marx. De Rousseau, o Estado Social herdou a noção de democracia que é a “conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretida de entusiasmo e boa vontade⁴⁵”. Esta noção rousseauiana de democracia permitiu o sufrágio universal e consequentemente o acesso da classe proletária ao poder pelas vias democráticas. Marx, ao contrário, defende o acesso ao poder pela classe proletária por meio da força. Assim, “a tese democrática de Rousseau se enriquece paradoxalmente com os efeitos da subversão social levada a cabo pela ideologia marxista⁴⁶”.

Para Bonavides, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise⁴⁷”.

A partir do sufrágio universal e do acesso da classe proletária ao poder, foram elaboradas legislações que atendiam a questão social e conduziram a superação da contradição antes observada entre a igualdade política e a desigualdade social. Nesse

⁴²SARLET, I.W., op. cit., p. 47.

⁴³VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 45.

⁴⁴NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010, p. 66.

⁴⁵BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 175.

⁴⁶Ibid., p. 177.

⁴⁷Ibid., p. 188.

contexto, desenvolve-se o Estado Social, “um estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais⁴⁸”.

Decerto, a partir dos movimentos oriundos do processo de industrialização, os princípios das teorias filosóficas socialistas e marxistas, ligados a igualdade que dominou o período, foram “proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar)⁴⁹”, dominando as Constituições pós-Segunda Guerra Mundial.

As garantias de igualdade⁵⁰ no contexto das relações entre indivíduo e Estado decorrentes das teorias socialistas se positivaram nas Constituições dando início ao reconhecimento dos denominados direitos de segunda dimensão, que se caracterizam por serem direitos que exigem do Estado determinadas prestações jurídicas ou materiais – como saúde, educação, assistência social, dentre outros – se inserindo como direitos de *status* positivo⁵¹ de acordo com a teoria de Jellinek. “O fato de o indivíduo ter esse tipo de pretensão em face ao Estado significa, em primeiro lugar, que ele tem direitos a algo e, em segundo lugar, que tem uma competência em relação ao seu cumprimento⁵²”.

Os direitos a prestações exigem uma atuação do Estado, em regra, para atenuar uma desigualdade. “São os direitos que se realizam por intermédio do Estado. Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades⁵³”. Expressam o amadurecimento de novas exigências e valores – não apenas formais – e reclamam uma liberdade “através ou por meio do Estado⁵⁴”.

⁴⁸Ibid., p. 200.

⁴⁹BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p. 564.

⁵⁰SCHÄFER, Jairo, op. cit., p. 27: “O princípio da igualdade reclama a ideia de responsabilidade social e integrativa dos titulares de direitos, a partir de uma concepção proporcional, sendo sua aplicação um elemento para o balanceamento das relações sociais e jurídicas, impedindo-se que as desigualdades, por não terem um tratamento diferenciado e proporcional à desigualdade, traduzam uma efetiva desigualdade nas relações jurídicas”.

⁵¹Conforme esclarecido no subcapítulo antecedente, o *status* positivo característico dos direitos de segunda geração, de acordo com a teoria de Jellinek, devem ser compreendidos como *status* positivo *stricto sensu*.

⁵²ALEXY, Robert, op. cit., 2011, p. 264.

⁵³MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 248.

⁵⁴BOBBIO, N., op. cit., p. 32.

Para Perez Luño⁵⁵, “*estos derechos se dirigen a explicitar las exigências de los valores de la igualdad y de la solidaridad, de igual modo que las libertades públicas concretan y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana*”.

Jorge Reis Novais⁵⁶, sobre a concepção dos direitos sociais, parte da identificação do seu *corpus* que compreenderia o direito a um mínimo vital ou existencial, um direito a saúde, um direito a habitação, um direito a assistência social, um direito ao trabalho e um direito ao ensino. Em seguida, identifica como marcos característicos destes direitos a necessidade de assegurar os bens de natureza econômica, social e cultural indispensáveis a uma vida digna e de dispor dos recursos financeiros, próprios ou através do Estado, dada a escassez dos bens e o custo destes direitos, indispensáveis a sua realização. Seriam, portanto, direitos que exigiriam do Estado a observância dos deveres de respeitar, de proteger e de realizar⁵⁷.

Jairo Schäfer identifica as seguintes características como inerentes aos direitos de segunda dimensão: a) direito-chave: igualdade; b) função do Estado: promocional, c) eficácia vinculativa principal da norma: Estado; d) espécie de direito tutelado: individual, com marcados traços de homogeneidade e e) concepção política de Estado: contemporâneo (Estado social)⁵⁸.

Por serem direitos que exigem uma prestação do Estado, estão intimamente ligados a reserva orçamentária e à legislação infraconstitucional que por ventura o complementa. Dividem-se em: a) direitos a uma prestação jurídica e b) direitos a uma prestação material.

Os direitos a uma prestação jurídica são aqueles que dependem da edição de normas jurídicas, razão pela qual, em regra, sua concretização e efetividade dependem dessa normatização pelo Estado⁵⁹. “Há direitos fundamentais que dependem

⁵⁵Estes direitos são direcionados a explicitar as demandas que envolvem os valores da igualdade e da solidariedade, da mesma forma que as liberdades civis desenvolvem e concretizam os valores da liberdade e da dignidade humana, cf. PEREZ LUÑO, A., op. cit., 1993, p. 183, tradução nossa.

⁵⁶NOVAIS, J.R., op. cit., 2010, p. 40 et. seq.

⁵⁷Essa tripartição dos deveres estatais foi desenvolvida e consagrada no plano do Direito Internacional dos direitos humanos pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cf. NOVAIS, J.R., op. cit., 2010, p. 42.

⁵⁸SCHÄFER, J., op. cit., 2005, p. 31.

⁵⁹Diz-se em regra porque, em face do §1º, do art. 5º da Constituição, não é possível negar a aplicabilidade imediata destes direitos. O seu grau de efetividade somente será aferível a partir das condições *in concreto*, podendo-se desde logo afirmar que, mesmo não delimitados pelo legislador

essencialmente de normas infraconstitucionais para ganhar pleno sentido. Há direitos que se condicionam a normas outras que definam o modo do seu exercício e até o seu significado⁶⁰.

Os direitos a prestações materiais, por sua vez, referem-se a uma prestação em sentido estrito e dependem de uma utilidade concreta – bem ou serviço – a ser fornecida pelo Estado, de onde decorre, indispensavelmente, uma disponibilidade orçamentária para concretização plena deste direito.

Em síntese, as normas de direitos fundamentais de segunda geração caracterizam-se, em regra, por buscar garantir a igualdade material dos indivíduos, por meio de ações estatais positivas que dependem da disponibilidade e alocação de recursos.

1.2.3. Direitos fundamentais de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão se identificam com o ideal de solidariedade e fraternidade por se direcionarem a coletividade. Diferentemente dos direitos sociais de segunda dimensão, cujo termo “social” justifica-se por ser “uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas⁶¹”, os direitos de terceira dimensão correspondem aos direitos coletivos e difusos de titularidade indefinida⁶² (dimensão difusa). Provêm de uma exigência macroética da sociedade, em que as responsabilidades e as relações perdem em individualidade e passam a ser essencialmente coletivas⁶³.

De acordo com Bonavides⁶⁴,

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos

ordinário, os direitos a prestações ainda produzem alguns efeitos, como, por exemplo, a não recepção das normas que sejam incompatíveis.

⁶⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248.

⁶¹SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 48.

⁶²“Trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa”, *Ibid.*, p. 48.

⁶³SCHÄFER, J., op.cit., 2005, p. 31.

⁶⁴BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p. 569.

que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Perez Luño afirma que estes direitos complementam as dimensões anteriores e, decorrem de uma resposta ao fenômeno da assim chamada "Poluição da liberdade" (*liberties' pollution*), termo utilizado por alguns setores da teoria social anglo-saxônica para identificar a erosão e degradação que afligem os direitos fundamentais em face de determinados usos de novas tecnologias⁶⁵.

A respeito da positivação destes, Sarlet alega que os direitos fundamentais de terceira dimensão, não encontraram "seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e outros documentos internacionais⁶⁶". O autor defende ainda que, dado o caráter preponderantemente defensivo, poderiam ser enquadrados como direitos de primeira dimensão, na medida em que correspondem a novas exigências de liberdades fundamentais decorrentes dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século⁶⁷.

Em sentido diverso, Schäfer defende que os direitos de terceira dimensão, além de englobarem novos direitos (em alguns casos ainda não constitucionalizados), abrangem alguns direitos de cunho prestacional⁶⁸, sendo, neste caso, mais adequado identificá-los como direitos de segunda geração.

Por se tratar de direitos que ainda se encontram em fase de desenvolvimento, as divergências doutrinárias a respeito da sua conceituação, classificação e abrangência ainda são muito presentes.

Para Jairo Schäfer, os direitos de terceira dimensão apresentam as seguintes características: a) direito-chave: fraternidade; b) função do Estado: complexa (omissiva

⁶⁵PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Las generaciones de derechos humanos*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n.º 10, set/dez 1991, p. 206, tradução nossa do trecho: "De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada "contaminación de las libertades" (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías".

⁶⁶SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 49.

⁶⁷SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 50.

⁶⁸SHÄFER, J., op.cit., 2005, p. 33.

e promocional); c) eficácia vinculativa da norma: Estado e cidadão; d) espécie de direito tutelado: coletivo e difuso, com interligação com o direito individual⁶⁹.

1.3. A classificação dos direitos fundamentais de acordo com o seu conteúdo preponderante.

A distinção dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões atreladas exclusivamente ao momento histórico traz ínsito o questionamento a respeito da sua validade dogmática ao ignorar a estrutura própria dos direitos fundamentais⁷⁰.

Durante o estudo das dimensões, foram apresentadas características outras não vinculadas aos aspectos históricos, a exemplo da inserção da teoria dos *status* de Jellinek.

Todavia, ao se atrelar estas características as dimensões dos direitos fundamentais, correu-se o risco de incidir no mesmo problema de validade dogmática: ao induzir à compreensão de que os direitos de primeira dimensão seriam necessariamente negativos (direitos a uma abstenção estatal) e os direitos de segunda dimensão seriam, por sua vez, positivos (direitos a uma ação estatal)⁷¹.

O estudo da classificação dos direitos fundamentais de acordo com o seu conteúdo preponderante apresenta uma resposta adequada a esta aparente incongruência.

1.3.1. O conteúdo preponderante dos direitos fundamentais.

Não há dúvida de que existem direitos de primeira geração que comportam uma prestação e direitos de segunda geração que comportam uma abstenção do Estado. Diante deste problema, importa distanciar-se do contexto histórico para aproximar-se do conteúdo preponderante do direito, independentemente do momento em que restou

⁶⁹ *bid.*, p. 34.

⁷⁰ *cf.* SCHÄFER, J., *op. cit.*, 2005, p. 39.

⁷¹ Nesse sentido, SCHÄFER, J., *op. cit.*, 2005, p. 44 afirma que: “para a teoria geracional, o único critério para a classificação dos direitos fundamentais é o momento histórico no qual surgiram. Já para a teoria dualista este dado – momento histórico – não é relevante, pois os direitos fundamentais são classificados de acordo com os respectivos núcleos essenciais”.

reconhecido, fazendo uma interligação entre este conteúdo e o papel do Estado na sua efetivação.

Sob esse ponto de vista, Schäfer defende que os direitos fundamentais devem ser classificados como um direito negativo ou um direito positivo (ou prestacional):

Se, materialmente, a partir do respectivo conteúdo, a realização do direito prescinde de uma atuação concreta estatal, trata-se de um direito negativo (liberdades negativas: obrigação de abstenção da interferência na esfera pessoal por parte do Estado); se, ao contrário, a atuação concreta do Estado é pressuposto (e elemento) para a realização do direito, estamos diante de um direito positivo ou prestacional (liberdades positivas: obrigação de intervenção ativa por parte do Estado)⁷².

A classificação entre direitos negativos (liberdade do Estado e liberdade no Estado⁷³) e direitos positivos (liberdade mediante o Estado) revela-se mais adequada para compreensão dos direitos fundamentais por se preocupar mais com o seu conteúdo e com o papel do Estado na sua conformação.

1.3.2. O direito fundamental completo: um contributo da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Abandonada a distinção dos direitos fundamentais pautada apenas no seu aspecto histórico e acolhida a classificação que leva em consideração o seu conteúdo preponderante, remanesce ainda o problema de como classificar os direitos que se apresentam, ao mesmo tempo, como negativos e positivos.⁷⁴

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy apresenta uma resposta adequada a questão ao formular o conceito de “direito fundamental completo” que “é

⁷²SCHÄFER, J., op. cit., 2005, p. 42.

⁷³Ibid., 2005, p. 43.

⁷⁴CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 401, defende que para além da função de defesa própria da dimensão negativa dos direitos de liberdade de primeira dimensão, é possível existir uma dimensão positiva, eventualmente conducente ao reconhecimento de direito a prestações. Assim, por exemplo, o direito à vida ao ser compreendido como um “dever de abstenção” dos poderes públicos e dos outros indivíduos de não agredirem o “bem da vida” (“dever de abstenção”), não impede que permaneça a possibilidade de neste direito coexistir uma dimensão protetiva, ou seja, uma pretensão jurídica à proteção, através do Estado, do direito à vida (dever de proteção jurídica) que obrigará este, por exemplo, à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária. Do mesmo modo, NOVAIS, J. R., op. cit., 2010, p. 128, defende que os direitos de liberdade e os direitos sociais comportariam tanto uma dimensão negativa quanto uma dimensão positiva, de maneira que a sobreposição de uma dimensão sobre a outra dependeria da perspectiva em que estivessem sendo tratados.

um feixe de posições de direitos fundamentais que equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direitos fundamentais⁷⁵”. Exige-se que esse feixe de normas integrantes de um direito fundamental esteja relacionado às posições com carácter de regra ou princípio, ou, respectivamente, de posições definitivas ou *prima facie*, que se inter-relacionam⁷⁶.

A compreensão da questão pressupõe um sucinto estudo sobre o conteúdo das normas de direito fundamental⁷⁷. Normas que, independentemente da estrutura formal do seu enunciado normativo – criação ou reconhecimento de um direito, de um valor ou da imposição de uma obrigação – podem ser conduzidas a uma “estrutura típica cujo conteúdo consiste na imposição ao Estado de obrigações ou deveres de que, directa ou indirectamente, resultam para os particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas⁷⁸” (direitos fundamentais).

Estes deveres jurídicos estatais para com o indivíduo se apresentam como “deveres de fazer, deveres de não-fazer ou deveres de suportar”, de onde decorre que “as posições jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais relativamente ao bem jurídico protegido podem assumir uma diferente natureza: podem constituir faculdades de fazer ou de não-fazer, pretensões a prestações ou, ainda, poderes ou competências de conformar uma dada situação jurídica⁷⁹”.

⁷⁵ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 249.

⁷⁶ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 253: “O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, meio-fim e de sopesamento”. As relações de especificação proporcionam a definição do significado; as relações meio-fim podem ser observadas nas normas de procedimento e de organização, “uma grande parte das discussões sobre direitos fundamentais como garantias de procedimento diz respeito à incorporação de posições procedimentais no direito fundamental completo” (Ibid., p. 251) e a relação de sopesamento “consiste na relação – que corresponde à lei de colisão – entre uma posição jurídica *prima facie* e uma posição definitiva. Para se passar de uma para a outra é necessário estabelecer a relação da posição *prima facie* com outras posições *prima facie* e com princípios que não dizem respeito a posições jurídicas individuais, mas a interesses coletivos” (Ibid., p. 252).

⁷⁷A classificação das normas de direito fundamental em regras e princípios será apresentada no subcapítulo seguinte.

⁷⁸NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010b, p. 54.

⁷⁹NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, loc.cit.

Assim, essas diferentes posições jurídicas que podem ser suportadas por uma mesma norma de direito fundamental possibilitam agregar neste direito uma faceta positiva e outra negativa.

Volvendo-se ao enunciado de direito fundamental completo formulado por Alexy, importa distinguir “norma” de “posição”. “Uma norma é aquilo que um enunciado normativo expressa⁸⁰” e uma posição jurídica é a relação estabelecida entre o direito que uma pessoa tem em face de outra. A distinção não teria relevância se as normas fossem analisadas apenas sob a perspectiva de conferir características normativas⁸¹ as pessoas, tendo em vista que aí haveria apenas um predicado monádico⁸². “O interesse surge apenas quando não se trata mais de características, mas de relações que podem ser expressas por predicados diádicos (...) ou por predicados triádicos⁸³”. Assim, a partir do momento que interessa para compreensão da norma as relações que se estabelecem entre os indivíduos, entre estes e o Estado e o direito que garantem, o exame da posição jurídica ganha importância.

Desta definição de posição jurídica decorre a sua identidade com os “direitos”. A partir daí é possível identificar “uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como “direitos”: direitos a algo, liberdades e competências⁸⁴”.

A liberdade significa uma liberdade jurídica que corresponde a uma alternativa de ação pelo indivíduo, ou ainda, permissão no sentido de negação de deveres e proibições⁸⁵. A competência é o poder atribuído ao indivíduo ou ao Estado para, por meio de ações, alterar uma situação jurídica⁸⁶. O direito a algo sempre corresponde a uma ação do destinatário, segundo Alexy, em razão da sua estrutura ser uma relação

⁸⁰Ibid., p. 184.

⁸¹As características normativas correspondem a qualificação que a norma confere a pessoas ou ações. A título de exemplo ALEXY, R., op. cit., 2011, p.185, apresenta a seguinte situação: “pode-se dizer que uma norma que proíbe a de fazer h confere a a característica jurídica de ser alguém ao qual é proibido fazer h”.

⁸²Essa característica de a que pode ser alguém ao qual é proibido fazer h, “pode ser expressa por meio de um predicado monádico complexo: “alguém ao qual é proibido fazer h”, é uma posição ao qual a é colocado por meio da norma”, cf. ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 185.

⁸³Ibid., p. 185.

⁸⁴Ibid., p. 193.

⁸⁵Ibid., p. 218 et seq.

⁸⁶Ibid, p. 236.

triádica entre um titular, um destinatário e um objeto. “Se o objeto não fosse uma ação do destinatário, então, não faria sentido incluir o destinatário na relação”⁸⁷.

A posição jurídica contemplada pelo direito a algo é que particularmente assume importância na presente dissertação, haja vista o objeto estudado.

Edificado na posição jurídica de direito a algo, Robert Alexy apresenta uma “importante contribuição ao aperfeiçoamento do sistema de classificação dos direitos fundamentais, ao estabelecer o conteúdo do direito como elemento essencial a sua própria contribuição doutrinária”⁸⁸.

O direito a algo corresponde às pretensões instrumentais de garantia individual relativas ao Estado indispensáveis a garantir a posição jurídica do titular do direito fundamental, sendo que, tais pretensões, podem assumir posições jurídicas de vantagem autônomas (direitos fundamentais)⁸⁹.

Nesse sentido,

O direito fundamental, como um todo, quando perspectivado do ponto de vista dos titulares do direito, é esse conjunto ou feixe de posições de vantagem juridicamente tuteladas susceptíveis de referência ao mesmo direito fundamental (ou à mesma norma de direito fundamental); mas é também, quando se tem em conta a intervenção do Estado, a contrapartida do conjunto de deveres e obrigações estatais que resultam da imposição constitucional da norma de direito fundamental⁹⁰.

O direito a algo se divide em: direitos a ações negativas (direitos de defesa) e direitos a ações positivas (direitos a prestações).

Os direitos a ações negativas são divididos em três grupos: a) direito ao não embaraço de ações, que é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; b) direito a não afetação de características e situações, que compreende os “direitos que se reportam à salvaguarda de esferas privadas de intangibilidade pelo poder público”⁹¹, a exemplo do direito de “viver e ser saudável”⁹² ou do direito dos encarcerados de ter resguardada a sua integridade física e moral e; c) direitos a não eliminação de posições jurídicas, “são os

⁸⁷ Ibid., p. 194.

⁸⁸ SCHÄFER, J., op. cit., 2005, p. 45.

⁸⁹ NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 54.

⁹⁰ Ibid, p. 55.

⁹¹ Ibid., p. 46.

⁹² ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 199.

direitos que impedem o Estado de interferir na configuração jurídica dos direitos do cidadão com o objetivo de eliminá-los⁹³.

Os direitos a ações positivas (direito a prestações em sentido amplo) dividem-se em direitos a ações positivas fáticas (direito a prestações em sentido estrito) e direito a ações positivas normativas (direito a atos estatais de produção de normas).

Do conceito de direito fundamental completo proposto por Alexy, depreende-se que esse tipo de direito pode trazer em seu bojo não apenas uma posição jurídica de um direito a algo na sua faceta de ação estatal negativa (característica típica dos direitos fundamentais de primeira geração), mas uma posição jurídica de um direito a algo na sua faceta de ação estatal positiva (característica dos direitos de segunda geração) ou ainda uma posição de liberdade ou competência.

O conceito é importante na medida em que o direito a integridade física e moral dos presos assegurado no inciso XLIX, do art. 5º, da Constituição – clássico direito de liberdade – assume neste estudo não apenas a sua expressão individual de liberdade, típica dos direitos fundamentais de primeira geração, a exigir do Estado uma abstenção; mas, inclusive, a posição jurídica de um direito a uma prestação⁹⁴ e o respectivo dever do Estado de garanti-la.

1.4. As dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e o dever de proteção estatal.

A compreensão do direito fundamental não é completa se analisado apenas como um direito subjetivo. É preciso lançar o olhar sobre a sua dimensão objetiva. Assim, para além da concepção de direito subjetivo – que corresponde ao “reconhecimento da possibilidade de o indivíduo poder exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever jurídico a que o Estado está obrigado⁹⁵” – os direitos fundamentais devem constituir um sistema ou ordem objetiva de valores que

⁹³ SCHÄFER, J., op. cit., 2005, p. 46.

⁹⁴ Posição esta que no Capítulo seguinte assume o nome de direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*.

⁹⁵ NOVAIS, J. R., op. cit., 2010b, p. 99.

legítima a ordem jurídico-constitucional do Estado, que se expande a todos os ramos do Direito e que condiciona toda a atuação dos poderes constituídos⁹⁶.

Ostentam, sob esse ponto de vista, uma dupla faceta, “na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade⁹⁷”.

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, segundo Sarlet, tem ligação com a teoria dos valores de Weimar⁹⁸, que possui por paradigma a decisão de 1958 da Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso *Lüth* na qual ficou consignado que além da função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado, devem constituir “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos⁹⁹”.

Em sentido semelhante, Jorge Reis Novais entende que

Para além do seu conteúdo jurídico-subjetivo – e independentemente de saber se este se reduz a figura do direito *subjectivo* –, é possível retirar das normas de direitos fundamentais, mesmo daquelas que prevêm primariamente posições jurídicas *subjectivas*, conteúdos jurídicos *des-subjectivizados*, que se subtraem ao quadro da estrita relação Estado/indivíduo para reclamarem uma validade universal e que são próprios da qualidade dos direitos fundamentais enquanto elementos objetivos fundamentais da ordem de Estado de direitos democrático¹⁰⁰.

Os direitos fundamentais devem ser pensados, portanto, sob uma dupla perspectiva: a dos indivíduos, “enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares” e a da comunidade, “como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir¹⁰¹”.

Uma consequência desta dupla dimensão dos direitos fundamentais é a vinculação abrangente do Estado, não apenas no sentido de se abster de intervir restritivamente na liberdade garantida por esses direitos, mas, inclusive, exigir uma atuação positiva do Estado visando garantir o efetivo exercício deste direito, “bem como

⁹⁶Ibid., p. 58.

⁹⁷SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 141.

⁹⁸NOVAIS, J. R., op. cit., 2010b, p. 57.

⁹⁹Ibid., p. 143.

¹⁰⁰NOVAIS, J. R., op. cit., 2010b, p. 58.

¹⁰¹VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p.145.

estruturar todo o ordenamento jurídico em conformidade e em função dos direitos fundamentais¹⁰²”.

1.4.1. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

O estudo da dimensão subjetiva do direito fundamental impõe que se apresente ao menos uma noção do instituto “direito subjetivo”. Embora não exista consenso a respeito do seu significado, principalmente na seara civilista em que se confrontam a teoria do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido de Jhering com a teoria do direito subjetivo como vontade juridicamente protegida de Savigny e Windscheid; na seara publicista, o direito subjetivo é compreendido como uma “noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)¹⁰³”. Há, portanto, um “determinado grau de exigibilidade (ou justiciabilidade, se preferirmos), que, no entanto, é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental¹⁰⁴”.

De acordo com Jorge Reis Novais,

O direito subjetivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativamente exigido ao Estado, quando, na concepção Kelseniana, através da *actio*, se coloca a ordem jurídica ao dispor do titular do interesse, dando-lhe, nessa medida, a faculdade de participar extraordinariamente da formação da vontade estatal mediante o *acto* administrativo ou a sentença judicial¹⁰⁵.

O direito subjetivo decorrente de uma norma de direito fundamental, segundo Canotilho, “reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito¹⁰⁶”.

A essa compreensão estrita do direito subjetivo como um poder de exigir a realização judicial da norma de direito fundamental que impõe um dever jurídico ao

¹⁰²NOVAIS, J. R., op. cit., 2010b, p. 58.

¹⁰³SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 152.

¹⁰⁴bid., p. 154.

¹⁰⁵NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 71.

¹⁰⁶CANOTILHO, J.J.G, op. cit., 2002, p. 1240.

Estado contrapõe-se à noção *lato sensu* do direito subjetivo que coloca a questão da judiciabilidade como um fator externo ao conceito de direito subjetivo.

Jorge Reis Novais entende que essa concepção *lato sensu* de direito subjetivo conduziria a uma perspectiva meramente objetiva que já estaria contemplada na dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁰⁷, optando por reconhecer “na judicialidade, no interesse e por iniciativa do particular o cerne da dimensão *subjectiva* dos direitos fundamentais¹⁰⁸”.

A respeito do objeto do direito subjetivo fundamental, Sarlet aponta os seguintes fatores:

a) espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de mais diversa naturezas e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários¹⁰⁹.

As diversas posições que podem ser suportadas por um direito subjetivo fundamental, de acordo com a teoria de Robert Alexy, são designadas como direitos a algo, liberdades e competências. Para Vieira de Andrade, o direito subjetivo fundamental suporta “posições jurídicas *subjectivas*, individuais, universais e permanentes e fundamentais¹¹⁰”.

¹⁰⁷A esse respeito o autor português afirma: “Assim, só a utilização de um conceito de direito *subjectivo* público neste sentido restrito permite dar conta da extrema variedade da consistência das posições individuais que se acolhem à sombra da dimensão *subjectiva* dos direitos fundamentais. Designadamente, ela permite intuir e expressar a importância decisiva da tutela jurisdicional no mundo dos direitos fundamentais, pois só quando o particular tem a faculdade de poder *accionar* a respectiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, *autónomo* e individualizado é que, verdadeiramente, a garantia se revela, para ele, na plenitude da sua dimensão *subjectiva*. Mais ainda, naquela diferenciação vem potencialmente implícito o reconhecimento de que há, em cada direito fundamental, uma vocação naturalmente expansiva ou, se se quiser, uma natureza *princípial* que aspira, ou, pelo menos, se vê reforçada quando essa dimensão *subjectiva* é integralmente realizada” - NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 102.

¹⁰⁸Ibid., p. 103.

¹⁰⁹SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 152 et seq.

¹¹⁰VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 171.

1.4.2. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

De acordo com Jorge Reis Novais, tal dimensão pode ser observada em três situações: a) como uma “perspectivação *objectivista* das obrigações do Estado nas relações jurídicas que estabelece com os cidadãos¹¹¹”, b) como uma dimensão exclusivamente objetiva ou em decorrência da predominância de um dever estatal e c) como uma garantia institucional.

A primeira situação é uma consequência da própria existência do direito subjetivo fundamental dirigido ao Estado, que “resulta sempre uma dimensão *objectiva*, uma vez que na relação jurídica em que o direito integra é sempre possível abstrair as referências *subjectivas* e relacionais¹¹²”.

A dimensão objetiva exclusivamente como dever estatal se apresenta na situação em que a norma de direito fundamental impõe um dever ao Estado “sem que daí resulte a correspondente pretensão para qualquer indivíduo ou, pelo menos, sem que essa pretensão preencha os requisitos exigidos para a sua qualificação como direito *subjectivo*¹¹³”.

A dimensão objetiva como garantia institucional ou valor é resultado do reconhecimento de determinados valores das normas de direito fundamental, “independentemente de qualquer referência à sua *subjectivização* e independentemente de o indivíduo dispor aí de qualquer competência de invocação própria¹¹⁴”.

Vieira de Andrade¹¹⁵, ao tratar da dimensão objetiva ou comunitária dos direitos fundamentais, os classifica de acordo com a relação que se estabelece entre esta dimensão e a dimensão subjetiva. Assim, o autor português, afirma que a dimensão objetiva se manifesta sob duas perspectivas distintas¹¹⁶: uma “dimensão valorativa ou

¹¹¹NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 69.

¹¹²Ibid., p. 68.

¹¹³Ibid., p. 69.

¹¹⁴Ibid., p. 69.

¹¹⁵VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 145.

¹¹⁶Jorge Reis Novais ao analisar o tema aponta que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais podem se apresentar como “ideias de ‘valor’, de ‘instituto’ ou de ‘instituição’ e de ‘deveres’ de promoção ou de prestação do Estado relacionados com os direitos fundamentais”, cf. NOVAIS, J. R., op. cit., 2010b, p. 59.

funcional”, que integra o “próprio conteúdo de sentido dos direitos fundamentais” ou uma “dimensão jurídica estrutural”, que produz autonomamente outros efeitos jurídicos desvinculados das posições jurídicas subjetivas destes direitos fundamentais. Esta dimensão surge como

complemento e suplemento da dimensão subjetiva, na medida em que os preceitos constitucionais produzem efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas *subjectivas* que reconhecem, ou estabelecem deveres e obrigações (normalmente para o Estado) sem a correspondente atribuição de “direitos” aos indivíduos¹¹⁷.

Acolhendo a distinção de Vieira de Andrade, Sarlet¹¹⁸ apresenta alguns aspectos relevantes a respeito da dimensão objetiva enquanto valorativa ou funcional. Em primeiro lugar essa dimensão pode ser observada tanto em normas-regras quanto em normas-princípio de direito fundamental. Em segundo lugar, por compreender a função objetiva uma dimensão axiológica ao expressar e incorporar determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, os direitos fundamentais “devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade¹¹⁹”.

Disto decorre que a dimensão objetiva apresenta um caráter transindividual, sendo utilizada como fundamento para restrição dos direitos subjetivos individuais e como limitadora do conteúdo e do alcance destes, preservando-se o seu núcleo essencial, sem que isso prejudique a “hegemonia da dimensão *subjectiva*, que caracteriza o sentido e a função dos preceitos constitucionais¹²⁰”. Apresentam ainda uma eficácia dirigente em face do Estado e servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

Sob a perspectiva da dimensão jurídica estrutural, Sarlet aponta que um primeiro aspecto a ser ressaltado é o seu efeito irradiante, no sentido de que “fornece[m] impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional¹²¹” e associada a esta característica encontra-se a sua eficácia na

¹¹⁷Ibid., p. 161.

¹¹⁸SARLET, I.W., op. cit, 2011, p. 144 et seq.

¹¹⁹Ibid., p. 145.

¹²⁰VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit.,1998, p. 161.

¹²¹SARLET, I.W., op. cit, 2011, p. 147.

esfera privada (eficácia horizontal)¹²². Outro aspecto relevante apontado pelo autor refere-se às garantias institucionais, aqui compreendidas como “determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) que, por sua importância, devem estar protegidas contra a ação erosiva do legislador¹²³” e que também se encontram vinculadas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva autônoma dos direitos fundamentais apresenta ainda uma importante função que se encontra atrelada aos deveres de proteção do Estado. De acordo com Sarlet,

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a estes incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões advindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas das mais diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais¹²⁴.

Neste caso, “a Constituição estabelece regras e impõe deveres (designadamente às entidades públicas) com a função principal e a intenção de garantir (proteger e promover) a dignidade humana centrada em posições *subjectivas*¹²⁵”, sem que isso implique em investir “os indivíduos em situações de poder com esse objeto específico¹²⁶”.

A dimensão objetiva calcada no dever de proteção geral do Estado distingue-se dos deveres fundamentais que

Se configuram como posições jurídicas passivas (não *activas*), autônomas (face aos direitos fundamentais), *subjectivas* (já que exprimem uma categoria *subjectiva* e não uma categoria *objectiva*), individuais (pois tem por

¹²²Sobre esses aspectos, Vieira de Andrade defende a existência de três efeitos: de inconstitucionalidade, de interpretação e externo. O efeito de inconstitucionalidade decorre do fato de que a declaração de inconstitucionalidade ocorre quando se observa a sua contradição com as disposições normativas ou com os princípios consagrados na Constituição independentemente de ofensa a posição subjetiva aí garantida. O efeito de interpretação é idêntico ao efeito irradiante apresentado por Sarlet, bem como o efeito externo corresponde ao efeito a eficácia na esfera privada, cf. VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 167 et seq.

¹²³SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. p. 148.

¹²⁴Ibid., p. 149.

¹²⁵VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 165.

¹²⁶Loc. Cit., p. 165.

destinatários os indivíduos e só por analogia as pessoas *colectivas*) e universais e permanentes (pois têm por base a regra da universalidade ou da não discriminação¹²⁷.

Por certo, o dever geral de proteção do Estado nada mais é do que um dever (correlativo) de direito fundamental, “integrando, justamente por isso, a própria figura dos direitos e assumindo as modalidades correspondentes aos traços estruturais em que se analisam¹²⁸”. Ao passo que, o dever fundamental deve ser compreendido como um dever autônomo em relação a tais direitos, a exemplo do dever de pagar impostos.

1.4.3. O direito fundamental a um cárcere digno e o dever de proteção estatal.

O dever de proteção estatal decorre do “encargo constitucional de proteção dos direitos fundamentais contra ameaças ou ataques provindos de terceiros¹²⁹”:

(...) da inserção comunitária dos direitos fundamentais decorre a obrigação de o Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das *actividades* por eles tipicamente protegidas, não apenas perante as entidades públicas, mas também relativamente a agressões ou ameaças provindas de outros particulares, mesmo quando estes fundamentam a sua *actuação* perturbadora ou agressiva na titularidade dos mesmos ou de outros direitos fundamentais. Há, no entanto, duas formas de integrar juridicamente esta obrigação estatal: como dever de obrigação *correspectivos* de um eventual direito *subjectivo*, em sentido lato, dos particulares, à proteção ou à segurança – e, nessa altura, o dever de proteção integrar-se-ia na vertente negativa da dimensão *objectiva* dos direitos fundamentais (no assinalado sentido de conjunto de deveres impostos ao estado pelas normas de direitos fundamentais) – ou, e é nesta dimensão que o integramos, como consequência jurídica dos conteúdos objetivos (ou *objectivos*) positivos dos direitos fundamentais ou da sua natureza de decisões *objectivas* de valor. De resto, se relativamente ao reconhecimento de um direito *subjectivo* à proteção estatal, apesar de algumas vezes nesse sentido, a doutrina é algo reticente, já a atribuição ao Estado de um dever de proteção que resulta dos conteúdos jurídico-*objectivos* positivos dos direitos fundamentais encontra uma aceitação mais generalizada¹³⁰.

¹²⁷ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28500>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2013, p. 8.

¹²⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 79.

¹²⁹ NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 86.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 86.

O direito social à segurança e o dever de segurança pública, previstos, respectivamente, no *caput* dos art.6º¹³¹ e art. 144¹³², ambos da Constituição, podem ser compreendidos como dever objetivo de proteção estatal, na medida em que decorrem do exercício do monopólio da força e constituem um valor da sociedade que deve ser resguardado¹³³.

Há controvérsia a respeito da existência de certas posições jurídicas subjetivas decorrentes do dever de proteção estatal, isto é, se há um direito subjetivo à proteção estatal ou se trata de uma mera norma objetiva.

Jorge Reis Novais defende que:

a resposta ao problema da existência ou não de um direito *subjectivo* fundamental à proteção, pese embora a aludida associação desta questão com a controvérsia recorrente sobre a natureza do direito *subjectivo*, não tem tanto a ver com a possibilidade de *controlo* judicial das decisões dos poderes públicos neste domínio – uma vez que, mesmo que não se reconheça a respectiva judiciabilidade por iniciativa de particulares, há sempre a possibilidade de um *controlo objectivista* que decorre da integração do dever de proteção na dimensão *objectiva* dos direitos fundamentais –, mas mais com o grau de determinabilidade constitucional das obrigações estatais, e consequentemente, com a densidade do seu *controlo* judicial. Ora, como vimos, salvo casos em que essa obrigação esteja excepcionalmente determinada ou em que a omissão estatal se traduza numa lesão evidente dos direitos fundamentais por violação da *Untermaßverbot*, a decisão última sobre o se, o quando e, sobretudo, o como da proteção de direito fundamental contra agressões de terceiros cabe na margem de decisão política do legislador (ou, eventualmente, da Administração)¹³⁴.

¹³¹“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹³²“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:”

¹³³Sobre o tema, Sarlet aponta que “A dedução dos assim designados deveres de proteção estatais (que não se confunde com os deveres fundamentais atribuídos às pessoas), encontra-se vinculada à função dos direitos fundamentais na condição de imperativos de tutela, que, por sua vez, encontra-se associada ao monopólio estatal no que diz com o exercício da força e da consequente (genérica) vedação da autotutela, resultado, portanto, na instituição de deveres vinculantes (juridicamente exigíveis) por parte dos poderes públicos no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos por parte do próprio Estado e dos particulares. (...) no âmbito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, os deveres estatais passam a ser diretamente vinculados à tutela dos direitos fundamentais, representando, como já destacado, obrigações juridicamente vinculativas que atuam como garantias dos direitos e que implicam direitos subjetivos a medidas de proteção. (...) Assim, os deveres de proteção não constituem – na dicção de Gomes Canotillho – “um simples dever de acção do Estado para proteger bens ou promover fins constitucionais, mas de um dever de acção para ‘segurar’ direitos consagrados e protegidos por normas constitucionais.

¹³⁴cf. NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 91.

Alexy defende que “somente a subjetivização dos deveres de proteção estatal faz justiça ao ‘sentido original e permanente dos direitos fundamentais’¹³⁵” como direitos individuais. Para ele, a renúncia do indivíduo ao seu direito a autoproteção estatal somente se justifica se este receber do Estado uma proteção efetiva.

Pois bem, o dever de segurança pública impõe ao Estado a disponibilização de um aparato estatal indispensável à “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, sendo possível extrair dentro deste dever de segurança pública, em última *ratio*, o dever de prestar um cárcere.

O cárcere que aqui se refere não é o cárcere digno, mas apenas aquele compreendido como espaço necessário para isolar da sociedade o indivíduo que transgrediu as suas normas mais importantes, protegidas pelo direito penal, como decorrência do dever de proteção da coletividade.

Sob essa perspectiva, o cárcere surge como um imperativo do dever de proteção da coletividade e não de uma relação Estado/“indivíduo-vítima” ou Estado/“indivíduo-encarcerado”¹³⁶.

Nada obstante, é possível prospectar que o dever de prestar um cárcere se correlaciona, por exemplo, com o direito fundamental à vida do “indivíduo-vítima”, de onde se compreende que “o indivíduo possui não apenas direito a não ser morto, mas também direito a viver, (...) e o direito a exigir das entidades estatais a *adoção* de medidas impeditivas da agressão deste direito por parte de terceiros¹³⁷”. Mesmo nesta situação, o dever de proteção estatal não se configura como um direito subjetivo fundamental do “indivíduo-vítima” de lhe ser disponibilizado um cárcere.

Assim, a análise do cárcere apenas sob a perspectiva da coletividade e do “indivíduo-vítima” é possível afirmar que se trata de um dever de proteção estatal correlato a um direito fundamental não vinculado a um direito subjetivo em razão do baixo grau de determinabilidade constitucional desta obrigação estatal. Isso porque a proteção estatal do indivíduo-vítima pode se dar de variadas formas, consistindo o cárcere em uma das diversas possibilidades. Disto decorre que o controle judicial, neste

¹³⁵ALEXY, R., ob. cit., 2011, p. 455.

¹³⁶A expressão “indivíduo-vítima” é utilizada para designar o indivíduo que teve o seu direito violado pelo “indivíduo-encarcerado”.

¹³⁷CANOTILHO, J.J.G, op. cit., 2002, p.399.

caso, seria bastante limitado por se encontrar a decisão a respeito da forma da proteção na seara discricionária dos poderes democraticamente eleitos.

A situação se inverte se o cárcere for analisado sob a perspectiva do “indivíduo-encarcerado”. Neste caso, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental ao resguardo da sua integridade física e mental, esse dever de prestar um cárcere transmuda-se em um dever de prestar um cárcere digno. O fundamento que antes se encontrava nos *caputs* do art. 6º e 144 da Constituição se localiza agora nos inciso III, do art. 3º e no inciso XLIX, do art. 5º, ambos da Constituição.

O dever do Estado de prestar cárcere digno, para além de uma dimensão meramente objetiva, ostenta também uma dimensão subjetiva em que o “indivíduo-encarcerado” pode exigir judicialmente a realização deste dever. Neste caso, o dever de prestar um cárcere digno ao indivíduo encarcerado encontra-se previsto constitucionalmente de maneira um pouco mais precisa, correlato ao direito fundamental subjetivo do “indivíduo-encarcerado” de resguardo da sua integridade física e moral.

1.5. Notas distintivas dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais distinguem-se dos demais direitos que compõem um ordenamento jurídico pelas peculiaridades que ostentam. Estas notas distintivas podem estar relacionadas com a sua estrutura, que comporta “normas-regras” e “normas-princípios”. A questão valorativa assume posição de destaque nos direitos fundamentais.

Outra característica se refere a sua fundamentalidade, que pode ser meramente formal – decorrente da posição ocupada no ordenamento jurídico de um Estado – ou material – que se relaciona com a essencialidade do seu conteúdo para sociedade.

1.5.1. A estrutura das normas de direito fundamental: regras e princípios.

Dada à importância que a divisão entre regras e princípios assume na teoria dos direitos fundamentais, em especial por permitir a compreensão a respeito dos limites às restrições a direitos fundamentais, das colisões e do papel destes direitos no ordenamento jurídico¹³⁸, a sua análise é de extrema importância.

As normas de direito fundamental podem ser subdivididas em duas espécies: regras e princípios¹³⁹. A distinção entre os dois conceitos é tema que já se consolidou, no entanto, é pertinente a distinção que leva em conta não apenas uma diferença gradual, mas também qualitativa existente entre essas duas espécies de normas partindo-se das teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Alexy considera normas de direito fundamental principiológicas aquelas que se apresentam como mandamentos de otimização:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes¹⁴⁰.

As regras correspondem às normas que: ou são satisfeitas ou não são satisfeitas, não havendo graus de satisfação. “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível¹⁴¹”.

Disto decorre que, enquanto os conflitos de regras se resolvem no campo da validade, as colisões entre princípios são resolvidas em razão do ‘peso’¹⁴². Os conflitos

¹³⁸ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 85.

¹³⁹“Princípios são tanto como regras juízos de dever-ser”, cf., Ibid., p. 87.

¹⁴⁰ALEXY, R., op.cit., 2011, p. 90.

¹⁴¹Ibid., p. 91.

¹⁴²Apesar da expressão utilizada por Alexy ter sido retirada da teoria de Dworkin, cf. ALEXY, op. cit., 2011, p.94, o autor explica que: “se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da

entre princípios podem ser resolvidos, de acordo com Alexy, por meio da aplicação da “lei de colisão”, que reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização a partir do momento em que informa a inexistência de uma regra absoluta de precedência e “sua referência a ações e situações que não são quantificáveis¹⁴³”. O resultado do sopesamento decorrente da aplicação da “lei de colisão” conduz a uma norma de direito fundamental atribuída¹⁴⁴.

Dworkin traça raciocínio semelhante afirmando que a distinção entre regras e princípios seria de natureza lógica, posto que ambos apontam para decisões particulares, mas, no entanto, a natureza da orientação que oferecem é distinta. Assim, “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁴⁵”. Os princípios, ao seu passo, não apresentam consequências jurídicas automáticas ao problema posto, “mas isso não significa que não se trata de um princípio de nosso sistema jurídico, pois, em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menos força, o princípio poderá ser decisivo¹⁴⁶”. Na verdade, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância de maneira que, em havendo conflito, há que se levar em conta a força relativa de cada um, razão pela qual Dworkin defende

precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência”, ALEXY, op. cit., 2011, p. 93 et. seq.

¹⁴³Ibid., p. 99.

¹⁴⁴ALEXY, R., op. cit. p. 72 et seq., a partir da abertura do catálogo da Constituição alemã, distingue as normas de direito fundamentais em dois grupos: a) normas de direito fundamental estabelecidas diretamente pelo texto constitucional e as normas de direito fundamental atribuídas. “Uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”. Nesse contexto, normas de direito fundamental atribuídas correspondem aquelas que podem ser extraídas das normas de direito fundamental estabelecida diretamente pelo texto constitucional através de uma “relação de refinamento” e de uma “relação de fundamentação”, tornando possível extrair o que é obrigado, permitido ou proibido de acordo com o texto constitucional. A relação de refinamento determina o conteúdo semântico das normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas no texto constitucional e favorece a sua aplicabilidade, ao passo que a relação de fundamentação é a relação que as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas firmam com a norma atribuída conferindo a esta o seu fundamento de validade, cf. BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, n. 37, p. 152-180, jul/dez. 2010, p.155.

¹⁴⁵DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a, p. 39.

¹⁴⁶Ibid., p. 40.

que, em se tratando de princípios, “faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é¹⁴⁷”.

As diferenças entre regras e princípios podem ainda ser apresentadas sob o caráter *prima facie* que venham a ostentar. Enquanto os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, não sendo possível extrair um mandamento definitivo, na medida em que podem ser afastados por razões antagônicas, as regras exigem que seja realizado o que elas ordenam, uma vez que há “determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas¹⁴⁸”. Ou seja, quanto às regras, é possível que estas determinações falhem diante das possibilidades fáticas e jurídicas, mas se isso não ocorrer, elas devem valer definitivamente.

Da teoria de Dworkin é possível extrair que as normas-regras seriam sempre definitivas à medida que, se válidas, são aplicadas utilizando-se a regra do tudo ou nada, ao passo que as normas-princípios seriam sempre *prima facie* por terem como característica não apresentarem uma consequência automática ao problema posto.

Alexy defende ser possível que tanto regras quanto princípios assumam a característica de *prima facie*, embora o caráter *prima facie* destas duas espécies de norma seja distinto. O caráter *prima facie* da regra decorre da situação de que “nem todos os conflitos entre regras são resolvidos com o reconhecimento da invalidade de uma delas, haja vista que, em algumas situações, é possível estabelecer uma exceção a uma dessas regras¹⁴⁹”. Assim é possível cogitar que uma regra sofra uma redução teleológica, isto é, uma restrição ao seu significado literal, em razão desta cláusula de exceção resultando na perda do seu caráter definitivo¹⁵⁰.

Por certo,

há uma mútua dependência entre princípios e regras na teoria da argumentação jusfundamental de Alexy: de um lado, os princípios só adquirem eficácia se deles se puder derivar regras formuladas em uma linguagem universal; de outro, as regras não podem ser aplicadas se em atenção aos princípios que lhes fundamentam¹⁵¹.

¹⁴⁷Ibid., p. 43.

¹⁴⁸ALEXY, op. cit., 2011, p. 104.

¹⁴⁹BUSTAMANTE, T., op. cit., 2010, p. 161.

¹⁵⁰ALEXY, op. cit., 2011, p. 105.

¹⁵¹BUSTAMANTE, T., loc. cit.

“As reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões *prima facie*, e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas¹⁵²”. Em consequência, os direitos que as regras estabelecem são direitos definitivos¹⁵³, ao passo que os direitos que os princípios instituem são direitos *prima facie*.

Ocorre que as decisões sobre direito exigem que se estabeleçam direitos definitivos (juízos concretos de dever-ser), logo é necessário aplicar a “lei da colisão” aos princípios a fim de que estes deixem de ser direitos *prima facie* e passem a ser direitos definitivos. Do resultado da aplicação da “lei de colisão”, conforme apresentado, decorre o estabelecimento de uma regra (norma de direito fundamental atribuída), esta sim dotada de razão definitiva para o juízo concreto de dever-ser.

Assim, uma norma de direito fundamental principiológica pode ser aplicada em diversos graus, a depender do contexto fático e jurídico envolvido, sem que isso implique na sua violação ou invalidade.

A distinção assume relevo a partir do momento que se pretende analisar o direito fundamental à integridade física e moral do preso, que pela sua generalidade e grau de abstratividade, seu caráter *prima facie* se apresenta como um princípio jurídico e, por consequência, sua aplicação se submete a uma ponderação em face dos demais princípios integrantes do ordenamento jurídico brasileiro estando condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

1.5.2. A fundamentalidade formal e material.

A divisão dos direitos fundamentais em dimensões não constitui uma classificação fechada e imutável, comportando, a depender do momento histórico, das decisões políticas e demais fatores, um conteúdo e abrangência diferenciados. Apesar disto, não se pode olvidar que a própria evolução dos direitos fundamentais não seguiu

¹⁵²ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 106.

¹⁵³Ibid, p. 108: “Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções-, então ela é uma razão definitiva. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um direito definitivo”.

um curso linear, tendo sofrido alguns retrocessos antes de alcançar o seu estágio atual¹⁵⁴.

Há uma “transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais¹⁵⁵”. Disto decorre que a concepção geracional dos direitos fundamentais pressupõe uma textura aberta de compreensão dos direitos fundamentais, de onde se extrai além de uma concepção formal, uma concepção material dos direitos fundamentais¹⁵⁶.

Grande parte da importância dos direitos fundamentais reside na posição que este assume no ordenamento jurídico de um Estado. No entanto, os direitos fundamentais não ostentam este atributo pela mera inserção no texto constitucional, do mesmo modo, a não inserção de um direito no texto constitucional não retira a fundamentalidade material que possam ter.

Carl Schmitt bem esclarece essa questão ao afirmar que:

Los derechos fundamentales han de distinguirse de otros derechos garantizados y protegidos en la Ley constitucional. No todo derecho fundamental se encuentra garantido en las Constituciones del Estado de Derecho por una regulación constitucional, y, a la inversa, no toda protección contra la reforma por ley ordinaria significa ya un derecho fundamental¹⁵⁷.

A identificação de um direito fundamental deve estar pautada em critérios materiais e não apenas no critério formal, aspectos estes que restaram conhecidos como fundamentalidade formal e fundamentalidade material dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade formal, que pode ser identificada como a inserção da norma no texto Constitucional, encontra-se intrinsecamente relacionada à teoria da supremacia da Constituição.

¹⁵⁴Em igual sentido PEREZ LUÑO, op. cit., 1991, p. 217: “*Conviene advertir, al enfilar el último tramo de estas reflexiones, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico*”. Tradução nossa: “Note-se, para terminar estas reflexões, as gerações de direitos humanos não tratam de um processo puramente cronológico e linear. No decorrer de sua trajetória foram constantes avanços, recuos e contradições que compõem esta evolução como um processo dialético.

¹⁵⁵bid., p. 53.

¹⁵⁶SCHÄFER, J., op.cit., 2005, p. 35.

¹⁵⁷Tradução nossa: Os direitos fundamentais devem se distinguir de outros direitos garantidos e protegidos pela Lei Constitucional. Nem todo direito fundamental se encontra garantido nas Constituições dos Estados de Direito por uma normatização constitucional e, de outro lado, nem toda proteção contra a reforma por lei ordinária significa que há um direito fundamental – cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

A teoria pura do direito de Hans Kelsen ao estabelecer uma estrutura escalonada da ordem jurídica coloca a Constituição como o degrau de direito positivo mais elevado do ordenamento jurídico de um Estado¹⁵⁸:

Da constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como “Constituição” que – como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha serve para estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual¹⁵⁹.

Disto decorre que tais normas, ao serem inseridas no texto Constitucional assumem, em regra, uma posição de incondicionalidade em relação aos detentores do poder que retiravam a legitimidade da referida norma¹⁶⁰, bem como alcançam certo grau de imutabilidade. Segundo Carl Schmitt¹⁶¹, estas normas fundamentais devem ser consideradas como anteriores e superiores ao Estado, não se constituindo sob o abrigo de suas leis, mas, ao contrário, devem ser reconhecidas e protegidas como anteriores a ela.

A Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações mais importantes¹⁶² únicas merecedoras,

¹⁵⁸Cabe alertar que a denominada norma hipotética fundamental por Kelsen, não se identifica com a Constituição. A norma hipotética fundamental é pressuposta e é considerada como fundamento de validade último de um ordenamento jurídico. “Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos, sobretudo, ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma”, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 224.

¹⁵⁹cf. Ibid, p. 249. A teoria da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico restou adotada pelos países da Europa a partir da segunda metade do século XX, posição esta que os Estados Unidos da América já haviam reconhecido desde o início do século XIX, cf. BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14.

¹⁶⁰GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 78.

¹⁶¹SCHMITT, C. op. cit., 2001, p. 169.

¹⁶²“De un modo poco claro se designarán como derechos fundamentales, << haciendo, los radicar en la Constitución>> todas las pretensiones y derechos que se consideren importantes, cf. Ibid., p. 169. Tradução nossa: “De uma maneira pouco clara se designa como direitos fundamentais, << fazendo-os radicar na Constituição>> todas as pretensões e direitos que são considerados importantes.

segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional. É admissível que sejam inseridos no texto constitucional normas que não digam respeito à estrutura básica do Estado e da sociedade, no entanto, mesmo nesses casos passam a gozar da garantia e do valor superior que lhe conferem o texto constitucional¹⁶³ típicos da fundamentalidade formal.

Da distinção entre constituição formal e constituição material decorre a distinção entre fundamentalidade formal e fundamentalidade material dos direitos fundamentais¹⁶⁴.

O que caracteriza as normas apenas formalmente constitucionais é que, em que pese não obrigatoriamente trazerem em seu bojo questões essenciais do Estado, gozam, no caso brasileiro, de um procedimento de revisão mais agravado ou representam limites à própria revisão (e.g. as cláusulas pétreas) e ainda vinculam os poderes públicos a seguirem as diretrizes traçadas. Assim sendo, as normas constitucionais estariam em posição hierarquicamente superior as demais normas do ordenamento jurídico¹⁶⁵ e, por consequência, os direitos fundamentais ao se encontrarem gravados no texto constitucional apresentam tais características.

A fundamentalidade material provoca maiores questionamentos, não havendo consenso, por envolver juízo a respeito da relevância e importância dos direitos em uma sociedade, que varia de acordo com o momento histórico e os fatores políticos vigentes, não sendo possível prefixá-lo.

Nada obstante, entende-se necessário que se busque identificar um conteúdo mínimo que caracterize e particularize os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro em contraposição aos demais direitos, principalmente em face da abertura do

¹⁶³BONAVIDES, P., op.cit., 2004, p. 81.

¹⁶⁴SARLET, I.W., op. cit., p. 81, identifica as seguintes espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional) e c) direito apenas formalmente fundamentais, categoria esta não aceita unanimemente. SCHÄFER, J., op. cit., p. 36: “ Os direitos fundamentais, em sentido formal, podem ser identificados como aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas dimensões (individual, coletiva ou social) – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais, em sentido material, são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, em virtude da importância de seu conteúdo, podem ser equiparados ao direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”.

¹⁶⁵Em razão da necessidade de se estabelecer uma unidade entre as diversas normas existentes em um ordenamento jurídico, BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Polis e Universidade de Brasília, 1990, p. 49, defende que a unidade pressupõe um escalonamento das normas filiando-se nesse ponto ao pensamento de Hans Kelsen.

catálogo de direitos fundamentais expressamente prevista no § 2º, do art. 5º da Constituição¹⁶⁶.

Vieira de Andrade¹⁶⁷ defende que os direitos fundamentais apresentam três características essenciais que os distinguem dos demais direitos consagrados na Constituição, ressaltando que tais direitos não formam um sistema apartado dos demais preceitos constitucionais: a) atribuem posições jurídicas subjetivas à parte ou a todos os indivíduos, b) têm por função a proteção e a garantia de determinados bens jurídicos e c) possuem a intenção específica de explicitar a ideia de homem, que se manifesta por meio do princípio da dignidade da pessoa humana. Das características apresentadas, as duas primeiras possuem natureza formal e a última, que identifica o conteúdo com a busca da dignidade da pessoa humana, é o marco de jusfundamentalidade material.

Sarlet afirma que a fundamentalidade material “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade¹⁶⁸”. Aponta que a fundamentalidade material somente poderia ser aferida em um ordenamento jurídico em concreto eis que se encontra afeta às decisões do constituinte. Todavia, entende possível “a existência de categorias universais e consensuais no que diz a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana¹⁶⁹”.

Para Bobbio, mais importante do que definir a natureza e fundamento dos direitos dos homens (se naturais ou históricos, absolutos ou relativos) é estabelecer o modo mais seguro para garanti-los e conseqüentemente evitar a sua violação. O problema do fundamento estaria resolvido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, mediante a Resolução n. 217 (III) que “representa a manifestação da única prova

¹⁶⁶A mesma relevância é apontada por CANOTILHO, J.J.G., op. cit., 2002, p. 379, no direito português, ao reconhecer que os direitos fundamentais tem como conteúdo a constituição das estruturas básicas do Estado e da sociedade, sendo imperioso a definição da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, principalmente nos casos em que a Constituição encerra um sistema aberto de direitos fundamentais.

¹⁶⁷VIEIRA DE ANDRADE, J.C., 1998, op. cit., p. 84 et seq.

¹⁶⁸SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 75.

¹⁶⁹bid., p. 76.

através do qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido¹⁷⁰”.

Há que se divergir de Bobbio. No sistema constitucional brasileiro, em que o catálogo de direitos fundamentais positivados é aberto, é preciso identificar o que caracteriza um direito fundamental que não se encontra expressamente previsto no Título II da Constituição Federal de 1988.

É possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷¹ confere jusfundamentalidade material aos direitos fundamentais¹⁷², isto sem adentrar no mérito da discussão teórica sobre a existência de outros princípios constitucionais que possam justificar a sua materialidade jusfundamental¹⁷³. Mesmo porque, a questão somente ganha sentido se atrelada a um momento histórico de determinado Estado.

1.5.3. A dignidade da pessoa humana como fundamento material dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é um dos marcos de jusfundamentalidade do catálogo aberto dos direitos fundamentais. “A vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo¹⁷⁴”. Em face da inquestionável relevância do dito princípio na ordem interna e internacional, faz-se necessário discorrer brevemente a respeito do seu surgimento e da sua concepção.

¹⁷⁰ BOBBIO, N., op. cit., 1992, p.26.

¹⁷¹ A respeito da dignidade da pessoa humana, dada a importância que o mesmo apresenta na compreensão do objeto de estudo desta dissertação, será aprofundado no subcapítulo 1.4.3.

¹⁷² gualmente, não se olvida que há direitos fundamentais que não se encontram intimamente ligados à pessoa humana, não tendo aplicação referido princípio. Nada obstante, no presente estudo, o direito a um cárcere digno é norteado pela a proteção à vida, a integridade e a dignidade da pessoa humana. Nesse mesmo sentido, SCHÄFER, J., op. cit., 2005, p. 38: “O elemento essencial à prova da fundamentalidade desses direitos deve residir, em última instância, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.

¹⁷³ BELLO FILHO, N. B., op. cit., 2012, p. 39, se posiciona no sentido de que: “Todo e qualquer princípio constitucional que possa ser indicado explicitamente ou decorrente de uma justificação de natureza fundamental pode ser utilizado para o efeito de ele decorrerem normas de direitos fundamentais que estabeleçam direitos fundamentais não catalogados nos róis do Título II”.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, Kindle edition, posição 403.

Ana Paula Barcellos leciona que a evolução da dignidade da pessoa humana, que nos dias atuais significa alçar o homem ao “centro dos seus próprios pensamentos e realizações, dentre os quais o Estado e o Direito”, possui quatro momentos distintos: o cristianismo, o iluminismo-humanista, o pensamento de Kant e o período pós-Segunda Guerra Mundial¹⁷⁵.

O cristianismo pela primeira vez valorizou o homem, bem como incentivou a valorização do outro, lançando olhares aos sentimentos de solidariedade e piedade, apesar de, além da figura do homem, existir um Deus onipotente, onisciente e onipresente.

O movimento iluminista e seu culto à razão provocaram o distanciamento da religião, substituindo-a pelo próprio homem. A figura de Deus é, portanto, abandonada. Esse período caracteriza-se pela “capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo¹⁷⁶”.

O terceiro momento da evolução da dignidade da pessoa humana decorre do pensamento Kantiano. “É Kant quem vai apresentar a formulação mais consistente – e particularmente complexa – da natureza do homem e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com suas criações e as da natureza¹⁷⁷”. Com efeito, o “homem, por ser pessoa (e não coisa), constitui um fim em si mesmo, e, portanto, não pode ser considerado como simples meio, de tal sorte que vedada sua instrumentalização¹⁷⁸”.

Por fim, as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, provocaram o repensar das instituições jurídicas culminando com a “consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais¹⁷⁹”.

¹⁷⁵BARCELLOS, A.P., op.cit., 2002, p. 104.

¹⁷⁶BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

¹⁷⁷BARCELLOS, A. P., op.cit., 2002, p. 106.

¹⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. *In: LEITE, George Salamão (org). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas princípiosológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

¹⁷⁹BARCELLOS, A. P., op.cit., 2002, p. 108.

Os quatro momentos distintos da evolução da dignidade da pessoa humana também foram objeto de reconhecimento por Luís Roberto Barroso¹⁸⁰, que reconstrói esse caminho de maneira distinta.

A dignidade da pessoa humana teria sua origem na doutrina religiosa (período denominado por Barcellos cristianismo), migra para a filosofia (período denominado por Barcellos iluminismo-humanista), para ao longo do século XX se tornar um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade (pensamento Kantiano) e por fim, se insere no mundo jurídico (período pós-Segunda Guerra Mundial).

A inserção da dignidade da pessoa no mundo jurídico é justificada por Barroso nos seguintes termos:

O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos¹⁸¹.

Sarlet¹⁸², em sua obra Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, afirma que a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão, em que se reconhecia que o ser humano era criado à imagem e semelhança de Deus, sendo dotado de valor próprio, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. A partir do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, sem perder a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade “Foi, contudo com Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética, do ser humano, que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas abandonou as vestes sacrais”. O indivíduo passou a ser visto como protagonista, ser autodeterminante da sua vida.

¹⁸⁰BARROSO, L.R., op.cit., 2010.

¹⁸¹Ibid.

¹⁸²SARLET, I. W., op. cit., 2011b, Kindle edition, posição 460 et seq.

Não foi apenas Kant que tratou da dignidade humana¹⁸³, mas, não há dúvidas que seu pensamento se reflete ainda hoje na atual concepção da dignidade da pessoa humana.

Segundo Sarlet,

O fato é que esta – a dignidade da pessoa humana – continua, talvez mais do que nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito¹⁸⁴.

Nesse contexto, o primeiro aspecto relevante a se considerar sobre a dignidade da pessoa humana é a sua passagem de valor fundamental para norma jurídica fundamental (princípio jurídico). Alexy leciona que valores e princípios se encontram intimamente relacionados e do mesmo modo que se fala em colisão de princípios é possível se falar em colisão de valores.

A distinção que é possível fazer entre os dois conceitos encontra guarida na teoria de Von Wright que defende que os conceitos práticos se dividem em: deontológicos, axiológicos e antropológicos.

O conceito deontológico pode ser reduzido a um conceito de dever ou dever-ser; o conceito axiológico liga-se ao conceito de bom; e o conceito antropológico corresponde aos conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Pautando-se na tripartição de Von Wright, alcança-se a conclusão de que princípios são mandamentos de otimização pertencentes ao âmbito deontológico, ao passo que os valores pertenceriam ao âmbito axiológico¹⁸⁵.

Dito de outra forma,

Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor, é no modelo de princípios definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso e axiológico no segundo¹⁸⁶.

¹⁸³Hegel é um dos filósofos que se dedicou à dignidade da pessoa humana. Diferentemente de Kant, refuta uma concepção ontológica da dignidade, ao dizer que o homem não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que assume a sua condição de cidadão – cf. SARLET, op. cit., 2011b, kindle edition, posição 683.

¹⁸⁴Ibid, posição 683.

¹⁸⁵WRIGHT, George H. V. The Logic of preference apud ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 145 et seq.

¹⁸⁶ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 153.

Assim, a dignidade da pessoa humana, ao alcançar reconhecimento jurídico, quer no plano internacional, quer no plano nacional, transmudou de mero conceito axiológico para incorporar um conceito deontológico de dever e dever-ser.

Isso não significa que tenha perdido o seu caráter axiológico, haja vista que a distinção entre valor e princípio é tênue, mas tão somente que a passagem de valor para princípio jurídico conferiu à dignidade da pessoa humana a qualidade de norma jurídica fundamental. E em sendo um valor fundamental ou princípio jurídico, o problema que agora se coloca diz respeito ao seu significado.

A questão é controversa, não sendo possível identificar um conceito geral e aceito universalmente. “Tal dificuldade (...) decorre (...) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua porosidade, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica¹⁸⁷”.

Deste modo, por maior que seja o esforço que se faça, não será possível apresentar um conceito fixo e imutável da dignidade da pessoa humana. A sua compreensão, assim como a fundamentalidade material dos direitos fundamentais deve, portanto, ser buscada no âmbito de um ordenamento jurídico, a partir dos valores que se encontram ali consagrados.

Disto decorre que a noção de dignidade da pessoa humana, “na sua condição de conceito jurídico-normativo, (...) reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional tarefa cometida a todos os órgãos estatais¹⁸⁸”.

Em face dessa dificuldade, propõe-se identificar as ideias centrais da dignidade humana, de maneira a que se possa delimitar as suas características essenciais.

Sarlet, apesar de reconhecer a dificuldade de se apresentar um conceito para dignidade da pessoa humana, apresenta alguns contornos essenciais a respeito do tema:

Assim sendo, temos por “dignidade da pessoa humana” a qualidade intrínseca e distintiva de 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, além de propiciar e promover a sua participação ativa e

¹⁸⁷ SARLET, I.W., op. cit., 2003, p. 200.

¹⁸⁸ Ibid.

corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁸⁹.

Barroso apresenta como conteúdos mínimos universais da dignidade da pessoa humana: o valor intrínseco a pessoa, a autonomia da vontade e o valor comunitário.

O valor intrínseco é o elemento ontológico da dignidade, traço distintivo da condição humana, do qual decorre que todas as pessoas são um fim em si mesmas, e não meios para realização de metas coletivas ou propósitos de terceiros. (...) A autonomia da vontade é o elemento ético da dignidade humana, associado à capacidade de autodeterminação do indivíduo, ao seu direito de fazer escolhas existenciais básicas. (...) O valor comunitário é o elemento social da dignidade humana, identificando a relação entre o indivíduo e o grupo. Nesta acepção, ela está ligada a valores compartilhados pela comunidade, assim como às responsabilidades e deveres de cada um¹⁹⁰.

Dworkin defende que o direito a dignidade deve ser compreendido da seguinte maneira: *“that people have a right not to suffer indignity, not to be treated in ways that in their culture our community are understood as showing disrespect¹⁹¹”*. E aponta que todas as sociedades possuem padrões que permitem identificar o que significa indignidade, e que tal conceito muda de lugar para lugar e de tempos em tempos. Finaliza afirmando que a noção mínima de dignidade deve ser buscada no ordenamento de cada Estado.

Independentemente da conceituação adotada, não se pode negar a estreita relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Somente se pode falar que uma sociedade é pautada pela dignidade da pessoa humana se aos indivíduos forem assegurados direitos fundamentais, eis que estes são os padrões que a sociedade atual identifica como essenciais ao homem. E essa é a razão pela qual, quando se tratou de fundamentalidade material dos direitos fundamentais definiu-se que a dignidade da pessoa humana é um desses valores materiais. Ou ainda, pode-se afirmar que os direitos fundamentais de certa forma densificam a dignidade da pessoa humana:

¹⁸⁹SARLET, I.W., op. cit., 2011b, kindle edition, posição 1045.

¹⁹⁰BARROSO, L.R., 2010, op. cit.

¹⁹¹“que as pessoas têm o direito de não sofrer indignidade, de não serem tratadas de maneira que cultura de sua comunidade seja compreendido como um sinal de desrespeito”, cf. DWORKIN, Ronald. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York, United States of America: Vintage books, a division of randim house, Inc. 1993, p. 233, tradução nossa.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar posição de mero objeto de árbitro e injustiças¹⁹².

No ordenamento jurídico brasileiro, em razão da expressa positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, quer como fundamento do Estado (inciso III, art. 1º, da Constituição), quer como finalidade da ordem econômica (art. 170, *caput*, da Constituição) ou ainda na proteção da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da Constituição) e da família (art. 230, da Constituição), cumpre ao Estado, à sociedade e ao indivíduo respeitá-lo e considerá-lo em suas ações.

Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana assumiu a condição privilegiada de princípio e valor fundamental, que na sua dimensão subjetiva pressupõe e exige um complexo de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana para concretizá-lo. Estes direitos são tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações, possuindo, a dignidade da pessoa humana, dupla função defensiva e prestacional:

Com efeito, tal caráter dúplice manifesta-se não apenas pela circunstância – já suficientemente demonstrada – de que tanto os assim denominados direitos de defesa (ou direitos negativos), mas também os direitos a prestações fáticas e jurídicas (direitos positivos) correspondem, ao menos em regra, às exigências e constituem – embora em maior ou menor grau – concretizações da dignidade da pessoa humana, mas também pelo fato de que da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração (isto é, de sua violação), mas também um dever de promoção e proteção, a ser implementado inclusive – consoante já referido relativamente aos assim designados direitos sociais – por medidas positivas não estritamente vinculadas ao mínimo existencial¹⁹³.

Prossegue Sarlet afirmando que servem ainda como parâmetro interpretativo dos direitos fundamentais a operar “como referencial para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional¹⁹⁴”. Confere, portanto, unidade axiológica ao ordenamento jurídico e legitima a ordem

¹⁹² SARLET, I. W., op. cit., 2011b, kindle edition, posição 1019-1026.

¹⁹³ Ibid., posição 2713.

¹⁹⁴ SARLET, I.W., op. cit., 2003, p. 235.

constitucional, por meio de uma função hermenêutica no sentido de que em favor da dignidade não deve haver dúvidas¹⁹⁵.

De acordo com Piovesan, “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional¹⁹⁶”.

A gama de funções da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro impõe a todos os Poderes estatais a sua observância:

Nesse contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerência na esfera individual que sejam contrárias a dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência¹⁹⁷.

Assim, a todos os Poderes compete assegurar o respeito ao referido princípio: ao Legislativo, ao editar as leis; ao Executivo, ao estabelecer programas de governo e políticas públicas e ao Judiciário, ao interpretar e aplicar as normas.

O princípio da dignidade da pessoa humana não é um princípio absoluto. Na verdade, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy não comporta princípios absolutos – entendidos como aqueles cuja realização não encontra qualquer limite jurídico tendo precedência sobre todos os outros em casos de colisão.

Ao fundamentar a inexistência de princípios absolutos, Robert Alexy parte do pressuposto de que princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. E afirma que se, por exemplo, um princípio absoluto garantisse um direito individual este princípio, em caso de colisão, conduziria a esdrúxula situação em que “os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto”. Assim, não haveria como sustentar a existência de princípios absolutos.

¹⁹⁵ SARLET, I. W., op. cit., 2011b, kindle edition, posição 2477.

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹⁷ SARLET, I. W., op. cit., 2011b, kindle edition, posição 2929.

A falácia de a dignidade humana ser direito absoluto, de acordo com Alexy, não reside no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas, ao contrário, deve-se ao fato de que a norma de dignidade da pessoa humana possui o duplo caráter de regra e princípio, além do fato de existir um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes¹⁹⁸.

Nas situações em que a norma dignidade da pessoa humana é relevante, seu caráter de regra sobressai, na medida em que, em vez de se questionar se ela prevalece sobre as demais normas, a questão que se deduz é se a mesma foi violada ou não. O problema é que, para aferir se a mesma foi violada, é necessário estabelecer o seu conteúdo no caso concreto, sendo indispensável se socorrer do sopesamento. Desta situação, Alexy estabelece a seguinte regra: “se no nível dos princípios a dignidade tem precedência, então, ela foi violada no nível das regras¹⁹⁹”.

E conclui que:

Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípios. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto²⁰⁰.

Se partíssemos do pressuposto de que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e considerando que a integridade física e moral do preso tem uma relação direta com esse princípio, não haveria qualquer impasse jurídico relevante a justificar este estudo.

¹⁹⁸ALEXY, R. op. cit., 2011, p. 111.

¹⁹⁹Ibid., p. 113.

²⁰⁰Ibid., p. 113 et seq.

1.6. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 dedica um Título inteiro aos direitos e garantias fundamentais. O rol dos direitos fundamentais ali insertos é produto do momento político e histórico que antecedeu a sua promulgação.

Referido Título assegura aos direitos fundamentais, na ordem jurídica brasileira, as características inerentes a dupla fundamentalidade – formal e material – que ostentam, a exemplo do procedimento de revisão mais gravoso e a vedação à abolição dos direitos e garantias fundamentais assegurados (art. 60, da Constituição) e da sua aplicabilidade imediata (§1º, do art. 5º, da Constituição).

1.6.1. A promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, segundo a divisão de Bonavides, se insere na terceira fase do constitucionalismo brasileiro denominada “constitucionalismo do Estado Social”, marcada pela influência social das Constituições de Weimar e Bonn devidamente adaptada à realidade brasileira, cujos elementos essenciais foram introduzidos no País pela Constituição de 1934, que incorporou alguns princípios que permitiram a consagração do aspecto social dos direitos fundamentais²⁰¹. Apesar dos avanços sociais observados desde 1934, não se descuida do conturbado período histórico vivenciado no Brasil até 1988, que de certa forma interferiu na eficácia e juridicidade desses postulados sociais²⁰².

Sarmiento, ao tratar do contexto histórico-político que permeou a constituinte e, em decorrência, culminou com a promulgação da Constituição de 1988, esclareceu que a abertura política não proveio dos esforços da sociedade, mas, ao contrário, foi fruto

²⁰¹Segundo BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p. 368, “o constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos”.

²⁰²Apenas para fomentar a discussão, em que pese não ser nosso objetivo aprofundar sobre as Constituições anteriores, entre a promulgação da Constituição de 1934 e a de 1988, o País teve três Constituições editadas nos anos de 1937, de 1946 e de 1967, sem contar a Emenda nº1 a Constituição de 1967.

da “crise da ditadura militar, e da lenta transição do regime de exceção em direção à democracia, que se inicia no governo do Presidente Ernesto Geisel²⁰³”.

Em 1º de fevereiro de 1987 é instalada a Assembléia Nacional Constituinte que tem como presidente o Deputado Federal Ulysses Guimarães, que no discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, apontava a sua tendência social:

Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa²⁰⁴.

O processo de transição da ditadura para democracia se deu sob certa influência dos defensores do regime autoritário. Nada obstante, a Constituição de 1988 traz em seu bojo uma preocupação com a democracia e um compromisso em estabelecer um catálogo de direitos fundamentais, “bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana²⁰⁵”.

Após esse momento histórico conturbado veio a Constituição de 1988, para a qual se formulou o seguinte augúrio: “que ela nos permita construir, com discernimento e firmeza, uma sociedade efetivamente justa e solidária, que tenha na dignidade da pessoa humana o seu referente fundamental²⁰⁶”.

A Constituição de 1988 possui um viés social, e se afasta do Estado Liberal, antigoverno e anti-Estado, para se aproximar do Estado Social em que a presença do Estado é essencial para conferir concretude aos direitos sociais básicos. É a “Constituição Cidadã”, na expressão de Ulysses Guimarães, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania²⁰⁷. E apesar do art. 1º da

²⁰³SARMENTO, Daniel. 21 anos da constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. *Revista de Direito Público*. nº 30 – Nov/Dez, 2009, p. 8.

²⁰⁴Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro, p. 14380-14382. Disponível em <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 6 de junho de 2012.

²⁰⁵SARMENTO, D., op. cit., 2009, p. 28.

²⁰⁶MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 169.

²⁰⁷SILVA, J.A., op. cit., 2006, p. 90.

Constituição não declarar a República Federativa do Brasil como um Estado Social²⁰⁸, mas apenas como um Estado Democrático de Direito, a doutrina não diverge sobre a concepção social que paira sobre a Carta.

A Constituição de 1988 não se afastou dos postulados sociais verificados nas suas antecessoras, mas as superou na medida em que é fruto de “um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar²⁰⁹”. “Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949 e até ultrapassa em alguns pontos²¹⁰”.

1.6.2. O catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988.

O contexto histórico no qual se funda a Constituição de 1988 justifica a preocupação do constituinte em alçar o homem ao posto mais elevado no Estado Brasileiro. Bonavides, ao tratar sobre o Constitucionalismo do século XX, coloca os direitos fundamentais como ponto de tensão a configurar o Estado de Direito elevando o homem a titular e destinatário das regras jurídicas.

“Coroam-se assim os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder²¹¹”.

São palavras de Ulysses Guimarães, em seu discurso: “tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição²¹²”. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 foram priorizados na novel ordem constitucional:

²⁰⁸Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

²⁰⁹SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 63.

²¹⁰BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p.369.

²¹¹Ibid, p. 587.

²¹²Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro, p. 14380-14382.

Disponível em <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constit>

O sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição. Ao lado de um amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, a Carta de 1988 também garantiu direitos sociais – tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito – e ainda agregou direitos de 3ª dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). Ela preocupou-se sobretudo com a efetivação dos direitos fundamentais, para que não se tornassem letra-morta, como, infelizmente, vinha sendo a tradição brasileira. Daí o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), os diversos remédios constitucionais previstos para a sua tutela e o reforço institucional ao Poder Judiciário, concebido como guardião dos direitos. Ademais, o constituinte quis articular a proteção interna dos direitos fundamentais com a internacional. Por isso, a afirmação da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, inciso II), a abertura do catálogo dos direitos a outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º) e a alusão ao apoio brasileiro à criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7º do ADCT). E o constituinte cuidou ainda de proteger os direitos fundamentais do poder reformador, tratando-os, pela primeira vez na história constitucional brasileira, como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Além dos direitos universais, a Constituição também voltou os seus olhos para a proteção dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, instituindo normas voltadas à defesa de grupos como as mulheres, consumidores, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, afrodescendentes, pessoas com deficiência e presidiários²¹³.

Sarlet²¹⁴ entende que os direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro apresentam três características essenciais, “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”.

Diz-se analítica em razão do amplo catálogo de direitos assegurados, que engloba direitos das três dimensões anteriormente apresentadas. É pluralista devido aos diversos interesses, muitas vezes divergentes, que tiveram que ser acolhidos em seu texto em virtude das “fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo constituinte²¹⁵”. E por fim, programática e dirigente tendo em vista que há necessidade de regulamentação legislativa. Em que pese estas características, a própria Constituição tratou de garantir expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (cf. §1º, do art. 5º).

Em síntese, é possível identificar os seguintes marcos distintivos dos direitos fundamentais na Constituição brasileira: o caráter analítico e aberto de direitos fundamentais; a aplicabilidade imediata, colocando à disposição os meios necessários

[uinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf](#) Acessado em 6 de junho de 2012.

²¹³SARMENTO, op.cit., 2009, p. 31.

²¹⁴SARLET, I.W., op. cit., 2011, p. 64.

²¹⁵Ibid., p. 65.

a sua efetividade, e a vedação a que os direitos fundamentais sejam abolidos do texto constitucional.

Um comentário que se faz pertinente acerca do catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1988 é a sua abertura constitucional prevista expressamente no art. 5º, §2º²¹⁶ da Constituição de 1988. Por meio deste dispositivo constitucional é possível compreender que o catálogo de direitos fundamentais da Constituição não é fechado e comporta outros direitos materialmente constitucionais, que podem ser deduzidos implícita e indiretamente da Constituição.

Um dos marcos da jusfundamentalidade material dos direitos fundamentais, conforme afirmado anteriormente, é o princípio da dignidade humana. Este não é o único fundamento que pode ser invocado para assegurar a natureza jurídica de direito fundamental de outros direitos não previstos expressamente na Constituição de 1988, sendo viável a invocação de outros princípios²¹⁷.

O papel da dignidade da pessoa humana da Constituição de 1988, e aqui se adota a proposta de Canotilho, “significa sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República²¹⁸”. Assim, os rumos do Estado brasileiro hão de se conduzir sob o primado da dignidade humana. “É o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal²¹⁹”.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, quem confere unidade e sentido à Constituição de 1988, além de servir como fundamento material às normas de direito fundamental.

²¹⁶Art. 5º, § 2º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta 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”.

²¹⁷Nesse sentido, BELLO FILHO, op. cit., p. 55, entende que podem ser considerados direitos materialmente fundamentais “aqueles cujos conteúdos realizam os princípios constitucionais do rol do artigo 1º da Constituição, além de todos os demais princípios dispersos no texto constitucional e fora dele, conforme a remissão da cláusula de abertura”.

²¹⁸CANOTILHO, J.J.G., op. cit., 2002, p. 225.

²¹⁹SARLET, I. W., op. cit., 2011b, kindle edition, posição 1902.

II. O DIREITO FUNDAMENTAL A UM CÁRCERE DIGNO.

As pessoas encarceradas gozam dos mesmos direitos fundamentais que as demais pessoas não encarceradas, ressalvados aqueles direitos que são restringidos ou limitados pela condenação.

O direito fundamental a um cárcere digno encontra-se fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, no resguardo da integridade física e moral dos encarcerados, no direito de cumprir a pena em cárceres distintos de acordo com a natureza do delito, o sexo e a idade do apenado e ainda no direito das mulheres encarceradas de permanecer com os seus filhos durante a amamentação.

É um direito fundamental completo de acordo com a teoria de Robert Alexy por ser composto por um feixe de posições jurídicas, das quais se destacam uma negativa e outra positiva. A negativa impõe o dever estatal de abstenção de atos atentatórios à integridade física e moral. A positiva impõe um dever estatal de prestar um cárcere digno *stricto sensu*.

O cárcere digno *stricto sensu* é um direito subjetivo do indivíduo-encarcerado, por permitir que o mesmo busque o Poder Judiciário a fim de exigir do Estado o dever de prestá-lo.

2.1. Os direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

As pessoas encarceradas, pela situação excepcional de isolamento temporário do convívio social, não podem ser privadas do gozo dos direitos fundamentais. No entanto, alguns direitos são restringidos ou suspensos por incompatibilidade com o cumprimento da penalidade ou por razões de segurança.

Assim, apesar do encarceramento não retirar da pessoa encarcerada a sua condição de pessoa humana, em face da peculiaridade da sua situação alguns direitos fundamentais sofrem restrições.

2.1.1. Notas introdutórias: o preso como sujeito de direitos.

O aparecimento dos estabelecimentos penais²²⁰ coincide com o nascimento das penas privativas de liberdade, fazendo surgir a necessidade de se estabelecer um estatuto jurídico da pessoa presa. No início, quando em geral as penas aplicadas eram de morte ou de expulsão e banimento não se tornava necessário destinar um espaço para o encarceramento das pessoas que praticavam delitos em face da natureza destas sanções. A pena privativa da liberdade – que corresponde, em síntese, a privar o direito de locomoção (de ir e vir) da pessoa que cometeu o delito durante um determinado período de tempo – é a responsável pelo aparecimento de espaços destinados ao encarceramento dessas pessoas.

A partir do surgimento dos estabelecimentos penais iniciam-se os estudos a respeito do tratamento dos presos. Cesare Beccaria e John Howard são apontados como precursores da Execução Penal por Miotto e Albergaria, tendo incentivado a produção de tratados e revistas especializadas sobre o assunto.

A obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, publicada originalmente em 1764, traz uma nova abordagem para o conceito de pena: “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela Lei²²¹”.

John Howard, por sua vez, na obra “Estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales”, partindo de observações preliminares e de uma descrição de algumas prisões e hospitais estrangeiros, no ano de 1777, traça um panorama do tratamento dos presos e do cotidiano nas prisões, enfatizando a necessidade da existência de alguns

²²⁰MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 25, apresenta como protoprecursor dos estabelecimentos penais os penitenciários das igrejas que, em síntese, consistiam em locais de recolhimento suficientemente austeros a fim de que favorecessem atos de compunção, levando o indivíduo a reconhecer os próprios pecados (delitos), abominá-los, e propor-se a não tornar a incorrer neles (isto é, não reincidir).

²²¹BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores.

fatores como higiene, disciplina, economia e assistência religiosa, indispensáveis para assegurar a eficácia da pena²²².

Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*, publicada originalmente em 1975, apresenta a prisão como um momento importante na história da justiça penal por permitir o seu acesso à ‘humanidade’²²³. Abandona-se o suplício – “com seus rituais de ostentação, com sua arte misturada à cerimônia do sofrimento²²⁴” – comum no Império Romano e na Idade Média substituindo-o pela prisão²²⁵.

A “privação da liberdade” para Foucault possui um duplo fundamento: jurídico-econômico e técnico-disciplinar. Jurídico-econômico porque é um castigo igualitário ao atingir a perda da liberdade dos indivíduos de forma idêntica e ao privá-lo desta liberdade de acordo com a variável tempo permitindo que se pareça com uma reparação. Técnico-disciplinar ao se fundamentar “também, em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos²²⁶”.

Segundo Foucault,

Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento

²²²Jean Pinatel, *Traité élémentaire de Science Pénitentiaire et de Défense Sociale*, Paris, Sirey, 1950, pp. L a LIII apud MIOTTO, A. B., op. cit., 1992, p. 29: “higiene – ventilação, limpeza do edifício, higiene corporal e sanitária, boa alimentação; disciplina – pessoal bem recrutado e controlado, uniforme para facilitar o asseio e dificultar a fuga; economia – manutenção da prisão pelo Estado, trabalho para os presos, devendo ser por eles executados os serviços internos, gerais, da prisão; assistência religiosa – importância do capelão, leituras morais e exortações religiosas dotadas de sanções (penalidade e recompensas). Considerava o trabalho importante fator para tornar os criminosos honestos”.

²²³FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento das prisões*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987, p 260.

²²⁴Ibid., p. 285.

²²⁵“Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação – que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos – são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva” – cf. Ibid., p. 16.

²²⁶Ibid., p. 262.

corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos²²⁷.

O tema penitenciário e o direito dos presos assume caráter internacional, culminando na década de 1920 no “Conjunto de Regras para Tratamento dos presos”, reelaborado e transformado anos mais tarde nas “Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos²²⁸”. As regras mínimas assumem um papel importante na medida em que proporcionam a preservação da dignidade do preso, protegendo-se, em base universal, os seus direitos humanos, impedindo que seja ele submetido a tratamento degradante e que lhe sejam impostas restrições e sofrimentos que não sejam inerentes à pena.

A tomada de consciência provocada pelos direitos humanos fez com que se cogitasse a existência de um direito dos presos, situação esta que não se conjecturava em momento anterior ou porque não se ocorria pensar nisso ou porque, se ocorria, entendia-se que a condenação retirava dos presos todos os direitos²²⁹.

No início, o preso era visto como mero objeto de direito ou ainda sujeitos a uma relação especial de poder que os excluía do gozo de parte ou da totalidade dos direitos fundamentais²³⁰. É na Alemanha que a teoria da relação especial de poder se apresenta de forma mais rigorosa:

Os vínculos específicos, e nalguns casos, particularmente fortes que ligavam os indivíduos à Administração determinavam um sistema de relações em que o dever de obediência afastaria a possibilidade de invocação dos direitos e garantias constitucionais²³¹.

A teoria da relação especial de poder não resistiu ao avanço dos direitos fundamentais e à necessidade de reconhecimento desses direitos a todos os

²²⁷Ibid., p. 262.

²²⁸Adotadas 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.

²²⁹MIOTTO, A.B., op.cit., 1992, p. 40.

²³⁰Yepes e Guzmán fazem um paralelo desta situação inicial do preso com a teoria do pacto social de Rousseau afirmando que *“la persona que delinquirió no solamente sale del pacto social, sino que debe ser perseguida como un enemigo”* – cf. YEPES, Rodrigo Uprimny; GUZMÁN, Diana Esther. Las Cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un Estado de cosas inconstitucionales. In: *III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos*, 2010, Medellín, Colombia. Memorias, p. 148, tradução nossa: “A pessoa que delinuiu não apenas se encontra fora do pacto social, mas deve ser considerada como um inimigo”.

²³¹VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 243.

indivíduos. Por certo, o reconhecimento dos presos como sujeitos de direito tem estreita relação com a evolução dos direitos fundamentais. A partir do momento que à pessoa humana foram assegurados alguns direitos fundamentais, evoluiu-se para a concepção de que a pessoa presa não perde a sua condição de pessoa humana, devendo lhe ser garantido todos os direitos que não sejam incompatíveis com o cumprimento da pena.

Da total negativa de direitos fundamentais, alcançou-se um patamar em que apenas alguns desses direitos deveriam ser restringidos, devendo “deixar intocado o limite absoluto constituído pela dignidade humana²³²”. Nascia daí uma relação de direito público entre o condenado e o Estado, que permitiu que o encarcerado deixasse de ser um objeto da Execução Penal reconhecendo-lhes os direitos inerentes à pessoa humana²³³.

Ficava definitivamente para traz “o tempo em que o condenado à pena de prisão era despojado de todos os direitos, transformando-se em objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não direito²³⁴”.

Sob essa perspectiva, apenas alguns direitos, em decorrência de sua incompatibilidade com o encarceramento, deveriam permanecer suspensos durante o período de reclusão, os demais necessitariam ser garantidos pelo Estado.

Segundo Yepes e Guzmán, as pessoas privadas de liberdade têm alguns direitos suspensos, permanecendo como titulares dos demais direitos, competindo ao Estado o dever de garantir estes direitos e seu gozo efetivo.

Os direitos das pessoas privadas da liberdade distinguem-se em três categorias: a) suspensos, b) intangíveis e c) limitáveis²³⁵. Os primeiros correspondem àqueles que ficam suspensos durante o período da privação da liberdade, por exemplo, o direito de liberdade. Os direitos intangíveis seriam aqueles que não são afetados pela privação da liberdade, devendo o Estado respeitá-los com a mesma deferência que o faz aos demais cidadãos, entre estes direitos podemos citar o direito à vida, à

²³²Ibid., p. 245.

²³³ALBERGARIA, Jason. Manual de direito penitenciário. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 25.

²³⁴RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 63.

²³⁵“*las personas privadas de la libertad tendrían derechos: i) suspendidos; ii) intangibles; y iii) limitables*”, cf. YEPES, R. U.; GUZMÁN, D.E., op. cit., p. 150, tradução nossa.

integridade física e à saúde. A terceira categoria de direitos das pessoas privadas de liberdade são os limitáveis que correspondem àqueles que não são suspensos em decorrência da pena, mas podem ser limitados pelo Estado de maneira a garantir seu cumprimento da pena²³⁶.

Os direitos intangíveis, adotando-se a divisão de Yepes e Guzmán, correspondem àqueles que o Estado não pode negar aos presos e se encontram intimamente ligados a sua dignidade.

Em sentido semelhante, Vieira de Andrade defende que os presos não podem reclamar o seu direito de livre circulação, mas podem gozar do direito à integridade física e no que se refere à inviolabilidade de correspondência, inerente ao direito à privacidade, entende que poderá ser mitigado²³⁷.

Atualmente, não há como negar o reconhecimento dos presos como sujeitos de direito e a necessidade do Estado respeitar os seus direitos fundamentais durante o encarceramento. “O Estado é, assim, *directamente* responsável pela humanização ou desumanização penitenciária²³⁸”, devendo ser entendido como humanização a inserção no sistema prisional do princípio da humanidade que “repercute-se em duas direções fundamentais: a do respeito pelos direitos fundamentais do recluso, sendo este como

²³⁶“Se trata, por exemplo, dos direitos fundamentais à privacidade, reunião, associação, livre desenvolvimento da personalidade, informação, trabalho, educação e liberdade de expressão, entre outros. Esses direitos são limitáveis por parte do Estado, desde que tal limitação seja proporcional (Tribunal Constitucional, sentença T-690 de 2010). Este é a classe de direitos que gera mais controvérsia. Se trata dos direitos aos quais a pessoa privada de liberdade não foi despojada em decorrência da condenação, mas que podem ser restringidos para garantir o efetivo cumprimento da mesma e assegurar a disciplina necessária nas prisões. A controvérsia surge porque o reconhecimento do poder do Estado para limitar esses direitos pode implicar no risco de as autoridades na prática findarem por vulnerá-los, caso os restrinja de forma desproporcional” – cf. YEPES, R. U.; GUZMÁN, D. E., loc.cit., tradução nossa do trecho: “*Se trata, por ejemplo, de los derechos fundamentales a la intimidad personal, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad, información, trabajo, educación y libertad de expresión, entre otros. Estos derechos son limitables por el Estado, siempre que dicha limitación sea proporcionada (Corte Constitucional, Sentencia T-690 de 2010). Esta clase de derechos es la que más polémica genera. Se trata de derechos de los cuales la persona privada de la libertad no ha sido despojada en función de la pena, pero que pueden ser restringidos para garantizar efectivamente el cumplimiento de la misma y asegurar la disciplina necesaria en los establecimientos penitenciarios. La polémica surge porque el reconocimiento de la potestad del Estado para limitar estos derechos puede acarrear el riesgo de que las autoridades en la práctica terminen vulnerándolos, al restringirlos en forma desproporcionada*”.

²³⁷VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 246.

²³⁸ROCHA, João Luís de Moraes (org.). *Entre a reclusão e a liberdade. Estudos Penitenciários*. vol. 1. Coimbra, Portugal: Almedina, 2005, p. 26.

sujeitos de direitos, e o do uso racional das sanções penitenciárias²³⁹. O reconhecimento de um estatuto jurídico da pessoa presa o restitui “a uma dimensão de ser humano: o indivíduo-recluso torna-se sujeito de direitos que lhe demarcam a fronteira da humanidade²⁴⁰”, devendo ser garantido os mesmos direitos que são assegurados as demais pessoas de um Estado, ressalvados aqueles que ficam suspensos durante a execução da pena.

É sob esse olhar de “reconhecimento dos direitos da pessoa humana do condenado, ao surgir a relação de direito público entre o condenado e o Estado²⁴¹” que será formulado o denominado direito fundamental a um cárcere digno.

2.1.2. A concepção dos direitos fundamentais dos presos na Constituição de 1988: o direito a um cárcere digno.

A Constituição tem como um de seus papéis a concretização do princípio da dignidade humana na medida das possibilidades fáticas e jurídicas do Estado brasileiro. As pessoas recolhidas em estabelecimentos penais permanecem no gozo de determinados direitos fundamentais, em especial, aqueles necessários à manutenção da sua dignidade da mesma forma que estão garantidos aos demais indivíduos não encarcerados.

Elenca um rol de direito das pessoas encarceradas, dentre os quais se destacam os relacionados diretamente com a execução da pena: a necessidade de ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; (art. 5º, inciso XLVIII); o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX) e o fornecimento de condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, inciso L). Além destes direitos estabelecidos especificamente para as pessoas encarceradas, devem ainda ser garantidos todos os direitos fundamentais assegurados pelo Estado brasileiro aos demais indivíduos, ressalvados os incompatíveis com a permanência no cárcere.

²³⁹ROCHA, J.L.M, loc. cit.

²⁴⁰RODRIGUES, A. M., op. cit., 2001, p. 67.

²⁴¹ALBERGARIA, J, op. cit., 1993, p. 26.

Os direitos fundamentais da pessoa presa diretamente relacionados com o estabelecimento penal encontram-se topograficamente localizados na Constituição, no Capítulo I, do Título II, que trata dos “direitos e deveres individuais e coletivos”. São direitos fundamentais de primeira dimensão por explicitarem e concretizarem os valores da liberdade, da integridade física e moral e da dignidade da pessoa humana, na condição de indivíduo preso.

Não se identificam, em princípio, com os direitos sociais, que foram reconhecidos pelo legislador constituinte em capítulo próprio, e cujo rol reconhece como “direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (cf. art. 6º, da Constituição). A exceção do direito à segurança de onde é possível extrair um dever de proteção consistente em fornecer um cárcere, não necessariamente um cárcere digno.

A classificação dos direitos das pessoas encarceradas como direitos fundamentais de primeira dimensão, e não como direitos fundamentais de segunda dimensão, pode induzir a conclusão de que se caracterizariam como direitos de defesa a exigir uma abstenção do Estado.

Esse silogismo é falso. É possível extrair dos direitos de primeira dimensão um direito a prestação, devendo-se, para isso, abandonar a divisão em dimensões e adotar a classificação que leva em consideração o seu conteúdo preponderante.

Assim, quando a Constituição garante que a pena deve ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, revela um nítido conteúdo prestacional a exigir do Estado a disponibilização de cárceres que atendam aos critérios fixados. Igual raciocínio pode ser aplicado ao direito das mulheres encarceradas de lhe serem asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

O direito à integridade física e moral dos presos se apresenta como um direito fundamental completo. Se, a princípio, se evidencia a natureza de direito de defesa a exigir do Estado uma abstenção de maneira a resguardar a sua integridade física e moral durante o tempo que permaneça sob a custódia do Estado, por outro lado, não se pode ignorar que a mera garantia formal deste direito não se coaduna com o Estado

Democrático de Direito brasileiro. A liberdade deve ser assegurada em seu viés material. Essa norma de direito fundamental comporta, portanto, um feixe de posições jurídicas que envolvem as relações entre o indivíduo-encarcerado, o Estado e os direitos assegurados pela norma.

Sob essa perspectiva, é possível cogitar a existência das seguintes posições jurídicas: a) direito a uma ação negativa do Estado consistente em não afetar a integridade física e moral da pessoa encarcerada, b) direito a uma ação positiva normativa a fim de que seja estabelecido um estatuto jurídico da pessoa presa a lhe assegurar a integridade física e moral (e.g. assegurar os demais direitos fundamentais dos presos que exigem uma prestação, isto é, prestar uma efetiva assistência ao preso e ao internado²⁴², dentre as quais se destacam os direitos fundamentais consagrados como direitos sociais, como educação²⁴³, saúde²⁴⁴ e trabalho) e c) direito a uma ação positiva fática indispensável a assegurar materialmente a esfera de liberdade constitucionalmente protegida pelo referido dispositivo (e.g. construção de cárceres adequados).

Esses direitos a prestações são direitos *prima facie* que somente poderão se tornar direitos definitivos a partir da análise do caso concreto em que serão sopesados com os demais direitos envolvidos e ainda restringidos.

Desta forma, fácil concluir os direitos fundamentais da pessoa presa previstos na Constituição – aqui denominado direito fundamental a um cárcere digno – envolve direitos negativos e direitos positivos²⁴⁵.

²⁴²Art. 10, LEP: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

²⁴³Art. 17, LEP: “A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”.

²⁴⁴Art. 14, LEP: “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”.

²⁴⁵RODRIGUES, A. M., op. cit., p. 86 et seq., acolhe que a esfera jurídica do direito dos reclusos apresenta um estatuto negativo e um estatuto positivo, no entanto, o analisa sob a perspectiva da reintegração social do recluso. Assim, o estatuto negativo corresponde aos direitos clássicos de defesa que o recluso teria perante o Estado. Ao passo que, o estatuto positivo seria indispensável para uma efetiva reintegração social dos presos e seria formado por direitos positivos a prestações. E a respeito dessas duas faces do estatuto jurídico dos reclusos esclarece: “Se, naquele primeiro sentido, o enfoque se põe em limitar as consequências nocivas que advém da privação da liberdade – o que, juridicamente, se traduz na proteção dos direitos dos reclusos (não interferência na sua esfera privada) – já aquele outro, pressupondo uma execução que lhe deve ser útil, compreende o dever de assegurar a *efectivação* de prestações, no sentido de contribuir para a realização de determinados *objectivos*”.

2.1.3. A Lei de Execução Penal e o seu caráter de norma geral.

Sob a faceta de direito a ação positiva normativa ganha relevo a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal²⁴⁶. Apesar de editada em período anterior à Constituição de 1988, ela pode ser considerada como fruto do rompimento da teoria da relação especial de poder e o início da legalidade no âmbito da execução penal brasileira. A limitação dos direitos fundamentais dos encarcerados incompatíveis com o cumprimento da pena passou a ser objeto de lei, reconhecendo-se, em decorrência, a impossibilidade da Administração limitá-los, aplicando o seu poder discricionário²⁴⁷.

A Lei de Execução Penal tem natureza de norma geral, “leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano sem descer a pormenores²⁴⁸”. Isto implica que o refinamento das normas de direito fundamental das pessoas encarceradas previstas na Constituição não se exauriu com a publicação desta Lei, remanescendo margem aos demais entes federados na regulamentação destes direitos.

Diferentemente de alguns direitos prestacionais como educação e saúde, a Constituição não traçou qualquer disciplinamento sobre a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa presa, apenas estabeleceu a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário (cf. inciso I, art.

²⁴⁶Há ainda normas de cunho infra legal relacionadas às pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais, tendo especial relevo às elaboradas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

²⁴⁷Nesse sentido, a Exposição de Motivos n.º 213, de 9 de maio de 1983, do Exmo. Sr. Ministro da Justiça para o Exmo. Sr. Presidente da República dispunha: “19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal. 20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia. 21. O Projeto torna obrigatória a extensão, a toda a comunidade carcerária, de direitos sociais, econômicos e culturais de que ora se beneficia uma restrita percentagem da população penitenciária, tais como segurança social, saúde, trabalho remunerado sob regime previdenciário, ensino e desportos. 22. Como reconhece Hilde KAUFMAN “*la ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal*” (*Principios para la Reforma de la Ejecución Penal. Buenos Aires, 1977, p. 55*)”, documento disponível no sítio eletrônico do Ministério da Justiça <http://portal.mj.gov.br/>.

²⁴⁸MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 774.

24, da Constituição), apresentando-se a Lei de Execução Penal, elaborada pela União, como lei nacional que estabelece normas gerais sobre a questão penitenciária, competindo aos Estados legislarem especificamente sobre a matéria.

Disto decorre que, apesar de conferir maior concretude aos direitos fundamentais da pessoa, a norma-geral exige ainda a atividade legiferante dos Estados que compõem a federação e a elaboração e implementação de políticas públicas visando conferir efetividade a tais direitos.

A Lei de Execução Penal – LEP explicita os direitos dos reclusos. Garante expressamente em seu art. 3º, que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” e invoca a garantia da integridade física e moral dos presos. Em seu art. 41, apresenta amplo rol de direitos que devem ser assegurados aos presos: alimentação suficiente e vestuário; 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, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; 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 e atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Com relação às espécies de estabelecimentos penais, a Lei de Execução Penal estabelece que são aqueles destinados ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso (cf. art. 82 da LEP), consistindo, portanto, no gênero do qual decorrem diversas espécies de cárceres, de maneira que cada uma delas apresenta características indispensáveis a cada tipo de preso, seja ele provisório ou condenado, homem ou mulher, idoso, de alta periculosidade, dentre outros critérios.

Exige-se que sejam construídos cárceres diferenciados ou pelo menos com alas devidamente isoladas para abrigar a mulher e o maior de sessenta anos, em razão da sua condição pessoal (§1º e 2º, do art. 82, da LEP). No caso das mulheres, deve haver berçário onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (§2º, art. 83 da LEP) e contar com agentes penitenciárias exclusivamente do sexo feminino (art. 83, §3º da LEP).

O cárcere, conforme a sua natureza, deve contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva (art.83 da LEP). Os presos provisórios deverão ficar separados dos condenados, e dentre os provisórios os presos primários deverão ficar separados dos reincidentes (art. 84 da LEP).

No que se refere ao local de cumprimento, é possível que as penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa venham a ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União (art. 86 da LEP), cabendo ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa, definir o cárcere adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos (cf. §3º, art. 86, da LEP).

Além dessas regras gerais, a serem observadas nos estabelecimentos penais, identificam-se as seguintes espécies: a) penitenciária, que se destina ao condenado à pena de reclusão em regime fechado (art. 87, da LEP), devendo contar com cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 88 da LEP) e situada fora do centro urbano da cidade, embora a distância não deva restringir a visitação (art. 90 da LEP); b) colônia agrícola, industrial ou similar destinada ao cumprimento da pena em regime semi-aberto (art. 90 da LEP), podendo contar com compartimento coletivo com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (art. 92 da LEP); c) casa do albergado, designada ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana, devendo ser situada em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, não apresentar obstáculos físicos contra a fuga e dispor, além dos aposentos para acomodar os presos, de local adequado para cursos e palestras (art. 93, 94 e 95 da LEP); d) hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, proposta aos inimputáveis e semi-imputáveis nos termos da legislação penal; e) cadeia

pública, que se destina ao recolhimento dos presos provisórios, devendo ser instalada próxima aos centros urbanos (art. 102 e 104 da LEP); e f) centros de observação, que são estabelecimentos penais onde deverão ser realizados exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação, que poderão ser instalados em unidades autônomas ou em anexo a estabelecimento penal.

Além da classificação disciplinada na Lei de Execução Penal, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN distingue as penitenciárias em duas espécies: “penitenciárias de segurança máxima especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas encarceradas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais” e “penitenciárias de segurança média ou máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas encarceradas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas²⁴⁹”.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, ao traçar as diretrizes básicas da arquitetura prisional, por meio da Resolução nº. 09, de 2011, seguindo a linha de que a União elabora apenas normas gerais sobre a questão penitenciária, permite que as unidades federadas apresentem projetos distintos dos fixados, desde que mais compatíveis com a sua realidade. Com efeito, em um país com a dimensão geográfica do Brasil cujos estados apresentam peculiaridades, estas devem ser levadas em conta no momento do estabelecimento da política pública nacional, não sendo adequado o estabelecimento de estruturas rígidas.

Sobre a conceituação e classificação dos estabelecimentos penais, o CNPCP, no Anexo III, da Resolução n.º 09, de 2011, que cuida das Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal, além dos estabelecimentos penais anteriormente apresentados, explicita que deverão existir estabelecimentos para idosos, que se constituem de estabelecimentos penais próprios, ou seções, ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas encarceradas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou as que completem essa

²⁴⁹Classificação disponível no [sítio eletrônico](http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDAB2EF2D92895476E8516E63C78FC7C4CPTBRIE.htm) <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDAB2EF2D92895476E8516E63C78FC7C4CPTBRIE.htm>.

idade durante o tempo de privação de liberdade²⁵⁰. O CNPCP ao alçar o estabelecimento para idoso como uma espécie de estabelecimento penal concede-lhe a importância merecida.

Um “ajuste” realizado pelo referido órgão colegiado diz respeito a nomenclatura utilizada para os hospitais de custódia e tratamento que é denominada como Serviço de Atenção ao Paciente, consistindo em “estabelecimentos penais destinados a atender pessoas submetidas à medida de segurança”. Destaca-se ainda a utilização dos termos “complexos ou conjuntos penais” para conceituar o conjunto arquitetônico de unidades penais que formem um sistema de atendimentos com algumas funções centralizadas e compartilhadas pelas unidades que o constituem. E por fim, a central de penas e medidas alternativas que são os estabelecimentos destinados a atender pessoas que cumprem penas e medidas alternativas.

Nesse diapasão, o conceito de estabelecimento penal é reformulado de maneira que, em vez da conceituação apresentada pelo art.82 da LEP que determina que “os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso”, conceitua-os como “todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar ou atender pessoas presas, quer provisórias, quer condenadas, ou ainda aquelas que estejam submetidas à medida de segurança²⁵¹”.

Os normativos estabelecem normas-gerais da União indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, remanescendo aos entes federados a sua complementação, bem como a adaptação à sua realidade.

²⁵⁰Disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJ091F9E35ITEMID58725736264041509258575CA245CB89PTBRIE.htm>.

²⁵¹O DEPEN, no seu sítio eletrônico <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDAB2EF2D92895476E8516E63C78FC7C4CPTBRIE.htm>, acessado em 16 de junho de 2012, ao formular o seu conceito de estabelecimento penitenciário não faz menção ao atendimento das pessoas, mas tão-somente ao alojamento. Parece-nos mais adequada à nomenclatura apresentada pela CNPC, tendo em vista a inserção dos centros da central de penas e medidas alternativas como estabelecimento penal, dado que este estabelecimento não se destina a alojar.

2.1.4. As normas de direito internacional sobre pessoas encarceradas.

O estatuto jurídico do recluso não estaria completo se ao lado das normas provenientes do direito interno brasileiro, fossem deixadas de lado as normas decorrentes de atos internacionais.

Especificamente sobre o tratamento dos reclusos, foram elaboradas pela Organização das Nações Unidas²⁵², as seguintes normas: a) Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos, b) Procedimento para a aplicação efetiva das regras mínimas para o tratamento dos reclusos; c) Conjunto de princípio para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão, d) Princípios básicos para o tratamento dos reclusos, e e) Regras das Nações Unidas para o tratamento das reclusas e medidas privativas de liberdade para as mulheres delinquentes (regras de Bangkok).

Não existem tratados ou acordos internacionais disciplinando o tratamento a ser dispensado às pessoas encarceradas. Há apenas acordos que versam sobre a transferência²⁵³ de pessoas encarceradas para o cumprimento da pena no seu país de origem visando facilitar a sua reinserção social²⁵⁴.

²⁵²O Estado brasileiro integra a ONU na qualidade de Estado-membro desde 24 de outubro de 1945.

²⁵³A transferência dos encarcerados é distinta do instituto da extradição. “A extradição consiste na entrega de uma pessoa acusada ou condenada por um ou mais crimes supostamente praticados no território do país que a reclama. A transferência de pessoas condenadas é uma medida que visa beneficiar os presos estrangeiros, que estão sob a custódia da justiça brasileira, possibilitando o cumprimento do restante da pena em seus países de origem, junto de seus familiares e compatriotas, facilitando a sua reintegração ao meio social. A transferência de pessoas condenadas será aplicada exclusivamente com os países com os quais o Brasil possua Tratado, e será efetivada concomitantemente com a respectiva expulsão. Os brasileiros que cumprem pena no exterior também recebem o mesmo tratamento, uma vez que os acordos exigem reciprocidade” – extraído do sítio eletrônico do Ministério da Justiça: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BCD90C52D%2D0AC3%2D45BD%2D9B2D%2D17F5803D00B3%7D¶ms=itemID=%7B3FA1A9DB%2D8226%2D40AA%2D9B11%2D57BCDD937E83%7D:&UIP artUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso em 27 de abril de 2013.

²⁵⁴Atualmente o Brasil possui Tratados de Transferência de Pessoas Condenadas com a Argentina (celebrado em 11.09.1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.875, de 23.07.2001), Canadá (celebrado em 15.07.1992 e promulgado pelo Decreto nº 2.547, de 14.04.1998), Chile (celebrado em 29.04.1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.002, de 26.03.1999), Espanha (celebrado em 04.05.1998 e promulgado pelo Decreto nº 2.576, de 30.04.1998), Paraguai (celebrado em 29.10.2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.443, de 28.10.2002), Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (celebrado em 29.01.2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.107, de 28.01.2002), Portugal (celebrado em 05.09.2001 e promulgado pelo Decreto nº 5.767, de 02.05.2001), Peru (celebrado em 25.09.2003 e promulgado pelo Decreto nº

As normas sobre tratamento das pessoas encarceradas produzidas pela ONU em face da sua abrangência internacional, da sua generalidade e do seu conteúdo identificam-se como “normas de direitos humanos”.

Por essa razão, pode-se questionar a sua natureza de direito fundamental e a sua aplicabilidade imediata no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, por não se tratar de normas convencionais, – tratado ou acordo internacional em que houve a adesão expressa do Estado brasileiro – mas de um conjunto de recomendações de caráter geral.

Explicitando essa característica, as regras mínimas para tratamento dos reclusos, ressalva nas suas observações preliminares que:

*(...) debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. (...) Además, los criterios que se aplican a las materias a que se refieren estas reglas evolucionan constantemente*²⁵⁵.

As recomendações devem ser observadas no âmbito do Estado, na medida em que forem compatíveis com o seu ordenamento jurídico interno, podendo-se cogitar inclusive a não aplicação de algumas das recomendações quando incompatíveis com as regras jurídicas do Estado-parte.

Essas recomendações, “regras mínimas”, princípios, isto é, esse grau de generalidade e abstração que caracteriza os documentos internacionais relacionados à pessoa encarcerada, todavia, não implicam em uma obrigação jurídica para o Estado brasileiro passível de exigibilidade na ordem interna ou internacional.

5.931, de 13.10.2006), a Bolívia (celebrado em 26.07.1999 e promulgado pelo Decreto nº 6.128, de 20.06.2007). O Brasil é parte também da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (celebrado em 09.06.1993 e promulgado pelo Decreto nº 5.919, de 03.10.2006). De acordo com informações do sítio eletrônico da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores (<http://dai-mre.serpro.gov.br/>) encontram-se em tramitação Acordos semelhantes com a Turquia, Polônia, República Árabe da Síria, Ucrânia, Bélgica, Reino dos Países Baixos, Venezuela, Itália, Moçambique, Angola e Suriname.

²⁵⁵“Devido a grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes no mundo, não se pode aplicar indistintamente todas as normas em todos os lugares e em todo tempo. (...). Ademais, os critérios que se aplicam às matérias a que se referem estas normas evoluem constantemente” – Trecho extraído das *observaciones* preliminares das “*reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*”. Disponível em http://www.unodoc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_Spanich.pdf., tradução nossa.

Por não se tratar de acordo ou tratado internacional em que o Estado tenha manifestado sua vontade, não obstante a importância que tenham assumido em âmbito internacional, e independentemente do Brasil ser membro na ONU, “é unânime o reconhecimento e a afirmação quanto a não se revestirem de obrigatoriedade de implementação²⁵⁶”.

No plano interno, cabe mencionar que as “regras mínimas para o tratamento dos reclusos” foram acolhidas por meio da Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP n.º 14, de 11 de novembro de 1994. Diz-se acolhida porque o CNPCP não tem competência para realizar a incorporação de normas internacionais e por ser órgão colegiado que apenas recomenda, não possui poderes para impor qualquer obrigação aos entes federados.

Embora inegável a jusfundamentabilidade material destas normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro – na medida em que encerram direitos de liberdade dos indivíduos presos²⁵⁷ que decorrem diretamente do princípio da dignidade humana, da vida e do respeito à integridade física e moral dos presos, todos previstos na Constituição – isto não assegura o *status* de norma constitucional de direito fundamental, que exige a dupla fundamentalidade formal e material.

Consequentemente, não possuem tais normas aplicabilidade imediata no âmbito interno, uma vez que, mesmo que se cogitasse a sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro visando conferir-lhes o *status* constitucional, por não se apresentarem como um acordo, tratado ou convenção internacional não lhes é aplicável o trâmite previsto no §3º, do art. 5º, da Constituição.

A respeito deste dispositivo legal, importa esclarecer que veio para dirimir a celeuma jurídica sobre o *status* das normas de direito fundamental incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Havia divergência centrada na possibilidade de lhe ser atribuído o *status* de norma constitucional por apresentar jusfundamentabilidade material²⁵⁸.

²⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 455. Apesar de estar se referindo à Declaração de Direitos Humanos da ONU, a conclusão é plenamente aplicável a estas resoluções.

²⁵⁷ Segundo SARLET, I. W., op. cit., 2011, p. 82 “é inquestionável que a abertura material do catálogo abrange os direitos individuais”.

²⁵⁸ Nesse sentido, Cançado Trindade a época manifestou-se: “A disposição do art. 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande

De acordo com Rezek²⁵⁹, o *status* de norma constitucional somente se verifica se, no momento da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, for observado o quórum qualificado exigido pelo §3º, do art. 5º, da Constituição.

As normas internacionais de direitos sobre os presos, por não serem passíveis de incorporação, não possuem fundamentalidade formal. Assim, embora careçam do *status* de norma constitucional no âmbito interno – o que lhes retira a cogência do Estado brasileiro e a aplicabilidade imediata – o catálogo aberto dos direitos fundamentais²⁶⁰ permite que tais normas sejam consideradas como materialmente constitucionais, por encontrarem fundamento em princípios expressamente consagrados na Constituição, em especial, o princípio da dignidade humana e do respeito à integridade física e moral dos presos.

Assim, em que pese às recomendações da ONU não possuírem natureza jurídica de norma internacional convencional, seus preceitos encontram, em regra,

avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso País. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente” – cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Fortaleza, ano 2, vol. 2, número 2, p. 11 -39, 2001.

²⁵⁹REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104. Ainda sobre o tema, disserta: “Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no terceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatua constitucional desde sua promulgação – que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. (...) Uma última dúvida diz respeito ao passado, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional” – cf. REZEK, F., loc. cit.

²⁶⁰A cláusula de abertura permite que direitos e garantias sejam encontrados também fora da Constituição, escritos ou não escritos, decorrentes ou implícitos, e também positivados em tratados internacionais. Tal cláusula de abertura, ao permitir a constatação de enunciados normativos fundamentais em outros textos legais – os tratados – e até mesmo não escritos, legitimou, *ipso facto*, a possibilidade de outros enunciados normativos de direitos fundamentais serem encontrados fora dos róis dos mencionados artigos. Isto implica dizer que normas fora do catálogo que forem decorrentes do regime e dos princípios constitucionais serão normas de direitos fundamentais, uma vez que os direitos atribuídos por elas também serão fundamentais, cf. BELLO FILHO, N. B., op. cit., 2006, p. 40.

fundamentalidade material nos princípios constitucionalmente consagrados. Estas normas têm como principal papel conduzir os poderes da República Federativa do Brasil a atuar – por meio da elaboração legislativa ou por meio de políticas públicas – no sentido de garantir uma condição minimamente digna às pessoas encarceradas.

2.2. Direito fundamental do preso a um cárcere digno *stricto sensu*.

O recolhimento do indivíduo a um cárcere marca o início da custódia do Estado. Esta custódia pode ser decorrente do direito de executar a sanção aplicada – *jus punitivonis* – ou decorrente da necessidade de assegurar o *jus puniendi* do Estado, submetendo-se provisoriamente o indivíduo ao cárcere.

Independentemente do motivo que conduziu o Estado a privar alguém de sua liberdade, é certo que, por estar sob seus cuidados à pessoa encarcerada devem ser assegurados todos os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica brasileira, ressalvados os incompatíveis com a permanência no estabelecimento penal, bem como os direitos suspensos em decorrência da condenação, no caso dos presos condenados em definitivo.

A respeito do papel do Estado perante o preso condenado em definitivo, Heleno Cláudio Fragoso leciona que:

O conteúdo desse *jus puniendi* é dado pela faculdade de impor ao réu a perda ou diminuição de bens jurídicos, nos limites fixados pela sentença, e a ele corresponde, para o réu, a obrigação de a ela submeter-se (*aliquid pati*), abstendo-se de resistência. Esse esquema é puramente formal, mas é importante porque fixa para o Estado os limites da punição (a pena não pode ser maior ou diversa da que está prevista na lei) e estabelece para o réu a garantia de não ser atingido senão nos limites dos direitos diminuídos pela sentença. Que direitos são esses? Em princípio, apenas a perda da liberdade e dos direitos necessariamente afetados por ela²⁶¹.

Não se pode conceber, nos dias atuais, que o tratamento conferido ao encarcerado dentro dos estabelecimentos penais corresponda a uma nova penalidade. A dignidade da pessoa humana, que é considerada um valor e um princípio fundamental do Estado brasileiro, também é um objeto do dever do Estado, e há de ser

²⁶¹FRAGOSO, Heleno Claudio. *Perda da liberdade (Os direitos dos presos)*.

aplicada na execução da pena. É preciso que seja garantido às pessoas recolhidas em cárceres um mínimo necessário a sua dignidade.

Dworkin defende a necessidade de se assegurar o mínimo de decência nos cuidados durante a custódia, entendendo que mesmo os encarcerados que foram condenados a crimes hediondos têm direitos à dignidade durante o cumprimento da penalidade. O autor delimita esse direito da seguinte maneira: *“We now think this requires that jail be clean, that prisoners not be tortured or abused, and that they be allowed at least a certain level and kind of privacy”*²⁶².

O respeito à dignidade da pessoa encarcerada impõe que o Estado assegure os direitos fundamentais que não se encontram suspensos ou limitados pela condenação, não sendo permitida a mitigação da dignidade da pessoa humana além do necessário ao cumprimento da pena, mantendo-se intangíveis os direitos fundamentais.

O direito fundamental do preso a um cárcere digno encontra-se fundamentado, portanto, no postulado da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais intangíveis da pessoa encarcerada. Em face desta multiplicidade de direitos que o conceito engloba, há uma diversidade de posições jurídico-subjetivas que podem ser atribuídas ao direito fundamental a um cárcere digno, sendo correto afirmar que ele se enquadra no conceito de direito fundamental completo proposto por Alexy.

Dentre essas posições jurídicas, é possível identificar a sua configuração como um direito a algo, possuindo duas faces da posição jurídica: a) direito a uma ação negativa e b) direito a uma ação positiva.

O direito a um cárcere digno, sob a perspectiva negativa, pode ser evidenciado no direito a integridade física e moral das pessoas encarceradas, o que exige a abstenção do Estado na prática de condutas, quer por meio dos agentes penitenciários, quer por meio de outras pessoas que o representem, tendentes a violar tais direitos.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição não apenas vedou expressamente a prática de atos tendentes a violar a integridade física dos indivíduos presos, mas foi além:

²⁶²“Nós agora pensamos que isso requer que as celas sejam limpas, que os presos não sejam torturados ou abusados, e que seja assegurado um certo nível de privacidade”, cf. DWORKIN, R., op. cit., 1993, p. 233.

Agora, a Constituição vai mais longe: além de garantir o respeito à integridade física e moral, declara que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). A fim de dotar essas normas de eficácia, além da cominação de penas, a atual Carta Magna preordena várias garantias penais apropriadas, como o dever de comunicar, imediatamente, ao juiz competente e a família ou a pessoa indicada, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre; o dever também da autoridade policial de informar ao preso seus direitos entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado; e o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório²⁶³.

Inegável que este amplo rol de direitos, todos tendentes a garantir a dignidade do encarcerado, decorre do contexto histórico-político que antecedeu a promulgação da Carta de 1988. As violações a direitos humanos constatadas durante o período ditatorial – principalmente as perseguições a indivíduos de cunho eminentemente político – influenciaram sobremaneira a inserção de um amplo rol de direitos fundamentais. O respeito à integridade moral²⁶⁴, ao lado do direito a integridade física, constituem direitos-chave dos presos.

Há que se deixar claro que o respeito à integridade física e moral dos encarcerados não “impedem o padecimento moral ou físico experimentado pelo condenado, inerentes às penas supressivas da liberdade²⁶⁵”. Mesmo que o Estado não pratique nenhum ato tendente a violar a integridade física e moral dos presos, o fato de seres humanos se encontrarem privados de sua liberdade atinge a integridade física e moral, embora não configure uma violação a estes princípios, pois o recolhimento ao cárcere decorre do *jus puniendi* Estatal.

Essa situação se conforma ainda com a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que – apesar deste princípio, sob certas condições, prevalecer com maior grau de certeza sobre outros princípios – isso não impede que, havendo razões jurídico-constitucionais, seja possível afastar a relação de precedência. Indubitável que na colisão da privação da liberdade, decorrente da permanente periculosidade do encarcerado, com a segurança²⁶⁶ da sociedade, o resguardo da segurança assume

²⁶³ SILVA, J.A., op. cit., 2006, p. 199.

²⁶⁴ “há formas de ofensa moral que se revelam como tortura praticada por autoridade”, cf. Ibid., p. 201.

²⁶⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JUNIOR, Paulo José da. Direito Penal na Constituição, cit. p. 143 *apud* MENDES, COELHO E BRANCO, 2007, p. 574.

²⁶⁶ O direito social à segurança pública encontra-se expressamente previsto no art. 6º e balizado no art. 144, ambos da Constituição. “Aqui, “segurança” é definida como uma espécie direito social. Portanto, há de tratar de outra forma de direito. Como direito social, a segurança é especialmente a obtenção de uma

prevalência em face da privação da liberdade, não se verificando qualquer violação ao conteúdo da dignidade.

O que se entende por cárcere digno sob o viés eminentemente negativo corresponderia a determinar ao Estado, por meio de seus agentes penitenciários, que se abstenha de praticar atos atentatórios aos direitos fundamentais negativos das pessoas encarceradas que não foram suspensos ou limitados pela condenação, em especial, atos que violem a integridade física e moral dos presos.

A outra posição jurídica do direito fundamental a um cárcere digno exige uma ação Estatal conducente a garantir o respeito material dos direitos fundamentais da pessoa presa.

No contexto atual, um cárcere digno exige do Estado a prática de atos tendentes a contornar a situação vivenciada pelo sistema prisional brasileiro, de maneira a viabilizar o efetivo gozo, pelas pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais, dos direitos que lhes são assegurados e ainda que lhes seja disponibilizado um estabelecimento penal adequado ao resguardo da sua dignidade.

Nessa linha de raciocínio, compete ao Estado adotar as medidas necessárias a assegurar ao encarcerado um cárcere que não se encontre superlotado ou com instalações físicas comprometidas – fatores que podem inviabilizar o exercício de alguns direitos das pessoas recolhidas nestes cárceres²⁶⁷.

O cárcere digno, como dever do Estado de fornecer uma prestação, exige concomitantemente uma regulamentação infraconstitucional (direito a uma prestação jurídica) e uma ação estatal consubstanciada na construção de cárceres suficientes e adequados à população carcerária do país (direito a uma prestação material).

O direito fundamental a um cárcere digno em sentido *lato* pode ser conceituado, portanto, como um dever do Estado de disponibilizar cárceres em quantidade e qualidade adequados a assegurar o pleno gozo dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, exigindo-se simultaneamente um dever de abstenção e uma ação do

convivência social que permita o gozo de direitos e o exercício de atividades sem perturbação de outrem. Vale dizer, direito à segurança, no art. 6º, prende-se ao conceito de “segurança pública”, que merecerá consideração mais aprofundada na análise do art. 144”, cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

²⁶⁷ Apenas a título de exemplificação, por vezes, um estabelecimento superlotado impede que os presos tomem banho de sol (cf. art. 52, inciso IV, da Lei de Execução Penal).

Estado. A qualidade a que se refere diz respeito com a necessidade de serem construídos cárceres distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, permitindo-se o gozo dos direitos fundamentais que não se encontram suspensos ou restringidos e ainda que os carcereiros – ou agentes penitenciários – sejam capacitados no sentido de respeitar os direitos fundamentais dos encarcerados. A quantidade de cárceres deve ser suficiente para atender à população carcerária do país.

Esta conceituação corresponde à efetivação plena do direito fundamental a um cárcere digno *lato sensu*, isto é, não está se está considerando as restrições jurídicas e materiais por ventura incidentes neste direito.

O direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*, por sua vez, considera apenas a dimensão prestacional deste direito. Surge daí a problemática ínsita aos direitos à prestações: depende da disponibilidade orçamentária e, por conseguinte, encontra limite no que se consagrou doutrinariamente como “reserva do possível”. Esta é a questão central que diz respeito ao controle jurisdicional do direito fundamental a um cárcere digno.

2.3. O dever do Estado de fornecer um cárcere digno e a sua dimensão subjetiva.

As normas de direito fundamental “impõem necessariamente um dever jurídico a um sujeito de direito – no caso, e primariamente, um dever de o Estado fazer, não-fazer ou se sujeitar²⁶⁸”, independentemente de ser possível se extrair desta dimensão objetiva uma dimensão subjetiva.

No caso do direito fundamental a um cárcere digno parece não haver dúvidas a respeito da possibilidade de se retirar do dever do Estado de fornecer um cárcere digno ao “indivíduo-encarcerado” uma dimensão subjetiva a permitir que se exija judicialmente do Estado o cumprimento deste dever.

²⁶⁸NOVAIS, J.R., op. cit., 2010b, p. 71.

Em outras palavras, é “possível o recurso direto às normas constitucionais de direitos fundamentais para fundamentar a judiciabilidade de uma pretensão *subjectiva* ou para interpretar em conformidade as normas de Direito ordinário que regulam essa questão²⁶⁹”.

O direito a um cárcere digno é composto por uma posição negativa – exigindo-se do Estado um dever de abstenção da prática de atos atentatórios à integridade física e moral do encarcerado – e uma posição positiva – exigindo-se do Estado uma ação tendente a prestar esse dever de fornecer um cárcere digno.

Na posição negativa, o direito subjetivo fundamental se identifica com a possibilidade do indivíduo-encarcerado “se autodeterminar numa área juridicamente tutelada (...) pela imposição ao Estado dos correspondentes deveres de observância, no mínimo, do dever geral de abstenção e respeito²⁷⁰” à sua integridade física e moral. É nesta seara que a dimensão subjetiva assume maior amplitude.

Na posição positiva – direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* – a análise de eventual existência de um direito subjetivo é mais complexa. Para compreensão desta posição, o cárcere digno há de ser perspectivado sob a ótica do “indivíduo-encarcerado” e sob a ótica do “indivíduo-vítima” ou da coletividade – dever de proteção estatal decorrente do dever de segurança pública previsto no *caput* do art. 6º e do art. 144 da Constituição. Mesmo que se defenda que o direito a um cárcere digno *stricto sensu* seja estruturado como um direito *prima facie*²⁷¹ e sob a reserva do possível, é preciso restar clara a possibilidade deste direito ser “judiciável no interesse e por iniciativa de seu titular²⁷²”.

A esse respeito Jorge Reis Novais leciona:

²⁶⁹ Ibid., p. 98.

²⁷⁰ Ibid., p. 99.

²⁷¹ De acordo com Novais, é possível existir um caráter gradativo da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. “Diferentemente, quando se fala do caráter gradativo da dimensão *subjectiva* de um direito fundamental procuramos apenas saber se, independentemente da natureza de *prima facie* de uma dada posição jurídica, ela é ou não judiciável no interesse e por iniciativa do seu titular. Assim, mesmo havendo judicialidade da pretensão, o carácter *prima facie* do eventual direito *subjectivo* pode traduzir-se, dada, por exemplo, a necessidade de concretização ou de compatibilização com princípios, valores ou interesses que joguem num sentido contrario, na não imposição ao Estado, total ou parcialmente, do cumprimento do dever correspondente desse direito” – cf. NOVAIS, J. R., op. cit., 2010b, p.106.

²⁷² Ibid., p. 106.

Todavia, a esses direitos e pretensões só é reconhecida a natureza de direito *subjectivo* público quando, seja através da mediação do Direito ordinário, seja mediante uma suficiente determinabilidade da própria norma constitucional de garantia – quer do ponto de vista do recorte do interesse individual protegido quer da determinação de concretas obrigações estatais, a ordem jurídica reconhece ao titular do direito fundamental, no prosseguimento de um interesse próprio e especial, a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento dos deveres que cabem ao Estado em tal relação o que implica a possibilidade de o juiz, mantendo-se nos estritos limites funcionais da sua posição constitucional, dispor de parâmetros objetivos de *controlo* das correspondentes *acções* ou omissões dos poderes públicos²⁷³.

Apesar do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* não ter seus parâmetros traçados constitucionalmente, tendo sido reservado ao legislador ordinário o seu disciplinamento, e especialmente, a sua vinculação à reserva do possível, por estar relacionado a um mínimo existencial no cárcere é possível deduzir um direito subjetivo indispensável a garantir esse mínimo. Neste caso, a atuação do juiz na conformação do direito subjetivo é diminuta.

Vieira de Andrade afirma que estes direitos prestacionais têm,

(...) enquanto posições subjetivas, uma eficácia autônoma muito limitada, pois dependem necessariamente de *actuação* legislativa, e a sua operatividade só é pensável em casos excepcionais de violação do conteúdo mínimo ou das ordens concretas de legislar, só podendo gozar, aliás, mesmo então, de uma proteção de segundo grau por via de indemnização²⁷⁴.

Assim, o indivíduo ao ser encarcerado possui o direito subjetivo de exigir do Estado não apenas um dever de abstenção decorrente da posição negativa do direito fundamental a um cárcere digno, mas, inclusive, poderá exigir judicialmente do Estado um dever de ação consubstanciado na prestação de um cárcere digno (direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*).

A posição subjetiva do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* não implica necessariamente na satisfação integral deste dever de fazer. Devido a sua natureza *prima facie*, a faceta prestacional do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* encontra-se condicionada à disponibilidade orçamentária e, por conseguinte, encontra limite no que se consagrou doutrinariamente como “reserva do possível”. Aferir o grau de exigibilidade judicial deste dever estatal de prestar um cárcere digno e, conseqüentemente, os limites da atuação do juiz é o cerne da questão.

²⁷³ Ibid., p. 116.

²⁷⁴ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., p. 170.

2.4. Há cárceres dignos *stricto sensu* no Brasil?

2.4.1. Antecedentes históricos.

Apenas com a outorga da Constituição de 1824 e as normas que a seguiram é que surgiu a necessidade de se estabelecer um sistema prisional brasileiro. “A primeira menção à prisão no Brasil foi dada no Livro V das Ordenações Filipinas do Reino, Código de leis portuguesas que foi implantado no Brasil durante o período Colonial. O Código decretava a Colônia como presídio de degredados²⁷⁵”, situação que perdurou até 1808. Ainda em 1769 foi instalada a Casa de Correção no Rio de Janeiro, por meio da Carta Régia daquele ano, tendo sido conhecida como a primeira prisão no Brasil²⁷⁶.

A Constituição do Império do Brasil de 1824 dispunha como direito civil dos cidadãos brasileiros que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, devendo existir diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes (cf. art. 179, inciso XXI). Em 1830, foi publicado o primeiro Código Criminal do Brasil, que cuidava do sistema de penas no ordenamento jurídico brasileiro. E, por meio do Ato Adicional à Constituição de 1824, aprovado pela Lei nº. 16, de 12 de agosto de 1834, atribuiu-se às Assembleias Legislativas Provinciais competência para dispor sobre a construção de casas de prisão, trabalho, correção e seus respectivos regimes (cf. §9º, do art. 10).

Estes três documentos produzidos demonstram que, desde o Brasil Império, o sistema penitenciário brasileiro dispunha de regras mínimas para o estabelecimento de um cárcere digno. O reconhecimento de alguns direitos, no entanto, não se evidenciava *in concreto*, tendo sido observados desde aquela época problemas relacionados à superlotação.

Em 1890, adveio o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu o Código Penal de 1890, que dentre as penas de prisão estabelecia: a prisão celular, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar. A primeira se dava em estabelecimento especial com isolamento, a segunda em penitenciárias agrícolas ou

²⁷⁵ PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. Revista histórica, São Paulo, nº. 136, jul. 1997.

²⁷⁶ *Ibid.*

presídios militares e a terceira era destinada aos menores de 21 anos. Havia, no entanto, uma regra de transição, pois se ressalvava que enquanto não entrasse em inteira execução o “*systema penitenciário*”, as penas de prisão deveriam ser cumpridas nos estabelecimentos que existissem, observadas as especificidades previstas no art. 55²⁷⁷.

Os direitos dos reclusos previstos na Constituição eram garantias meramente formais, uma vez que a política criminal brasileira, cujo viés ideológico encontra-se na Carta Constitucional de 1824, esteve, desde o Código Criminal do Império de 1830, pautada pela repressão. Sobre o assunto, Toledo esclarece que esse primeiro código nasceu “sob inspiração da fé no cárcere, da fé na pena de prisão e na pena de morte²⁷⁸” e a política criminal que o informa é “baseada na ideia que arranca da crença na pena criminal como instrumento único, bastante e suficiente ao combate ao crime, à contenção da criminalidade²⁷⁹”. A segregação e isolamento dos indivíduos não desejados na sociedade eram considerados a única solução viável para o problema da criminalidade.

Os códigos penais que sucederam o Código do Império, a saber, o Código Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais e o Código Penal de 1940, apresentaram alguns avanços, mas não se afastaram do viés eminentemente repressivo, pautados na doutrina vigente no século XX da “necessidade e suficiência da pena de prisão para o controle do crime²⁸⁰”. A prisão continuava sendo vista e, ainda hoje o é, como a única solução para os males da insegurança dos indivíduos.

²⁷⁷Art. 55. O condenado a pena de prisão *cellular*, maior de seis *annos*, incorrer por tal *facto* em *interdição*, cujos *effeitos* são: a) suspensão de todos os direitos *políticos*; b) perda de todo *officio electivo*, *temporario* ou vitalício, emprego público da Nação, ou dos Estados, e das respectivas vantagens e vencimentos; c) perda de todas as dignidades, condecorações e *distincções* honoríficas; d) perda de todos os *munus* públicos. *Paragrapho* único. Sempre que o código *applicar*, além da pena corporal, a de privação do *exercício* de alguma arte ou profissão, esta pena só produzirá os seus *effeitos* depois de cumprida a pena corporal.

²⁷⁸TOLEDO, Francisco de Assis. Criminalidade e política criminal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 55, n. 99, p. 247-256, jul/set, 1988, p. 248.

²⁷⁹TOLEDO, F. A., loc. cit.

²⁸⁰Ibid., p. 249.

Os assuntos relativos às prisões e, por consequência, à “política penitenciária” desde os seus primórdios estiveram sob a responsabilidade do Ministério da Justiça²⁸¹. Uma das medidas adotadas por este Órgão para aprimorar a questão penitenciária foi propor ao Presidente da República a criação de um *sello penitenciário* cuja renda seria aplicada na construção de cárceres, dada à ausência de recursos dos entes federados²⁸² a serem destinados a essa política pública²⁸³. Propôs ainda a criação da *Inspeção* Geral Federal composta pelo Conselho Penitenciário do Distrito Federal²⁸⁴, como órgão responsável pela elaboração dos projetos onde seriam aplicados os recursos, bem como pelos projetos de reforma penal. A proposta de criação do *sello*

²⁸¹“O Ministério da Justiça, quando da sua criação pelo Decreto do Príncipe Regente de 3 de julho de 1822, teve, na área da sua competência, conforme a lei que o estruturou e organizou, a “inspeção das prisões”, cf. MIOTTO, A.B., op.cit., p. 209.

²⁸²Releva afirmar que permanece a preocupação da União Federal em contribuir com o aperfeiçoamento do sistema penitenciário nos Estados da Federação, de maneira que atualmente as verbas federais a serem destinadas aos referidos entes federados advém do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, criado pela Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994, com a finalidade de “de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”.

²⁸³A justificativa apresentada pelo Ministro da Justiça, que foi incorporada no preâmbulo do Decreto nº 24.797, de 14 de julho de 1934, dizia: “Considerando que a *eficiencia* das reformas *penaes*, cuja necessidade e urgência são evidentes, depende primordialmente de recursos financeiros, que os super onerados orçamentos *federaes* e *estaduaes* não comportam, sendo *actualmente* muito reduzidas as verbas com a manutenção dos defeituosos e *quasi* inoperantes serviços de repressão penal; Considerando que não se justifica a falta de cobrança das multas *penaes*, que em grande parte são convertidas em prisão sem nenhuma vantagem prática, porque o prolongamento de tempo da pena detentiva, por mais alguns *mezes*, é inócuo como repressão penal, sendo que, em muitos casos, a conversão não é realizada, na forma da lei, e a demora não pode prejudicar o *condemnado*; Considerando que a exigência do *effectivo* pagamento da multa penal, *accrescida* de uma taxa penitenciária, e a exigência do pagamento da indenização do *damno*, causado à vítima da *infracção* criminal, fixados na sentença *condemnatoria*, são elementos muito mais vantajosos para a profilaxia da reiteração criminosa, *permittindo-se* os pagamentos *parcellados*, *diluveis*, mas inflexivelmente cobrados, independentemente do tempo de prisão, *prohibida* a sentença de extinção da *condemnação* sem a completa liquidação desses pagamentos; Considerando que os *factores criminaes*, como causas predisponentes ou *occasionaes* do crime, e as tolerâncias administrativas, quanto a certas *infracções*, justificam que concorram para financiar a Defesa Social”.

²⁸⁴O Conselho Penitenciário do Distrito Federal foi criado pelo Decreto n.º 16.665, de 1924, tendo sido transformado em Conselho Penitenciário Federal em 1969 e nos dias atuais se denomina Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Com relação às atribuições do referido órgão verifica-se que foram incrementadas ao longo dos anos. Quando da sua criação referido Conselho tinha apenas as seguintes atribuições: “art. 3º. (...) 1º) Verificar a conveniência da concessão do livramento condicional e de indulto, a fim de serem promovidas às necessárias providencias, a requerimento do preso, representação do *director* do estabelecimento penal, ou por iniciativa própria do Conselho; 2º) Visitar, pelo menos uma vez por *mez*, aos estabelecimentos *penaes* da zona da sua *jurisidccção*, verificando a boa execução do *regimen* penitenciário legal e representando ao Governo respectivo, sempre que entender conveniente qualquer providencia; 3º) Verificar a regularidade da execução das condições impostas aos liberados *condicionaes* e aos egressos *localisados* em colônias de trabalhadores livres ou em serviços externos, providenciando como *fôr* conveniente; 4º) Apresentar *annualmente* o relatório dos trabalhos *effectuados*”.

penitenciário e da *Inspectoria* Geral Federal restaram consolidadas no Decreto nº 24.797, de 14 de Julho de 1934.

Se por um lado é possível vislumbrar um avanço no trato da questão penitenciária no País – ao se criar um órgão com atribuições específicas para cuidar de questões afetas à política penitenciária: *Inspectoria* Geral Federal²⁸⁵ – não se pode olvidar que a criação do *sello* penitenciário comprova que desde 1934 o Estado brasileiro não dispõe de uma reserva orçamentária adequada à gestão do sistema penitenciário.

Em 1957, com o advento da Lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957, a União Federal estabeleceu pela primeira vez um disciplinamento mais específico sobre o regime penitenciário, nos termos autorizados pela art. 5º, nº XV, letra “b”, da Constituição de 1946, bem com ampliou as atribuições da Inspetoria Geral.

Assim sendo, em seu art. 1º, esta Lei determina alguns parâmetros a serem seguidos, como por exemplo: a) a individualização das penas; b) a classificação dos sentenciados; c) a internação em estabelecimentos apropriados dos que estiverem

²⁸⁵Decreto nº 1.441, de 8 de fevereiro de 1937, “Art. 5º A” *Inspectoria* Geral compete: a) realizar as *providencias* convenientes à prevenção, reeducação, à repressão criminal, à administração geral penitenciária, representação do Brasil na Comissão Internacional Penal e Penitenciária, ao preparo e representação nos congressos *penaes* e *penitenciarios nacionaes* e estrangeiros; b) organizar os *projectos* para a *instalação*, conservação e manutenção e reforma dos estabelecimentos de prevenção, de reeducação e *penaes federaes*, *colonias* penitenciárias; *colonias* de egressos das prisões, cadastro judiciário e penitenciário, *auxilio* aos patronatos e aos *asyls* destinados aos filhos dos *condemados*, serviços de vigilância e *protecção* dos liberados; c) expedir *instrucções* e *providencias* para a execução das reformas de prevenção, de *reeducção* e *penaes* em todo o Brasil; d) *suggerir* aos poderes públicos as medidas necessárias para a melhor solução dos problemas de prevenção, reeducação e penitenciários e a distribuição adequada de fundos *especieaes*; e) reunir-se, pelo menos uma vez por semana, para visitas, estudos ou deliberações; f) superintender e localizar a *actividade* externa dos setenciados, de acordo com os *directores* dos respectivos estabelecimentos; g) elaborar a reforma dos regulamentos dos estabelecimentos de prevenção, de reeducação e *penaes federaes*; h) conhecer as queixas e reclamações dos reclusos e dos setenciados, encaminhando-as a quem de direito, quando não se *comprehenderem* em suas *atribuições*; i) informar aos juizes da execução sobre os pedidos de aproveitamento dos *condemados* a penas detentivas e dos egressos *condicionaes* ou definitivos das prisões nos trabalhos de *construcção* ou reforma dos estabelecimentos de prevenção, de reeducação e *penaes* de qualquer *typo* ou denominação, estradas de rodagem e serviços externos de utilidade pública; j) expedir *instrucções* e *recommendações* no exercício de suas *atribuições*, solucionando as dúvidas e *difficultades* relativas ao *regimen* de prevenção, de *reeducção* e penitenciário; k) informar ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores sobre a necessidade de qualquer medida de emergência; l) regular e fiscalizar a *escripturação* dos *promptuarios* destinados a instruir os pedidos de livramento condicional; m) elaborar o seu regimento interno; n) elaborar *annualmente* e submeter a *aprovação* do Ministro da Justiça e Negócios Interiores o orçamento a que se refere o art. 5º do decreto n. 24.797, de 14 de julho de 1934; o) divulgar, de forma *systematica* e especial, os dados e os resultados de sua *acção*, vulgarizando as *acquisições* da *sciencia* e da *pratica* penitenciária no *paiz* e no estrangeiro”.

passíveis de prisão preventiva ou provisória; d) trabalho obrigatório dos sentenciados com a percepção de salário, pecúlio penitenciário e seguro contra acidentes de trabalho; e) assistência social; f) educação moral e a separação dos sentenciados em estabelecimentos adequados, de acordo com a natureza do delito, do gênero e da idade.

Com relação às espécies de estabelecimentos penitenciários e aos órgãos necessários ao cumprimento da pena, o art. 35 da Lei, estabelecia, no mínimo, a existência de: a) reformatórios para homens; b) reformatórios para mulheres; c) institutos, ou escolas, para menores infratores; d) colônias penais; e) colônias para liberados; f) sanatórios penais; g) casas de custódia e tratamento; h) manicômios judiciários; i) Institutos, ou Gabinetes de Biotipologia Criminal.

Outro importante dispositivo inserido na Lei nº 3.274, de 1957, diz respeito ao destino do produto da venda do selo penitenciário, na medida em que deixou consignado que o recurso seria aplicado em percentagem nunca inferior a 80% nas obras e serviços penitenciários das unidades da federação onde tiver sido arrecadado (cf. art. 37 da referida Lei), competindo à Inspetoria Geral Penitenciária distribuí-los. A vinculação do orçamento é medida fundamental para evitar desvios de finalidade na aplicação do recurso e, conseqüentemente, priorizar o aparelhamento do sistema penitenciário brasileiro.

A despeito dos avanços normativos, Miotto²⁸⁶ aponta que esta Lei apresentou pouca efetividade, em razão da ausência de sequência lógica entre seus dispositivos, dado os inúmeros vetos em seu texto e da inflexibilidade dos seus dispositivos, não se adequando às necessidades das diferentes unidades da federação. Aponta ainda o enfraquecimento da Inspetoria Geral, que nunca esteve adequadamente aparelhada para exercer suas atribuições, impedindo-a de cumprir um papel flexibilizador da referida norma. Enquanto a Inspetoria auxiliava financeiramente os Estados para instalação, conservação e manutenção dos estabelecimentos penais, o órgão teve um papel relevante na política penitenciária dos Estados, situação esta que se reverteu

²⁸⁶MIOTTO, A.B., A reforma do sistema de penas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 14, n. 54, p. 153 -316, abr/jun, 1977, p. 160.

com a extinção do selo penitenciário por meio do Decreto-Lei nº 34, de 13 de novembro de 1966, causando o fim da Inspetoria.

Em 1969, por meio do Decreto nº 64.416, de 28 de abril de 1969, o Conselho Penitenciário do Distrito Federal passa a ser denominado Conselho Penitenciário Federal com competência para velar pelo sistema penitenciário nacional e estatuir regras básicas para o cumprimento adequado das penas²⁸⁷. Segundo Miotto²⁸⁸, a competência do Conselho se mostrou insuficiente e inadequada para tratar da matéria, razão pela qual, em 1971, foram atribuídas a uma assessoria do Gabinete do Ministro algumas questões penitenciárias, dentre as quais, a competência para traçar as diretrizes preliminares de uma política penitenciária – inicialmente para o Ministério da Justiça, ou seja, apenas no âmbito federal – e em seguida, em âmbito nacional²⁸⁹.

Permeavam os trabalhos o reconhecimento do condenado como pessoa de direitos, deveres e responsabilidades, que deve permanecer no convívio social ou nele se reintegrar²⁹⁰, além de regras mínimas para tratamento de presos, 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 197 – Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

Relevante projeto apresentado pela assessoria do Ministro da Justiça foi o documento intitulado ‘*As recomendações Básicas para uma Programação*

²⁸⁷Sobre a competência do referido Conselho, o dispõe: “Art. 30. Compete ao Conselho Penitenciário Federal – velar pelo sistema penitenciário nacional; estatuir, de acordo com as condições geo-econômicas das regiões brasileiras, as regras básicas para o adequado cumprimento das penas, objetivando, sobretudo, a recuperação dos sentenciados em matéria de saúde, educação, ensino e adaptação ao trabalho; opinar nos processos de graça, indulto, comutação de pena pela Justiça Federal e do Distrito Federal; emitir parecer, quando solicitado pelo Ministro da Justiça, em matéria ligada à técnica penitenciária.

²⁸⁸MIOTTO, A.B., Panorama da política penitenciária nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 16, n. 63, p. 209 – 254, jul/set, 1979, p. 210.

²⁸⁹Inspirada, desde o seu gérmen, no moderno pensamento jurídico-penal e jurídico-penitenciário – que, não desprezando a contribuição das ciências naturalísticas (criminologia, ciência penitenciária, sociologia, psicologia etc.), dá-lhe acolhida como dado da realidade, porém, que tem de ser conhecido e valorado, para a boa formulação normativa – e levando em conta as recomendações da doutrina e de congressos, procurou coordenar tudo com as realidades e problemas brasileiros, bem como as experiências novas (que vinham sendo feitas no País, válidas, embora talvez empíricas), sem esquecer, a partir disso, de contemplar também as tradições nacionais” – cf. MIOTTO, A.B., op.cit., 1979, p. 210.

²⁹⁰MIOTTO, A.B., op.cit., 1977, p. 162.

*Penitenciária*²⁹¹, cuja versão inicial foi aprovada pelo em 24 de julho de 1973. Este documento constitui o “primeiro passo normativo deliberadamente dado para servir à Política Penitenciária Nacional²⁹²”.

Em paralelo ao desenvolvimento de uma política penitenciária no Brasil, uma comissão de juristas se reuniu para constituir o Grupo de Trabalho criado pela Portaria do Ministro da Justiça nº 344-B, de 5 de agosto de 1974, com a finalidade de organizar um anteprojeto de normas gerais de regime penitenciário, de maneira a dar cumprimento ao disposto no art. 8º, XVII, c, da Constituição de 1967²⁹³, que conferia à União competência legislativa em matéria penitenciária.

Embora o anteprojeto de lei elaborado pelo referido Grupo não tenha sido aprovado pelo Presidente Geisel antes do término do seu mandato, importa destacar o seguinte trecho da exposição de motivos apresentada ao final dos trabalhos do grupo:

Admite-se hoje uma tendência para despenalizar certos tipos de práticas ou cometimentos, tornando-se dia a dia mais frequente as manifestações nesse sentido (...); 2. também se reconhece que o rol das infrações não há de ser imutável, pois são muitos os casos que deixam de ser puníveis, enquanto outros comportamentos passam a ser considerados anti-sociais, e provocam a criação de novos dispositivos penais. No que concerne aos casos de primeira referência, deve-se reconhecer que, no decurso das constantes mutações sociais, muitos tipos de comportamento deixam de ser considerados ilícitos penais, para passarem a ser vistos como simples desvios de conduta; 3. em nossos dias, está ocorrendo nos países economicamente desenvolvidos uma proliferação de disposições penais e regulamentares, suscitando o que já foi chamado de autêntica **inflação penal** (...); 4. menos visível, todavia, paralelo a esse movimento de criminalização maciça, é o movimento contrário de descriminalização de certos atos considerados como infração penal, tais como o aborto e certos usos de drogas²⁹⁴.

Vivia-se – e ainda hoje se vive – em um cenário de inflação penal, apoiada a falácia de “que a prisão é a pena (quando é somente uma das suas formas), e de que a

²⁹¹Tais recomendações foram reformuladas em 15 de novembro de 1978, tendo sido aprovadas pelo Secretário-Geral em 23 de novembro de 1978.

²⁹²MIOTTO, A.B., op.cit., 1979, p. 225.

²⁹³Art. 8º – Compete à União: (...)XVII – legislar sobre: (...) c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário.

²⁹⁴CONTRIM NETO, A.B. Normas gerais de regime penitenciário. Um anteprojeto, sua explicação e um comentário. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 20, n. 80, out/dez, 1983, p. 239.

segregação é a medida cautelar por excelência (quando outras medidas se tem manifestado cabalmente eficazes, sem os inconvenientes da segregação)²⁹⁵.

No mesmo sentido, o Ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo aponta que essa fé exacerbada no cárcere como solução para os problemas criminais tornou-se responsável pela seguinte situação:

a) a falsa noção de que a cadeia é o remédio para todos os males sociais, noção essa que obteve enorme difusão entre a população, e hoje se poderia considerar solidamente instalada na opinião pública brasileira; b) a aplicação de penas de prisão superiores ao tempo médio de duração da vida humana, como se esta ficção das ficções pudesse assustar ou intimidar bandidos que enfrentam a morte constantemente, como rotina do cotidiano; c) milhares, muitos milhares de mandados de prisão, resultantes de condenações ou de medidas processuais, que não podem ser cumpridas, por desaparecimento policial ou por falta de espaço nos estabelecimentos penais, gerando a consciência da impunidade do crime e o descrédito da Justiça Criminal; d) o abarrotamento, o submundo dos atuais estabelecimentos penais e a rotulagem, com a conseqüente marginalização social, de um bom número de indivíduos que, sem retorno possível, descambam para a criminalidade mais grave e; e) por fim, o círculo vicioso ancorado na falsa ideia de que a solução agora seria agravarem-se e ampliarem-se ainda mais as hipóteses de penas de prisão: o crime conduz à pena, a pena conduz ao crime e esta a mais penas, e assim por diante²⁹⁶.

René Ariel Dotti, em artigo denominado *Os caminhos da reforma e o direito a construir*, publicado em 1978, aponta como problema decorrente da superpopulação carcerária a impunidade:

O Ministério da Justiça mantinha preocupações com a superpopulação carcerária, principalmente frente às estatísticas oriundas de São Paulo e do Rio de Janeiro, dando conta de que milhares de mandados de prisão não estavam sendo cumpridos por falta de acomodação nos presídios. O plano inicialmente proposto pelo Ministro Alfredo Buzaid no sentido de orientar uma política de construção de penitenciárias em atenção às modernas exigências arquitetônicas, não foi viabilizado. O maior inconveniente residia na certeza de que o aumento crescente do número de condenados à pena privativa de liberdade tornaria inócua qualquer providência assente exclusivamente no plano material²⁹⁷.

Por certo, os questionamentos relacionados à pena de prisão e a cultura do encarceramento foram questões que permearam os doutrinadores brasileiros desde o

²⁹⁵ MIOTTO, A.B., op.cit., 1977, p. 161.

²⁹⁶ TOLEDO, op.cit., 1988, p. 249 e 250.

²⁹⁷ DOTTI, René Ariel. Os caminhos da reforma e o direito a construir. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 59, p. 37-52, jul/set, 1978.

período anterior a publicação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Apesar disso, na prática, não se verificou avanços significativos na legislação e na definição e execução de políticas públicas penitenciárias que se afastassem desses ideais.

A exposição de motivos do Projeto nº 2, de 1977, do qual resultou na Lei nº 6.416, de 1977, trazia em seu bojo a necessidade de reformulação normativa. A “promiscuidade nas prisões e a impunidade de infratores perigosos, que não eram recolhidos por falta de acomodação, impunham uma revisão urgente no sistema da execução das penas privativas de liberdade²⁹⁸”.

Sancionada em 24 de maio de 1977, a Lei nº 6.416 inovou em aspectos de importância: permite que a mulher possa trabalhar fora do presídio, instituiu o regime fechado, semiaberto e aberto para cumprimento da pena; dispôs sobre os frutos da remuneração pelo trabalho; atendeu à necessidade de prever direitos e favores gradativos (frequência a cursos, saídas temporárias, permissões de saída, etc.); regulou embora inseguramente, a prisão-albergue; cuidou da temporariedade da reincidência, de condições mais compatíveis para o *sursis* e o livramento condicional; deu melhores possibilidades para se promover juízo de periculosidade visando a execução da pena de prisão; tratou de causas de extinção da punibilidade e de assuntos referentes ao Processo Penal e à Lei das Convenções Penais²⁹⁹.

Não se tratava da criação de um sistema penitenciário ou do estabelecimento de um estatuto jurídico do recluso, ao contrário, foi uma tímida tentativa de reverter os problemas penitenciários, com alguns pequenos avanços no tratamento do condenado ou preso provisório. A execução penal não perdeu o seu caráter eminentemente administrativo, mesmo porque ainda vigiam os parâmetros traçados pela Lei nº 3.274, de 1957.

Com relação à estrutura disponível no Ministério da Justiça para tratar de assuntos penitenciário, é preciso esclarecer que, em 1975, por meio do Decreto nº 76.387, de 2 de outubro de 1975, o Conselho Nacional de Política Penitenciária³⁰⁰ foi mais uma vez reestruturado, bem como foi criado o Departamento Penitenciário Federal³⁰¹, que restou instalado em 26 de agosto de 1976.

²⁹⁸Ibid., p. 44.

²⁹⁹Ibid., p. 48.

³⁰⁰Responsável por “elaborar projetos objetivando aperfeiçoar a execução penal e o regime penitenciário” (cf. art. 3º, VII, do referido Decreto nº 76.387, de 1975).

³⁰¹Referido órgão detém com competência para “acompanhar a execução penal e zelar pela observância das normas gerais do regime penitenciário, bem como prestar apoio técnico, administrativo e financeiro ao Conselho Nacional de Política Penitenciária” (cf. art. 3º, XVII, do referido Decreto nº 76.387, de 1975).

Finalmente, em 1984, é publicada a Lei nº 7.210, de 11 de junho daquele ano, que, em síntese, estabelece um estatuto jurídico para os reclusos, retirando da discricionariedade administrativa a condução da execução penal que passa a ser guiada pelo princípio da legalidade e conduzida por membros do Poder Judiciário. Digno de nota destacar que no âmbito da Administração Pública Federal, o Conselho Nacional de Política Penitenciária e o Departamento Penitenciário Federal foram reestruturados, passando a serem denominados de Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Departamento Penitenciário Nacional, respectivamente.

Verifica-se assim que, pelo menos no plano normativo houve um avanço: o direito das pessoas encarceradas encontra guarida no texto constitucional e está minimamente delimitado na legislação infraconstitucional através de normas gerais. Quanto à realidade observada no sistema carcerário brasileiro, a situação é distinta.

2.4.2. A política criminal e penitenciária: qual o papel da prisão na contemporaneidade?

A política criminal e penitenciária do País é um dos fatores determinantes da situação de malferimento dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas. Embora as duas políticas – criminal³⁰² e penitenciária – estejam intrinsecamente ligadas – havendo inclusive quem defenda que a política criminal seria um conceito mais amplo dentro do qual se inseriria a política penitenciária – é mais acertado compreender que possuem objetos distintos: enquanto a política penitenciária se preocupa em estabelecer diretrizes para a execução da pena (momento posterior à condenação) e o

³⁰²Sobre o conceito de política criminal, o eminente jurista Alessandro Baratta defende que: “*Política criminal es un concepto complejo. No obstante la univocidad de sus fines, los instrumentos – de los cuales sólo na parte de sitúan e el interior del derecho penal – permanecen indeterminados en razon de sus definiciones negativas (“penales” – “no penales”). Decir que al finalidad de la política criminal es unívoca implica, por lo tanto, una aclaración: hasta un pasado bastante reciente, ele há sido entendida como aquella que sirve para controlar la criminalidade, o sea, reducir el número de las infracciones a la ley penal. El progreso de la investigación en el campo de la victimología, la tensión volcada a las necesidades de la víctima y a su ambiente social, han ampliado el campo de acción e la política criminal: a la prevención de la delincuencia se añade hoy, por lo menos “potencialmente”, el objetivo de controlar sus consecuencias*”, cf. BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las Ciencias penales*. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, vol. 29, ano 8, p. 27-52, jan-mar/00, p. 27.

regime a ser aplicado aos encarcerados, fixando as condições mínimas dos cárceres e garantindo assistência à saúde e à educação, dentre outros direitos às pessoas encarceradas provisória ou definitivamente; a política criminal preocupa-se com o momento prévio à condenação, ou melhor, anterior inclusive à prática do crime, tendo em vista que dentre os seus objetivos se encontra a escolha das condutas penalmente reprováveis.

Há, portanto, no primeiro caso uma preocupação intramuros no sentido de garantir aos encarcerados as condições necessárias ao resguardo de sua dignidade, e uma preocupação extramuros no sentido da ressocialização com a finalidade de evitar a reincidência. No segundo caso, há uma preocupação extramuros no momento anterior à prática delituosa com a finalidade de impedi-la e reprimi-la.

Assim, a política criminal deve ter uma preocupação com a prevenção da delinquência. Não deve estar exclusivamente pautada na criminalização ou descriminalização de condutas³⁰³, mas deve ir além, de maneira a se tornar instrumento de controle das consequências do crime devendo voltar-se às necessidades da vítima e de seu ambiente social, trazendo ínsito em seu conceito a garantia dos direitos fundamentais.

Sobre a política criminal, Albergaria afirma que “extrapolou-se dos quadros da técnica jurídica para o contexto das ciências sociais, no sentido da instauração de uma justiça de índole social³⁰⁴”. Nesse contexto, afirma o doutrinador que a política criminal possui três momentos: política legislativa, responsável por orientar a reforma penal; política judiciária, responsável por “ajustar a aplicação da justiça penal aos princípios do Estado Democrático de Direito” e a política penitenciária, que deverá “humanizar a execução penal, privilegiando a prática das medidas alternativas e o respeito aos direitos da pessoa humana do preso³⁰⁵”. A vinculação da política criminal e penitenciária à concretização dos direitos fundamentais, embora não seja recente, vem se fortalecendo nas últimas décadas.

³⁰³O que significaria estar se tratando de uma política penal ou nas palavras de ALBERGARIA, J, op. cit., p. 76, da política criminal apenas no seu viés de política legislativa.

³⁰⁴ALBERGARIA, J, op. cit., p. 75.

³⁰⁵Ibid., p. 76.

No entanto, o crescente índice de criminalidade associado à reincidência, conduz a questionamentos a respeito da efetividade da segregação social provocada pelo cárcere. Sobre as deficiências da política criminal e penitenciária, o sociólogo Løic Wacquant critica a política norte-americana que se popularizou como “tolerância zero”, que, sem síntese, passava “às forças da ordem carta branca para perseguirem agressivamente a pequena delinquência e repelirem os mendigos e os sem-teto para os bairros degradados³⁰⁶”.

A principal consequência dessa política de tolerância zero baseada na segregação e endurecimento da ação policial é a mitigação dos direitos fundamentais sociais. “À atrofia deliberada do Estado social corresponde à hipertrofia do Estado penal: a miséria e o definhamento de um têm por contrapartida *directa* e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro³⁰⁷”.

Esta política de tolerância zero³⁰⁸ – que produziu o aumento do encarceramento e aprofundou as desigualdades sociais – iniciada nos Estados Unidos se proliferou por

³⁰⁶WACQUANT, Løic. *As prisões da miséria*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Oeiras: Celta Editora, 2000, p. 11. Segundo Wacquant, essa política pautada na segregação da delinquência pobre difundiu-se: De Nova Iorque, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judicial da pobreza incomoda – ou seja, a que se vê, a que causa incidentes e perturbações no espaço público e, portanto, alimenta um sentimento difuso de insegurança, ou simplesmente de mal-estar tenaz e de incongruência –, difundiu-se por toda a parte com uma rapidez fulgurante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-abrigo, mendigos e outros marginais, a invasores estrangeiros – o que facilita a amálgama sempre eleitoralmente compensadora, com a imigração”, cf. *Ibid.*, p. 18.

³⁰⁷O crescimento do Estado penal dos Estados Unidos, de acordo com WACQUANT, L., *op. cit.*, p. 74 et seq., tem como uma de suas consequências: a) a expansão vertical do sistema, que corresponde a um crescimento exacerbado da população carcerária em razão do encarceramento dos pequenos delinquentes e, em particular, dos toxicômanos; b) a expansão horizontal da rede penal, que consiste na articulação e criação de banco de dados entre os órgãos que desempenham as funções de “captura” e de “observação do aparelho penal; c) o advento do “*big government* carcerário”, que significa o crescimento dos recursos destinados ao sistema penitenciário em detrimento dos recursos destinados às áreas sociais (eg. educação e saúde); d) a política carceral de “*affirmative action*”, que é pautada na hiperinflação carceral exercida prioritariamente sobre as famílias e os bairros desertados e, em particular, sobre os enclaves negros das metrópoles e e) o ressurgimento e prosperidade da indústria privada do encarceramento.

³⁰⁸Sobre a política de tolerância zero, Malcolm Feely e Jonathan Simon defendem que o objetivo já não é nem prevenir o crime nem tratar os delinquentes em vista do seu posterior regresso à sociedade depois de cumprida a pena, mas isolar grupos percebidos como perigosos e neutralizar os seus membros mais disruptivos por meio de um acompanhamento padronizado dos comportamentos e de uma gestão estocástica dos riscos que se apresentam mais à investigação operacional ou à reciclagem dos “desperdícios sociais” que ao trabalho social, cf. FEELEY, Malcolm, “*The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*”, *Criminology* 30-4, novembro de 1992, pp. 449-474, e SIMON, Jonathan, *Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, Chicago, *The University of Chicago Press*, 1993, apud WACQUANT, L., *op. cit.*, p. 82.

diversos países, inclusive no Brasil, onde à menor notícia de aumento dos índices de violência são anunciados programas de política criminal voltados exclusivamente à repressão da violência, sem cuidar aos aspectos de política social de prevenção.

Zygmunt Bauman, embora analise a questão penitenciária sob o viés da globalização, por compreender o fenômeno do encarceramento também como uma relação de poder, alcança conclusões semelhantes às de Lóïc Wacquant, no sentido de que a prisão seria uma “forma última e mais radical de confinamento espacial”, uma “compressão espaço temporal” contemporânea³⁰⁹.

O confinamento espacial deve ser compreendido como o encarceramento sob variados graus de severidade e rigor, que tem sido utilizado em todas as épocas como um método primordial de lidar com “setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar³¹⁰”. Esses setores correspondem àqueles que a sociedade não desejava acomodar na “rede habitual das relações sociais” e como solução do problema eram isolados forçadamente da sociedade, provocando a denominada “separação espacial³¹¹”.

Em decorrência da necessidade de promover a segregação dos “setores inassimiláveis e problemáticos da população, difíceis de controlar³¹²”, o significado de crime é estendido para comportar os atos que são vistos como indesejados ou pelo menos dúbios pela sociedade impondo-se lhes a punição desses crimes com a prisão:

Pode-se dizer que a tendência a subjugar a disparidade com a ajuda de categorias legalmente definidas e a conseqüente segregação espacial da diferença devem se tornar um *must*, o que certamente aumenta a exigência nesse sentido, pois, com o advento das condições modernas, a densidade física da população tende a aumentar consideravelmente mais que sua densidade moral, e aumenta muito além da capacidade de absorção da intimidade humana e o alcance da rede de relações pessoais. Mas é possível também reverter a conexão e concluir que a separação espacial que revigora esse jugo é ela mesma um importante recurso para prolongar e perpetuar esse mútuo isolamento no qual as operações de subjugação e também o impacto submissor da lei criminal se tornam um *must*. O outro – lançado numa condição de forçada estranheza, guardada e cultivada pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido à distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico – é, além disso, mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única

³⁰⁹BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1999, p. 113.

³¹⁰Ibid., p. 113.

³¹¹BAUMAN, Z., loc.cit.

³¹²Ibid., p. 115.

coisa que poderia impedir a estereotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjugador da lei – também da lei criminal³¹³.

A separação espacial dos indivíduos indesejáveis na sociedade, privando-lhes do contato com outros indivíduos e ainda das regras da sociedade acaba por provocar uma reação inversa à reinserção social³¹⁴. É o que Bauman denomina de “prisonização”, “isto é, encorajá-los a absorver e adotar hábitos e costumes típicos do ambiente penitenciário e apenas desse ambiente³¹⁵”. Em consequência, quando do retorno à sociedade a pessoa presa se encontra ainda mais afastada dos “padrões comportamentais promovidos pelas normas culturais que governam o mundo fora dos seus muros³¹⁶” impossibilitando a sua reabilitação.

Para Bauman, se antes o encarceramento proporcionava a mão de obra necessária à realização de trabalhos que não eram desejados pelos “trabalhadores livres” – razão pela qual em determinado momento da evolução das prisões, mais especificamente no modelo panóptico de Bentham, as prisões eram vistas como verdadeiros “*workhouse*” – hoje, em razão dos fatores econômicos e globalizantes, especialmente a inexistência de postos de trabalho para a população economicamente ativa e a tendência à flexibilização das leis trabalhistas, as prisões se apresentam como “uma alternativa ao emprego³¹⁷”.

Bauman justifica que o aumento do encarceramento decorre do fato de que atualmente a sociedade estabeleceu novos grupos que devem ser isolados por constituírem uma ameaça à ordem social. “Sua expulsão forçada do intercâmbio social

³¹³Ibid., p. 115 et. seq.

³¹⁴Sobre isso, Thomas Mathiesen eminente sociólogo do direito, declara que “em toda a história a prisão jamais reabilitou pessoas na prática, jamais possibilitou sua “reintegração”, cf. MATHIESEN, Thomas. *Prison on Trial: a Critical Assessment* (Londres, Sage, 1990), p.40 apud BAUMAN, Z., op. cit., p. 118.

³¹⁵BAUMAN, Z., op. cit., 1999, p. 119.

³¹⁶Ibid., p. 119.

³¹⁷“Esforços para levar os internos de volta ao trabalho podem ou não ser efetivos, mas só fazem sentido se há trabalho para fazer, e seu estímulo vem do fato de que há trabalho urgente para fazer. A primeira condição dificilmente é encontrada hoje; a segunda, flagrantemente inexistente. Outrora ansioso em absorver quantidades de trabalho cada vez maiores, o capital hoje reage com nervosismo às notícias de que o desemprego está diminuindo; através dos plenipotenciários do mercado de ações, ele premia as empresas que demitem e reduzem os postos de trabalho. Nessas condições, o confinamento não é nem escola para o emprego nem um método alternativo compulsório de aumentar as fileiras da mão-de-obra produtiva quando falham os métodos “voluntários” comuns e preferidos para levar à órbita industrial aquelas categorias particularmente rebeldes e relutantes de “homens livres”. Nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho “ao qual se reintegrar”, cf. BAUMAN, Z., op. cit., p. 119.

através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça³¹⁸”.

Independente da justificativa apresentada à adoção de uma política de encarceramento, não se pode afastar a conclusão de que o fenômeno não é exclusivo dos Estados Unidos, sendo observado em outros países, conforme já tinha sido alertado por Löic Wacquant.

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos esclarece que:

A sobrelotação é um fenômeno presente, nas últimas décadas, em todos os países da Europa e nos EUA. Vários autores, como, por exemplo, André Kuhn (1996) Cullen et. Al. (1996), Bartollas (1990), Kury e Smartt (Cf. supra Recomendação (99) 22, de 30 de Setembro) referem à sobrelotação prisional como “um dos problemas mais preocupantes dos sistemas penitenciários nacionais” (Kuhn, 1996: 271)³¹⁹.

Em razão do aumento do encarceramento e, em consequência, da sobrelotação no sistema carcerário não ser um fenômeno isolado, Bauman defende que a explicação para isso não deve ser buscada “nas políticas estatais ou nas ideologias e práticas desse ou daquele partido político (mesmo que fosse igualmente errado negar o impacto modificador que essas políticas podem exercer sobre a aceleração ou retardamento do crescimento)³²⁰”.

As causas desse fenômeno “devem ser de natureza suprapartidária e extra-estatal – com efeito, de caráter mais global que local (no sentido territorial ou cultural)³²¹”. A globalização exerce, portanto, um papel fundamental no aumento do encarceramento nos países, na medida em que exige um maior controle social dos indivíduos indesejados.

Volvendo-se ao Brasil, observa-se que a situação carcerária do País, a questão da segurança pública e da criminalidade são preocupações que permeiam a agenda do Estado³²². Os estudiosos brasileiros identificam aqui os mesmos traços de padrão

³¹⁸Ibid., p. 122.

³¹⁹SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinserção social dos reclusos. Um contributo para o debate da reforma do sistema prisional*. Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, Bases Jurídico-Documentais, Universidade de Coimbra, 2003, p. 94.

³²⁰BAUMAN, Z., op. cit., 123.

³²¹Ibid., p. 124.

³²²Há alguns anos a preocupação da sociedade brasileira era com o emprego e a renda. Hoje, com o aumento do emprego, a melhoria do salário mínimo, a estabilidade econômica, o controle inflacionário, ganho real de salários e os mais variados programas de distribuição de renda implantados pelos

punitivo levantados por Bauman e Wacquant que marcam a questão penitenciária dos demais países:

Já o novo padrão punitivo, que emerge nas últimas décadas do século XX, tem se mostrado mais intransigente e segregador, baseado, sobretudo num discurso da necessidade de endurecimento das penas, sendo que as unidades especiais de encarceramento são as instituições exemplares desse novo paradigma punitivo, instituições que abandonam quase totalmente a perspectiva de recuperação do indivíduo criminoso para seu retorno à sociedade. Simultaneamente a esse novo rigor punitivo, o Estado contemporâneo foi esmaecendo sua agenda protetora dos direitos dos cidadãos. Novas preocupações em termos de políticas de segurança deslocaram a pauta *welfarista*, ao menos onde esta era hegemônica, para uma pauta mais coercitiva, policial, penal, voltada especialmente para o controle social. Os efeitos dessa recomposição econômica e política têm se mostrado grave: a violência, a criminalidade, as questões gerais de segurança pública entraram na agenda das inquietações da população e das prioridades governamentais em detrimento de outros temas. O encarceramento, por sua vez, que chegou a ser visto como um mecanismo punitivo anacrônico no estado do bem-estar nos anos 1960 retomou suas forças na dinâmica social e política de controle. A partir dos anos 1970, as taxas de crescimento da população encarcerada não deixaram de ter ritmo acelerado³²³.

Essa sensação de insegurança social, ao reduzir o Direito Penal³²⁴ ao papel de principal solução dos conflitos sociais, transforma-se em uma das válvulas propulsoras

Governos Federal, estaduais e municipais, a preocupação da sociedade brasileira é com a segurança pública e a criminalidade. (...) A concentração de renda, o desemprego, a falta de políticas públicas de habitação, saúde, educação, transporte, saneamento, a especulação imobiliária e a concentração da terra contribuíram para surgir no entorno dos centros urbanos expressivos contingentes populacionais em favelas, palafitas e mocambos, desprovidos de direitos e de esperanças. Some-se ainda a corrupção desenfreada, a ausência do estado em extensas áreas da periferia, a falta de participação popular nos assuntos públicos e a quase total impunidade da elite política e econômica, que contribuíram para o clima de insegurança hoje existente. A insegurança preocupa a todos: do cidadão comum ao magnata. (...). Deparamo-nos, ainda, com a insegurança que vem dos estabelecimentos penais, de onde grupos organizados controlam e manipulam a massa de presos pobres e despolitizados, e de lá comandam uma rede de subordinados e aliados na prática dos mais variados ilícitos, cf. BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 490.

³²³TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy; SALLA, Fernando e ALVAREZ, Marcos César. O sistema prisional: um debate necessário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 67, p. 233-252, 2007.

³²⁴“Uma das tendências mais evidentes é a da hipertrofia ou inflação de normas penais, que invadem campos da vida social que anteriormente não estavam regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face as demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos”, cf. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias* 13, ano 7. Porto Alegre, jan.-jun., 2005.

do encarceramento em massa. Débora Regina Pastana³²⁵ afirma que “vivemos sob a mais violenta intervenção do Estado na vida dos cidadãos, materializada através de uma dominação autoritária, articulada pelo medo e pela aplicação indiscriminada da pena de prisão”. E, ao se colocar a pena de prisão como *prima ratio* para os conflitos sociais, provoca-se “mais segregação e restrição de liberdade” conduzindo a um aumento da população carcerária.

Há, portanto, uma inegável ligação entre a insegurança, o direito penal e as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado que provocam a manutenção do *status quo*:

É evidente que o aumento da criminalidade e a sensação de impunidade têm estreita vinculação com a ação, omissão e/ou negligência do Estado através dos seus mais variados poderes e agentes, ao sonegar direitos elementares nas áreas mais pobres, deixando de investir em segurança pública; associando-se ao crime organizado ou concedendo privilégios e vantagens econômicas, jurídicas e políticas para os de sempre³²⁶.

Por mais que a política criminal e penitenciária avance no sentido de assegurar os direitos fundamentais das pessoas encarceradas, há um problema de gênese: a prisão é um espaço concebido pelos detentores do poder – inclusive em nível mundial, dado o fenômeno da globalização – para segregar os indivíduos não desejados e, por consequência, criar uma falsa sensação de segurança social aos demais indivíduos que compõem a sociedade. Uma política adequada, ao que parece, deveria questionar esse problema.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 2011, ao elaborar o Plano de Política Criminal e Penitenciária do País, definiu os seguintes objetivos:

(...) criar uma nova espiral, da cidadania e da responsabilização: reduzir as taxas de encarceramento, descriminalizar condutas, ter modelos distintos de prisões para cada segmento, combater a seletividade penal, buscar menos justiça criminal e mais justiça social, investir na justiça restaurativa, empoderar a população para busca de solução dos conflitos, priorizar as penas alternativas à prisão, eleger o sistema prisional como problema central, fortalecer o Estado na gestão do sistema penal, combater todos os níveis da corrupção, enfrentar a questão das drogas nas suas múltiplas dimensões (social, econômica, de

³²⁵ PASTANA, Debora Regina. Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 77, ano 17, p. 313-330, mar/abr. 2009.

³²⁶ BRASIL, op. cit., 2009, p. 490.

saúde, criminal), fortalecer o controle social sobre o sistema penal e ter política, método e gestão específica para o sistema prisional³²⁷.

O plano traz em seu bojo a atual tendência da política criminal e penitenciária, no sentido de que, a construção de mais estabelecimentos penais não irá resolver o problema. Parece se preocupar em combater as causas da criminalidade, prevenindo-a, por meio da disponibilização de direitos sociais aos indivíduos.

Nada obstante, não olvida a necessidade de serem construídos cárceres para minimizar a situação do sistema carcerário, tendo sido publicada a Resolução nº 09, de 2011, que cuida das Diretrizes Básicas para Arquitetura Penal.

Paralelamente as diretrizes traçadas por este órgão consultivo, os entes federativos responsáveis pela execução das políticas públicas penitenciárias distanciam-se dos seus ideais e aproximam-se da situação de manutenção do *status quo* e de repressão como resposta aos anseios do corpo social.

As recentes ondas de violência observadas no País deram ensejo a esse cenário. O Governo Federal, por meio do Ministério da Justiça, lançou no dia 27 de junho de 2012, em Alagoas, o Programa Brasil Mais Seguro³²⁸, que possui três eixos de atuação: “a melhoria da investigação das mortes violentas; o fortalecimento do policiamento ostensivo e de proximidade (comunitário); e o controle de armas³²⁹”.

O Estado de São Paulo mereceu também um tratamento de crise de segurança pública pautada na repressão, tendo sido firmado Acordo de Cooperação Técnica com o Governo Federal, com objetivos semelhantes ao Programa Brasil Mais Seguro, destacando-se “a contenção nas fronteiras do País, ações de enfrentamento e combate ao crack, possibilidade de transferência de presos e parceria para o asfixiamento financeiro das organizações criminosas, impedindo o fluxo de capitais que abastecem o crime organizado³³⁰”.

³²⁷Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, aprovado na 372ª reunião do Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPCP, em 26/04/2011, disponível em <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJ091F9E35ITEMIDEA70BDEA313941AB8F27DB3FCB608A40PTBRIE.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2011).

³²⁸Apesar de o lançamento ter se dado em Alagoas o plano se estende para outros Estados.

³²⁹Extraído do sítio eletrônico <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/governo-lanca-programa-brasil-mais-seguro-para-reduzir-criminalidade-e-impunidade>. Acesso em 27 de julho de 2012.

³³⁰Extraído do sítio eletrônico <http://blog.justica.gov.br/inicio/ministerio-da-justica-e-governo-paulista-assinam-termo-de-cooperacao-para-conter-onda-de-violencia-que-atinge-o-estado/>. Acesso em 2 de dezembro de 2012.

O ponto de contato das iniciativas citadas é o afastamento das diretrizes traçadas pelo CNPCP ao não apresentar qualquer vertente de política social³³¹. Ao contrário, apresentam a repressão ao crime – tolerância zero – como a única possibilidade de o Estado resolver a situação de insegurança social e, por conseguinte, viabilizar o progresso econômico do país no mundo globalizado³³².

O combate à insegurança social e à violência realizados unicamente através da repressão conduz inevitavelmente ao crescimento exacerbado da população carcerária.

Ao não adotar medidas tendentes a prevenir o crime e a descriminalizar condutas não relevantes, a exemplo das metas estabelecidas no Plano de Política Criminal e Penitenciária proposto pelo CNPCP, não se pode afastar da situação nefasta do aumento do encarceramento dos indivíduos, que ao não terem a sua disposição uma gama de serviços sociais indispensáveis a alavancar a sua condição social são levados à criminalidade. E, quando se encontram nos cárceres são inseridos em uma realidade paralela às regras da comunidade, retornando após o período de privação da liberdade em condição igual ou pior a que se encontrava antes do cárcere.

³³¹Cabe recordar que, “no âmbito das políticas públicas relativas à criminalidade, podem existir as que articulam política social de prevenção à violência com políticas criminais propriamente ditas. Na prevenção da violência, foca-se a melhoria de vida da população *lato sensu*. Uma boa política de emprego, com capacitação profissional e educacional – associada às políticas sociais de diminuição das diferenças sociais e regionais – é forma de diminuição da criminalidade”, SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, p. 165-176, outubro/2009.

³³²“A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. A espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas importa mais que sua eficácia, que de qualquer forma, dada a indiferença geral e a curta duração da memória pública, raramente é testada. (...) No mundo das finanças globais, os governos detêm pouco mais que o papel de distritos policiais superdimensionados; a quantidade e qualidade dos policiais em serviço, varrendo os mendigos, perturbadores e ladrões das ruas, e a firmeza dos muros das prisões assomam entre os principais fatores de “confiança dos investidores” e, portanto, entre os dados principais considerados quando são tomadas decisões de investir ou de retirar um investimento. Fazer o melhor policial possível é a melhor coisa (talvez a única) que o Estado possa fazer para atrair o capital nômade a investir no bem-estar dos seus súditos; e assim o caminho mais curto para a prosperidade econômica da nação e, supõe-se, para a sensação de “bem-estar” dos eleitores, é a da pública exibição de competência policial e destreza do Estado”, cf. BAUMAN, Z., op. cit., p. 127 et seq.

2.4.3 As impressões das Comissões Parlamentares de Inquérito sobre o sistema carcerário.

Um dos maiores problemas enfrentados hoje, não apenas no País, mas em outros em que o sistema penitenciário se encontra em colapso, é a sobrelotação. Esta é a conclusão dos relatórios finais das Comissões Parlamentares de Inquérito que trataram do tema.

O conceito de sobrelotação não é idêntico ao conceito de superpopulação. O conceito de “sobrepopulação prisional” resulta da *ratio* elevada de reclusos por 100 mil habitantes, ao passo que a sobrelotação é a quantidade em excesso de reclusos por metro quadrado ou do número superior à lotação oficial do estabelecimento prisional³³³.

A sobrelotação do sistema carcerário brasileiro não é fenômeno recente. Um alerta apresentado por Fragoso, antes mesmo da publicação da Lei de Execução Penal e da Constituição de 1988, poderia ser proferido hoje sem qualquer ressalva:

Como fica essa dignidade quando o homem é preso numa jaula com mais 30 ou 40 pessoas, sem lugar para repousar, usando, para satisfazer as próprias necessidades, um *vaso turco*, à vista de todos? A superpopulação é comum em nossas prisões. A Casa de Detenção de São Paulo, um presídio monstruoso, tem capacidade para 2.000 pessoas, e abriga mais de 6.000. Essa situação é generalizada³³⁴.

Adotando-se a distinção realizada pelo autor português, a situação narrada por Fragoso trata na verdade de uma sobrelotação desses cárceres.

Sobre os problemas decorrentes da sobrelotação do cárcere em Portugal, Boaventura de Souza Santos afirma que ao se encontrarem sobrelotadas, as prisões não podem “facultar, a todos os reclusos, o espaço, a ocupação, as condições de vida e os serviços na mesma medida em que o fariam se o número *efectivo* de reclusos fosse igual ou menor que a sua lotação oficial³³⁵”. Esta mesma conclusão é plenamente aplicável à realidade brasileira.

³³³ SANTOS, B. S., op. cit., 2003, p. 94.

³³⁴ FRAGOSO, Heleno Claudio. *Perda da liberdade (Os direitos dos presos)*.

³³⁵ SANTOS, B. S., op. cit., 2003, p. 474.

No Brasil, em 1975, foi constituída uma Comissão Parlamentar de Inquérito para tratar do sistema penitenciário, que em seu relatório final, apontou a sobrelotação como um dos principais problemas:

No relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário, publicado no Diário do Congresso Nacional (suplemento ao nº 61, de 4 de junho de 1976, p.2), destacou-se “a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua consequente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado”. O mesmo relatório de 1976 demonstra que pouco mudou no instituto da individualização da pena em mais de 30 anos. Nesse sentido: “reduz-se, pois, a uma falácia a individualização da pena ou, na linguagem do novo Código Penal, a ‘individualizada ação educativa’ no sentido da recuperação social, se não se procede ao exame de personalidade no início da execução da pena como fator determinante do tipo de tratamento penal e se não se registram as mutações de personalidade ocorridas no curso da execução, por junta de observação em efetivo e permanente funcionamento³³⁶”.

Cerca de vinte anos após a realização da primeira CPI do sistema carcerário e dez anos após a publicação da Lei de Execução Penal, foi constituída a segunda Comissão Parlamentar de Inquérito, destinada a verificar a situação do sistema carcerário brasileiro, cujo relatório publicado em 19 de abril de 1994, recomendou a construção de estabelecimentos penais em razão da permanência da situação de indignidade provocada pela sobrelotação:

Ao Poder Executivo Federal: a construção de estabelecimentos penais que abriguem os processados e/ou condenados pela Justiça Federal, bem como a elaboração de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias anuais que atendam à necessidade do sistema penitenciário, além da reestruturação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, para que cumpra as atribuições que lhe foram conferidas pela LEP; Aos Poderes executivos Estaduais: a construção de estabelecimentos penitenciários, com a finalidade de atender as demandas e, ainda, desafogar o sistema carcerário. Recomendou-se também a criação de Fundo próprio e Secretarias de Estado da Administração Penitenciária. Ainda, a organização da Defensoria Pública, a criação da Escola de Administração e Segurança Penitenciária, a instituição de estágio remunerado para os estudantes de psicologia, psiquiatria e assistência social nos estabelecimentos penitenciários, a informatização dos estabelecimentos penais e a participação dos Hospitais Penitenciários no Sistema Único de Saúde; Ao Poder Judiciário, em âmbito estadual: o alargamento da utilização das penas restritivas de direitos e do instituto da suspensão condicional da pena, bem como a criação de novas Varas de

³³⁶BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 277 et. seq.

Execução Penal e a sua informatização. A CPI promoveu também proposta legislativa para a alteração da LEP e da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos, visando ao aprimoramento do sistema penitenciário³³⁷.

Em 21 de agosto de 2007 foi criada mais uma Comissão Parlamentar de Inquérito cuja finalidade era investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a sobrelotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos cárceres e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei. Sobre a situação dos estabelecimentos penais, o Relatório Final da Comissão aponta:

Após realizar diligências em 62 estabelecimentos penais em 17 Estados e o Distrito Federal, a CPI que investiga o Sistema Carcerário Brasileiro constatou total descumprimento e desrespeito às normas internacionais que tratam dos direitos dos presos e mais ainda das disposições constantes no ordenamento constitucional e legal interno referentes ao sistema carcerário, em especial a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal.

Em todos os Estados diligenciados, o desrespeito e o descumprimento da legislação nacional se expressa na falta ou deficiência de assistência jurídica; superlotação; inexistência de políticas de ressocialização; deficiência da assistência médica, farmacêutica, psicológica, odontológica e social; prática generalizada de maus-tratos; desvios de conduta dos agentes públicos; omissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; arquitetura antiga e inadequada dos estabelecimentos prisionais; irregularidades nos contratos de prestação de obras, serviços e fornecimento de alimentação; deficiência humana e material do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública; insuficiência de recursos e falta de política de apoio aos egressos; e inexistência de controle social sobre a gestão do sistema penitenciário³³⁸.

Apesar de alguns avanços, o que se verifica é que a realidade fática dos estabelecimentos penais brasileiros não se alterou drasticamente. Se o anseio da Comissão de 1975 era o de que fosse estabelecido um marco legal para a execução penal, a Comissão de 1993 tinha por objetivo analisar a Lei de Execução Penal vigente no país e a sua aplicação, de onde restou evidenciado o total desrespeito da legislação. A Comissão de 2007 veio então para aprofundar a análise das mazelas existentes no sistema e propor algumas reformas, em especial, alterações legislativas.

Decorridos alguns anos da última Comissão Parlamentar de Inquérito é possível afirmar que a situação de sobrelotação permanece. E, considerando a crença de que a

³³⁷ Ibid., p. 83 et seq.

³³⁸ Ibid., p. 490.

segregação social decorrente da aplicação da pena de prisão é a forma mais adequada para resolver a insegurança social o problema está longe de ser equacionado, provocando um crescente aumento na judicialização da matéria.

2.4.4. Os cárceres do País.

Visando ilustrar quantitativamente a situação dos cárceres do País, apresentam-se abaixo alguns dados³³⁹ extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN:

ESTABELECEMENTOS PENAIS	MASCULINO	FEMININO	TOTAL
Indicador: Quantidade de Estabelecimentos (Sec. de Justiça e Segurança Pública).	1.233	79	312
Item: Penitenciárias.	441	50	91
Item: Colônias Agrícolas, Indústrias.	67	3	0
Item: Casas de Albergado.	55	10	5
Item: Cadeias Públicas.	629	10	5
Item: Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.	27	5	2
Item: Patronato.	14	1	5
Indicador: Seções Internas	331	188	19
Item: Creches e Berçários.	32	49	1
Item: Módulo de saúde feminino (gestantes/parturientes).	-	34	4
Item: Módulo de saúde.	33	13	6
Item: Quantidade de crianças.	266	92	58
Indicador: Informações complementares.	29	3	2
Item: Estabelecimentos Terceirizados – Regime Fechado.	13	2	5
Item: Estabelecimentos Terceirizados – Regime Semi Aberto.	4	0	4
Item: Centro de Observação Tecnológica e Triagem.	12	1	3

Fonte: Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos. Todas UF's. Referência:12/2011.

Um primeiro aspecto a ser ressaltado – sobre a quantidade de estabelecimentos penais, analisada sob a ótica de suas espécies – é que em relação aos presos permanentes, há um maior quantitativo de penitenciárias – cárceres – destinados aos presos do regime fechado. Esta situação, de certa forma, confirma que há uma predileção no sistema penal brasileiro pelo encarceramento em regime

³³⁹Disponível

em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

fechado. Há um número bastante reduzido de estabelecimentos destinados aos demais regimes, o que prejudica a progressão da pena e, por consequência, a reinserção do preso na sociedade³⁴⁰.

A ausência de cárceres de regime mais brando constitui questão relevante que se encontra pendente de análise no Supremo Tribunal Federal. O assunto está sendo discutido no Recurso Extraordinário nº 641.320 em que foi reconhecida a repercussão geral para analisar se é possível determinar o cumprimento da pena em regime menos gravoso, quando se verificar a impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime originalmente estabelecido na condenação penal, por violação dos arts. 1º, III e 5º, II, XLVI e LXV, todos da Constituição.

Com relação à ausência de uma política voltada à reinserção do encarcerado à sociedade, a última CPI realizada no Brasil apresentou as seguintes conclusões:

A CPI, em suas diligências, constatou total falta de assistência social aos encarcerados e aos egressos, sendo essa carência um fator agravante da crise do sistema prisional e um dificultador do processo de ressocialização dos encarcerados. Nas cadeias públicas e nos centros de detenção provisória profissionais dessa área inexistem. Da mesma forma, as famílias dos presos também não possuem qualquer tipo de aconselhamento, orientação ou acompanhamento. Os egressos, após anos em estabelecimentos deformados e corrompidos, são colocados no olho da rua, literalmente sem lenço, sem documento, sem destino, sem rumo. (...) O egresso necessita, ainda, de formação e aperfeiçoamento laboral, em face da tremenda desigualdade no competitivo mercado de trabalho³⁴¹.

Outro aspecto que merece ser apresentado relaciona-se a quantidade de vagas que as espécies de cárceres anteriormente apresentados oferecem. De acordo com dados obtidos junto ao Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen relacionados ao ano de 2011, em dezembro do referido ano o sistema penitenciário brasileiro dispunha de 306.497 vagas para os presos do sexo masculino e feminino, no

³⁴⁰A esse respeito, SANTOS, B.S., op. cit., 2003, p. 331 et seq., em amplo estudo relacionado à situação penitenciária de Portugal, afirma que “a diferenciação de espaços dentro e entre estabelecimentos prisionais é indispensável para se proceder a um tratamento diferenciado e personalizado dos reclusos, elemento considerado fundamental para a sua reinserção social”. E prossegue entendendo ser necessário à criação de um sistema progressivo de espaços que permita a abertura paulatina para o exterior: “A diferenciação dos espaços tem também uma vertente relacionada com a necessidade de uma abertura gradual à comunidade. Diversos operadores mostraram-se favoráveis à criação de um sistema de espaços progressivo, designadamente prisões mais próximas da comunidade para os reclusos que se encontram numa fase mais avançada do cumprimento da pena.

³⁴¹Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 235.

entanto, no mesmo período a população carcerária brasileira atingiu 514.582, o que corresponde a um déficit de 208.085 vagas, aproximadamente 40% do total necessário.

Uma melhor visualização do problema pode ser apresentada a partir da análise comparada da divisão de vagas por regime em contraposição ao número de presos por regime³⁴²:

QUANTIDADE DE PRESOS/INTERNADOS	MASCULINO	FEMININO	TOTAL
Indicador: Quantidade de Presos (Polícia e Segurança Pública).	38.617	4.711	43.328
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP).	38.617	4.711	43.328
Indicador: Quantidade de Presos custodiados no Sistema Penitenciário.	441.907	29.347	417.254
Item: Sistema Penitenciário – Presos provisórios.	163.718	10.100	173.818
Item: Sistema Penitenciário – Regime Fechado.	190.501	12.945	203.446
Item: Sistema Penitenciário – Regime Semi Aberto.	66.796	4.607	71.403
Item: Sistema Penitenciário – Regime Aberto.	17.448	1.201	18.649
Item: Sistema Penitenciário – Medida de Segurança – Internação.	2.981	266	3.247
Item: Sistema Penitenciário – Medida de Segurança – Tratamento ambulatorial.	463	228	691

CAPACIDADE	MASCULINO	FEMININO	TOTAL
Indicador: Número de vagas (Sec. de Justiça e Segurança Pública).	286.266	20.231	306.497
Item: Sistema Penitenciário Estadual – Provisórios.	85.687	4.184	89.871
Item: Sistema Penitenciário Estadual – Regime Fechado.	139.326	12.038	151.364
Item: Sistema Penitenciário Estadual – Regime Semi Aberto.	44.924	3.577	48.501
Item: Sistema Penitenciário Estadual – Regime Aberto.	4.509	376	4.885
Item: Sistema Penitenciário Estadual – RDD.	308	0	308
Item: Sistema Penitenciário Federal – Fechado.	456	4	460
Item: Sistema Penitenciário Federal – RDD	24	0	20
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP)	11.032	52	11.084

Fonte: Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos. Todas UF's. Referência:12/2011.

Da análise comparativa dos dois parâmetros apresentados acima, corrobora-se a tendência já mencionada segundo a qual o sistema penitenciário brasileiro confere prevalência ao sistema fechado. Por certo, ao se fazer um paralelo entre o número de vagas disponíveis e a quantidade de presos por categoria, alcança-se a conclusão de que o déficit é menor no regime fechado e maior nos demais regimes. Neste regime, o déficit é de 25,37% se considerarmos as vagas e os presos disponíveis no sistema

³⁴²Disponível

em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

penitenciário estadual e federal, no regime semi-aberto esse percentual é de 37,07%, no regime aberto de 73% e para os provisórios o déficit é de 48,29%.

A situação carcerária no País não exige apenas investimento em construção de estabelecimentos penais para o cumprimento de pena em regime fechado, mas também é necessário que seja disponibilizada uma quantidade mais adequada aos demais regimes de cumprimento de pena, principalmente se considerarmos que é nos regimes mais brandos que deve haver uma maior interação do preso com a sociedade, proporcionando a sua reintegração, visando evitar a reincidência na criminalidade.

2.4.5. A população carcerária do País.

Em relação ao quinquênio compreendido entre os anos de 2003 e 2007, importa destacar documento intitulado “POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA (QUINQUÊNIO 2003 – 2007): EVOLUÇÃO & PROGNÓSTICOS³⁴³”, elaborado pela Comissão de Monitoramento e Avaliação do DEPEN, que tem por objetivo apresentar de forma sucinta o quadro evolutivo da população carcerária brasileira no período referido, bem como apresentar um prognóstico de crescimento para os próximos anos. De acordo com o documento, a sobrelotação carcerária apresenta a seguinte evolução:

	DEZ/04	DEZ/05	DEZ/06	DEZ/07
POPULAÇÃO CARCERARIA	336.358	341.402	401.236	422.373
VAGAS EXISTENTES	211.255	215.910	242.294	275.194
DÉFICIT DE VAGAS	125.103	145.492	158.942	147.179
EVOLUÇÃO ANUAL DO DÉFICIT		16,30%	9,24%	-7,40%

Diante desse quadro e dos demais dados analisados, a Comissão de Monitoramento e Avaliação do DEPEN, conclui no referido documento que:

POPULAÇÃO CARCERARIA TOTAL – No próximo quinquênio (dezembro de 2012), considerando uma taxa-média de crescimento anual de 8,12%, teremos

³⁴³ Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2FEEC93DDE6345B4B1E45071A0091908PTBRI E.htm>. Acesso em 01 de junho de 2011.

uma população carcerária de aproximadamente 626.083 presos. Isto representa um crescimento de 32,54% com relação ao quinquênio anterior.

HOMENS E MULHERES – os homens encarcerados representarão 92,35% da população carcerária total do país (atualmente representam 93,88%), – as mulheres encarceradas representarão 7,65% da população carcerária total do país (atualmente representam 6,12%).

PRESOS EM REGIME SEMIABERTO – desde dezembro de 2003 o número de presos em cumprimento de pena no regime semiaberto vem aumentando significativamente, principalmente quando comparado a outros regimes. – de dezembro de 2003 a dezembro de 2007 houve um crescimento de 89,75%.

PRESOS CUSTODIADOS EM DELEGACIAS – em dezembro de 2012, considerando uma taxa média anual de redução de 4,77%, teremos 43.870 presos custodiados em delegacias (atualmente são 56.014 presos).

SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – houve uma redução de 7,40% no déficit de vagas detectado em dezembro de 2007 com relação ao ano anterior. A taxa de crescimento anual, com relação ao déficit, vem diminuindo nos últimos três anos.

Em que pese, o DEPEN ter apresentado um prognóstico aparentemente positivo em relação à sobrelotação carcerária – verificação de um decréscimo – ainda não é possível afirmar que o problema da sobrelotação está próximo de ser resolvido. Dos quadros sintéticos da população carcerária dos anos de 2008 a 2012³⁴⁴ elaborou-se o quadro abaixo que apresenta a evolução da população carcerária, do número de vagas existentes e do déficit anual de vagas:

	DEZ/08	DEZ/09	DEZ/10	DEZ/11	DEZ/12
POPULAÇÃO CARCERÁRIA	451.429	473.626	496.251	514.582	548.003
VAGAS EXISTENTES	296.428	294.684	298.275	306.497	310.687
DÉFICIT DE VAGAS	155.001	178.942	197.976	208.085	237.316

Observa-se que o número de vagas nos estabelecimentos penais não acompanha o crescimento da população carcerária, embora o número de encarcerados em dezembro de 2012 tenha sido inferior ao prospectado pelo DEPEN em 2007.

Em meio a esse *déficit* de vagas nos cárceres, não se pode olvidar a existência de estabelecimentos em que não há sobrelotação. Por certo, os dados aqui apresentados não se encontram separados por espécies de estabelecimentos e natureza do respectivo preso – provisório ou condenado, homem ou mulher – razão pela qual é possível afirmar que em alguns estabelecimentos é possível verificar a

³⁴⁴ Documentos disponíveis para download no seguinte endereço eletrônico: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>.

inexistência de sobrelotação³⁴⁵. Nada obstante, são raros esses estabelecimentos que não apresentam sobrelotação, razão pela qual é possível afirmar que os cárceres dignos *stricto sensu* no Brasil são exceção.

A esse respeito importa trazer o importante relato extraído do relatório final da CPI sobre o Sistema Carcerário:

Desde 1976, pouco mudou no que se refere à superlotação dentro do sistema penitenciário. Nossas unidades prisionais continuam superlotadas. A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de “homens-morcego”. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria. Assim é que as autoridades brasileiras cuidam dos seus presos pobres. E é assim que as autoridades colocam, todo santo dia, feras humanas jogadas na rua para conviver com a sociedade. O resultado dessa barbárie é a elevada reincidência expressa em sacrifício de vidas humanas, desperdícios de recursos públicos, danos patrimoniais, elevados custos econômicos e financeiros e insegurança à sociedade³⁴⁶.

Outro aspecto relevante refere-se ao perfil dos presos encarcerados que, de acordo com dados obtidos junto ao Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, relacionados ao ano de 2010³⁴⁷, em dezembro do referido ano se apresentava da seguinte maneira:

³⁴⁵Tanto é assim que a Comissão Parlamentar de Inquérito de 2009, ao analisar a situação dos estabelecimentos penais, elegeu dez como sendo os melhores: 1º- APACs de Minas Gerais; 2º- Unidade Prisional Regional Feminina Ana Maria do Couto May, Mato Grosso; 3º- Presídio da Papuda, Brasília; 4º- Penitenciária de IPABA, Minas Gerais; 5º- Centro de Detenção Provisória de São Luís; 6º- Penitenciária de Segurança Máxima do Espírito Santo e Penitenciária Feminina de São Paulo, 8º- Penitenciária Feminina do Rio de Janeiro; 9º- Creche do Piauí e 10º- Presídio de Segurança Máxima de Presidente Bernardes – RDD, cf. Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

³⁴⁶Ibid., p. 247 et seq.

³⁴⁷Dados extraídos do Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos de todas as UF's do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Referência: 12/2010, extraído do sítio eletrônico no Ministério da Justiça (www.mj.gov.br).

CATEGORIA		MASCULINO	FEMININO	TOTAL
Quantidade de Presos por Grau de Instrução	Analfabeto	23.992	1.327	25.319
	Alfabetizado	52.964	2.819	55.783
	Ensino Fundamental Incompleto	189.980	11.958	201.938
	Ensino Fundamental Completo	49.840	2.986	52.826
	Ensino Médio Incompleto	44.363	3.098	47.461
	Ensino Médio Completo	29.744	2.917	32.661
	Ensino Superior Incompleto	2.699	435	3.134
	Ensino Superior Completo	1.582	247	1.829
	Ensino acima de Superior Completo	61	11	72
Quantidade de Presos por Faixa Etária	Não Informado	19.411	714	20.125
	18 a 24 anos	120.408	6.521	126.929
	25 a 29 anos	105.270	6.018	111.288
	30 a 34 anos	71.346	4.599	75.945
	35 a 45 anos	63.556	5.364	68.920
	46 a 60 anos	24.016	2.351	26.367
	Mais de 60 anos	4.079	264	4.343
	Não Informado	10.130	546	10.676
Quantidade de Presos por Cor de Pele/Etnia	Branca	147.217	9.318	156.535
	Negra	66.219	4.223	70.442
	Parda	170.916	11.438	182.354
	Amarela	1.876	130	2.006
	Indígena	692	56	748
	Outras	10.295	391	10.686
Quantidade de Presos por Procedência	Área Urbana – Municípios do Interior	125.545	7.122	132.667
	Área Urbana – Municípios em Regiões Metropolitanas	167.251	9.993	177.244
	Zona Rural	12.118	631	12.749

Dos dados apresentados, observa-se que o grau de instrução dos presos é baixo, encontrando-se a maioria com ensino fundamental incompleto, faixa etária inferior a 35 anos, são negros ou pardos e provieram da região metropolitana.

A análise do perfil dos presos demonstra claramente o caráter segregatório do cárcere à medida que, em vez de terem concluído o ensino médio ou superior alcançando uma vaga no mercado de trabalho, ingressaram no crime. E, após o cumprimento da pena, caso não sejam observados todos os direitos fundamentais que lhe são inerentes, sairão do período de internação da mesma forma que ingressaram: sem experiência profissional e com grau de instrução abaixo do esperado para o desempenho de grande parte das vagas disponíveis no mercado de trabalho.

A situação carcerária do País pode ainda ser analisada sob o âmbito da natureza dos crimes cometidos. A seguir serão apresentados os dados consolidados

pele Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, relacionados ao ano de 2010³⁴⁸:

PERFIL DO PRESO	MASCULINO	FEMININO	TOTAL
Indicador: Quantidade de crimes tentados/consumados	467.551	26.133	493.684
GRUPO: CÓDIGO PENAL	327.121	8.575	335.696
Grupo: Crimes contra a pessoa	58.827	1.765	60.592
Grupo: Crimes contra o patrimônio	234.673	5.969	240.642
Grupo: Crimes contra os costumes	19.835	189	20.024
Grupo: Crimes contra a Paz Pública	7.790	336	8.126
Grupo: Crimes contra a Fé Pública	4.104	187	4.291
Grupo: Crimes contra a Administração Pública	1.075	69	1.144
Grupo: Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública	817	60	877
GRUPO: LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA	140.430	17.558	157.988
Item: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)	738	99	37
Item: Genocídio (Lei 2.889/65)	5	1	
Item: Crimes de Tortura (Lei 9.455/97)	135	44	79
Item: Crimes contra o Meio Ambiente (Lei 9.605/98)	151	5	56
Item: Lei Maria da Penha – Violência contra a mulher (Lei 11.304/2006)	3.062	12	3.074
Grupo: Entorpecentes (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)	108.833	16.911	125.744
Item: Tráfico de Entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06)	103.641	15.897	119.538
Item: Tráfico Internacional de Entorpecentes (art. 18 da Lei 6.368/76 e art. 33 da Lei 11.343/06)	5.192	1.014	6.206
Grupo: Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003)	27.506	486	27.992

Ainda com relação ao perfil das pessoas encarceradas, verifica-se que, ao se considerar os crimes previstos no Código Penal, a maioria está relacionada ao patrimônio, o que induz a conclusão de que uma das causas da delinquência é a ausência de uma política social que proporcione a instrução e a consequente inserção do cidadão no mercado de trabalho. No mesmo sentido, no Grupo da Legislação

³⁴⁸Dados extraídos do Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos de todas as UF's do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN, Referência:12/2010, extraído do sítio eletrônico no Ministério da Justiça (www.mj.gov.br).

Específica, a maioria dos crimes cometidos encontra-se relacionado a entorpecentes – os indivíduos que possuem algum tipo de dependência química são uma “ameaça” a sociedade, tendo se optado durante muito tempo pela sua exclusão do convívio social através do encarceramento³⁴⁹.

De acordo com as características dos presos e dos crimes cometidos, o cárcere no Brasil se apresenta como um ambiente para retirar os menos favorecidos – ou ainda, aqueles grupos que constituem uma ameaça – do convívio da sociedade, sem que lhe seja oferecida qualquer condição para que no seu retorno à coletividade não se torne reincidente. É como prenuncia o título do livro “As prisões da Miséria” de Lóic Wacquant: um verdadeiro encarceramento da miséria.

2.5. Os atores públicos e o cárcere digno stricto sensu: de quem é a responsabilidade?

Antes de analisar a atuação da Administração Pública dentro do paradigma da juridicidade, interessa fazer uma provocação: de quem é a responsabilidade pelo cárcere indigno? Atribuir apenas aos legítimos representantes do povo (Executivo e Legislativo) corresponderia a enfrentar parcialmente o problema, uma vez que a responsabilidade é de todos. O art. 144 da Constituição, ao tratar do direito social à

³⁴⁹Sobre essa temática, é preciso distinguir a situação dos traficantes dos usuários. Até pouco tempo, a legislação brasileira não fazia tal distinção, ignorando o fato de que este (usuário=dependente) deve ser tratado e não preso. Diante dessa constatação, por meio da Lei nº 11.343, de 2006, foi instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I- a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e II- a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (cf. art. 3º da referida lei). A Lei nº 11.343, de 2006, possibilitou ainda a aplicação de penalidade distinta da prisão àqueles considerados usuários de drogas, veja: Art. 28- Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O problema é que o enquadramento como usuário ou traficante é matéria que se encontra afeta à discricionariedade do juiz como preceitua o § 2º, do art. 28 da citada Lei: Art. 28- (...) §3º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Assim, pode-se cogitar que meros usuários estejam presos em razão do enquadramento como traficante, quando na prática se tratava de usuário. Em que pese essa deficiência, não se pode olvidar que a legislação é uma avanço em relação à temática.

segurança pública, do qual a questão penitenciária é corolário, estabelece que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

O Legislativo, por meio do Congresso Nacional, “exerce papel marcante no sistema carcerário, uma vez que a legislação que tipifica os crimes aumenta e reduz penas, exclui ou estabelece benefícios, é aprovada pelos Deputados e Senadores³⁵⁰”. Compete a este Poder transformar o cenário normativo que envolve essa matéria. De nada adianta reconhecer o direito a um cárcere digno e continuar criminalizando condutas de menor potencial ofensivo ou limitando a progressão da pena ou ainda não estabelecendo meios alternativos eficientes para o seu cumprimento.

A responsabilidade por alterar o marco legal do direito penal, não permitindo que o combate à violência seja exercido exclusivamente por meio da repressão, é papel do Legislativo. “O aumento da população prisional não diminui o número de crimes, portanto, nada mais fazem os legisladores e julgadores do que iludir a sociedade com uma suposta diminuição do medo da população, em decorrência do endurecimento da legislação³⁵¹”.

O encarceramento há de ser repensado. As discussões a respeito da mudança de paradigma relacionado ao endurecimento das penas e à priorização de medidas que visem o encarceramento em detrimento das penas e medidas alternativas devem ser postas primeiramente aos representantes do povo que foram democraticamente eleitos para tomarem decisões dessa natureza.

Para além deste papel relacionado à política criminal, o Poder Legislativo assume ainda importância na política penitenciária a partir do momento em que possui competência para legislar sobre questões penitenciárias, bem como sobre as questões orçamentárias inerentes a qualquer política pública prestacional.

O Poder Judiciário, na qualidade de órgão julgador, e por assumir relevante papel na persecução penal, é o responsável pela condenação e aplicação da penalidade, realizando a sua dosimetria e, no momento da execução da pena, o juiz

³⁵⁰ Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. CPI sistema carcerário, 2009, p. 325.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 328.

assume papel igualmente relevante³⁵² por ter em suas mãos o poder para mitigar o problema carcerário, quer pelo livramento antecipado dos presos, quer pela possibilidade de verificar as instalações e dependências destes estabelecimentos, podendo adotar as medidas necessárias para sua interdição total ou parcial.

A superlotação carcerária também pode ser mitigada pelo Poder Judiciário, por exemplo, com a análise mais célere das prisões provisórias. Hoje, os presos provisórios representam 33,62% da população carcerária do País³⁵³. Assim, uma atenção especial a esses casos promoveria a liberação de vagas sem a necessidade de construção de novas cadeias públicas.

Ao Poder Executivo compete estruturar o sistema penitenciário, sendo responsável por diversas atividades, dentre as quais se destacam: a) o aparelhamento dos órgãos ligados ao sistema penal e penitenciário, b) a contratação, por meio de concurso público, do pessoal necessário; bem como ofertar qualificação indispensável ao bom desempenho das atribuições do cargo e; c) construção e manutenção dos cárceres, observadas as restrições orçamentárias. Assim sendo, o Executivo exerce importante papel na execução da política pública criminal e penitenciária.

³⁵²Lei nº 7.210, de 1984, Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I- aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II- declarar extinta a punibilidade; III- decidir sobre: a) soma ou unificação de penas; b) progressão ou regressão nos regimes; c) detração e remição da pena; d) suspensão condicional da pena; e) livramento condicional; f) incidentes da execução; IV- autorizar saídas temporárias; V- determinar: a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; e) a revogação da medida de segurança; f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei. i) (VETADO); VI- zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII- inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII- interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX- compor e instalar o Conselho da Comunidade e X- emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

³⁵³De acordo com dados extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos. Todas UF's. Referência:12/2012, existem no País 548.003 presos, dos quais 184.284 são presos provisórios. Planilha disponível no endereço eletrônico <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 7 de maio de 2013.

Para além dessa atuação, cabe lembrar que a política criminal e penitenciária não deve estar apartada das demais políticas sociais, competindo ao Poder Executivo traçar, em conjunto, as políticas de repressão e políticas de prevenção à criminalidade, políticas sociais de educação e emprego, por exemplo, como mecanismo tendente a evitar o surgimento de guetos rejeitados pela sociedade que acabam na criminalidade.

A sociedade também assume papel fundamental nessa temática:

É fundamental conscientizar a comunidade de que o crime é um problema comunitário, que nasce na comunidade, traz problemas para a comunidade e que somente pode ser enfrentado eficazmente com o engajamento da comunidade. Nesse sentido, devem ser encetadas medidas destinadas a reduzir os preconceitos da sociedade para com os egressos. Os patronatos penitenciários podem representar essa ponte de ouro entre o egresso e a comunidade, para que se opere a sua reinserção social harmônica, mediante a sensibilização da família, da comunidade e do empresariado de que vale a pena dar uma chance ao egresso, porque somente assim se poderá prevenir a reincidência, com inequívocas vantagens para o egresso e para a comunidade. O Estado, de sua parte, pode contribuir, oferecendo benefícios fiscais e tributários aos empresários que derem trabalho aos egressos, durante o período de sua maior vulnerabilidade³⁵⁴.

O relatório da última CPI do sistema carcerário aponta a necessidade de serem criados mecanismos de incentivo à reinserção do encarcerado no mercado de trabalho, uma vez que segundo pesquisas “o emprego fixo é um dos fatores mais importantes para a prevenção da reincidência criminal³⁵⁵”.

Somente com a atuação conjunta e articulada dos três Poderes e com a participação da sociedade será possível mitigar a tendência ao encarceramento e consequentemente, reverter à sobrelotação carcerária³⁵⁶.

³⁵⁴MARCONDES, Pedro. Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 43, ano 11, abril-junho de 2003, p. 248-260.

³⁵⁵Brasil. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário, 2009, p. 248.

³⁵⁶Em que pese essa conclusão, dada à necessidade de delimitação do objeto, o presente estudo se limitará a analisar o papel do Poder Executivo na implementação de uma política pública voltada ao cárcere digno e os limites de atuação do Poder Judiciário na apreciação das demandas judiciais relacionadas a este tema.

III. OS PARÂMETROS DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DO CARCERE DIGNO.

O Poder Executivo exerce papel basilar na concretização do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*. É certo que este direito fundamental apresenta-se como um direito *prima facie* e apenas após a compatibilização entre este direito individual e os bens coletivos é que se torna um direito definitivo, estando sujeito, em alguns casos, a restrições autorizadas pela Constituição.

Esse processo de definição do conteúdo e implementação da norma de direito fundamental apresenta viés político-discricionário. Essa discricionariedade somente é legítima se encontra sustentação na própria Constituição. Legislativo e Executivo devem atuar na implementação do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* observando os parâmetros constitucionais.

No âmbito da Administração Pública é ainda possível que a discricionariedade na prática dos atos tendentes a conferir efetividade ao cárcere digno esteja autorizada por lei. A discricionariedade possui neste caso assento legal e deve observância aos princípios constitucionais – princípio da juridicidade. Abandona-se a atuação pautada exclusivamente na lei para buscar parâmetros de atuação na própria Constituição.

De acordo com Ana Carolina Lopes Olsen,

(...) estes direitos estão sujeitos à intervenção dos poderes públicos, seja através da edição de leis que buscam densificar seu conteúdo aberto, seja através de atos administrativos que podem limitar o exercício das prerrogativas normativamente previstas pelos seus titulares³⁵⁷.

Esses atos administrativos autorizados pelo Legislador “não restringem os direitos fundamentais, apenas fundamentam a sua restringibilidade³⁵⁸”. É apenas a própria Constituição ou a Lei – fundada numa restrição autorizada pela Constituição, ainda que implicitamente – que pode restringir ou limitar um direito fundamental.

³⁵⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 121.

³⁵⁸ ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 282.

Delimitar – através de princípios jurídicos – a atuação da Administração Pública permite que, caso ela transborde esses parâmetros, o Poder Judiciário tenha legitimidade para se imiscuir nessa seara.

3.1. A separação dos poderes e o controle jurisdicional.

A organização do poder político pautada na separação de poderes é a *ratio essendi* do Estado de Direito. Não há Estado de Direito quando as competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se encontrarem traçadas no texto constitucional. O dogma da separação dos poderes é comumente utilizado como argumento central a justificar a impossibilidade do Poder Judiciário se imiscuir em questões políticas afetas aos demais poderes.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, “o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada³⁵⁹”, posto que “o que é compreendido como a “teoria da separação dos poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa³⁶⁰”.

A separação dos poderes não pode ser compreendida como um dogma, rígido e imutável, embora não se olvide a sua importância na configuração do Estado. É preciso definir os contornos de atuação dos Poderes previstos na Constituição para que se verifique o grau de interferência de um Poder sobre o outro³⁶¹.

Tratando especificamente de controle jurisdicional de políticas públicas essa interferência pode ser identificada como uma tensão entre ativismo judicial e divisão de

³⁵⁹SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 589.

³⁶⁰SILVA, V. A., loc. cit.

³⁶¹O estudo limitar-se-á à compreensão dos poderes sob o viés da repartição horizontal. De acordo com CANOTILHO, J.G.G., op. cit., 2002, p. 552, “enquanto a repartição vertical visa à delimitação das competências e as relações e *controle* segundo critérios fundamentalmente territoriais (competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais), a repartição horizontal refere-se à diferenciação funcional (legislação, execução, jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de *controle* e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania”.

poderes, à medida que evoca a “possível invasão, pelo Poder Judiciário, de competências reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo na Constituição³⁶²”.

3.1.1. Da origem da separação dos poderes à sua concepção atual.

A concepção clássica da tripartição de poderes³⁶³ – que pressupõe que as funções de legislar, administrar e julgar sejam exercidas por diferentes pessoas – é comumente atribuída à Montesquieu em sua obra *De l'esprit des lois*, de 1748.

Segundo alguns autores, essa concepção de divisão de poderes remonta à Aristóteles de Estagira, em sua obra *A Política*, que apresentou a existência de três poderes em todo governo³⁶⁴: deliberação, execução e justiça. Apesar da proximidade com a tripartição dos poderes, a função deliberativa é mais ampla que a hoje conhecida função legislativa, pois além da função de elaborar leis, havia ainda a competência para decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças, dentre outras atividades atualmente afetas ao Executivo. Além disso, não há qualquer menção aos ensinamentos de Aristóteles nas obras de Montesquieu ou Locke, sendo possível negar qualquer influência daquele nestes³⁶⁵.

Outro filósofo considerado antecessor das ideias de Montesquieu é John Locke. Em sua obra *Two Treatises of Government*, de 1690, Locke “de forma sistemática

³⁶²MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 143.

³⁶³Uma primeira observação que se faz pertinente, diz respeito à inadequação do termo divisão ou separação de poderes. O poder é uno e advém do povo, não havendo margem para repartição. De fato, “a razão estava com Hegel quando este filósofo político da Alemanha asseverou que a literal separação de poderes destruiria a unidade do poder estatal, por sua natureza indivisível”, cf. BONAVIDES, P., op. cit., 2010, p. 158. O que ocorre é a separação de funções componentes do poder, isto é, uma distribuição de determinadas funções estatais de diferentes órgãos do Estado. Feito o alerta, em que pese o equívoco na utilização da expressão “separação de poderes”, preferir-se-á, neste estudo, adotá-la em razão da sua consagração na literatura brasileira e estrangeira.

³⁶⁴“Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição”, cf. ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991, p. 113.

³⁶⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do Poder Político segundo o princípio da separação dos poderes³⁶⁶.

Quase cem anos depois, Montesquieu, em sua célebre obra *De l'esprit des lois* – O espírito das leis – de 1748, apresentou a separação de poderes de maneira semelhante à atualmente adotada nos Estados de Direito. A partir de Montesquieu, a liberdade política do indivíduo restou assegurada na separação de poderes. De fato, ao se retirar das mãos de uma mesma pessoa o poder de fazer as leis, executá-las e julgá-las, impedia-se a proliferação de ditaduras, de monarquias absolutistas, dentre outras formas de governo não democráticas. Se o Legislativo, por exemplo, era autoritário ao elaborar as leis, o Executivo poderia corrigir esse autoritarismo no momento de aplicá-las. Propôs, ainda, a limitação do poder pelo poder – *le pouvoir arrête le pouvoir* – que se consagrou pela expressão *checks and balances* ou freios e contrapesos.

O contexto histórico em que se desenvolveu a teoria da separação dos poderes de Montesquieu inexistente, razão pela qual a sua compreensão nos dias atuais não pode ser idêntica ao seu nascedouro. No Estado Pós-Moderno não se admite que o Judiciário fique inerte às violações de direitos fundamentais prestacionais por não poder exercer o controle jurisdicional de políticas públicas, seja por ação ou omissão do Poder Público, unicamente sob o argumento de que se tratam de questões políticas afetas aos demais Poderes.

O princípio da separação de Poderes não se reveste sob o manto da imutabilidade de seu significado, isto é, “não é um esquema constitucional rígido, mas apenas um princípio organizatório fundamental. Com tal, não há que se perguntar pela sua realização estrita nem há que considerá-lo como um dogma de valor intertemporal³⁶⁷”.

É necessário que a separação de Poderes seja compreendida sob a ótica do ordenamento constitucional que a alberga, não sendo razoável compreendê-la como foi pensada no momento histórico em que surgiu. O Estado atual precisou remodelar a repartição de Poderes, de maneira que não se observa a rigidez de outrora. “Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu

³⁶⁶CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 576.

³⁶⁷CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 552.

na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação³⁶⁸.

Paulo Bonavides³⁶⁹ afirma que a separação de poderes fazia sentido no Estado Liberal onde exerceu um papel fundamental para o não retorno ao absolutismo. No Estado atual, especialmente para ciência política, “a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência³⁷⁰”. E finaliza as suas digressões sobre o tema da seguinte forma:

(...) competiria, pois a esse princípio desempenhar ainda, conforme entendem alguns de seus adeptos, missão moderadora contra os excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, como o das burocracias executivas, que por vezes atalham com seus vícios e erros a adequação social do poder político, do mesmo passo que denegam e oprimem os mais legítimos interesses da liberdade humana³⁷¹.

A separação de poderes é uma “técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais³⁷²” que não se encontram atrelados unicamente à proteção dos direitos individuais típica do liberalismo.

Nos dias atuais, em que pese à ausência de rigidez na separação dos poderes ou das funções fundamentais – funções políticas, funções legislativas, funções administrativas e funções jurisdicionais – permanece a necessidade de que estas funções sejam divididas e atribuídas a órgãos distintos.

Isso não significa exclusividade no desempenho da função, mas apenas que determinado órgão deve exercer com prevalência determinada função. É o que Canotilho denomina de “esquema organizatório funcionalmente adequado” que significa, em síntese, que “o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primário, lhes são atribuídas³⁷³”. De onde decorre que “os órgãos

³⁶⁸BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157.

³⁶⁹Ibid., p. 157 et seq.

³⁷⁰Nesse mesmo sentido, Karl Loewenstein afirma que a separação de poderes é obsoleta, cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2 ed. Univ. of Chicago Press, 1965, p. 34 apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

³⁷¹Ibid., p. 159.

³⁷²BONAVIDES, P., op. cit., 1996, p. 65.

³⁷³CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 554.

especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar *actos* que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos³⁷⁴”, por constituírem o “núcleo essencial³⁷⁵” do princípio da separação dos poderes.

O núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, em observância à preservação da proibição do “monismo de poder” consiste naquela parcela de atribuição (função) destinada a um determinado Poder que, caso lhe seja retirada, implica no esvaziamento material de suas funções³⁷⁶.

O problema é definir o conteúdo deste núcleo essencial que não pode ser violado. Duas teorias se contrapõem: a teoria objetiva e a teoria subjetiva. A teoria objetiva protege as posições da norma objetiva – garantia geral e abstrata e não a posição concreta conferida ao particular (norma subjetiva). E a teoria subjetiva que considera “a proteção do núcleo essencial do direito fundamental na sua dimensão de direito *subjectivo* do indivíduo³⁷⁷”. As objeções que se fazem a essa dicotomia relacionam-se à impossibilidade de se conferir uma proteção parcial do direito fundamental, razão pela qual o mais adequado seria uma teoria mista que acolhesse ambas as facetas, conferindo, assim, uma proteção integral dos direitos fundamentais³⁷⁸.

Em relação ao alcance desta proteção distinguem-se as teorias absolutas e relativas. Para as teorias absolutas o núcleo essencial apresenta um conteúdo normativo irrestringível que não pode ser relativizado por qualquer interesse ou direito contraposto. A teoria relativa, por sua vez, pressupõe a ponderação de bens, que constitui “aquela parte do direito fundamental que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, acaba por ser julgada prevalecente e conseqüentemente subtraída à disposição do legislador³⁷⁹”.

³⁷⁴Ibid., p. 555.

³⁷⁵“A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos” – cf. CANOTILHO, J.J.G., op. cit., 2002, p. 458.

³⁷⁶CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 555.

³⁷⁷Ibid., p. 459.

³⁷⁸A esse respeito vide CANOTILHO, J.J.G., op. cit., p. 458 et seq., e SGARBOSSA, op. cit., p. 288 et seq.

³⁷⁹Ibid., p. 459 et seq.

Diversas críticas são feitas a ambas as teorias. A teoria relativa conduz o núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade, “proibindo designadamente o legislador de, na solução de conflitos, limitar direitos, liberdades e garantias para além do justo e do necessário³⁸⁰”. Assim, o que fosse desproporcional ou excessivo o violaria. As teorias absolutas, por sua vez, desconsideram que o âmbito de proteção de um direito fundamental necessariamente envolve o sopesamento com outros bens, “havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da necessidade de defesa destes outros bens³⁸¹”.

Em que pese às divergências doutrinárias acerca do núcleo essencial de um direito fundamental, o que importa é que os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial que se apresenta como um limite às restrições destes direitos e, por conseguinte, como um parâmetro ao controle jurisdicional.

O conteúdo do núcleo essencial do princípio da separação de poderes há de ser buscado *in concreto* valendo-se do ordenamento jurídico que o alberga e dos bens diretamente colidentes. A partir da sua definição, o mesmo se apresenta como um limite à atuação judicial nas questões políticas. O controle judicial poderia operar até o momento em que não esvaziasse a competência dos demais poderes democraticamente eleitos.

3.1.2. A separação de poderes na Constituição de 1988.

A Constituição, em seu art. 2º³⁸², assegura a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Adotou a tripartição de poderes e a envolveu sob o manto da cláusula pétrea, insuscetível de extirpação do texto constitucional (cf. inciso III, § 4º, art. 60, CF, de 1988).

A tripartição dos poderes de forma independente e harmônica, entre si, não confere exclusividade às funções de legislar, administrar e julgar a um único poder. Todos os Poderes exercem a função administrativa, em que pese a Administração da

³⁸⁰ Ibid., p. 459 et seq.

³⁸¹ Ibid. p. 459 et seq.

³⁸² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

coisa pública ficar, em regra, a cargo do Poder Executivo, que tem ainda competência para editar Medidas Provisórias – espécie de ato normativo com *status* de lei. O Poder Legislativo, além da típica função de editar leis, tem competência para julgar alguns crimes quando cometidos pelas autoridades indicadas no art. 52 da Constituição. E o Poder Judiciário detém competência legislativa, por exemplo, a conferida para propor lei relacionada ao Estatuto da Magistratura (cf. art. 94, CF, de 1988)³⁸³.

São, no entanto, as funções exercidas precipuamente por cada um dos poderes que assumem relevância por constituir o seu núcleo essencial. O Poder Legislativo exerce precipuamente as funções de legislar e fiscalizar. A fiscalização desempenhada pelos representantes eleitos pelo povo, no âmbito da União, é desempenhada pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União (cf. art. 70 da CF, de 1988). A função legislativa caracteriza-se pela competência para “editar atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações³⁸⁴”. A edição de tais atos deve observar o processo traçado pela Constituição que, em síntese, pressupõe as seguintes fases: a) iniciativa, b) discussão, c) votação, d) sanção ou veto e, e) promulgação e publicação.

O Poder Executivo no Estado Brasileiro, por sua vez, reúne as funções de governo e administração, envolvendo:

(...) atos típicos da Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração, em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e da disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e a edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis, etc (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas³⁸⁵.

Segundo Konrad Hesse, “a expressão Poder Executivo acabou por transformar-se numa referência geral daquilo que não está compreendido nas atividades do Poder Legislativo e do Poder Judiciário³⁸⁶”.

³⁸³Estes são apenas alguns exemplos da inexistência de exclusividade no desempenho das funções pelos Poderes constituídos.

³⁸⁴MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 827.

³⁸⁵Ibid., p. 858.

³⁸⁶HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Ed, Heidelberg, 1995, p. 226 apud MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 858.

Ao Poder Judiciário foi confiado o papel de exercício da atividade jurisdicional, de onde decorre a competência para fazer a coisa julgada, dizendo – em caráter definitivo e imutável – o direito aplicável a determinado caso concreto quando provocado. Por certo, “o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados³⁸⁷”.

A Constituição conferiu ao Poder Judiciário, expressamente, a competência para apreciar lesão ou ameaça a direito (cf. inciso XXXV, art. 5º) e especificamente ao Supremo Tribunal Federal o dever de zelar, em última instância, pela guarda da Constituição.

As funções precípuas dos três Poderes se inter cruzam cotidianamente e, em algumas situações podem por em risco a harmonia e independência que deve haver entre estes.

A judicialização de políticas públicas é um campo propício a esse fenômeno. O amplo rol de direitos fundamentais inseridos na Constituição provoca invariavelmente o aumento da litigiosidade e a transferência de decisões de políticas públicas para o Poder Judiciário, em detrimento da competência dos Poderes Legislativo e Executivo³⁸⁸.

Esse protagonismo do Poder Judiciário brasileiro nas questões políticas é tema que tem ocupado a academia. Da repartição de atribuições entre os Poderes delineada pela Constituição, extrai-se que, em se tratando de políticas públicas, o Poder Legislativo em entrelaçamento com o Poder Executivo, exerce papel fundamental na sua formulação e implementação. As políticas públicas, inclusive a política pública voltada à concretização do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*, dependem de leis. É justamente no momento de discussão que o Poder Legislativo exerce papel essencial no processo.

³⁸⁷HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Ed, Heidelberg, 1995, p. 226 apud MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 883.

³⁸⁸De acordo com VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito da GV*, São Paulo, Jul- Dez. 2008, p. 442, “A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos”.

O Poder Executivo assume relevância na questão em razão da sua competência de iniciativa de projetos de lei e de expedição de regulamentos para a execução das leis; e, principalmente, na sua implementação, dada a competência relacionada ao planejamento e controle orçamentários e de despesas. Essas são as atribuições precípuas destes poderes no âmbito das políticas públicas.

Nada obstante, a partir do momento em que o Estado-Legislador e o Estado-Administração não cumprem adequadamente os deveres que lhes são impostos pelas normas de direitos fundamentais, os indivíduos, ao se sentirem lesados, buscam o Poder Judiciário para que lhes sejam assegurados seus direitos. O ponto central da problemática diz respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário nestas questões.

O equilíbrio e a harmonia entre os Poderes devem ser extraídos da Constituição. O Poder Judiciário poderá se imiscuir nas políticas públicas desde que mantenha preservado o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes e se limite a verificar a juridicidade do ato. Em outras palavras, a decisão judicial deve estar pautada em argumentos de princípios e não em argumentos de política.

Sobre o tema, Germana de Oliveira Moraes leciona:

É preciso, no entanto, não esquecer que há uma área de atuação exclusiva de cada poder, cujos excessos se resolvem em termos de responsabilidade política. O Poder Legislativo encontra os confins de sua atuação no texto constitucional, por isso, o legislador não admite outros critérios de controle de sua atuação, além dos critérios de fiscalização de constitucionalidade; o juiz, por seu turno, não admite ingerências externas no exercício de sua função judicante. Há também uma área de atuação exclusiva da Administração Pública, cujas manifestações são o mérito do ato discricionário e a valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados de prognose³⁸⁹.

Assim, nos casos de formulação e implementação de políticas públicas, o núcleo essencial do princípio da separação de poderes impõe que se assegure uma parcela de discricionariedade aos Poderes Legislativo e Executivo em que não seria legítima a interferência do Judiciário.

³⁸⁹MORAES, G.O., op. cit., 2004, p. 76. Os conceitos jurídicos indeterminados de prognose a que a autora se refere correspondem aqueles que “as decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas, ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão, são impassíveis, a semelhança da atividade discricionária, de controle jurisdicional pleno”, cf. MORAES, G.O., loc. cit.

3.2. Políticas públicas, discricionariedade administrativa e restrições a direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais que exigem uma prestação estatal se concretizam por meio de políticas públicas. O dever estatal de prestar um determinado bem ou serviço à sociedade depende, desta feita, de uma atuação estatal. O balizamento dessa atividade administrativa encontra-se na Constituição e na lei. A discricionariedade que lhe é inerente somente pode ser considerada legítima se atender a esses parâmetros normativos.

3.2.1. A natureza jurídica das políticas públicas.

O direito fundamental a um cárcere digno é – adotando-se a classificação de Robert Alexy – um direito fundamental completo e exige além de uma abstenção estatal, característica típica dos direitos fundamentais de primeira geração, uma ação estatal que se concretiza por meio de uma política pública voltada à implementação do cárcere digno.

Exsurge do direito fundamental completo *stricto sensu* um dever estatal de fornecer um cárcere digno ao “indivíduo-encarcerado”. Este dever – decorrente de um direito fundamental – para ser implementado depende de escolhas estatais trágicas. Compreender o complexo mecanismo de decisões políticas adotadas pelo parlamento e os parâmetros constitucionais da atuação administrativa é indispensável à temática.

As decisões e análises de políticas públicas, na definição de Laswell, implicam responder às seguintes questões: “quem ganha o quê, por quê e que diferença faz³⁹⁰”. “É o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltados para setores específicos da sociedade³⁹¹”.

³⁹⁰ LASWELL, H.D. Politics: Who Gets What, When, How. Cleveland, Meridian Books. 1936/1958 *apud* SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006.

³⁹¹ HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedex*, ano XXI, nº 55, novembro, 2001, p. 31.

Dworkin denomina de “política”³⁹²,

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)³⁹³.

O estabelecimento desse objetivo a ser alcançado, de acordo com Dworkin, obedeceria a pelo menos dois tipos de argumentos políticos: argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político. “Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”³⁹⁴.

A respeito do processo de elaboração de políticas públicas Jean Carlos Dias esclarece que os objetivos de interesse social, econômico e político buscados pelas políticas dependem de um sistema de escolhas, havendo diversas teorias que a justificam³⁹⁵. A discussão a respeito do processo decisório utilizado para se alcançar uma política pública passa ao largo da discussão, mas é interessante avivar o conceito de política pública sob o viés jurídico, para identificar a discricionariedade que lhe é ínsita³⁹⁶.

Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias Garcia³⁹⁷ alega que as *public policies* abundantemente estudadas pela doutrina norte-americana e anglo-saxônica, em regra,

³⁹²Para ALEXY, R, op. cit., 2011, p. 116, o que Dworkin denomina de “política” são as normas de direito coletivo, uma vez que para o referido autor, os princípios corresponderiam às normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. “Denomino “princípio” 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 ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, cf. DWORKIN, R., op. cit., 2010a, p. 129. Apesar de não se negar a natureza principiológica dos direitos que exigem prestação estatal, filiando-se assim ao posicionamento de Robert Alexy, entende-se possível, para além dessa natureza de princípio, aceitar a necessidade de que para a efetividade dos direitos a prestações é necessário que seja precedido de uma política pública. Assim, a teoria de Dworkin é aqui utilizada não para afastar a natureza principiológica dos direitos a prestações, mas para fundamentar a discussão acerca das suas outras características.

³⁹³DWORKIN, R., op. cit., 2010a, p. 36.

³⁹⁴cf. DWORKIN, R. op. cit., 2010a, p. 129.

³⁹⁵DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p. 46.

³⁹⁶Apesar de se defender nessa dissertação a permanência da discricionariedade, apesar da mesma ter se restringido a partir da substituição da legalidade pela juridicidade, não se pode olvidar a existência de posicionamento em sentido contrário. A esse respeito, cf. OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In* Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁹⁷GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21 et seq.

não são analisadas sob o viés jurídico, razão pela qual a sua análise propõe a observância da temática sob essa perspectiva. Inicia afirmando que qualquer ação administrativa desenvolve-se observando o que dispõe a lei – considerada limite à ação estatal³⁹⁸. A autora prossegue defendendo que a subjugação à lei não é capaz de atender às demandas da sociedade e propõe a limitação da ação estatal pelos princípios de direito³⁹⁹.

Nesse contexto, sugere que se estruture um Direito das Políticas Públicas capaz de “articular política e direito num mundo global, realizando políticas públicas através de uma boa governança, uma governança que garanta a vida humana em comunidade com a dignidade e em continuidade⁴⁰⁰”. A questão conflituosa aparece quando o Estado não é capaz de exercer uma boa governança e as questões de política pública são questionadas judicialmente.

As políticas públicas, analisadas sob um viés jurídico, buscam satisfazer as carências e as necessidades da sociedade de acordo com o direito. A sua implementação exige uma ação estatal, um fazer do Estado, sendo possível afirmar que uma política pública tem sempre o seu nascedouro na necessidade de concretização de um direito positivo.

³⁹⁸Sobre o assunto, a autora pauta-se nos estudos de SHAPIRO, Martin. *Administrative discretion: the next stage in Foundations of administrative Law. Interdisciplinary readers in law*. Ed. Peter H. Shuck, Oxford University Press, 1994, pp. 380 e ss.

³⁹⁹“Para ultrapassar essa dificuldade, o Estado de Direito, como o seu Governo e organização administrativa, tende a encontrar formas alternativas do agir no quadro constitucional. Por outras palavras, o Estado de Direito procura “modernizar-se”, acompanhar os tempos, reinventar-se. Nessa reinvenção está subjacente uma ideia: a legalidade que estrutura o Direito Administrativo e até agora tem fundado a *acção* do governo e da Administração não cobre por inteiro a *actividade* a desenvolver pelo Estado, em especial quando se trata de *efectivar* os direitos sociais, económicos, culturais e de qualidade de vida. (...) Em suma, a estrutura democrática representativa do Estado de Direito da modernidade, que alicerça o princípio da legalidade e o poder discricionário, lida mal com a ignorância sobre os fenómenos científicos com repercussão social e com os fenómenos sociais “tout court”, bem como a imprevisibilidade dos efeitos desses fenómenos, na surpresa com que acontecem, se sedimentam e evoluem. Em consequência, a legitimação da *actividade* dos órgãos administrativos, de acordo com um eventual mandado democrático, tende a não decorrer *directa* ou *indirectamente* da lei”, cf. *Ibid.*, p. 39. No Brasil, denomina-se princípio da juridicidade aquele que limita a ação do administrador público aos princípios constitucionais administrativos.

⁴⁰⁰*Ibid.*, p. 47.

Maria Paula Dallari Bucci entende que as políticas públicas consistem em um programa ou quadro de ação governamental, cuja finalidade é movimentar a máquina do governo visando à concretização de um direito⁴⁰¹.

Segundo Fábio Konder Comparato⁴⁰², durante o Estado Liberal havia uma nomocracia estática, em que a única tarefa do Estado era – por meio de leis – criar condições de segurança física e jurídica para o indivíduo, sem que houvesse qualquer preocupação com a realização dos fins comuns ou coletivos. O cenário se altera com o Estado Social, que passa a exigir do Estado não apenas a elaboração de leis ou normas gerais, mas que ele efetivamente conduza a coletividade ao alcance de metas predeterminadas.

Nesse novo contexto, Comparato propõe um reexame da classificação tradicional das funções dos Poderes estatais, por entender imprescindível a inserção de uma função de política pública:

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa de soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental⁴⁰³.

As políticas públicas, no Estado constitucional atual, são indispensáveis à concretização dos direitos fundamentais, em especial, os de cunho prestacional. “Esta nova figura e estes novos deveres de ação do Estado são construídos inicialmente pela norma constitucional, que, além dos textos organizacionais, traz a definição de ações efetivas e fins materiais a serem realizados⁴⁰⁴”. Nessa linha, o Estado contemporâneo atua mediante políticas públicas ou programas de ação governamental formulados para consecução de uma finalidade pública predeterminada na Constituição, podendo ainda encontrar-se especificada na lei.

Esclarecida a finalidade e o papel das políticas públicas no estado brasileiro, cabe aprofundar a problemática relacionada à sua natureza jurídica.

⁴⁰¹BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 14.

⁴⁰²COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, p. 11-22, mar. 1997.

⁴⁰³COMPARATO, F.K., loc. cit.

⁴⁰⁴DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133.

Comparato identifica política pública com programas de ação que não se identificam com normas ou atos⁴⁰⁵, em que pese englobá-los. “É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado⁴⁰⁶”, que são unificados pela sua finalidade. As políticas públicas constituiriam para o referido autor uma categoria jurídica nova no ordenamento jurídico que reclama uma forma de controle judicial diferenciado.

Bucci formula o seguinte conceito de políticas públicas:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados⁴⁰⁷.

Diferentemente de Comparato, Bucci entende que não é adequado considerar a política pública como uma atividade⁴⁰⁸. Também não seria possível identificar as políticas públicas como categoria normativa, posto que “diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados⁴⁰⁹”.

Assim, Bucci defende que as políticas públicas não são uma categoria definida e instituída pelo direito, mas dada a inter-relação entre direito e política é preciso que a ciência do direito esteja apta a compreendê-la integrando os valores e métodos próprios do direito à atividade política.

Na formulação ou implementação das políticas públicas são tomadas decisões discricionárias – embora não se limitem a isso – que se materializam através de atos

⁴⁰⁵A distinção tem importância para o autor à medida que o mesmo defende que o controle de políticas públicas há de ser diferente do controle de constitucionalidade que incide sobre as normas e atos. Ademais, defende que “o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem”, cf. COMPARATO, F.K., loc. cit.

⁴⁰⁶Ibid.

⁴⁰⁷BUCCI, M.P.D., op. cit., 2006b, p. 39.

⁴⁰⁸Concorda com Ruy Cirne Lima, no sentido de que a atividade administrativa é composta por fatos e atos jurídicos, de maneira que o controle judicial das políticas públicas deve ser o mesmo aplicável aos atos e fatos – cf. Ibid., p. 25.

⁴⁰⁹BUCCI, M.P.D., op. cit., 2006b, p.25.

administrativos. A categoria interdisciplinar denominada de “políticas públicas” consiste, portanto, em um processo que engloba um conjunto de atos jurídicos – normativos, políticos e administrativos⁴¹⁰ – concatenados para o alcance de um fim.

A política pública se decompõe em atos jurídicos e é este instituto jurídico que materializa a vontade das pessoas – jurídicas, físicas, públicas ou privadas. É um ato complexo⁴¹¹, eis que para sua realização é necessário conglobar a vontade de várias pessoas públicas e, em alguns casos, até da própria sociedade atuando diretamente para exprimir a sua vontade. Quando praticados pelo Poder Executivo ou Legislativo, tais atos trazem na sua essência o exercício de um poder discricionário.

Mesmo que não se concorde com esta identificação, independentemente da classificação jurídica que se pretenda prestar às políticas públicas, não se pode olvidar que, ao transpô-las para o cenário jurídico, elas trouxeram consigo o conceito de discricionariedade.

Esta discricionariedade se evidencia, em regra, na definição do conteúdo e no momento de implementação da política pública. Ali se inter cruzam as funções do Legislativo e do Executivo:

Compete aos representantes do povo, isto é, ao Poder Legislativo e à direção política do governo a decisão sobre as políticas públicas. À Administração compete a sua execução. Entretanto, o fato de ser a política pública um

⁴¹⁰Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo como “Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.352. Com semelhante enfoque, Diógenes Gasparini afirma que ato administrativo é: “Toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário”, cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 60. Por fim, para Maria Sylvia Zanella di Pietro, ato administrativo é “a declaração do estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 189.

⁴¹¹“Atos complexos são aqueles cuja vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio, em cada uma das manifestações”, cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 106. Preferiu-se identificar as políticas públicas com um ato complexo e não como um ato composto, tendo em vista que, apesar de ambos os conceitos trazerem insito mais de uma vontade, no segundo caso, as vontades não são autônomas. Mesmo que, por exemplo, a execução da política pública tenha que seguir os parâmetros estabelecidos pelo ato normativo praticado pelo legislativo, o ato de execução a ser praticado pela Administração se reveste de autonomia em relação ao anterior.

“quadro normativo de ação” informado por “elementos que tendem a constituir uma ordem local” – todos da órbita do aparelho burocrático –, faz com que a Administração desempenhe um papel relevante na análise e na elaboração dos pressupostos que dão base à política pública. A ideia de uma sucessão de atos no tempo, em que o legislativo e o governo traçam primeiro as diretrizes da política para depois a Administração Pública executá-la, passa a ser mais um tipo ideal que um dado da realidade⁴¹².

Carvalho Filho defende que as políticas públicas se apresentam como uma inter-relação de instituições políticas e instituições administrativas, cujo objetivo “é permitir que a vontade política seja concretizada e efetivada⁴¹³”.

De acordo com Charles Debbasch⁴¹⁴, apesar de ambas serem instituições públicas, as instituições administrativas seriam dependentes das instituições políticas, e apenas em alguns casos haveria autonomia daquelas. Assim, se por um lado a Administração não é totalmente livre para a escolha dos meios em face dos parâmetros fixados pelo poder político, por outro lado há de remanescer um espaço dentro do qual possa exercitar o poder, área na qual se lhe confere certa autonomia em relação ao poder político. No âmbito das instituições políticas, e das instituições administrativas haverá sempre um processo de opção ou escolha. Ao legislador, com fundamento na sua competência legislativa, cabe o lineamento das ações e metas a serem alcançadas com as políticas públicas e ao administrador caberia suplementar tal política através da complementação da fixação estabelecida em lei e da enunciação de mecanismos de implementação das políticas já planejadas⁴¹⁵.

É justamente essa discricionariedade da atuação administrativa ínsita ao processo de opção ou escolha que permeia as políticas públicas que merece ser aprofundada visando identificar parâmetros para o controle judicial da política pública voltada à concretização do cárcere digno.

⁴¹²BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006a, p. 249.

⁴¹³CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades de limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 108 et seq.

⁴¹⁴DEBBASCH, Charles. *Institutions et Droit Administratif*. Paris: PUF, 1976, p. 22 apud CARVALHO FILHO, op. cit., 2008, p. 109 et. Seq.

⁴¹⁵*Ibid.*, p. 111.

3.2.2. A juridicidade como parâmetro de atuação da Administração Pública.

A Administração Pública no Estado Pós-Moderno assume novos contornos: abandona-se o império da lei, substituindo-o pela Constituição; o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da juridicidade; a intangibilidade da discricionariedade administrativa é revista, alargando-se o seu grau de controle.

Entender esse novo papel é fundamental para compreensão dos parâmetros do controle jurisdicional da política pública⁴¹⁶ voltada à concretização do cárcere digno *stricto sensu*.

Gustavo Binenbojm⁴¹⁷ apresenta a evolução e crise da legalidade da seguinte maneira:

Na plataforma liberal, a legalidade administrativa seria uma limitação externa ao exercício do poder autônomo da Administração Pública (vinculação negativa à lei). Já na plataforma democrática, a legalidade administrativa seria não apenas um limite externo, mas o fundamento necessário de toda atuação da Administração (vinculação positiva à lei). Assim se delineou a distinção clássica entre a legalidade tal como aplicada aos particulares (vinculação negativa) e ao Poder Público (vinculação positiva): enquanto aos particulares é dado fazer tudo que a lei não proíbe, ao Poder Público só é permitido agir nos termos do que a lei prescreve. Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

A constitucionalização do Direito Administrativo o conduz a uma nova realidade em que a mera observância da lei não é suficiente para conferir legitimidade⁴¹⁸ à atuação do administrador público. Os princípios insertos no texto constitucional não de servir como parâmetro na busca do interesse público confiado ao Estado. A força e a

⁴¹⁶ Apesar de no subcapítulo anterior ter sido apresentado um conceito muito mais amplo para o termo “política pública”, a intenção nesse momento é circunscrevê-lo ao papel do Estado-Administração na definição e implementação da política pública voltada a um cárcere digno.

⁴¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 12.

⁴¹⁸ Segundo MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 17: “a legitimidade é a conformidade do agir do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos *jus* políticos da democracia”.

importância atual dos princípios no campo do direito são incontestáveis. Com a inserção de princípios administrativos na Constituição, estes adquiriram estas mesmas qualidades, de modo que o administrador deve atuar pautado nos princípios implícitos e explícitos previstos constitucionalmente.

Segundo Binenbojm⁴¹⁹, a partir do momento em que a Administração Pública substituiu o dogma da legalidade pela juridicidade, não há que se falar em uma dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, ao contrário, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Quanto maior o grau de vinculação à juridicidade maior será o grau de controlabilidade judicial dos seus atos, que deverá ser pautada em critério jurídico-funcionalmente adequado, uma vez que a densidade do controle não é estática e não segue uma lógica puramente normativa⁴²⁰.

Para o autor, o grau de vinculação dos atos administrativos à juridicidade é menor nas situações em que a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração Pública sejam essenciais. E ainda, nos casos em que o ato é praticado por legitimação democrática direta ou nos casos em que a legitimidade do ato decorre de um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados. Em todos estes casos, a decisão deve ser tomada preferencialmente pelo Poder Legislativo ou Executivo, logo a intensidade do controle jurisdicional será menor.

De outro viés, de acordo com Binenbojm, esse controle jurisdicional será mais denso quanto menor for o grau de discricionariedade da Administração Pública em face dos direitos fundamentais, devendo o Judiciário perquirir se as ponderações feitas pelo administrador ou legislador entre interesses coletivos e direitos fundamentais foram pautadas na proporcionalidade ou razoabilidade. E conclui,

Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii)

⁴¹⁹ BINENBOJM, G., op. cit., 2008, p. 16 et seq.

⁴²⁰ De acordo com BINENBOJM, G., op. cit., 2008, p. 17: impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre a Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também “a específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas”.

vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo-se grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade⁴²¹.

Sobre o assunto, Germana Oliveira de Moraes manifesta-se de maneira semelhante:

(...) como consequência das modificações conceituais da noção de Direito – do direito “por regras” ao “direito por princípios”, ocorre a substituição da ideia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública. Substitui-se, no Direito Administrativo, “o princípio da submissão da administração a uma normação pré-fixada” pelo “princípio da submissão da administração ao Direito”. Como afirma a Professora portuguesa Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias Garcia, “o princípio da legalidade da administração é substituído por um princípio mais amplo, de juridicidade daquela *acção*”. Há de discernir, portanto, as fronteiras desses dois campos complementares e intercomunicáveis. Distinguem-se as esferas da juridicidade – o domínio amplo do direito, composto de princípios e de regras jurídicas, ou seja, de normas jurídicas, e da legalidade – circunscritas às regras jurídicas. A noção de legalidade reduz-se o seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de direito previstos explicita ou implicitamente na constituição⁴²².

Conforme a autora, no século XIX a discricionariedade comportava duas expressões: uma vinculada e outra livre ou discricionária. A vinculada devia obediência à lei e se executava através de atos de gestão, ao passo que a discricionária não se sujeitava a qualquer vinculação jurídica e se materializava em atos de império não sujeitos à revisão judicial.

Posteriormente, essa realidade se transmuda: a discricionariedade que antes era exercitada sempre que a lei não proibia, passou a ser exercitável apenas no momento e nos limites permitidos pela própria lei. Em meados deste século, afirma a autora, diante da tentativa de consolidação do Estado de Direito, a concepção de discricionariedade passou a ser vista como “uma modalidade de aplicação, execução ou concretização da norma jurídica, o que deu margem ao progressivo avanço do controle judicial em direção a redutos antes inimagináveis e intocáveis de atuação administrativa⁴²³”. A partir dessa compreensão da discricionariedade pensada a partir

⁴²¹ Binenbojm, G., op. cit., 2008, p. 18.

⁴²² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 30.

⁴²³ Ibid., p. 35.

da ideia do direito por princípios, a autora propõe a redefinição da discricionariedade nos seguintes termos:

Aceita-se, pois, neste estudo, inclusive, para fins de tentativa da redefinição do termo, a linha doutrinária que considera, com acerto, três elementos essenciais a discricionariedade: o complemento da previsão aberta da norma, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes. Além de pressupor a textura aberta da norma, a ser colmatada, seja mediante tarefa de complementação da *facti species*, sejam mediante determinação dos efeitos, para além daqueles parcialmente previstos, consiste, essencialmente, numa margem de liberdade de decisão da Administração Pública, exercitável por meio de um juízo de valorização ou hierarquização, à luz do interesse público protegido pela norma que a confere, de todos os interesses (públicos e privados) que possam ser satisfeitos pela decisão a ser tomada administrativamente⁴²⁴.

A juridicidade constitui, portanto, o dogma vigente da atuação administrativa, quer vinculada, quer discricionária. A discricionariedade é excepcional, pois sempre que possível, o legislador delimita a atuação do administrador elencando todos os elementos da conduta a ser praticada. No entanto, é “impossível ao legislador elaborar normas para todos os aspectos da vida social em que o Estado atua⁴²⁵”. Por conseguinte, em determinadas situações a lei autoriza a Administração Pública a agir discricionariamente, isto é, “para definir, abstrata ou concretamente o resíduo de legitimidade necessário⁴²⁶ para integrar a definição de elementos essenciais a sua execução, diretamente referido a um interesse público específico⁴²⁷”. Independentemente da situação ensejadora da discricionariedade, o administrador não poderá deixar de atender os mandamentos constitucionais e legais disciplinadores da atuação da Administração Pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello identifica três situações capazes de provocar a atuação discricionária do administrador: da hipótese da norma, do comando da norma e da finalidade da norma⁴²⁸. Na mesma linha, Maria Silvia Zanella di Pietro apresenta

⁴²⁴Ibid., p. 41.

⁴²⁵MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

⁴²⁶De acordo com MOREIRA NETO, D. F., op. cit., p. 22, “a definição de resíduo de legitimidade indica que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução, pois nele ocorre uma alocação autoritária de valores, satisfazendo o conceito estoniano de política”.

⁴²⁷Ibid., p. 22.

⁴²⁸“1) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da

quatro situações que ocasionam a atuação discricionária: a) quando a lei expressamente confere à Administração esse agir discricionário, b) quando a lei é insuficiente em razão da impossibilidade de se prever todas as situações que podem decorrer da norma, neste caso, o administrador público deve tomar sua decisão pautado nos princípios extraídos do ordenamento jurídico, c) a lei prevê uma competência, mas não estabelece a conduta a se adotada e, d) a lei usa certos conceitos indeterminados⁴²⁹.

Germana de Oliveira Moraes, por sua vez, apresenta os seguintes momentos de manifestação da discricionariedade:

A discricionariedade se manifesta, isto é, o administrador exerce a liberdade de decisão mediante a ponderação comparativa de interesses, integrando a norma aberta, ora quando procede à complementação, mediante valoração e aditamento, dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); ora quando decide se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou ainda quando colmata conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa)⁴³⁰.

3.2.3. Política pública, dever estatal e discricionariedade.

A natureza jurídica das políticas públicas é muito mais complexa do que a mera identificação com o ato jurídico. No entanto, essa conclusão não impede que se compreenda a política pública com um ato complexo indispensável ao adimplemento de um dever estatal decorrente de uma norma de direito fundamental.

omissão em descrevê-lo. Pode também derivar. II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.(...) III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados fluidos) e não unissignificativos” – cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2ª ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

⁴²⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75 et seq.

⁴³⁰MORAES, G.O., op. cit., p. 46.

Em se tratando de políticas cujo fundamento é retirado de um dever estatal constitucional de caráter *prima facie* – dada à natureza jurídica principiológica da norma – persiste a necessidade do legislador definir o seu conteúdo, atividade esta que possui certo grau de discricionariedade à medida que põe a sua disposição um leque de possibilidades cuja limitação somente encontra limites na própria Constituição.

Disto decorre que a prática do ato normativo muitas vezes indispensável à elaboração da política pública voltada à concretização do dever decorrente de um direito fundamental prestacional é ato que se reveste de discricionariedade.

Aqui cabe uma observação. Os posicionamentos anteriormente apresentados justificam-se no âmbito do ato administrativo discricionário, de maneira que a discricionariedade a que se referem é autorizada pelo legislador observado os parâmetros constitucionais. No entanto, a discricionariedade não é característica exclusiva do Poder Executivo ou da função administrativa propriamente dita podendo ser observada ainda na função legislativa.

A diferença é que a discricionariedade da função legislativa tem como fundamento e parâmetro a norma que lhe é hierarquicamente superior, isto é, no caso da legislação infraconstitucional o fundamento deverá ser buscado na Constituição, pois o processo legislativo é mais complexo que a prática de atos pela Administração Pública. Disto decorre que o controle judicial destes atos, apesar da discricionariedade que lhes é ínsita, deve ser diferente do controle jurisdicional do ato administrativo.

A conformação da política pública não se encerra no ato jurídico normativo discricionário de competência do Poder Legislativo, exigindo ainda uma atuação do Poder Executivo para sua implementação e, em alguns casos, impondo inclusive a sua regulamentação. Ao administrador caberia suplementar a política através da complementação dos parâmetros estabelecidos em lei e da enunciação de mecanismos de implementação das políticas já planejadas. Aqui, mais uma vez, vislumbra-se a margem de discricionariedade que é conferida ao administrador pelo legislador constituinte e ordinário para a conformação da execução da política pública.

A discricionariedade encontra-se presente em todas as fases da política pública, de maneira que, é plenamente aplicável, nos limites apresentados, a teoria do

controle da discricionariedade administrativa aos atos praticados pela Administração Pública voltados à concretização de uma política pública.

Em se tratando de políticas públicas voltadas à concretização do dever de prestar um cárcere digno *stricto sensu*, cabe esclarecer que o legislador constituinte, diferentemente de outros direitos prestacionais como a saúde e a educação, não aprofundou a questão⁴³¹, sendo possível identificar uma margem de atuação discricionária decorrente das normas de direito fundamental que compõem o conceito de direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*: a) cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; b) respeito à integridade física e moral dos presos e; c) assegurar às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

O direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* permite que o legislador infraconstitucional e o administrador público, ao conferirem efetividade aos preceitos acima elencados, atuem com certa margem de discricionariedade. Com efeito, da natureza principiológica da norma de direito fundamental, decorre a necessidade de ser atribuído significado ao seu conteúdo aberto (discricionariedade de escolha).

A discricionariedade, em se tratando de política pública voltada a concretização de um cárcere digno *stricto sensu*, pode ser observada ainda no momento de implementação da norma, que exige, por exemplo, uma ponderação entre a reserva do financeiramente possível e os demais princípios envolvidos no caso concreto. Isso porque, em havendo diversos direitos fundamentais prestacionais que precisam ser

⁴³¹ PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In *Direitos Fundamentais Sociais*. CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54: “Nos termos do art. 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. No campo da educação, a Constituição determina que ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, e acrescenta que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Para os direitos sociais à saúde e à educação, a Constituição disciplina uma dotação orçamentária específica”. Quanto ao direito à educação, dispõe a Constituição: “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Quanto ao direito à saúde, os recursos orçamentários serão dispostos em conformidade com os critérios estabelecidos no art. 198 da Constituição.

efetivados e dada à escassez de recursos, se torna necessário decidir em qual medida serão atendidos, havendo uma discricionariedade de decisão, a ser exercida por meio de um juízo de ponderação.

Para ser legítima, a discricionariedade inerente às políticas públicas há de se fundar e se limitar na própria Constituição. Essa discricionariedade de escolha se limita na proibição de se restringir um direito fundamental, ressalvados os casos em que a própria Constituição autoriza. Ou seja, a política pública não deve restringir o âmbito de proteção da norma de direito fundamental a não ser que haja autorização expressa ou implícita da Constituição.

Assim, a complementação do conteúdo e o momento de implementação da política pública voltada à concretização do cárcere digno *stricto sensu* envolvem atos jurídicos discricionários que devem observar os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa e que devem assegurar que o direito fundamental a ser implementado pela política pública não sofra restrições não autorizadas pela Constituição.

Fixado o novo paradigma de atuação da Administração Pública pautada na juridicidade, que deve ser observado em todos os atos jurídicos praticados, inclusive os inerentes à definição e à implementação de políticas públicas, interessa aprofundar o remanescimento de uma margem de discricionariedade isenta de controle jurisdicional.

3.3. A esfera não judiciável da discricionariedade administrativa: o mérito.

A noção inicial de insindicabilidade absoluta existente na discricionariedade administrativa forjada no Estado Liberal encontra-se totalmente superada. Atualmente, não mais se admite que a atuação da Administração Pública se oriente por prerrogativas e privilégios afastados da juridicidade e permaneça indene de apreciação judicial.

De acordo com Thiago Lima Breus:

Dentre esses privilégios caberia à Administração a possibilidade de escolha de quais necessidades que, após terem sido eleitos, a sua realização não poderia

ser objeto de transigência, pois estaria no âmbito de comprometimento (das sujeições) da Administração Pública⁴³².

O pensamento vigente durante o Estado Moderno, portanto, construiu o Direito Administrativo sob a “tentativa de erradicação do poder absoluto, buscando retirar o poder do soberano despótico para que o poder estatal pudesse ser exercido pelo povo, seu titular, segundo a fórmula contratualista⁴³³”.

Esse pensamento é contra-argumentado por Paulo Otero que defende que o Estado Moderno não superou antigos privilégios, mas, ao contrário, acabou por consagrá-los ao estabelecer uma série de prerrogativas particulares à Administração Pública: um poder de atuação com ampla discricionariedade e a insindicabilidade do mérito de suas decisões⁴³⁴. Para o autor português, “o surgimento do Direito Administrativo como resultado da elaboração de novas regras e de princípios pelo *Conseil d’Etat* francês se revela contraditório com o princípio da separação dos poderes”, pois retira do Poder Judiciário a competência para julgar a Administração Pública.

Gustavo Binenbojm⁴³⁵, acolhendo os ensinamentos de Paulo Otero, também contesta o mito da origem do Direito Administrativo que defende seu surgimento “a partir do momento em que o poder aceita submeter-se ao direito e, por via reflexa aos direitos dos cidadãos”.

A ilusão garantística da gênese do Direito Administrativo, expressão cunhada por Paulo Otero, subverte,

(...) a um só golpe dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal; o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. De fato, a atribuição do poder legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativista não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e partilha de funções entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados. Chega-se assim, à segunda contradição na gênese do Direito Administrativo: a criação da jurisdição administrativa. Contrariando a noção

⁴³²BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 106.

⁴³³Ibid., p. 111.

⁴³⁴OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade, p. 271 apud BREUS, T. L., op. cit., p. 112.

⁴³⁵BINENBOJM, G., op. cit., p 62.

intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo, a introdução do contencioso administrativo – e conseqüente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário – embora alicerçada formalmente na ideia de que “julgar a administração ainda é administrar”, não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existente nestes últimos contra a revolução limitasse a ação das autoridades administrativas revolucionárias⁴³⁶.

Mesmo que se acolhesse a “ilusão garantística da gênese” defendida por Paulo Otero, há que se contestar a sua aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Primeiro porque no Brasil não há uma jurisdição administrativa, não podendo se alcançar a conclusão de que a Administração Pública Brasileira “julga soberanamente seus litígios com os administrados”. Ademais, mesmo que se defenda a existência de uma esfera da discricionariedade que deve permanecer à margem da apreciação judicial – em razão da existência de aspectos não jurídicos que a envolvem e diante da ausência de legitimidade do Poder Judiciário para resolver tais questões – permanece ainda grande a margem de sindicabilidade da discricionariedade administrativa, que se alargou com a juridicização dos princípios, permitindo a apreciação dos demais aspectos da discricionariedade que se encontram vinculados a eles. Por certo, reduziu-se “a esfera do mérito, sem, no entanto eliminá-lo, porque as considerações de ordem extrajurídica permanecem imunes à revisão judicial⁴³⁷”.

O controle dos limites pelo Poder Judiciário não implica na negação da discricionariedade ou na substituição do administrador pelo juiz, mas, ao contrário, “é seu reforço, pela precisão com que beneficia o instituto e o sistema, e pela segurança com que brinda o administrado, em última análise, origem e destinatário da ordem jurídica⁴³⁸”.

O dogma da insindicabilidade da discricionariedade administrativa foi superado com a substituição do “direito por regras” – que vigorou no Estado liberal – pelo “direito por regras e princípios” – vigente a partir do Estado moderno. Neste momento, os parâmetros de atuação da Administração Pública foram juridicizados. Em outras palavras, deixaram de ser conteúdos exclusivamente políticos legitimando o controle jurisdicional. Alargou-se a margem de apreciação da discricionariedade, remanescendo

⁴³⁶ Ibid., p. 64 et. seq.

⁴³⁷ MORAES, G.O., op. cit., p. 49.

⁴³⁸ MOREIRA NETO, op.cit, 2001, p. 85.

apenas uma pequena parcela – composta por elementos não-jurídicos – que não se encontra sujeita ao controle judicial dada a inexistência de parâmetros jurídicos para apreciá-la.

O caráter jurídico-normativo da discricionariedade administrativa não impede que ela seja apresentada como a “essência e o núcleo da atividade administrativa”, razão pela qual uma parcela da discricionariedade, denominado de mérito da discricionariedade, há de ser mantido insindicável⁴³⁹.

A juridicidade deve ser utilizada como parâmetro e limite de atuação do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa. Em se constatando a não observância dos princípios constitucionais na formulação e execução das políticas públicas estas padecem de vício de inconstitucionalidade, não encontrando legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo, por consequência, o controle jurisdicional.

O controle de juridicidade da discricionariedade administrativa deve, portanto, ser realizado com base nos princípios constitucionais e princípios gerais do direito reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nesse passo, adquirem importância os princípios da Administração Pública consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal.

Resta mencionar que a fixação de limites à discricionariedade administrativa insita às políticas públicas é importante não apenas sob o ângulo do Poder Executivo, por legitimar a sua atuação, mas também quando analisado sob o ângulo do Poder Judiciário, por apresentar parâmetros a serem adotados quando da realização do controle desses atos.

Conceder ao Judiciário o controle da discricionariedade administrativa em sede de políticas públicas sem que se apresentem os devidos parâmetros, corresponderia a legar superpoderes a este Poder em detrimento dos demais, pois o juiz mesmo nos ‘casos difíceis’ – utilizando a nomenclatura de Dworkin – “deve descobrir o direito das

⁴³⁹MORAES, G.O., op. cit., p. 34.

partes a partir de argumentos de princípio e não atuar discricionariamente como legislador⁴⁴⁰”.

Conclui-se que a insindicabilidade da discricionariedade nos dias atuais não ecoa mais entre os administrativistas, não havendo doutrinador que defenda a impossibilidade de sua apreciação pelo Judiciário. O que existe é um núcleo da discricionariedade de natureza eminentemente política que não pode ser apreciada judicialmente.

Assim, o dissenso doutrinário a respeito da questão repousa no grau de sindicabilidade, isto é, na sua extensão e nas suas consequências, e não na sua impossibilidade.

O mérito da discricionariedade é comumente conhecido como a parcela insuscetível de apreciação judicial, eis que comporta a essência da função administrativa dado o seu conteúdo político.

Segundo Seabra Fagundes,

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso exprime juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo. Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao judiciário não se submetem interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando destarte, o princípio da separação e independência dos poderes”. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional⁴⁴¹.

É certo que o pensamento de Seabra Fagundes apresentado na citada obra é anterior a Constituição de 1988 e, por conseguinte, desenvolveu-se em momento em que os princípios não se encontravam juridicizados. Para a compreensão de seu posicionamento é necessário levar em consideração a mudança paradigmática ocorrida com a Constituição de 1988. Isso significa que alguns parâmetros de atuação

⁴⁴⁰DWORKIN, R., op. cit., 2010a, p. 127.

⁴⁴¹FAGUNDES, Seabra Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. Atualizador Gustavo Binenbojm. São Paulo: Forense, 2010, p. 181 et seq.

discricionária antes considerados como inerentes à seara política da função administrativa galgaram *status* jurídico, sendo passíveis de apreciação judicial. É o que ocorreu, por exemplo, com a moralidade a que se refere o autor.

Nada obstante, em artigo intitulado “A crise do Poder Judiciário” Seabra Fagundes já apresenta essa diminuição do mérito do ato administrativo, ao apontar uma nova dimensão para o controle jurisdicional da Administração Pública:

A nossa Constituição estabelece, no art. 37, como um dos princípios básicos da Administração Pública, a moralidade. E, no art. 5º, LXXIII, dispõe, cogitando da ação popular, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa (e eu sublinho esta expressão, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé isento de custas...)” etc. Esses dois dispositivos articulados elevam o controle do Judiciário sobre os atos da Administração a um patamar, salvo melhor juízo, ignorado pelas legislações do nosso convívio jurídico. Sempre se entendeu e se tem entendido que o controle jurisdicional se cinge a legalidade, sem nenhuma possibilidade de penetração no mérito do ato administrativo. O próprio *détournement de pouvoir*, criação do Conselho de Estado francês, tem por si, nas explicações do próprio Conselho, sobre o seu teor e o seu sentido, que ele não significa penetração no exame do mérito, mas apenas a declaração de que o motivo invocado para o ato não está na lei, quer dizer, fica o problema situado sob prisma da legitimidade. Ora, tal como está na Constituição brasileira, o Poder Judiciário é chamado a examinar o mérito do ato administrativo no que diz com a moralidade. É claro que ele não examinará em relação à justiça, em relação à economicidade, em relação a vários aspectos, mas no que diz com a moralidade o Judiciário tem jurisdição para o exame do ato administrativo e tem o dever, evidentemente, no exercício da jurisdição, para chegar até aí⁴⁴².

À luz da juridicização dos princípios constitucionais, Seabra Fagundes admite que estes assegurem a legitimidade do Poder Judiciário adentrar ao mérito da discricionariedade, em que pese reconhecer que alguns parâmetros continuam insuscetíveis de apreciação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao dissertar sobre o mérito do ato administrativo apresenta a dificuldade em se definir a sua inter-relação com a discricionariedade:

Impressiona a diversidade de sua conotação à discricionariedade, ora confundindo-os; ora apresentando-os numa relação na qual o mérito aparece como causa do uso de faculdades discricionárias, ora como iter, o seu próprio

⁴⁴²FAGUNDES, Seabra Miguel. A crise do Poder Judiciário. *Revista de Processo*. vol. 15, n. 60. pp 118-121, out/dez, 1990, p.118.

uso; ora como efeito, o resultado do uso; ora um aspecto (ou aspectos) que, por isso, passa a assumir o ato⁴⁴³.

O autor segue a lição de Seabra Fagundes, no sentido de que o mérito confere sentido político ao ato, de onde decorre a “função de atender ao interesse público, para o desempenho da qual a Administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei. Trata-se, portanto, de uma integração administrativa da legitimidade⁴⁴⁴”. A partir dessa premissa considera a discricionariedade uma técnica necessária à aferição do conteúdo da oportunidade e conveniência do mérito, e o mérito o resultado indispensável à legitimidade da atuação administrativa a partir do momento em que se apresenta como “suficiente e adequado para que se satisfaça um interesse público específico estabelecido como sua finalidade na norma legal⁴⁴⁵”.

O mérito, na visão do autor, estaria contido nos elementos “motivo” e “objeto” do ato administrativo. Devendo ser entendido o primeiro como o pressuposto de fato ou de direito que determina ou possibilita o ato administrativo e o segundo como a alteração jurídica que se pretende introduzir nas situações e relações sujeitas à atividade administrativa do Estado. Configuraria o resultado do exercício da discricionariedade administrativa e, por conseguinte, a definição da oportunidade e da conveniência, consistindo estas nas dimensões do mérito. Assim, entende que o mérito é insindicável, no entanto, “a extravasão dos limites legais é exercício irregular e, portanto, sindicável”, haja vista que “a valoração incorreta e a escolha desacertada não são irregularidades do mérito – são vícios de finalidade⁴⁴⁶”. Propõe, como parâmetro da atuação discricionária, o princípio da realidade⁴⁴⁷ e o princípio da razoabilidade⁴⁴⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao abordar o mérito do ato, entende que “não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto,

⁴⁴³MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 2001, p. 45.

⁴⁴⁴MOREIRA NETO, D. F., loc. cit.

⁴⁴⁵Ibid., p. 45.

⁴⁴⁶Ibid., p. 46 et seq.

⁴⁴⁷O princípio da realidade “parte de considerações bem simples: o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros”, cf. MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 1989, p. 37. Assim, “os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter sempre condições objetivas de serem efetivamente cumpridos em favor da sociedade a que se destinam”, cf. MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 1989, p. 37.

⁴⁴⁸Esse princípio será tratado em tópico adiante.

o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei⁴⁴⁹”, isto é, não pode se afastar do fim legal. Atrela o mérito da discricionariedade à finalidade da lei e defende que o abandono da finalidade legal implica em desbordamento proibido da discricionariedade⁴⁵⁰.

Para Bandeira de Mello, é possível o controle dos motivos do ato – aqui entendido apenas como os pressupostos fáticos, o que se assemelha ao princípio da realidade apontado por Diogo de Figueiredo, observada a razoabilidade⁴⁵¹.

Entende possível o controle jurisdicional dos motivos pautado na razoabilidade e proporcionalidade, na lealdade, na boa fé e na impessoalidade. Para o autor, “toda demasia, todo excesso, toda providência que ultrapasse o que seria requerido para – à face dos motivos que a suscitaram – atender o fim legal, será uma extralimitação da competência e, pois, uma invalidade⁴⁵²”. Essa invalidade estaria na desproporção entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao tratar do mérito e da discricionariedade principia analisando a doutrina italiana que entende que o mérito “diz respeito à sua conveniência, utilidade, adequação aos fins de interesse público, gerais e especiais que se pretendem alcançar com a prática do ato⁴⁵³”. Embora a zona de liberdade discricionária encontre-se limitada juridicamente pelo alcance de um fim, o mérito não

⁴⁴⁹MELLO, C.A. B., op. cit., 2004, p. 82.

⁴⁵⁰“É o que se passa naqueles: (a) contaminados por intuítos pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; (b) correspondentes à outra regra de competência, distinta da exercitada – pois a lei não é indiferentes aos meios utilizados; (c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não confere liberdade para providencias absurdas; (d) que exprimem medidas incoerentes: 1. Com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2. Com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. Com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; (e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim” – Ibid., p. 82 et seq.

⁴⁵¹“Nota-se, por (seja qual for a posição que se adote na matéria) que, de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulmina-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo. É que, como diz Laubadère, reportando-se à jurisprudência francesa, a autoridade jurisdicional se reconhece o direito “não apenas de perquirir se os motivos legais realmente existiram, mas, ainda, se eram suficientes para justificar a medida editada e se a gravidade dela era proporcionada à importância e às características (... do fatos...) que a provocaram”, cf. *ibid.*, p. 92.

⁴⁵²*Ibid.*, p. 96.

⁴⁵³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 86 et seq.

se confunde com o princípio da finalidade, “significando apenas a escolha dos meios mais adequados para a consecução dos fins legais, segundo o princípio da oportunidade⁴⁵⁴”.

Ao tratar do mérito no direito brasileiro a autora afirma que “embora alguns autores repudiem o vocábulo precisamente pelo seu sentido equívoco, na realidade ele está consagrado no direito brasileiro e tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário⁴⁵⁵”. Propõe que a definição de mérito seja reformulada de maneira a que se distingam os aspectos políticos – aspectos de oportunidade e conveniência – dos aspectos jurídicos⁴⁵⁶.

Afirma que o controle judicial da atividade discricionária é possível, mas encontra-se limitado pelo âmbito da discricionariedade definido pelo legislador, na medida em que se deixam espaços a serem preenchidos pelo executor da norma previamente – isto legitima a prática do ato.

Disto decorre que o Poder Judiciário não pode invadir esse espaço reservado pela lei ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que o executor, melhor do que ninguém deve apreciar diante de cada caso concreto⁴⁵⁷.

Verifica-se que as teses desenvolvidas pelos autores citados, apesar de suas particularidades, fazem certa confusão entre o mérito – parcela da discricionariedade eminentemente política e, portanto, insindicável, dada a inexistência de qualquer balizamento jurídico que autorizaria a apreciação do Poder Judiciário neste ponto – e a discricionariedade – margem de liberdade conferida ao legislador ou administrador

⁴⁵⁴“O princípio da oportunidade costuma ser relacionado com as regras da boa administração, as quais, segundo Amorth, implicam, resumidamente: (a) que o interesse público seja alcançado com um mínimo de sacrifício possível do interesse privado, de modo a haver equilíbrio ou proporcionalidade ente os meios e os fins a atingir; (b) que ele seja apreciado em função da real possibilidade e das reais vantagens para o ente público, o que significa a possibilidade de determinada atuação, que aparece abstratamente, como a melhor, perder a eficácia diante de um caso concreto; (c) que o interesse público seja atingido com observância da praxe administrativa, ou seja, do conjunto dos precedentes, dos casos análogos, da experiência anterior da Administração” – cf. Ibid., p. 88.

⁴⁵⁵Ibid., p. 89.

⁴⁵⁶Ibid., p. 91.

⁴⁵⁷Ibid., p. 94.

observada as normas constitucionais e, no último caso, as normas infraconstitucionais – o que conduz a certa incompreensão destes institutos.

O que se propõe é a redefinição do conceito de mérito em face dos princípios constitucionais e não o reconhecimento da apreciação do mérito. O mérito não se identifica com a discricionariedade, ao contrário, deve ser concebido como o núcleo político da discricionariedade. Por serem dependentes de critérios políticos e meios técnicos peculiares a exercício do Poder Administrativo, há decisões que trazem em sua essência argumentos políticos. Os demais aspectos da discricionariedade, cujos parâmetros são aferíveis juridicamente, isto é, pautado em argumentos de princípio, são passíveis de controle. Aqui se conforma a sindicabilidade da discricionariedade de que se tratou anteriormente com o resguardo de uma parcela insindicável como exigência do núcleo essencial da separação dos Poderes.

Por certo, o mérito inserto na discricionariedade há de ser interpretado e compreendido no contexto do Estado atual. Se inicialmente surgiu como uma decorrência do *jus imperii* do Estado durante a vigência do Estado Liberal, atualmente atrela-se à lei e aos demais princípios constitucionais ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

Germana Oliveira de Moraes apresenta a distinção entre discricionariedade e mérito, ao defender que embora o mérito pressuponha o exercício da discricionariedade, corresponde a “lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de prefixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário⁴⁵⁸”.

Conforme afirma a autora, “o Direito positivo não fornece parâmetros de atuação administrativa, nem por intermédio de regras, nem por intermédio dos princípios, daí a não suscetibilidade de revisão judicial do mérito do ato administrativo⁴⁵⁹”.

Não é todo e qualquer aspecto da discricionariedade que seria insuscetível à apreciação jurisdicional, ao contrário, apenas aquela parte de conteúdo político da discricionariedade denominada de mérito.

⁴⁵⁸MORAES, G.O., op. cit., 2004, p. 49.

⁴⁵⁹Ibid., p. 50.

3.4. Parâmetros de apreciação jurisdicional da discricionariedade.

O exercício da discricionariedade, para ser legítimo deve estar em consonância com a lei por ser o princípio da legalidade vetor-mestre da atividade administrativa. O *caput* do art. 37 da Constituição, ao lado da legalidade, apresenta os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como parâmetros da atuação administrativa.

Além desses princípios, a Administração Pública deve conduzir sua atuação em conformidade com outros princípios implícitos do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁶⁰, como a razoabilidade e proporcionalidade, a finalidade pública e os princípios gerais do direito⁴⁶¹.

3.4.1. Princípio da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição pode ser compreendido sob duas acepções: em relação aos administrados ou em relação à própria administração⁴⁶².

Na primeira acepção, o princípio relaciona-se com a busca pela finalidade pública, não podendo atuar para beneficiar ou prejudicar pessoas, tendo em vista que o interesse público deve nortear essa atuação. “A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados

⁴⁶⁰Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93, a respeito dos princípios não expressamente previstos no art. 37 da Constituição, esclarece: “Fácil é, ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns por constarem expressamente na Lei Maior conquanto não mencionados no art. 37, *caput*, outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios, outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito, e pois, do sistema constitucional como um todo”.

⁴⁶¹“Os princípios gerais do Direito são normas gerais, abstratas, não necessariamente positivadas expressamente, porém às quais todo ordenamento jurídico, que se construa, com a finalidade de ser um Estado Democrático de Direito, em sentido material, deve respeito”, cf. MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2008, p. 38.

⁴⁶²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 71.

envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político⁴⁶³”.

O outro sentido que pode ser empregado à impessoalidade, significa que:

(...) os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal⁴⁶⁴.

Dessa acepção decorre a impossibilidade dos agentes públicos se autopromoverem em decorrência das atividades que praticam no exercício do cargo (cf. §1º, do art. 37, da Constituição).

A impessoalidade pode conduzir à igualdade, mas com ela não se confunde, porque o tratamento igual destinado a determinado grupo – o que alcançaria a igualdade – há de ser fixado sem que se vislumbre quaisquer favoritismos ou desfavoritismos, a fim de que observe a impessoalidade⁴⁶⁵:

O princípio constitucional da impessoalidade administrativa tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa, fixando como única diretriz jurídica válida para os comportamentos estatais o interesse ‘público’. A impessoalidade no trato da coisa pública garante exatamente esta qualidade da ‘res’ gerida pelo Estado: a sua condição de ser pública, de todos, patrimônio de todos voltado à concretização do bem de todos e não de grupos ou de algumas pessoas. A generalidade da lei corresponde à impessoalidade da administração, e é isto o que garante a resistência contra usos e abusos do Poder do Estado por pessoas ou grupos. O princípio da impessoalidade da Administração Pública traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade. (...) O princípio da impessoalidade impede e proíbe, assim, o subjetivismo na Administração Pública. A objetividade não permite que se mostre ou prevaleça a face ou a alma do administrador. Nem a do cidadão que a ela compareça ou com ela se relacione. (...) Muito importante é enfatizar que a impessoalidade administrativa tem conteúdo positivo e negativo. No primeiro caso, por ele se assegura que a neutralidade e a objetividade têm que prevalecer em todos os comportamentos da Administração Pública. Mas este princípio guarda também conteúdo negativo, quando constitui indicativo de limites definidos à atuação administrativa. Por ele, não se podem praticar atos que tenham motivo ou finalidade despojados daquelas características. Neste caso, aliás, é de alta significação o princípio da impessoalidade administrativa, para assegurar não apenas que pessoas não recebam tratamento particularizado em razão de suas condições específicas (privilegiadoras ou prejudiciais), ‘mas ainda para

⁴⁶³MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 2008, p. 63.

⁴⁶⁴SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

⁴⁶⁵MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 2008, p. 63.

vedar a adoção de comportamento administrativo motivado pelo partidarismo⁴⁶⁶.

A fim de atender à impessoalidade, a liberdade conferida ao Administrador Público no exercício da discricionariedade administrativa há que ser imparcial, isto é, a margem de discricionariedade não pode ser exercida de maneira a fomentar favoritismos ou desfavoritismos.

Aplicando-se o referido princípio à elaboração e implementação de políticas públicas dessume-se que as escolhas realizadas pelo administrador público devem ter como vetor o interesse público, não se admitindo políticas públicas que confirmem um tratamento particularizado a determinadas pessoas em razão da condição que ostentam (quer para conferir favoritismos quer para prejudicar).

A política pública, por certo, não precisa se destinar à totalidade da população. As políticas penitenciárias, por exemplo, alcançam apenas o grupo de pessoas que se encontram encarceradas. No entanto, é certo que estas políticas não devem se desenvolver com o objetivo de favorecer ou desfavorecer determinados indivíduos ou grupos de pessoas. Uma política penitenciária desenvolvida especificamente para criar condições especiais dentro do estabelecimento penal para o preso A ou B, caso não ancorada em razões de ordem pública, como, por exemplo, assegurar a incolumidade dos demais presos ou a segurança dos agentes penitenciários, estaria eivado de vício de impessoalidade se desenvolvida para favorecer ou desfavorecer um grupo específico.

3.4.2. Princípio da publicidade.

O princípio da publicidade encontra-se expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição e exige “a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei⁴⁶⁷”. Esta transparência nos atos praticados pela Administração Pública é decorrência do poder soberano do povo em um Estado Democrático de Direito. Não deve haver, portanto, “ocultamento aos

⁴⁶⁶Rocha, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 147 et seq.

⁴⁶⁷DI PIETRO, M. S. Z., op. cit., 2005, p. 75.

administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida⁴⁶⁸. É a partir da divulgação do ato que se torna possível realizar o seu controle, quer de legalidade, quer de juridicidade.

Esse princípio “assegura ao administrado não apenas o direito à informação, à transparência da atuação administrativa, à visibilidade do poder, mas também a informação verdadeira⁴⁶⁹”.

A novel lei de acesso à informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, veio fomentar esse princípio, posto que o acesso à informação é corolário da publicidade.

No tocante às políticas públicas, a publicidade, dentre outros papéis, permite o controle social principalmente em relação aos gastos inerentes a sua implementação.

3.4.3. Princípio da moralidade.

O princípio da moralidade encontra-se expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, exigindo que os agentes públicos atuem em conformidade com os princípios éticos. Corresponde, “ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados *standarts* comportamentais que a sociedade deseja e espera⁴⁷⁰”. E compreende os chamados princípios da lealdade e da boa-fé: lealdade e boa-fé no sentido de que, ao se inter-relacionar com os administrados, o administrador público deve sempre agir de maneira clara e correta, sem malícia, sem astúcia⁴⁷¹.

Em decorrência deste princípio, o agente público deve saber distinguir “não só o bem e mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto⁴⁷²”.

⁴⁶⁸MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 110.

⁴⁶⁹MORAES, G. O., op. cit., 2004, p.114.

⁴⁷⁰MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 2008, p. 57.

⁴⁷¹MOREIRA NETO, D. F., op. cit., 2008, p. 115.

⁴⁷²Maurice Hariou apud DI PIETRO, M. S. Z., op. cit., 2005, p. 78. De acordo com Germana de Oliveira Moraes, “deve-se a Maurice Hariou a conceituação pioneira de moralidade administrativa, que passou a ser entendida como o “conjunto de regras tiradas da disciplina interior da Administração”, cf. MORAES, G. O., op. cit., 2004, p. 121.

É principalmente na discricionariedade “que se encontra o campo mais fértil para a prática de atos imorais, pois é neles que a Administração Pública tem liberdade de opção entre várias alternativas, todas elas válidas perante o direito⁴⁷³”. Nada obstante, a observância formal à lei que contraria a moralidade está sujeita a controle judicial⁴⁷⁴, tendo em vista que “dentre várias soluções legais admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o “mínimo ético” da instituição⁴⁷⁵”.

Moraes, ao tratar da conceituação de moralidade administrativa afirma que se encontra ora relacionado “com a teoria do desvio de poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora com pautas éticas da atuação dos agentes públicos⁴⁷⁶”:

O princípio da moralidade administrativa, no sentido estrito de conformação da conduta dos agentes públicos, sob a perspectiva da ética, além de conexo aos princípios da impessoalidade e da publicidade, relaciona-se aos valores de confiança, honestidade e lealdade e respeito aos valores culturais predominantes em determinada sociedade, aos quais correspondem as seguintes dimensões: a) boa-fé (tutela da confiança), b) probidade administrativa (deveres de honestidade e de lealdade), c) razoabilidade (expectativa de consulta *civillite*, do homem comum, da parte do agente público)⁴⁷⁷.

Assim, toda vez que a discricionariedade for exercida em desconformidade com os parâmetros acima apresentados estará eivada de vício de moralidade.

No âmbito da política pública voltada à concretização do cárcere digno, os altos índices de corrupção, a malversação das verbas públicas, os desvios de dinheiro público, estas e outras ações precisam ser reprimidas de maneira a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Diante deste cenário,

(...) assumem relevo o princípio da moralidade e da probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os

⁴⁷³DI PIETRO, M. S. Z., op. cit., 2005, p. 116.

⁴⁷⁴A não observância da moralidade administrativa pode provocar o denominado desvio de poder, que ocorre quando a “Administração Pública se utiliza de meios ilícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A irregularidade estaria na intenção do agente”, cf. DI PIETRO, M. S. Z., op. cit., 2005, p. 78. Isso porque o ato imoral corresponde a um fim não albergado pelo ordenamento e, por conseguinte não autorizado pelo legislador. A respeito do assunto cumpre esclarecer que a Constituição, ao dispor sobre a ação popular, atrelou à moralidade aos aspectos da legalidade, tendo considerado ilegal o ato praticado pela administração pública que não atenda aos preceitos insitos da moralidade.

⁴⁷⁵DI PIETRO, M. S. Z., op. cit., 2005, p. 117.

⁴⁷⁶MORAES, G. O., op. cit., 2004, p. 123.

⁴⁷⁷MORAES, G. O., op. cit., 2004, p. 126.

direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração⁴⁷⁸.

3.4.4. Princípio da eficiência.

O princípio da eficiência, último a ser inserido no rol de princípios expressos do *caput* do artigo 37 da Constituição, decorre da doutrina neoliberal que “além de reclamar, estruturalmente, a diminuição da Administração Pública, demanda desta, sob o ponto de vista dinâmico ou funcional, eficiência em seus desempenhos⁴⁷⁹”.

Sobre o princípio da eficiência, Figueiredo esclarece:

Ao que nos parece, pretendeu o ‘legislador’ da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia o que podemos afirmar é que sempre a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores⁴⁸⁰.

E ainda, com fundamento no art. 70 da Constituição, Figueiredo entende ser possível extrair do referido princípio a “verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se forem eficientes⁴⁸¹”.

Para Di Pietro⁴⁸², o princípio da eficiência pode ser analisado sob dois aspectos: “modo de atuação do agente público” e “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”, devendo cada um desses aspectos se desenvolver no sentido de conferir os melhores resultados possíveis, observado os demais princípios constitucionais, em especial o da legalidade.

“Ícone do modelo de Estado gerencial, fruto da política neoliberal, a eficiência é termo fluido e impreciso que traduz o senso comum de obtenção de resultados positivos nos desempenhos das atividades administrativas⁴⁸³”.

Em face da fluidez do referido princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello compreende com uma das facetas da legalidade:

⁴⁷⁸SARLET, I. W., op. cit., 2011, p. 362.

⁴⁷⁹Ibid., p. 134.

⁴⁸⁰FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

⁴⁸¹FIGUEIREDO, L. V., loc.cit.

⁴⁸²DI PIETRO, M.S.Z., op. cit., 2005, p. 84.

⁴⁸³MORAES, G. O., op. cit., 2004, p. 134.

(...) é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento e uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca da eficiência justificaria postergação daquele que é dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente trabalhado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração⁴⁸⁴.

Um alerta há de ser feito: não se pode, em nome da eficiência, executar comando ilegal tendo em vista que a eficiência deve caminhar ao lado dos princípios constitucionais administrativos.

No âmbito das políticas públicas e da discricionariedade administrativa, a eficiência assume relevante papel ao direcionar o agir estatal para o uso mais eficiente dos escassos recursos disponíveis. Todos os órgãos estatais e agentes políticos devem maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível⁴⁸⁵ a que se encontram submetidos os direitos a prestações.

Assim, de acordo com Sarlet, a reserva do possível inerente aos direitos prestacionais somente pode ser levada a sério se restar observado o princípio da eficiência:

Levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim com da eficiente aplicação dos mesmos⁴⁸⁶.

Destarte, em cumprimento ao princípio da eficiência, deve-se procurar dar máxima efetividade aos recursos disponíveis, visando assegurar ao máximo os direitos fundamentais.

3.4.5. Princípio da finalidade pública.

O exercício da função administrativa há de ser pautado pela finalidade, que pode ser entendida como o resultado *in concreto* da relação existente entre o valor

⁴⁸⁴MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 118.

⁴⁸⁵SARLET, I. W., op. cit., 2011, p. 356.

⁴⁸⁶Loc. cit.

pretendido pela lei e o bem jurídico perseguido pelo ato, impedindo que o administrador se utilize de outro fim que não o trazido pela norma jurídica que o embasa. Significa, portanto, o objetivo último a ser alcançado pela Administração Pública, o qual sempre corresponderá à satisfação do interesse público.

A finalidade que a Administração Pública está obrigada a perseguir encontra-se posta previamente na norma jurídica, devendo o administrador alcançá-la, mesmo em se tratando de exercício do poder discricionário, por se encontrar em qualquer das hipóteses limitado pela lei.

Cada ato administrativo pretende alcançar uma finalidade específica prevista pela lei que o legitima havendo, em decorrência disso, uma íntima relação entre os princípios da legalidade e da finalidade, ambos norteadores da atividade administrativa. “Por isso, se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la⁴⁸⁷”. “O ato administrativo só é válido quando atende o seu *fim legal*, ou seja, o fim submetido à lei. Logo o fim já está sujeito ao princípio da legalidade, tanto que é sempre vinculado⁴⁸⁸”.

A Administração Pública incorrerá em desvio de poder ou desvio de finalidade, toda vez que o administrador atua não visando qualquer finalidade pública; quando o fim perseguido, apesar de ser eminentemente público, não é o fim específico que a lei determinou àquele ato particular; bem como quando o agente público se vale de uma via jurídica para alcançar fins públicos obrigatoriamente implementáveis por outra via.

Dito isto, a liberdade de escolher entre duas ou mais soluções possíveis conferida por lei ao administrador deve orientar-se pela finalidade que a mesma lei identificou, de modo tal que, a discrepância entre o fim almejado e o fim atingido autoriza o Poder Judiciário a efetuar o controle do ato e de acordo com a teoria do desvio do poder.

⁴⁸⁷ MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 103.

⁴⁸⁸ SILVA, J.A., op. cit., 2006, p. 647.

3.4.6. A motivação e a teoria dos motivos determinantes.

O motivo corresponde às razões pelas quais o agente público tomou determinada decisão, podendo consistir em fatos ou em fundamentos de direito. O exame dos motivos, por conseguinte, possibilita o conhecimento dos fundamentos fáticos e jurídicos que deram suporte à prática do ato, o que se dá mediante a motivação que é “a exteriorização das razões que justificam o ato⁴⁸⁹”. Em outras palavras, consiste na narração ou descrição dos fundamentos que ensejaram a prática do ato administrativo: é a sua justificativa.

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo⁴⁹⁰.

A motivação é fundamental para o atendimento das duas faces do devido processo legal: “a formal – porque esta expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa⁴⁹¹”.

A Constituição, no art. 93, inciso X, prescreve a necessidade de motivação das decisões administrativas dos tribunais, não mencionando a obrigatoriedade de motivação nos demais atos administrativos.

A Lei nº 9.784, de 1999, dispõe expressamente no *caput* do art. 2º a necessidade de motivação, e no inciso VII do mesmo artigo exige a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Traz ainda um capítulo específico sobre a motivação determinando a sua necessidade nas situações em que: a) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; b) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; c) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; d) dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; e) decidam recursos administrativos; f) decorram de reexame de ofício; g) deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios

⁴⁸⁹ MELLO, C.A.B., op. cit., 2003, p. 98.

⁴⁹⁰ MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 108.

⁴⁹¹ FIGUEIREDO, L. V., op.cit., 2008, p. 53.

oficiais; h) importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Diante desse contexto normativo, entende-se que a motivação é necessária nos casos em que a lei exige, sobretudo para permitir o controle de legalidade. Nada obstante, nas situações em que não há exigência legal de motivação, considerando a ausência de princípio expressamente previsto na Constituição⁴⁹², defende-se a impossibilidade de se anular o ato tão-somente em decorrência da sua falta.

Se o administrador apresentar as razões que o levaram a prática do ato, é possível que o Poder Judiciário realize o efetivo controle com fundamento na teoria dos motivos determinantes, tendo em vista que ao apresentar motivação o administrador tornou o motivo – que no caso do ato discricionário é elemento não vinculado – um elemento vinculado.

A Teoria dos Motivos Determinantes baseia-se na premissa de que só podem ser considerados válidos os motivos que forem destacados e que efetivamente ocorrerem, além de justificarem a conduta do administrador ao editar o ato. O motivo deve guardar compatibilidade com a situação fática que gerou a manifestação da vontade.

A motivação dos atos administrativos deve, portanto, ser congruente e exata. Congruente, à medida que deve apresentar os motivos como premissas que permitam extrair de maneira lógica a conclusão, isto é, a decisão administrativa acerca da edição do ato. Exata, porque devem corresponder às razões de direito dos textos de lei invocados, bem como os fatos devem ser necessariamente verdadeiros.

Deste modo, se inexistir motivação quando esta é imprescindível, se a motivação não corresponder aos motivos alegados, ou ainda se estes inexistirem ou não justificarem a atuação da Administração Pública, estar-se-á diante de uma situação passível de revisão pelo Poder Judiciário, porque em quaisquer dessas situações, a

⁴⁹²Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “o fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quando emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual não se sujeitaram a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que forem ajustadas à lei” – cf. MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 109.

conduta administrativa não estará atendendo aos princípios constitucionais regentes da atividade administrativa.

3.4.7. Princípio da igualdade.

O princípio da igualdade não está inserto no rol do artigo 37 da Constituição, mas foi erigido a princípio fundamental do Estado Brasileiro constando expressamente no *caput* do art. 5º da Constituição. O cumprimento deste princípio permite aferir “quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certos discrímenes e quando não pode, porque tais discrímenes não estarão (...) em correlação com a discriminação efetuada⁴⁹³”, tendo em vista que se proíbe “que a lei introduza, de modo arbitrário, diferenciações de tratamento⁴⁹⁴”.

Deste princípio decorre que a norma jurídica deve ser aplicada indiscriminadamente para todos aqueles que estejam em situação idêntica (igualdade perante a lei) e que o conteúdo da norma não traga distinções (igualdade na própria lei).

Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra dedicada ao estudo do princípio da igualdade, apresenta três questões que devem ser analisadas a fim de que se verifique se houve quebra da isonomia:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados⁴⁹⁵.

Exige o doutrinador que esses três aspectos sejam verificados concomitantemente a fim de conferir legitimidade ao *discrímen*. Aponta ainda quatro parâmetros que podem ser utilizados para verificar a conformação da discricionariedade com o princípio da igualdade:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços,

⁴⁹³ FIGUEIREDO, L. V., op. cit., 2008, p. 48.

⁴⁹⁴ MORAES, G. O., op. cit., 2004, p. 150.

⁴⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21.

nelas residentes, diferenciados; c) que existam, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo da correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público⁴⁹⁶.

A análise do princípio da isonomia é fundamental no exame da discricionariedade, sobretudo quando esta discricionariedade é exercida para formular e executar uma política pública.

Diante do agigantamento do Estado Social e da escassez de recursos, o Administrador há que fazer escolhas entre determinados grupos de indivíduos as quais devem estar em consonância com o princípio da igualdade.

Deverá também assegurar que todos os indivíduos que se encontrem na situação que a política pública visa atingir tenham assegurados esses mesmos direitos. Assim, por exemplo, se aos presos forem garantidas cinco refeições diárias, este direito deverá ser estendido a todos os presos indistintamente, sob pena de malferimento do princípio da igualdade.

3.4.8. Princípios gerais da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, apesar de não se encontrar expresso na Constituição, é aceito como princípio implícito. “Fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)⁴⁹⁷”. Através deste princípio é possível verificar se a conduta do Administrador encontra-se inserta dentro da moldura do Direito, tendo em vista que sua conduta deve estar atrelada à congruência lógica entre as situações postas (fato e motivo) e às decisões administrativas (atuação concreta da Administração)⁴⁹⁸.

Apresenta, portanto, como linha mestra a compatibilização entre interesses e razões, “dados apenas experimentalmente referenciáveis, sujeitos a valorações

⁴⁹⁶ Ibid., p. 41.

⁴⁹⁷ MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 106.

⁴⁹⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 2, maio, 2001, p. 50.

subjetivas, exigindo outro tipo de lógica do razoável. Não uma lógica para conhecer, mas uma lógica para decidir⁴⁹⁹”.

Nesse ponto, definem-se as relações últimas entre os elementos motivo e objeto, com a finalidade: a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos exige que sejam eles adequáveis, proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja mantida⁵⁰⁰.

A razoabilidade é utilizada como parâmetro de atuação do Administrador Público não significando que a sua observância *in concreto* adentra o mérito administrativo. “Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei⁵⁰¹”.

Assim, ao Poder judiciário compete “não apenas perquirir se os motivos legais realmente existiram, mas, ainda, se eram suficientes para justificar a medida editada e se a gravidade dela era proporcional à importância e às características (... dos fatos...) que a provocaram⁵⁰²”.

A conduta irrazoável é, portanto, ilegal, por desbordar dos limites autorizados pela lei, isto é, por se encontrar fora da moldura do Direito.

Segundo Di Pietro,

Ainda que a discricionariedade resulte da lei, será a decisão administrativa passível de apreciação judicial se as circunstâncias de fato conduzirem para uma única solução possível ou para um campo mais reduzido de opções; o Judiciário terá que respeitar o ato que implique entre duas ou mais soluções possíveis de serem adotadas segundo critérios puramente administrativos, de conveniência e oportunidade; qualquer das opções será válida e o juiz não poderá substituir a apreciação. Mas se a opção administrativa recair sobre hipótese irrazoável, ela se tornará inválida e, portanto suscetível de ser anulada judicialmente⁵⁰³.

O princípio da proporcionalidade apresenta-se como corolário da razoabilidade, em razão da proporcionalidade poder ser decomposta em: adequação, necessidade e

⁴⁹⁹MOREIRA NETO, D.F., op. cit., 2001, p. 38.

⁵⁰⁰Ibid., p. 40.

⁵⁰¹MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p.106.

⁵⁰²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.

⁵⁰³DI PIETRO, M.S.Z., op. cit., 2005, p. 151.

proporcionalidade em sentido estrito – esta ultima parte é o ponto que a diferencia da razoabilidade⁵⁰⁴.

“Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade” e estaria respaldado na mesma matriz constitucional da razoabilidade, “isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade⁵⁰⁵”:

Este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados⁵⁰⁶.

As medidas administrativas devem ser, portanto, adequadas às necessidades administrativas, não sendo legítimo ultrapassar o que seja realmente indispensável ao atingimento destas necessidades. Isso significa que: “só se sacrificam interesses individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade⁵⁰⁷”.

Di Pietro apresenta a razoabilidade e proporcionalidade como parâmetros de limitação da discricionariedade. Afirma ainda que a razoabilidade, em sua feição de proporcionalidade, estaria contida implicitamente no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, que impõe à Administração Pública:

(...) adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior aquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”⁵⁰⁸.

Germana de Oliveira Moraes ao tratar destes princípios aponta que, embora não existam no plano do direito positivo, existem como norma esparsa no texto constitucional:

⁵⁰⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

⁵⁰⁵ MELLO, C. A. B., op. cit., 2004, p. 107 et seq.

⁵⁰⁶ MELLO, C. A. B., loc. cit.

⁵⁰⁷ FIGUEIREDO, L. V., loc. cit.

⁵⁰⁸ DI PIETRO, M.S.Z., op. cit., 2005, p. 81 et seq.

Os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, detectando-se um ponto comum entre a razoabilidade, na acepção de racionalidade, com o princípio da proporcionalidade, sob as vertentes da adequação e da necessidade, mas nem sempre alcança o princípio da razoabilidade em sua segunda acepção, traduzida pela regra do “consenso popular”, que nem sempre abrange a noção de proporcionalidade. Essa segunda acepção da razoabilidade conduz ao recurso da técnica dos *standarts* jurídicos, a qual pode fornecer valiosos subsídios ao controle jurisdicional da aplicação dos conceitos indeterminados, sobretudo quando envolve valorações administrativas. A ideia de proporcionalidade, em sua tríplice manifestação, coincide com a noção de racionalidade, isto é, com a primeira acepção do princípio da razoabilidade. No entanto, não se confunde com a noção de razoabilidade em sentido estrito. O teste de racionalidade envolve a adoção dos critérios da proporcionalidade – adequação e exigibilidade, enquanto o teste de razoabilidade, relacionado à questão da proporcionalidade em sentido estrito, configura um método de obtenção do equilíbrio entre os interesses em conflito⁵⁰⁹.

A discricionariedade administrativa deve, portanto, se conformar à razoabilidade e à proporcionalidade.

3.5. Restrições a direitos fundamentais.

A noção de política pública é muito mais complexa do que a noção de ato administrativo. A política pública visa conferir efetividade a um direito fundamental. Disto decorre que, na sua elaboração, há que se respeitar o âmbito de proteção deste direito fundamental.

Assim, uma rápida abordagem da teoria das restrições a direitos fundamentais é imprescindível à compreensão da margem de discricionariedade do agente público quando se está diante de uma política pública indispensável à concretização de um direito fundamental.

Em sendo o direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* um direito *prima facie* cujo conteúdo depende da ponderação com outros princípios e regras, “tal estrutura leva a necessidade de que tais direitos tenham seu conteúdo fixado após o processo de colisão com outros direitos fundamentais expressados por normas-princípios que vão atuar como força em sentido contrário⁵¹⁰”.

⁵⁰⁹MORAES, G. O., op. cit., 2004, p. 139.

⁵¹⁰BELLO FILHO, N.B., op. cit., 2006, p. 414.

Gilmar Ferreira Mendes distingue lógica e juridicamente as categorias “direito” e “restrição”. Afirma existir, “a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se em um direito limitado⁵¹¹”. Haveria, “em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição⁵¹²”. Essa teoria – denominada teoria externa – parte do pressuposto de que a distinção entre “direito” e “restrição” decorre da necessidade de compatibilização entre direitos individuais e bens coletivos.

A teoria interna⁵¹³ contrapõe-se a teoria externa na medida em que não admite a existência de direito e restrição como categorias autônomas, “mas sim a ideia de direito individual com determinado conteúdo⁵¹⁴”. “O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limites⁵¹⁵”, considerando que o direito fundamental a um cárcere digno foi apresentado como um direito *prima facie*, inequívoca a sua correlação com a teoria externa das restrições a direitos fundamentais.

É preciso agora delimitar o conteúdo do “âmbito de proteção da norma”. O processo de identificação do âmbito de proteção do direito fundamental “não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento⁵¹⁶”.

Para Canotilho, o âmbito de proteção da norma exige a delimitação do bem protegido e a sua extensão. Assim, há que se verificar se “os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela Constituição (restrição constitucional expressa) ou se a Constituição autoriza a lei

⁵¹¹MENDES, G.F., op. cit., 2012, p. 40.

⁵¹²ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 277.

⁵¹³Para Sgarbossa, “a teoria externa, portanto, trabalha, através da técnica da ponderação e do construto da proporcionalidade, sobre os direitos fundamentais *prima facie*, ou seja, vislumbráveis em princípio, para obtenção de uma resposta acerca do acobertamento de uma dada pretensão no âmbito de incidência de um direito fundamental em definitivo (...) Já de acordo com os adeptos da teoria interna ou dos limites imanentes, os direitos fundamentais não podem ser restringidos, visto que seus limites já se encontram traçados de antemão, sendo, que a tarefa reconhecimento do acobertamento ou não acobertamento de situações concretas no âmbito de proteção de um direito fundamental é apenas uma tarefa aclaradora dos limites imanentes dos direitos fundamentais, levada a cabo pela jurisprudência”, cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos. Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010, p. 262.

⁵¹⁴MENDES, G.F., op. cit., 2012, p. 40.

⁵¹⁵ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 277.

⁵¹⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

restringir esse âmbito de proteção (reserva de lei restritiva) ⁵¹⁷ ou se admitem “limites constitucionais não escritos, cuja existência é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos⁵¹⁸” (limites imanentes ou implícitos). Essas categorias correspondem aos tipos de restrições de direitos fundamentais.

O direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* não é restringido expressamente pela Constituição, tampouco se encontra submetido a uma reserva de lei restritiva. A concretização desse direito depende de atuação legislativa, mas, nesse caso, a norma legal se destina “a completar, densificar e concretizar o direito fundamental⁵¹⁹”, mas não restringi-lo.

O cárcere digno *stricto sensu* encontra-se, portanto, sujeito aos limites que são impostos aos direitos fundamentais prestacionais. “O problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático entre valores⁵²⁰ – quer entre os valores próprios dos direitos, quer entre esses e os valores da comunidade.

O direito fundamental ao cárcere digno *stricto sensu* está sujeito a um limite imanente ou implícito que “só são determináveis por interpretação, pelo facto de estarem apenas implícitos no ordenamento constitucional⁵²¹”.

De acordo com jurista português Jose Joaquim Gomes Canotilho, os limites imanentes seriam o “resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito *protectivo* de um direito, liberdade e garantia⁵²²”. Esta ponderação estaria assente em três pontos: a) inexistência de hierarquia normativo material entre as normas, b) a ponderação é realizada entre bens constitucionais e não entre valores extraconstitucionais e c) a otimização de um direito através da ponderação “não pressupõe qualquer exercício abusivo, arbitrário ou inespecífico de um direito fora do respectivo âmbito de proteção⁵²³”.

⁵¹⁷CANOTILHO, J.J.G., op. cit., 2002, p. 1259.

⁵¹⁸Ibid., p. 1261.

⁵¹⁹MENDES, G. F., op. cit., 2012, p. 37.

⁵²⁰VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p.214.

⁵²¹Ibid., p. 216.

⁵²²CANOTILHO, J.J.G., op. cit., 2002, p. 1266.

⁵²³Ibid., p. 1266.

O cárcere digno *stricto sensu* dada a sua faceta prestacional encontra-se limitado pela reserva do possível. Esse princípio não pode esvaziar por completo o âmbito de proteção desse direito fundamental, sendo necessário observar a garantia do mínimo existencial. O legislador e o administrador, portanto, na elaboração das políticas públicas e em suas decisões trágicas podem limitar o cárcere digno em face da reserva do possível, desde que reste garantido um mínimo de condições dignas no cárcere.

IV. A IMPLEMENTAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM CÁRCERE DIGNO *STRICTO SENSU*.

Controle é o poder de fiscalização e correção que um Poder (Judiciário, Legislativo ou Executivo), exerce sobre si ou sobre os órgãos dos demais Poderes com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com as regras e princípios que lhe são impostos por um ordenamento jurídico.

“Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas⁵²⁴”. O controle jurisdicional é, portanto, aquele exercido pelo Poder Judiciário, na qualidade de órgão responsável por zelar pelo ordenamento jurídico e pelo Estado Democrático de Direito, através do qual são solucionadas as questões jurídicas postas à sua averiguação, em respeito ao princípio da inafastabilidade da apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito por parte de tal poder.

A abertura constitucional promovida pela Constituição provocou a ampliação da competência do Poder Judiciário sobre a competência dos demais poderes, inclusive em questões de políticas públicas.

O direito fundamental a um cárcere digno na sua faceta prestacional se concretiza através de uma política pública que, para ser legítima, deve observar os princípios e parâmetros expressos na Constituição. No momento em que o Legislativo e o Executivo não são capazes de cumprir o seu dever constitucional de prestar um cárcere digno, abre-se para o Judiciário a apreciação da questão.

Na implementação judicial do direito fundamental a um cárcere digno, o juiz deveria indagar se os outros presos dispõem de cárceres em condições melhores ou ainda se a população brasileira em geral dispõe, por exemplo, de uma moradia mais adequada, isto é, com todos os serviços básicos a sua disposição. E não questionar as decisões do Estado a respeito da distribuição dos recursos por entender que o bem estar dos presos seria melhor atingido se fossem destinados maiores recursos à

⁵²⁴FAGUNDES, S. M., op. cit., 2010, p. 133.

efetivação de um cárcere digno em detrimento de investimentos em saúde e educação ou outros direitos sociais. De outro viés, o juiz ao decidir não deveria indagar se a manutenção dos presos nos cárceres é medida que atinge melhor a segurança pública, mas ao contrário, se aqueles que cometem delitos na sociedade são retirados do seu seio e inseridos nesses estabelecimentos em observância à legislação penal.

O Poder Judiciário, assim como os demais Poderes, tem sua atuação limitada pela Constituição e a legitimidade democrática de suas decisões também há de se fundar nela.

4.1. Legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Os questionamentos a respeito da ausência de legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário em questões políticas identificam-se com o aspecto contra majoritário⁵²⁵ das decisões judiciais. O fato é que a democracia não se circunscreve à regra da maioria ou ao princípio da maioria ou ao princípio majoritário⁵²⁶, embora tal conceito integre a sua definição mínima.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário deve ser buscada, portanto, não na regra da maioria e na representatividade do povo soberano – teoria procedimentalista –, mas nos valores assegurados na própria Constituição – teoria substancialista.

4.1.1. Compreendendo a democracia e a regra da maioria.

⁵²⁵A regra da maioria desempenha um papel fundamental na distribuição dos recursos. A esse respeito CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 23, defende: “A instauração do Estado do bem-estar e seu momento de crise atual lidam com um problema básico: a combinação, no mesmo momento histórico, entre direitos civis, políticos e sociais. O princípio da maioria tem um papel essencial na consolidação dessa equação. O direito transforma-se num sistema de distribuição de recursos escassos e, portanto, de tutela legal de um modelo de justiça social. Com efeito, decidir sobre a partilha desses bens raros é tarefa insofismavelmente política. A regra da maioria – “a maior felicidade para o maior número”, diria Bentham em outra época, está no centro dessa discussão: de uma parte, é uma das ferramentas democráticas para a melhor distribuição desses recursos; de outra parte, é um dos instrumentos jurídicos de legitimação dos resultados da partilha. Impossível separar o sistema político do sistema jurídico na análise dessa questão”.

⁵²⁶Acerca das diferentes nomenclaturas conferidas veja CAMPILONGO, C.F., op. cit., 2000, p. 31 et. seq.

A compreensão de democracia e da regra da maioria é indispensável para o adequado estudo da atuação do Poder Judiciário em questões políticas por serem essas decisões, a princípio, de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Celso Fernandes Campilongo conceitua a regra da maioria como

(...) uma técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida⁵²⁷.

Campilongo⁵²⁸ denomina de “técnica rápida de tomada de decisões” considerando que o número dos que decidem é inferior ao grupo a que se destina a decisão, sendo a regra da maioria a única maneira de reduzir os custos da decisão. A liberdade individual deve ser compreendida como a liberdade de autonomia ou autodeterminação do indivíduo.

Assim, à máxima liberdade individual corresponde à “maximização da concordância entre a vontade individual e a vontade do Estado”. A “ampla e igual participação dos cidadãos, aproximando governantes e governados” é verificada à medida que no processo de decisão, “a cada cidadão deve ser garantida igual possibilidade de exprimir uma escolha que será considerada de peso igual ao da escolha expressa por qualquer outro cidadão”.

Por fim, define como “uma prática social de legitimidade finita e constantemente revista” a considerar que “a regra da maioria aplica-se a um conjunto finito de pessoas, num espaço territorial determinado e dentro de certos limites temporais”, legitimando-se a partir da articulação entre o contexto social e os critérios utilizados para sua periódica revisão⁵²⁹.

A democracia, ao contrário, não significa apenas o conjunto de regras e procedimentos inerentes à regra da maioria. Atualmente existem inúmeras formas, mais legítimas e eficazes, de agregação de interesses e de formação da vontade, embora a

⁵²⁷ CAMPILONGO, C.F., op. cit., 2000, p. 38.

⁵²⁸ Ibid., p. 39 et seq.

⁵²⁹ “Em outras palavras: a eficácia da regra da maioria depende da relação dinâmica e informal das práticas sociais a respeito do processo de tomada e implementação das decisões; a validade da regra reside na possibilidade de sua aplicação formal, a legitimidade repousa nos valores da liberdade e igualdade”, cf. CAMPILONGO, C.F., op. cit., 2000, p. 42.

referida regra integre o seu conteúdo mínimo⁵³⁰. Além disso, o princípio da legalidade – “produto democrático da vontade da maioria⁵³¹” – atualmente não subsiste isoladamente no ordenamento jurídico de um Estado que reconhece os direitos fundamentais como “trunfos contra a maioria⁵³²”.

Há, portanto, no Estado atual, um aparente conflito entre a democracia – no seu viés de regra da maioria – e os direitos fundamentais, o que gera inúmeros questionamentos a respeito da legitimidade do Poder Judiciário atuar no controle das políticas públicas indispensáveis à sua efetividade.

4.1.2. Legitimidade democrática e a decisão judicial nos casos difíceis.

Segundo Lênio Luiz Streck⁵³³, “a Constituição é um paradoxo – porque, afinal, surgida para sustentar o Estado democrático, ela pode “impedir” o exercício da vontade das maiorias, essência do próprio regime democrático”. Propõe, então, que a Constituição aceite a regra contra majoritária, por indispensável à sua própria existência, ao passo que o Judiciário seria o local adequado para fazer valer a regra contra majoritária.

Essa tensão entre democracia, constituição e jurisdição é tema que tem despertado inúmeros estudos e tem-se formulado inúmeras teorias que podem ser divididas, em síntese, em teorias procedimentais, que dão ênfase a representatividade

⁵³⁰“O maior número tem sempre essa característica: suplantar a autoridade, abater a tirania. Mas também representa, de outra parte, ele mesmo a autoridade e a opressão à minoria. Por isso, compatibilizar a regra da maioria com os princípios da democracia significa ver nela apenas um dos elementos para a busca do consenso. O passo preliminar para a democracia mais ampla”, cf. CAMPILONGO, 2000, C.F., op. cit., 2000, p.124.

⁵³¹Ibid., CAMPILONGO, C. F., op. cit., 2000, p. 112.

⁵³²A expressão “trunfos contra a maioria” foi cunhada por Jorge Reis Novais partindo da comparação feita por Dworkin dos direitos fundamentais com o trunfo num jogo de carta, cf. NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contra majoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático, p. 79-113. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

⁵³³STRECK, Lênio Luiz. Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais sociais. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, Forense, pp 385-405, 2007, p. 386.

do povo soberano e em teorias substantivas, pautada nos valores insertos na Constituição.

A corrente procedimentalista é pautada na concepção de democracia procedimental, que “se funda na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos⁵³⁴”. Privilegia a regra da maioria, identificando a democracia com a observância dos aspectos formais, sem se preocupar com os resultados obtidos.

John Hart Ely, conhecido defensor da vertente procedimentalista do controle judicial, em sua obra *Democracia e Desconfiança*, afirma que “numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto⁵³⁵”. Essa seria uma primeira distinção entre um corpo de representantes eleitos e um corpo de juízes não eleitos, que apenas “indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo”.

Seria tarefa própria da Constituição ou do direito constitucional a preservação dos valores fundamentais da sociedade, e conseqüentemente não caberia ao juiz constitucional tentar “descobrir” esses valores, uma vez que compete ao povo impor os seus.

A partir dessas premissas, o autor desenvolve uma teoria pautada “por um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos⁵³⁶”. O controle jurisdicional e, conseqüentemente, o juiz somente poderiam “tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas”.

⁵³⁴KOZICKI, Katya e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista Sequencia* nº 56, jun. Santa Catarina, 2008, p. 153.

⁵³⁵ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 137 et seq.

⁵³⁶Ibid., p. 133.

Outros teóricos cuidaram de desenvolver teses procedimentalistas, tendo como ponto em comum a necessidade de prevalência da regra da maioria tomada pelos representantes do povo ou pelo próprio povo, que é o detentor do poder⁵³⁷.

A corrente substancialista se preocupa com os resultados, com a observância dos valores da sociedade estabelecidos na Constituição e com o respeito aos direitos fundamentais. Dá prevalência “à chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias⁵³⁸”.

Bonavides, ao tratar da legitimidade da justiça constitucional, afirma que estaria fundada “em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição⁵³⁹”. Assim, a democracia não se limitaria ao aspecto formal materializado na regra da maioria, mas apoiar-se-ia nos valores albergados pela Constituição.

Para Novais, é preciso haver uma “integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia no conceito de Estado de Direito democrático (...) que integre consubstancialmente a presença e a garantia dos direitos fundamentais⁵⁴⁰”. Assim, no Estado de Direito – aqui compreendido como garantidor dos direitos fundamentais – a democracia apresenta-se como corolária do reconhecimento do princípio da igual dignidade das pessoas.

Dworkin, ao tratar da inter-relação entre democracia⁵⁴¹ e controle jurisdicional, entende ser de pequena importância à definição de democracia para a revisão judicial, por entender que o Judiciário ao analisar as questões procedimentais, “deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de

⁵³⁷ Nesse sentido, VIEIRA, O. V., op. cit., 1994, p. 73: “Da perspectiva de um sistema mais democrático que constitucional, as limitações das decisões majoritárias só se justificam se voltadas a assegurar a continuidade do próprio sistema democrático. Os únicos limites que se admitem as decisões dos representantes do povo são aqueles destinados a assegurar a perpetuação da participação de todos, e em igualdade de condições, no processo de decisão democrático”.

⁵³⁸ MENDES, C.H., op. cit., 2008, p. 4.

⁵³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004b.

⁵⁴⁰ NOVAIS, J.R., op. cit., 2007, p. 80.

⁵⁴¹ Para Dworkin, democracia, se é que significa alguma coisa, corresponderia à “escolha de valores políticos substantivos que deve ser feita pelos representantes do povo, não por juízes eleitos”, cf. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. (Trad.) Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 80.

que direitos às pessoas têm, mas antes, em virtude da resposta correta a essas questões⁵⁴², de maneira que o conceito de democracia não traria nenhuma ajuda na busca dessa resposta correta.

Argumenta o doutrinador americano que a análise das questões procedimentais não deve excluir de plano as questões de substância (devido processo legal substantivo), uma vez que estas servem para respaldar ainda mais essas decisões substantivas.

Dworkin distingue duas estratégias gerais para decidir quais processos (procedimental ou substancial) constituem a melhor concepção de democracia: argumentos-insumos e argumentos-resultado. Os argumentos-insumos referem-se à “alocação adequada do poder político, entre as pessoas e os oficiais que elas elegem e entre as próprias pessoas, e não fazem referência à justiça ou sabedoria da legislação⁵⁴³” e os argumentos-resultado se baseiam em previsões e julgamentos relacionados à justiça e a sabedoria da legislação.

A partir dessa concepção defende que, mesmos os denominados argumentos-insumos, trazem em si uma concepção igualitária de democracia tendo em vista que a democracia consiste “em oferecer ao povo como um todo tanto poder político quanto seja compatível com a igualdade de tal poder⁵⁴⁴”. Disto decorre que: “se o valor das oportunidades políticas que um sistema oferece é igual, dependerá de ser provável ou não que a legislação, no fim do processo, trate todos como iguais⁵⁴⁵”. Com base nesses argumentos, entende que para que se verifique se a legislação está tratando todas as pessoas igualmente os juízes devem tomar as decisões sobre direitos substantivos individuais que Ely insiste em que eles evitem⁵⁴⁶.

Nessa senda, é possível afirmar que a teoria desenvolvida por Dworkin se insere nas premissas da democracia substantiva, por permitir a análise da substância das decisões políticas.

O juiz não deve substituir julgamentos legislativos substantivos por novos julgamentos de sua autoria, mas, ao contrário, deve fundamentar suas decisões em

⁵⁴²Ibid., p. 81.

⁵⁴³Ibid., p. 84.

⁵⁴⁴Ibid., p. 89.

⁵⁴⁵Ibid., p. 92.

⁵⁴⁶Ibid., p. 92.

argumentos de princípios, e não de política. Deve tomar decisões a respeito de que direitos às pessoas têm sob o sistema constitucional e não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral. Visando atingir essa finalidade “deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais⁵⁴⁷”.

A razão deste raciocínio é simples: o juiz não é legislador – legítimo representante do povo, eleito para tomar essas decisões – logo, não possui legitimidade para adotar decisões pautadas em argumentos de política⁵⁴⁸.

Isto é fácil de compreender quando as decisões se encontram firmadas com fundamento em lei que discipline o caso concreto, uma vez que, com a publicação da lei, os argumentos de política adotados pelo legislador materializam-se em argumentos de princípio.

Há situações, no entanto, que nenhuma regra estabelecida aponta para uma decisão apropriada (casos difíceis) de maneira que esta decisão poderia ser gerada por princípios ou por políticas. Nestes casos, para que a atuação dos juízes e tribunais seja legítima, a decisão apropriada deve ser gerada apenas por argumentos de princípios.

A decisão judicial pautada, em princípio, respeita o que Dworkin denomina de direito como integridade:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos casos novos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume a ambição de ser uma comunidade de princípios⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷Ibid., p. 101.

⁵⁴⁸“As decisões sobre política devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não são submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência”, cf. DWORKIN, R., op. cit. 2010a, p. 133.

⁵⁴⁹DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2010b, p. 201.

O Legislativo, diferentemente do Judiciário, não precisa de razões de princípios para tomar suas decisões, mas, ao contrário, pode justificar suas decisões em argumentos de política. “Uma legislatura pode justificar suas decisões de criar novos direitos para o futuro ao mostrar de que modo estes vão contribuir, como boa política, para o bem-estar do conjunto da comunidade⁵⁵⁰”.

O Judiciário, por estar inserido em uma comunidade de princípios, não possui a liberdade dos legisladores para fundamentar as suas decisões. Ao contrário, “devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado⁵⁵¹”. Os juízes, ao adotarem o direito como integridade, devem decidir os casos difíceis buscando encontrar “a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade⁵⁵²”.

A tese defendida por Dworkin permite, em síntese, assegurar aos juízes legitimidade para decidirem os casos difíceis. Neste caso, a apreciação judicial é legítima desde que os argumentos utilizados para invalidar a atuação estatal se encontrem pautados exclusivamente em princípios jurídicos, uma vez que os argumentos de política se encontram afetos aos Poderes cujos representantes são eleitos pelo povo e exercem suas decisões pautados na regra da maioria.

A inobservância desse requisito conduziria inevitavelmente à violação do conteúdo essencial do princípio da separação dos poderes em face da ilegitimidade dos juízes para tratar de assuntos que se revestem de especificidades afetas a órgão dotado de legitimidade democrática formal (Executivo ou Legislativo).

4.2. Direito a prestações e reserva do possível.

Debata-se a respeito da possibilidade dos direitos a prestações serem diretamente aplicáveis e aptos a desencadear todos os seus efeitos jurídicos “em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas

⁵⁵⁰ Ibid., p. 292.

⁵⁵¹ DWORKIN, R., loc. cit.

⁵⁵² DWORKIN, R., op. cit., 2010b, p. 305.

prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos⁵⁵³.

A escassez de recursos assume, nesse cenário, importante papel na efetividade destes direitos fundamentais prestacionais – categoria em que se insere o direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* – ao restringir o seu conteúdo *prima facie* no caso concreto.

4.2.1. Direitos a prestações: custo *versus* efetividade.

Parte da doutrina nacional considera os direitos prestacionais como um direito subjetivo “cuja natureza aberta da formulação na Constituição pode ser completada ou colmatada pelo Judiciário, independentemente de mediação legislativa⁵⁵⁴”. Essa assertiva encontraria guarida no dispositivo constitucional que garante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais conjugado com o que dispõe sobre a inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário.

A adoção desse posicionamento conduziria o interprete inevitavelmente à situação em que dada à escassez de recursos e diante da necessidade de conferir efetividade ao direito prestacional, seria necessário optar por retirar recursos de outras áreas não diretamente relacionadas aos direitos mais essenciais do homem. Amaral refuta esta teoria e afirma que “desconsiderar a escassez, seja pela combinação do §1º com o inciso XXXV, ambos do artigo 5º da Constituição, seja por qualquer argumento⁵⁵⁵” seria insustentável.

Stephen Holmes e Cass Sustein, ao tratar dos custos dos direitos de liberdade, apontam que por “pressupor a criação e manutenção de relações de autoridade, a proteção dos direitos individuais nunca é gratuita⁵⁵⁶”.

⁵⁵³BONAVIDES, P., op. cit., 2004, p. 564.

⁵⁵⁴AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª edição. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010, p.147.

⁵⁵⁵Ibid, p.149.

⁵⁵⁶HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000, p. 77. Tradução livre do trecho original: “Because it always presupposes the creation and maintenance of relations of authority, the protection of individual rights is never free”.

O custo da proteção dos direitos dos presos é retratado pelos autores americanos nos seguintes termos:

Isso pode ser observado claramente no caso de prisioneiros, cujos direitos não podem ser minimamente protegidos a não ser que os responsáveis pela sua custódia sejam monitorados de cima e penalizados por abusos. Embora, às vezes, denunciado como um obstáculo para a aplicação da lei, a proteção dos direitos dos presos significa nada mais que obrigar os carcereiros (agentes penitenciários). Esses direitos são, por vezes, controversos, mas o ponto fundamental – a necessidade de monitorar os funcionários públicos que exercem a coerção – é bastante geral e aplica-se, em diferentes formas, para os direitos dos cumpridores da lei, bem como para os condenados por crimes. A proteção dos direitos dos prisioneiros, mesmo muito modestamente, é cara. Para evitar o tratamento degradante, as celas da prisão devem ser ventiladas, aquecidas, iluminadas e limpas. A comida da prisão deve proporcionar uma nutrição mínima⁵⁵⁷.

Os autores americanos apresentam as duas faces do direito a um cárcere digno. A primeira, relacionada à necessidade de monitorar os agentes penitenciários de maneira a não violarem a integridade física e moral dos presos, faceta eminentemente negativa – e que possui um custo. E a outra, que se refere ao dever de prestar um cárcere não degradante (direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*), que se caracteriza como um direito à prestação propriamente dito e, por conseguinte, gera custos.

A contribuição de Stephen Holmes e Cass Sustein para a denominada teoria dos custos dos direitos consiste no reconhecimento de custos para os direitos de liberdade, especificamente na sua faceta de abstenção, não havendo, portanto, qualquer distinção entre estes e os direitos sociais⁵⁵⁸ – eminentemente prestacionais, embora não exclusivamente.

⁵⁵⁷HOLMES, S; Sustein, C. loc.cit., tradução livre do trecho original: *“This can be observed clearly in the case of prisoners, whose rights cannot be even minimally protected unless their custodians are monitored from above and penalized for abuses. Although sometimes denounced as a hindrance to law enforcement, protecting their rights of prisoners means nothing more than forcing correctional officers to obey the law. These rights are sometimes controversial, but the basic point – the need to monitor public officials who exercise coercion – is quite general and applies, in different forms, to the rights of the law-abiding as well as those convicted of crimes. Protecting prisoners’ rights, even quite modestly, is costly. To avoid degrading treatment, prison cells must be ventilated, heated, lit and cleaned. Prison food must provide minimal nutrition”*.

⁵⁵⁸Segundo Flávio Galdino, o objetivo da obra *The cost of rights* é demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise por parte do Estado) para sua efetivação, cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 200.

De acordo com os autores norte-americanos, os direitos custam porque os remédios jurídicos que os asseguram custam, o que conduziria a uma inadequação da clássica distinção entre direitos positivos e direitos negativos⁵⁵⁹. Logo, todos os direitos são positivos, inclusive os que exigem mera abstenção do Estado.

Sob esse ponto de vista, os direitos fundamentais prestacionais não perderiam sua fundamentalidade em razão dos custos que lhe são inerentes. Ao contrário, “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”⁵⁶⁰, de maneira que os custos devem ser considerados para a conformação dos direitos negativos e positivos. Custos aqui devem ser compreendidos como qualquer ação Estatal – até porque nenhuma ação Estatal é gratuita – tendente a conferir efetividade a um direito, a exemplo da elaboração de leis orçamentárias, definição e da implementação de políticas públicas.

Os direitos a prestações jurídicas, de acordo com a doutrina constitucional norte-americana, podem ser considerados normas constitucionais *not self-executing*. O termo *not self-executing* corresponde àqueles direitos cuja aplicabilidade depende de leis ordinárias⁵⁶¹. E contrapõem-se as normas *self-executing* que “são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam”⁵⁶².

As críticas que se fazem a doutrina norte-americana referem-se ao fato de que não se admite que existam normas constitucionais “a que se deva atribuir meramente o

⁵⁵⁹“Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly”. – cf. HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000, p. 43. Tradução livre: “Onde há um direito, há um remédio” esta é uma regra legal clássica. Indivíduos desfrutam de direitos, no sentido jurídico em oposição a um sentido moral, somente se os erros que suportarem forem corrigidos de forma justa e previsível pelo governo. Este ponto simples conduz a um longo caminho para revelar a inadequação da distinção entre direitos negativos/direitos positivos. O que ele mostra é que todos os direitos legalmente impostos são direitos necessariamente positivos. Direitos são caros porque os remédios são caros”.

⁵⁶⁰HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R., op. cit., 2000, p. 94. Tradução livre: “Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez”.

⁵⁶¹SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

⁵⁶²SILVA, J.A., op. cit., 2007, p. 74.

valor moral de conselhos, avisos ou lições⁵⁶³”. As normas constitucionais apresentam sempre um determinado grau de eficácia. O que varia é que determinadas normas não manifestam “a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto ao se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida⁵⁶⁴”.

Nesse contexto, Jose Afonso da Silva formula a sua teoria a respeito da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, dividindo-as em três categorias: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e 3) normas de eficácia limitada que se subdividem em a) declaratórias de princípios institutos ou organizativos e b) declaratórias de princípio programático.

Os direitos a prestações seriam classificados como normas constitucionais de eficácia limitada declaratória de princípios programáticos. Por certo, em regra, o legislador constituinte ao invés de regular direta e imediatamente os direitos prestacionais “limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado⁵⁶⁵”. Apesar de dependerem de providências institucionais do Estado para sua realização, isto não lhes retira a eficácia ou a natureza de direito fundamental, uma vez que a vinculatividade e a imperatividade de tais normas vem sendo reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos⁵⁶⁶.

No que se refere a tutela das situações subjetivas que essas normas programáticas protegem, José Afonso da Silva defende que o direito subjetivo produzido por estas normas refere-se apenas ao seu viés negativo, “como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham⁵⁶⁷”.

⁵⁶³BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira (coligidos e ordenados por Homero Pires)*. São Paulo: Saraiva, 1933 apud SILVA, J.A., op. cit., 2007, p. 75.

⁵⁶⁴Ibid., p. 81.

⁵⁶⁵CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio* apud SILVA, J.A., op. cit., 2007, p. 138.

⁵⁶⁶SILVA, J.A., op. cit., 2007, p. 155.

⁵⁶⁷SILVA, J.A., op. cit., p. 177.

Em sentido semelhante, Mendes, Coelho e Branco entendem que a concretização destas normas somente poderiam ser arguidas no Poder Judiciário a partir do momento em que o legislador precisasse e delimitasse o referido direito, ficando esse poder na discricionariedade própria do Legislativo e Executivo. Assim, a judiciabilidade se daria por meio do controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos ou que revogassem normas anteriores incompatíveis com os programas de ação que entronizam. E serviriam ainda, “como modelo interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico, que com elas não de encontrar conciliação sistemática⁵⁶⁸”.

Perez Luño⁵⁶⁹, partindo dos estudos monográficos de Theodor Tomandl, apresenta quatro formas distintas de conceber tais direitos: a) como normas programáticas⁵⁷⁰, não estabelecendo verdadeiros direitos aos cidadãos tampouco obrigações para os poderes públicos; b) normas de organização, as quais perdem sua condição de direitos fundamentais para servir de vetores para o funcionamento dos poderes públicos; c) como direitos públicos subjetivos, reconhecem autênticos direitos aos cidadãos e obrigações para os órgãos estatais, no entanto, haveria certa dificuldade de delimitar o seu conteúdo, devido à necessidade de uma atuação legislativa⁵⁷¹ e; d) como mecanismos de garantia, que correspondem a autênticos deveres de atuação aos poderes públicos, em que pese não reconhecerem pretensões ou faculdades subjetivas aos cidadãos, mas tão-somente interesses reflexos de proteção institucional.

⁵⁶⁸MENDES, G. F.; COELHO, I. M. e BRANCO, P. G. G., op. cit., 2007, p. 253.

⁵⁶⁹PEREZ LUÑO, A., op. cit., p. 186 et seq.

⁵⁷⁰Cumprir esclarecer que a concepção de normas programáticas apresentada por Perez Luño diverge do posicionamento de José Afonso da Silva, por certo, apesar de considerá-las programáticas o doutrinador brasileiro não lhe retira a eficácia e a possibilidade de tutelar direitos subjetivos na sua faceta negativa, opinião esta defendida por Mendes, Coelho e Branco.

⁵⁷¹Perez contesta a classificação como verdadeiros direitos subjetivos públicos por entender que essa categoria de direitos fundamentais foi desenvolvida pela dogmática juspublicista para limitar a intervenção do Estado, enquanto os direitos sociais se desenvolveram para impor e estabelecer os fins e a atuação do Estado, havendo, portanto, uma incompatibilidade nesta classificação, cf. PEREZ LUÑO, A., op. cit., 1993, p. 184.

Apesar destas quatro formas distintas de conceber os direitos sociais, Perez defende que embora necessitem da via legislativa, não se pode deixar de reconhecer a condição de autênticos direitos fundamentais aos direitos sociais⁵⁷².

Assim, o fato dos direitos a prestações dependerem da atuação legislativa e possuírem um custo não retira destes direitos a prestações a condição jusfundamental ou a sua aplicabilidade imediata.

4.2.2. Compreendendo a reserva do possível.

Quando se fala em direito a prestações cuja concretização depende do estabelecimento de políticas públicas o custo assume importância fundamental, por demandar dos órgãos políticos legitimados a adoção de escolhas ou definição de prioridades de distribuição de recursos⁵⁷³. Em face desta peculiaridade, tais direitos são limitados pela reserva do financeiramente possível.

Um primeiro aspecto a ser analisado refere-se a sua definição como elemento interno que integra o próprio conteúdo do direito fundamental ou como um elemento externo a condicionar esse direito.

A questão, portanto, é responder se a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito prestacional é um dever jurídico faticamente dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial desse direito ficaria intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades econômicas.

Sarlet defende que a reserva do possível não é elemento integrante do direito fundamental a prestação, mas constitui “uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais” e em alguns casos poderá atuar como “garantia dos direitos

⁵⁷²Segundo Perez Luño (1993, p. 187), os direitos sociais se distinguem dos direitos de liberdade em razão do seu objeto e de sua finalidade, completando assim um gama de situações, necessidades e interesses pessoais e coletivos protegidos pelo sistema dos direitos fundamentais.

⁵⁷³De acordo com Sarlet, “os direitos sociais prestacionais encontram-se, por outro lado, diretamente ligados a sua relevância econômica e dependência da disponibilidade de recursos, razão pela qual já se fez referência no item precedente que no âmbito da aplicação de recursos públicos, se advoga a necessidade de uma tomada de decisão por parte dos órgãos políticos legitimados para tanto, não se olvidando a íntima relação destes aspectos com a problemática das tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária para tanto.” – cf. SARLET, op. cit., 2011, p. 289.

fundamentais”, nas hipóteses em que, por exemplo, houver conflito de direitos e se invocar a indisponibilidade de recursos a fim de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental, devendo ser observada à proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial⁵⁷⁴.

Jorge Reis Novais⁵⁷⁵ – ao adotar a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais – leciona que a reserva do possível deve ser compreendida como uma limitação “imaneente ou intrínseca” a condicionar a validade dos direitos fundamentais a prestações, na medida em que invade o próprio plano jurídico e normativo deste direito⁵⁷⁶. O legislador constituinte ao inserir os direitos a prestações na Constituição já os inseriu sob a salvaguarda da reserva do possível apresentando-a como um dado natural e implícito destes direitos.

Na mesma lógica, e no seguimento geral da teoria dos direitos fundamentais como princípios de Alexy, são hoje cada vez mais frequentes as propostas de enquadramento dogmático dos direitos sociais – tal como os direitos de liberdade – como direitos *prima facie* que podem ceder no confronto com outros valores ou bens igualmente dignos de protecção. Nessa perspectiva, os constrangimentos económicos e financeiros à realização dos direitos sociais funcionariam como limites aos direitos sociais, interpretáveis num quadro de colisão de bens e a resolver segundo uma estratégia de ponderação de bens, tal como acontece com os direitos de liberdade – tendo designadamente em conta se as implicações financeiras do caso concreto são maiores ou menores – e, logo, com a consequência da irrelevância da reserva do possível enquanto fator supostamente decisivo, absoluto, de diferenciação entre os dois tipos de direitos fundamentais⁵⁷⁷.

Em consequência, Novais compreende que são direitos, pretensão e deveres “tanto quanto possível”, por estar a sua realização condicionada à medida do financeiramente possível, de maneira que eventual violação somente poderia ser aferida “tendo em conta as implicações e condicionantes financeiras que a reserva do possível sobre ele projeta⁵⁷⁸”.

Ao se considerar a reserva do possível como um limite imaneente do direito fundamental prestacional inequivocamente se questiona a jusfundamentalidade destes

⁵⁷⁴Ibid., p. 288.

⁵⁷⁵NOVAIS, J.R., op.cit., p. 103.

⁵⁷⁶De acordo com Novais, esses direitos invadem o próprio plano jurídico a partir do momento em que estão intrinsecamente condicionados pela “reserva do possível” e não apenas as condições da sua efetividade social ou da sua realização *otimizada* e ainda, invadiriam o plano normativo quando o seu objeto se traduz numa prestação financeira ou numa prestação fática direta ou imediatamente convertível em prestação financeira, cf. NOVAIS, op.cit, p. 100.

⁵⁷⁷NOVAIS, J.R., op. cit., 2010, p. 105.

⁵⁷⁸Ibid., p. 101.

direitos. Jorge Reis Novais contra-argumenta esse questionamento afirmando que apesar dos custos constituírem características intrínsecas a estes direitos, isso não o distingue dos demais direitos fundamentais, uma vez que também estes assim como aqueles direitos custam⁵⁷⁹, razão pela qual este fato por si só não deve ser invocado para retirar a sua jusfundamentalidade.

É certo que, conforme afirma Virgílio Afonso da Silva⁵⁸⁰, os direitos a prestações materiais “custam mais dinheiro⁵⁸¹”, tendo em vista que trazem gastos extras, além dos “gastos institucionais”, assim considerados aqueles relacionados “com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança” inerentes a todos os direitos fundamentais⁵⁸². No entanto, isto não retira a sua jusfundamentalidade, mesmo porque os direitos fundamentais não são direitos absolutos, sendo passível de restrições e limitações constitucionais.

Essa ponderação a que estão sujeitos não implica na ausência de aplicabilidade imediata, mas ao contrário, impõe que a carga de eficácia destes direitos varie a depender das circunstâncias *in concreto*. Mesmo que se cogite que os direitos fundamentais a prestações exigem, em regra, uma *interpositivo legislatoris*, ainda sim promanam alguns efeitos.

⁵⁷⁹No mesmo sentido, Ingo Sarlet afirma que: “são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos do poder público para a sua proteção e implementação”, cf. SARLET, op. cit., p. 285.

⁵⁸⁰Cf. SILVA, V.A. *O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, In: *Direitos Sociais*, p. 593.

⁵⁸¹“Como dizem Holmes/Sustein (p. 119), qualquer direito negativo só é efetivamente protegido se tiver um remédio, se tiver um sistema administrativo, instituições e um sistema judicial que o garantam, e estes requisitos, designadamente o sistema judicial, significam encargos financeiros avultados; logo, os direitos negativos também custam, os direitos de liberdade são também, tal como os direitos sociais, bens públicos pagos pelos contribuintes” – cf. NOVAES, J. R. op. cit., 2010, p. 96.

⁵⁸²Novais distingue os custos inerentes aos distintos direitos fundamentais da seguinte forma: “enquanto os direitos de liberdade e de autonomia jusfundamentalmente protegidos pelos direitos de liberdade não custam (por exemplo, liberdade de religião, de expressão, de manifestação, de associação, de greve, não custam, não é possível compra-las no mercado), então, em princípio, a reserva do financeiramente possível; só os *afecta* relativamente aos deveres estatais destinados a promover o acesso individual a esses bens ou a garantir a sua *efectividade* prática através da criação de institutos, procedimentos, serviços, apoios ou compensações. Diferentemente, como os bens jusfundamentalmente protegidos pelos direitos sociais são bens escassos, custosos, procuráveis no mercado, então a reserva do financeiramente possível, em geral, *afecta*-os intrinsecamente, só não os *afecta* relativamente aos deveres estatais de respeito e não impedimento do acesso a esse bens por parte dos particulares que dispõem, por si mesmos, dos correspondentes recursos próprios para garantir o acesso.”, cf. NOVAIS, J.R., op.cit. p. 103.

Sarlet identifica seis cargas eficaciais que podem ser observadas em qualquer direito fundamental, inclusive nos direitos que demandem atuação legislativa: a) revogação da legislação anterior e contrária à norma definidora dos direitos fundamentais, independentemente de declaração de inconstitucionalidade; b) vincula o legislador a observar e concretizar os programas, tarefas, fins e ordens que emanam de tais normas; c) impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos praticados após a vigência da Constituição e que sejam incompatíveis com os princípios e regras que consagra; d) os direitos fundamentais de cunho programático constituem parâmetro de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas na medida em que contêm princípios, diretrizes e fins que regem a atividade dos órgãos estatais; e) geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva, nem que seja um dever de abstenção do Estado em não atuar de forma contrária a norma e; f) proibição do retrocesso nos casos em que o legislador já foi objeto de concretização pelo legislador⁵⁸³.

Percebe-se que os direitos fundamentais prestacionais apresentam sempre uma carga eficaz imediata, mesmo que limitada a alguns aspectos, inclusive como decorrência lógica do disposto no §1º, do art. 5º da Constituição.

Outro argumento apresentado pelo referido autor para embasar a jusfundamentalidade dos direitos a prestações, refere-se à necessidade dos mesmos, assim como os direitos negativos, serem compatibilizados com outros bens.

A partir deste raciocínio,

(...) os direitos fundamentais podem ceder sempre que, através de uma ponderação de bens racionalmente fundamentável, tal seja necessário para garantir outros bens, direitos e interesses que, no caso concreto, mereçam por parte do Estado, uma *protecção* jurídica que obrigue àquela cedência⁵⁸⁴.

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos, havendo sempre a possibilidade de terem o seu conteúdo restringido diante da necessidade de defesa, garantia ou promoção de outro bem, igualmente digno de proteção estatal que deve prevalecer no caso concreto. Encontram-se, portanto, submetidos a uma “reserva geral

⁵⁸³SARLET, op.cit., 2011, p. 297 et seq.

⁵⁸⁴NOVAIS, J.R., loc.cit.

de imanente de ponderação⁵⁸⁵”. Além dessa característica atinente a todos os direitos fundamentais, os direitos a prestações estariam ainda submetidos a uma reserva do financeiramente possível, que utilizando o mesmo raciocínio, nada mais seria do que uma limitação do direito fundamental em decorrência da situação concreta. Assim, mesmo que além dessa “reserva geral imanente de ponderação”, haja um condicionamento à reserva do possível estes fatos não lhe retiram a jusfundamentalidade.

Jorge Reis Novais ressalta ainda que o fato dos direitos a prestações estarem sujeitos a uma reserva constitucional implícita, qual seja a reserva do financeiramente possível, permite que “posteriores restrições ou impedimentos infraconstitucionais à realização plena dos direitos sociais sustentados em dificuldades financeiras seriam, então, eventualmente admissíveis⁵⁸⁶” por serem tais direitos *prima facie*. Esses direitos apenas não poderiam ser restringidos se o constituinte já os tivesse inserido de forma definitiva, absoluta, em forma de regra.

A diferença entre a sindicabilidade dos direitos negativos e dos direitos positivos estaria no fato de que o Poder Judiciário estaria apto a realizar o controle e verificação da constitucionalidade das restrições aos direitos negativos enquanto o mesmo, em regra, não se observa em relação aos direitos positivos.

Uma vez que a reserva do possível invade o próprio conteúdo dos direitos sociais, não é possível determinar a existência de uma violação a Constituição sem considerar – e deduzir – a margem de decisão que cabe ao legislador e ao poder político, e que o juiz deve respeitar, na definição das prioridades orçamentais⁵⁸⁷.

Assim, caso a afetação do direito prestacional esteja justificada na reserva do financeiramente possível – que envolve opções políticas e alocação de recursos financeiramente disponíveis e escassos – o juiz dificilmente poderia controlar essa

⁵⁸⁵Segundo NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, 2010, p.105, “a reserva geral imanente de ponderação que *afecta* os direitos fundamentais, incluindo os direitos de liberdade, é o pressuposto lógico constitucional implícito que justifica a admissibilidade constitucional de ocorrência de restrições aos direitos fundamentais *actuadas* pelos poderes constituídos, mesmo quando tais restrições não estão expressamente autorizadas no texto da Constituição”.

⁵⁸⁶Ibid., p. 106.

⁵⁸⁷Ibid., p. 108.

justificação em razão da separação dos poderes⁵⁸⁸. A última palavra seria, em princípio, dos titulares do poder político, designadamente o legislador.

A. O caso *numerus clausus* I da Corte Constitucional Alemã.

A reserva do financeiramente possível (“*Vorbehalt des finanziel Möglichen*”) foi reconhecida pela Corte Constitucional alemã, “na famosa decisão sobre “*numerus clausus*”⁵⁸⁹ de vagas nas Universidades (“*numerus-clausus Entscheidung*”⁵⁹⁰), momento em que restou assentado que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à “reserva do possível”⁵⁹¹”.

A construção de direitos subjetivos a prestações materiais de serviços públicos pelo Estado estaria sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, que, por sua vez, estaria inserida no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, na elaboração do orçamento público⁵⁹². Firmou-se o posicionamento

⁵⁸⁸cf. NOVAIS, J.R., 2010, op. cit., p. 107.

⁵⁸⁹Luís Fernando Sgarbossa, em aprofundado estudo sobre a reserva do possível, aponta que a reserva do possível nada mais é do que a tradução moderna do princípio medieval *secundum vires* ou *nec ultra vires*, que impunha que as comunidades deveriam cuidar convenientemente dos seus pobres na medida de suas forças, ficando assim a caridade, a filantropia e a assistência social condicionadas aos recursos disponíveis. A “racionalidade subjacente à reserva do possível” é ainda apontada pelo autor como a causa da cisão no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em que os direitos prestacionais estariam condicionados “à teoria da progressividade ou da implementação progressiva de tais direitos, a qual originou a fórmula denominada de princípio da progressividade, em sua concepção liberal” – cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. Volume 1. *Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010, p. 127 et seq.

⁵⁹⁰“No caso, a Corte alemã analisou a demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso, aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade” – cf. MANICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul/set, 2007.

⁵⁹¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 19 de nov. 2012.

⁵⁹²KRELL, A. J, op. cit., 2002, p. 52.

de que os direitos a prestações positivas se encontrariam limitados “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade⁵⁹³”.

Robert Alexy, a respeito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão do *numerus clausus*, esclarece que o Tribunal parte de um direito subjetivo *prima facie*⁵⁹⁴ e, por conseguinte, restringível⁵⁹⁵. No entanto, essa restrição não pode levar a um esvaziamento do direito, razão pela qual a reserva do possível há de ser compreendida como uma necessidade de sopesamento do direito envolvido:

Embora o sopesamento não tenha levado, na decisão *numerus clausus*, a um direito definitivo de todos à admissão no curso universitário de sua escolha, ao menos levou a um direito definitivo a um procedimento de seleção que dê chances suficientes a todos, o que aponta para a conexão entre os direitos fundamentais sociais e os direitos a procedimentos, analisados anteriormente⁵⁹⁶.

Assim, é correto afirmar que Alexy adotou o posicionamento de que a norma jusfundamental de que trata o *numerus clausus* “encontrar-se-ia cumprida através do fornecimento de oportunidades mínimas suficientes – essência mesma dos direitos a tomar parte, conexos aos direitos de organização e ao procedimento⁵⁹⁷”.

De acordo com Jorge Reis Novais, essa ideia de razoabilidade inerente à reserva do possível cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão traz incluída em seu conceito duas situações: a) considerações acerca das circunstâncias concretas do caso, notadamente as próprias condições materiais do pretense titular do direito e b) responsabilidade do legislador na elaboração do orçamento e implicitamente o custo da prestação em causa e dos recursos a dispor do Estado, o que se tem denominado de “reserva constitucional da *efectiva* capacidade de prestação do Estado⁵⁹⁸”.

Ingo Sarlet, a respeito da decisão *numerus clausus*, esclarece que a Corte firmou o entendimento de que mesmo que o Estado dispusesse de recursos e do poder de disposição destes, não seria obrigado a prestar algo que não se mantivesse nos limites

⁵⁹³NOVAIS, J. R., op. cit., 2010, p. 90.

⁵⁹⁴Os direitos *prima facie* contrapõem-se aos direitos definitivos na medida em que aqueles possuem a sua definição atrelada a uma ponderação subjetiva em face das circunstâncias verificadas *in concreto*, ao passo que este já estaria delimitado.

⁵⁹⁵Segundo Robert Alexy, considerando que tais direitos seguem o modelo baseado no sopesamento possuem como característica o fato de aquilo que lhe é devido *prima facie* ser mais amplo do que o que lhe é devido definitivamente, cf. ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 514.

⁵⁹⁶Ibid., p. 515.

⁵⁹⁷SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 140.

⁵⁹⁸NOVAIS, J. R., op. cit., 2010, p. 90.

do razoável. Isto é, não se poderia impor ao Estado o dever de prestar algo ao indivíduo que dispõe de recursos para tal. “O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador⁵⁹⁹”.

Em sentido semelhante, Andreas Krell perfilha o entendimento que “essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos⁶⁰⁰”.

A questão da razoabilidade das demandas é, portanto, o âmago da decisão do caso do *numerus clausus*. Apenas secundariamente a sentença tratou de aspectos relativos à reserva orçamentária, e sobre tal aspecto, restou consignado tratar-se em linha de princípio afeta ao legislador por disposição das verbas orçamentárias, levando em consideração outros fatores impostos pela Lei Fundamental, como o equilíbrio orçamentário⁶⁰¹.

B. A dimensão tríplice da reserva do possível na doutrina brasileira.

A reserva do possível, no âmbito brasileiro, “significa ora uma limitação fática a direitos fundamentais, ora uma restrição jurídica a direitos fundamentais, ora uma limitação ou restrição a direitos fundamentais baseada nas noções de razoabilidade e racionalidade⁶⁰²”. Essa tríplice dimensão restou apontada por Sarlet nos seguintes termos:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial, no tocante a sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade⁶⁰³.

⁵⁹⁹SARLET, I. W., op. cit., 2011, p. 287.

⁶⁰⁰KRELL, A. J, op. cit., 2002, p. 52.

⁶⁰¹SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 140.

⁶⁰²SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 259.

⁶⁰³SARLET, op. cit., 2011, p. 287.

Essas dimensões se inter-relacionam e se relacionam com outros princípios constitucionais, exigindo “um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado”, de maneira que, observado o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam ser utilizados como “ferramental para garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional⁶⁰⁴”.

A proporcionalidade da prestação exigida era o argumento principal da decisão *numerus clausus* da Corte Alemã, embora no Brasil tenha assumido um papel secundário. As críticas doutrinárias que se fazem à aplicação da teoria da reserva do possível no Brasil encontram-se ligadas ao prevailecimento da questão orçamentária. Nesse sentido, Sgarbossa defende que desde as décadas de 60 e 70 o Estado Social já havia sido implantado na Alemanha de maneira que a decisão do *numerus clausus*, “visou apenas colocar limites a uma interpretação ultra extensiva dos direitos fundamentais sociais, na perspectiva da exigibilidade individual, a qual já desbordava do razoável⁶⁰⁵”.

Apesar das críticas, em razão da realidade brasileira, o aspecto da proporcionalidade da prestação exigida perde significado, na medida em que o Estado Social em nenhum momento restou devidamente implementado no país.

Diante deste cenário justifica-se que a questão orçamentária tenha adquirido maior relevância no desenvolvimento da teoria no âmbito brasileiro, pois se há diversos direitos fundamentais a serem efetivados num grau mínimo e os recursos são escassos há que se equacionar a distribuição de verbas públicas. A proporcionalidade e a razoabilidade assumem maior relevo na elaboração orçamentária e na definição de políticas públicas, do que propriamente no direito pleiteado pelo cidadão.

Com efeito,

(...) partindo-se da ideia central de que efetivamente não há recursos suficientes a satisfazer todos os direitos fundamentais, especialmente os sociais, a dimensão negativa da reserva do possível atuaria como impedimento à satisfação de uma prestação que pudesse comprometer a satisfação de outra prestação. Em outras palavras, esse seria o caso, por exemplo, de concessão de uma prestação excessivamente onerosa que esgotasse os recursos destinados a concretizar outros direitos. Nessas hipóteses, a reserva do possível pode valer como argumento contra a concessão de uma prestação

⁶⁰⁴Cf. SARLET, I., op. cit., 2011a, p. 287.

⁶⁰⁵SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 153.

que, por afigurar-se desproporcional e irrazoável, inviabilize a realização de outro(s) direito(s)⁶⁰⁶.

A reserva do possível, sob este aspecto de dimensão negativa, conduziria a uma proteção contra o esvaziamento das demais prestações de direitos fundamentais envolvendo, por conseguinte, a preservação do núcleo essencial do direito.

Assim, a despeito de inexistir uma margem segura acerca da forma de concretização de tais direitos, reputa-se que os extremos são divisíveis, podendo-se distinguir entre situações em que a atuação estatal encontra-se compreendida no âmbito da constitucionalidade, no que se refere à desincumbência do Estado com relação aos deveres fundamentais constitucionalmente impostos e, de outro lado, situações opostas, em que a omissão estatal está a indicar o descumprimento daqueles mesmos deveres fundamentais⁶⁰⁷.

Feitas estas digressões acerca da proporcionalidade, importa aprofundar os limites fáticos e jurídicos inerentes à reserva do possível:

Passou-se a compreender a reserva do possível ora como limitação fática aos direitos fundamentais, ou seja, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez real ou econômica; ora como a limitação jurídica, vale dizer, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez ficta, ou legal, ora como limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade na pretensão, e, ainda, por vezes como todos estes aspectos, conjuntamente, ou alguns deles, combinadamente⁶⁰⁸.

“Assim, a dimensão fática vem sendo entendida como a ausência total de recursos⁶⁰⁹”, isto é, uma escassez real ou econômica. Eventual “impossibilidade de satisfazer determinada necessidade com base em uma situação de escassez real ou econômica caracteriza uma limitação fática à normatividade, um choque entre realidade concreta, independente do desígnio humano, e comando normativo⁶¹⁰”.

O limite jurídico imposto pela reserva do possível, por sua vez, “diz respeito à disponibilidade de meios e recursos para a efetivação dos direitos sociais. Isso significa que os recursos existem, mas por alguma razão não estão disponíveis e não podem ser utilizados⁶¹¹”. Estaria, de acordo com Sgarbossa, umbilicalmente ligado à escassez ficta

⁶⁰⁶KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 87.

⁶⁰⁷SGARBOSSA, L.F., op.cit, 2010, p. 296.

⁶⁰⁸cf. SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 216.

⁶⁰⁹KELBERT, F.O., op. cit., 2011, p. 78.

⁶¹⁰SGARBOSSA, L.F., op. cit., 2010, p. 219.

⁶¹¹KELBERT, F. O., op. cit., 2011, p. 83.

ou jurídica⁶¹², na medida em que a escassez é provocada por uma escolha alocativa pelo órgão competente.

Assim, a impossibilidade jurídica pode estar vinculada ao orçamento público já aprovado e que não poderia ser mudado por meio de uma determinação judicial, à exceção do remanejamento de verbas previsto na própria lei orçamentária. (...) Outro aspecto da impossibilidade jurídica urge na ausência de lei orçamentária que autorize a realização de gastos (...) Outro aspecto que merece ser mencionado diz respeito à alocação de recursos para outros fins⁶¹³.

Jorge Reis Novais, em vez de partir da distinção entre escassez real ou ficta, acolhe os ensinamentos de Rawls relacionados à escassez moderada de recursos⁶¹⁴ e defende que:

Nunca há dinheiro porque há sempre múltiplas necessidades prementes com cuja satisfação o Estado se debate, há sempre outras necessidades básicas para onde deslocar os recursos requeridos pela prestação em causa, mas também, em contrapartida, há sempre dinheiro porque é sempre possível desviar para essa prestação disponibilidades residuais ou inicialmente *afectadas* a outros fins. Dai a enorme pressão política, mas também jurídica, que envolve a alocação dos fundos públicos⁶¹⁵.

Adotando-se esse posicionamento, perde importância a discussão acerca da comprovação de ausência absoluta de recursos (escassez real ou econômica) como forma de eximir-se de responsabilidades constitucionalmente impostas, tendo em vista que o problema residiria nas escolhas alocativas e não na escassez de recursos⁶¹⁶.

⁶¹²“Trata-se desta feita, de recursos que não são escassos por natureza, e tampouco são inexistentes na realidade, mas de uma situação em que a escassez é artificial e, portanto, não é insuperável. Cuida-se, aqui, antes, de recursos que são economicamente existentes, ou seja, que na realidade fática existem, mas cuja alocação em determinados setores acaba por implicar o não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa seja ele qual for”, cf. SGARBOSSA, L.F., op. cit., 2010, p. 220.

⁶¹³KELBERT, F. O., op. cit., 2011, p. 84 et seq.

⁶¹⁴“Ora, numa situação de escassez moderada de recursos (RAWLS) de que o Estado pode dispor, há sempre esse condicionamento inevitável: a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico *facticamente* dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades *econômicas*, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*”, cf. NOVAIS, J.R., op.cit., p. 89.

⁶¹⁵Ibid., p. 115.

⁶¹⁶A limitação fática imposta pela reserva do possível deve ser compreendida, portanto, simplesmente como a “disponibilidade fática do meio necessário à realização do direito”, cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 217.

A realização dos direitos fundamentais é, neste sentido, um importante problema de competência constitucional⁶¹⁷. Em outras palavras,

Uma vez que compete constitucionalmente ao poder político democraticamente legitimado definir prioridades e fazer escolhas no domínio da *afecção* dos recursos disponíveis – isto é, concretizar a reserva que *afecta* os direitos sociais –, então ao juiz só é reconhecida a última palavra se ele puder apurar, sem *infracção* do princípio da separação de poderes, portanto, sem usurpar as competências de definição e escolha orçamentais, que apesar da reserva do possível que *afecta* os direitos sociais, o poder político ou a administração poderiam e deveriam fornecer a prestação social controvertida sob pena de violação do direito social, seja por força da irrelevância da questão financeira, seja por força da extrema premência e urgência da realização do direito social⁶¹⁸.

Em sendo assim, o controle judicial das escolhas orçamentárias não deve incidir sobre a existência ou não de dinheiro a ser aplicado,

(...) mas, antes, partindo do princípio de que a opção sobre a distribuição de fundos é primariamente dos poderes políticos, saber se as implicações financeiras do caso *sub judice* são, e com que alcance, suficientemente relevantes para justificar a existência determinante de uma decisão política de última palavra sobre o direito social⁶¹⁹.

Caberia ao juiz, portanto, apreciar a relevância da dificuldade financeira apontada pelo Estado – de modo a afastar ou fazer ceder à pretensão individual – e se o procedimento de definição de prioridades adotado pelo poder político não merece censura jurídico-constitucional⁶²⁰.

4.2.3. Reserva do possível e princípios da Administração Pública.

É certo que a competência para alocar recursos não se insere dentre as atribuições do Poder Judiciário. Todavia, isso não significa que este Poder não detenha competência para verificar se o procedimento de definição de prioridades adotado pelos

⁶¹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1982, p. 369. De acordo com o doutrinador português, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos *económicos* e financeiros, das condições sociais e *económicas* do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais” – loc. cit.

⁶¹⁸NOVAIS, J.R., op.cit., p. 118 et seq.

⁶¹⁹NOVAIS, J.R., op.cit., p. 116.

⁶²⁰Ibid., p. 117.

Poderes Legislativo e Executivo encontra-se respaldo jurídico-constitucionalmente. Tal controle a ser exercido pelo Judiciário, ao se encontrar pautado em argumentos de princípios é legítimo e não afronta o princípio da separação dos poderes.

A. Princípio da igualdade.

O primeiro princípio que possui íntima relação com a reserva do possível é o princípio da igualdade. Na elaboração de uma política pública o Poder Público leva em conta o custo inerente a sua implementação, isto é, as escolhas políticas levam sempre em conta o custo global para a população e não o custo individual. Isso significa que, determinadas políticas deixam de ser implementadas em razão da ausência de orçamento suficiente para alcançar toda a população ou grupo de pessoas, embora fosse possível fornecer tal prestação a uma pequena parcela da população ou do grupo.

As escolhas públicas, para estarem em consonância com os ditames constitucionais, levam em conta a capacidade de o Estado satisfazer todas as potenciais pretensões de todos quanto se encontrem nas mesmas condições.

Verificada a impossibilidade de generalização da concretização do direito, é de se concluir que a Administração não estaria obrigada a concretizar tal direito, sob pena de malferimento do princípio da igualdade.

Nesse sentido, Jorge Reis Novais leciona:

Já no caso do direito social, como a própria existência de violação do direito não pode ser apurada sem consideração dos problemas financeiros associados – o direito está sob reserva do possível –, então, nesse esforço de apuramento de eventual violação, o juiz deve relevar o fato de que o legislador ou administração, quando decidem sobre atribuição de prestações, tem de avaliar os custos financeiros. E devem fazê-lo, não apenas do caso individual a decidir, mas ponderando também as repercussões financeiras que a generalização de uma tal prestação – imposta pela necessária observância do princípio da igualdade – tem para os cofres do Estado, pelo que, sobretudo, o controle judicial dessa avaliação e do consequente apuramento de eventual violação tem de tomar em conta a perspectiva geral⁶²¹.

⁶²¹ Ibid., p. 120.

“A invocação da reserva do possível sustenta-se, então, da impossibilidade de generalização da prestação individualmente requerida caso ela fosse deferida⁶²²”.

B. Princípio da proporcionalidade: proibição do excesso e proibição da proteção deficiente.

A proporcionalidade assume especial relevo no controle jurisdicional da reserva do possível, especialmente, nas suas facetas de proibição do excesso e de proibição da insuficiência⁶²³.

A proibição do excesso é uma restrição a direito fundamental decorrente do dever de proporcionalidade, “através do qual se busca aferir a “adequação constitucional da discricionariedade legislativa quanto à liberdade de conformação” quando esta atue prejudicialmente em relação a direitos e garantias fundamentais⁶²⁴”:

Dito de outro modo, pelo princípio da proibição de excesso, estão excluídas as restrições a direitos fundamentais que não observem a proporcionalidade, quer por não serem necessárias ao atingimento do fim pretendido, quer por não serem adequadas a este mesmo fim ou ainda por não guardarem uma relação de proporcionalidade entre fins visados e meios utilizados, isto é, por revelar-se a restrição uma medida mais gravosa do que o próprio não atingimento do fim perseguido.

E reitere-se, a finalidade perseguida através da restrição deve ser valiosa do ponto de vista constitucional⁶²⁵.

Sendo assim, os atos dos poderes públicos – sejam legislativos, sejam administrativos – não poderiam ameaçar de forma excessiva – desproporcional – os direitos fundamentais dos indivíduos⁶²⁶.

Disto decorre que a proibição do excesso assume uma dimensão negativa, na medida em que proíbe uma atuação excessiva na restrição de direitos fundamentais.

Assim, na análise de um caso concreto em que se objete, em face de uma demanda por direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, a reserva do possível na sua vertente jurídica, com base na lei orçamentária ou na lei de responsabilidade fiscal, por exemplo, tais diplomas normativos, em se revelando potencialmente restritivos de direitos fundamentais, devem passar

⁶²²NOVAIS, J.R., op.cit., p. 119.

⁶²³Os princípios da proibição do excesso e da proibição da insuficiência encontram-se intrinsecamente ligados às três dimensões do princípio da proporcionalidade de que se tratou no capítulo anterior, razão pela qual neste momento será estudado apenas àqueles princípios.

⁶²⁴SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 274.

⁶²⁵SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 278.

⁶²⁶OLSEN, A. P. L., op. cit., 2006, p. 77.

pelo crivo da proporcionalidade, com vistas à constatação de eventual excesso⁶²⁷.

A proibição da insuficiência ou proibição da proteção deficiente ou proibição por defeito constitui a faceta positiva do princípio da proporcionalidade. Significa que “o Estado deve *adoptar* medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais⁶²⁸”.

A proibição da proteção deficiente permite, portanto, através da aplicação da proporcionalidade, aferir se a omissão estatal é constitucional ou inconstitucional. A esse respeito cabe fazer um esclarecimento. Enquanto na proibição do excesso – por estar sob análise uma ação estatal que não pode sofrer restrições em determinado patamar – a aplicação dos requisitos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é perfeitamente cabível.

Por outro lado, quando se está aferindo a proibição da insuficiência – por se tratar de uma omissão estatal – a aferição da proporcionalidade⁶²⁹ exige que se altere o requisito da necessidade pela suficiência:

Por tal critério buscar-se-ia aferir se as medidas positivas ou prestacionais encetadas pela estatalidade com vistas à desincumbência do dever estatal de proteção do dever fundamental de proteção que lhe cabe são suficientes à promoção das finalidades constitucionalmente cominadas, em condições mínimas e de eficácia em relação ao universo dos titulares, medidas estas que podem consistir, conforme sublinha Canotilho, em prestações normativas ou materiais⁶³⁰.

⁶²⁷SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 278.

⁶²⁸CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 273.

⁶²⁹“Em jeito de síntese, se propugna aqui por uma concepção de *Untermaß Verbot* composta por três máximas parciais, a saber, a adequação, através da qual se investiga se os meios adotados pelo Estado são aptos ou idôneos à promoção da proteção constitucionalmente consagrada; a suficiência – em lugar da necessidade –, através da qual se negue a higidez jurídico constitucional às medidas que, embora adequadas sejam insuficientes ao atingimento das metas constitucionalmente traçadas, por parcas, ínfimas ou insignificantes, e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, desta feita compreendida como a exigência de uma proporção entre as rubricas orçamentárias destinadas às áreas constitucionalmente priorizadas e as demais, bem como uma proporção entre os índices de exação tributárias e os indicadores de bem estar social, de desenvolvimento humano e de satisfação de necessidades humanas básicas – SGARBOSSA, L. F., op. cit., 2010, p. 288.

⁶³⁰Ibid., p. 286.

4.2.4. Reserva do possível e cláusula da proibição do retrocesso.

A cláusula da proibição do retrocesso pode ser compreendida da seguinte maneira: “uma vez concretizadas as normas instituidoras de direitos fundamentais, seja através de outorga de prestações, de políticas públicas ou da criação de instituições, por desenvolvimento legislativo, não seria possível a sua supressão sem compensação⁶³¹”. Consistiria, portanto, em um corolário do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Segundo as lições de Canotilho, a partir do momento em que os direitos atingem determinado grau de realização ostentam o *status* de garantia institucional e direito subjetivo. Disto decorre a seguinte definição:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e *efectivado* através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples do núcleo essencial⁶³².

A compreensão de retrocesso estaria conectada a ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos, que devem estar protegidos da liberdade de conformação e da auto reversibilidade do legislador infraconstitucional.

Segundo Sarlet, “a problemática da proibição do retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”. É uma “expressão inarredável do Estado de Direito”, bem como “se encontra umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana”, tendo em vista que “a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica⁶³³”.

A respeito das objeções ao reconhecimento de uma proibição ao retrocesso, o doutrinador brasileiro defende que o fato de o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontrar expresso na Constituição não significa que o

⁶³¹ SGARBOSSA, L.F., op. cit., 2010, p. 296.

⁶³² CANOTILHO, J.J.G., op.cit., 2002, p. 340.

⁶³³ SARLET, I.W., op.cit., 2011, p. 433.

legislador ou administrador possui uma liberdade absoluta, considerando que deve haver uma vinculação mínima do legislador ao núcleo essencial já concretizado, sob pena de se “admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados⁶³⁴”.

A partir destas conclusões, Sarlet entende que a proibição do retrocesso estaria implicitamente prevista no sistema constitucional brasileiro e encontraria guarida nos seguintes princípios e argumentos constitucionais: princípio do Estado democrático e social de Direito, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, do princípio da segurança jurídica em sentido amplo e no princípio da progressividade.

Com relação à amplitude da proteção outorgada pela proibição do retrocesso, Sarlet entende que esta não pode assumir um caráter absoluto, uma vez que:

Uma proibição absoluta não apenas implica a afetação substancial da necessária possibilidade de revisão que é peculiar à função legislativa, mas também desconsidera a indispensável possibilidade (e necessidade) de reavaliação global e permanente das metas, ou seja, a reavaliação mesmo dos meios utilizados para a realização dos fins estaria, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais⁶³⁵.

A relatividade da referida cláusula encontraria amparo na necessidade de não se conferir tratamentos díspares entre os direitos sociais e os direitos de liberdade. Isso porque essa rigidez absoluta ao retrocesso se assegurada apenas aos direitos sociais proporcionaria uma maior proteção destes direitos em relação aos direitos de liberdade. Além disso, essa compreensão provocaria a transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional. Há ainda que se assegurar uma “indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais⁶³⁶”.

Acolhendo a “proibição relativa de retrocesso”, Sarlet apresenta o núcleo essencial, entendido como “diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana” e à noção de mínimo existencial, como um limite ao retrocesso. Assim,

⁶³⁴Ibid., p. 444.

⁶³⁵Loc. cit.

⁶³⁶VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 1998, p. 307-309.

eventual medida restritiva dos direitos fundamentais, para não violar o princípio da vedação ao retrocesso deve:

Além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana⁶³⁷.

Além disso, “eventual intervenção restritiva no âmbito das posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade⁶³⁸”.

Jorge Reis Novais, ao analisar a proibição do retrocesso, defende que referida teoria trazida do direito alemão não se justificava no ordenamento jurídico português em que há o reconhecimento expresso dos direitos sociais como direitos fundamentais – realidade esta observada no Brasil.

De acordo com o autor português a proibição do retrocesso foi cunhada para conferir maior segurança jurídica aos direitos sociais que, na Alemanha, eram reconhecidos apenas pelo legislador infraconstitucional. Por certo, apesar dos direitos sociais serem reconhecidos como materialmente constitucionais, não dispunham de mecanismos para sua defesa frente ao legislador, daí desenvolve-se a teoria da irreversibilidade ou a cláusula da proibição do retrocesso como forma de conter o “poder de conformação e de auto-revisibilidade do legislador”.

Contra-argumenta a aplicação da teoria em países que reconhecem formal e materialmente os direitos sociais, partindo da compreensão de que o princípio da progressividade previsto no art. 2º, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU não traz implicitamente a proibição do retrocesso. Ao contrário, a realização progressiva⁶³⁹ destes direitos deve ser compreendida em

⁶³⁷ SARLET, I.W., op.cit., 2011, p. 455.

⁶³⁸ SARLET, I.W., op.cit., 2011, p. 456.

⁶³⁹ O princípio da progressividade dos direitos fundamentais que exigem prestação, na sua concepção atual, deve ser compreendido da seguinte maneira: “Tal aspecto consiste em que, se por um lado, declarar que determinados direitos não podem ser realizados senão progressivamente pode servir de escusa para o inadimplemento imediato dos direitos reconhecidos, de outro lado, pode-se exigir a demonstração, por parte dos Estados aos quais incumbem os respectivos deveres fundamentais, da

conjunto com a noção de reserva do financeiramente possível e conseqüentemente com a ideia de escassez moderada, de maneira que não seria correto afirmar que os recursos atualmente disponíveis permanecem inalterados ao longo dos anos.

Essa escassez moderada estaria ainda condicionada por definições de prioridades e decisões políticas de afetações de recursos, admitindo a possibilidade pontual de retrocesso social como forma de prossecução de outro direito fundamental social. Não bastasse isso, a “identificação de retrocesso não é imediata e muito menos linear, dependendo em grande medida das perspectivas políticas ou das pré-compreensões do decisor político ou do interprete⁶⁴⁰”. Por fim, tal cláusula traria uma rigidez absoluta aos direitos sociais que sequer seria compartilhada pelos direitos de liberdade.

Com esses argumentos, Jorge Reis Novais afirma que o princípio da proibição do retrocesso não teria “nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade⁶⁴¹” e mesmo os defensores de uma proibição de retrocesso relativa, isto é, aqueles que aduzem limites para o legislador retroceder, partem dos denominados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, que correspondem aos limites constitucionais próprios do Estado de Direito, que devem ser observados pelos poderes públicos ao restringirem direitos fundamentais⁶⁴². Ora, se no Brasil, como em Portugal, os direitos sociais possuem assento constitucional, tais limites lhes seriam inerentes,

efetiva implementação de prestações sociais, políticas públicas, instituições e mais o necessário para a plena realização concreta de tais direitos ao longo do tempo, de modo que a ausência sistemática e persistente de efetivação revela-se violadora dos direitos humanos em questão. (...) Portanto, dizer que a realização de certos direitos encontra-se informada pelo princípio da progressividade, contemporaneamente, não implica dizer que os titulares dos deveres fundamentais correlatos – i.e., os Estados – podem concretizá-los ou não discricionariamente e ao seu alvedrio, ou que podem diferir sua concretização conforme livremente. Impõe-se a esses a desincumbência de ônus de demonstrar que têm tomado e que estão a tomar todas as medidas a seu alcance, com base em recursos próprios ou decorrentes da cooperação internacional, para a efetivação dos referidos direitos” – cf. SGARBOSSA, L.F., op.cit, p. 319.

⁶⁴⁰NOVAIS, J.R., op.cit, p. 243.

⁶⁴¹Ibid., p. 245.

⁶⁴²“Ora, paradoxalmente, o que ocorre é que não apenas os defensores da proibição relativa de retrocesso não avançam quaisquer fundamentos ou argumentos que sustentem a recusa de aplicação da teoria das restrições ao controlo da *afecção* negativa dos direitos sociais, como *ainda*, e dir-se-ia inevitavelmente, fazem aplicar ao suposto controlo da constitucionalidade do retrocesso precisamente os mesmo padrões e critérios de controlo desenvolvidos pela teoria das restrições: igualdade, dignidade da pessoa humana, proibição do excesso, proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança e segurança jurídica e garantia do conteúdo essencial” – Ibid., p. 249.

não havendo, por conseguinte, necessidade de se transpor para o direito brasileiro referida teoria.

Seguindo esse posicionamento, entende-se que não cabe alegar a proibição do retrocesso como argumento a impedir a incidência da reserva do possível. Nada obstante, a restrição deve observar os parâmetros inerentes à teoria dos limites dos limites e das restrições a direitos fundamentais.

4.2.5. Mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana são parâmetros que limitam a aplicação da teoria da reserva do possível. Não haveria possibilidade de prevalecer a escassez de recursos diante da ausência de garantia de um mínimo a existência digna.

Foi na Alemanha que a noção de um direito fundamental às condições materiais indispensáveis a uma vida digna obteve a sua primeira elaboração dogmática. Por certo, a discussão a respeito da garantia do mínimo indispensável a uma vida digna teve posição destacada não apenas no processo constituinte, mas também após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949. No pós-guerra, destacou-se a doutrina de Otto Bachof no sentido de que o princípio da dignidade da pessoa humana reclama não apenas uma garantia de 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 sacrificada⁶⁴³”.

Após essa fase inicial, o conceito se desenvolveu sendo atualmente compreendido nos seguintes termos:

A necessária fixação, portanto, do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é, além de condicionada espacial e temporalmente, dependente também do padrão socioeconômico vigente. Não se pode, outrossim, negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito a câmbios, não apenas no que diz

⁶⁴³SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 18 et seq.

com a esfera econômica e financeira, mas também concernente às expectativas e necessidades do momento⁶⁴⁴.

Outro ponto que se destaca no contexto jurídico-constitucional alemão encontra-se atrelado à distinção entre “mínimo existencial fisiológico” e o “mínimo existencial sociocultural”. O primeiro compreende “as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico, desta forma, encontra-se “diretamente fundado no direito à vida e à dignidade da pessoa humana”. Aqueloutro, além de assegurar o mínimo fisiológico, “objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos de tendencial igualdade – na vida social”, encontrando-se fundado, por conseguinte, “no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material⁶⁴⁵”.

Alexy, ao tratar do mínimo existencial, afirma ser praticamente impossível compreender o que se encontra constitucionalmente garantido pelo mínimo existencial sem que se recorra a comparações. “Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo”. Reconhece, portanto, a necessidade de um mínimo existencial relativo, que corresponderia àquilo que, sob as condições de cada momento, seja considerado como mínimo existencial⁶⁴⁶.

Definir o que o Estado tem o dever de garantir em determinado momento depende de sopesamento, tendo em vista que aquilo que é devido *prima facie* é sempre mais amplo do que é devido definitivamente:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento, bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica⁶⁴⁷”

⁶⁴⁴Ibid., p. 21.

⁶⁴⁵Ibid., p. 21 et seq.

⁶⁴⁶ALEXY, R., op. cit., 2009, p. 427 et seq.

⁶⁴⁷Ibid., p. 513.

Assim, haveria um determinado grupo de direitos, que num patamar mínimo, poderiam se sobrepor à separação de poderes, em especial à questão orçamentária. Sendo correto afirmar que a reserva do possível, a *priori*, não poderia ser invocada para justificar o não cumprimento do mínimo existencial.

Acerca desse mínimo, no direito brasileiro, “debate-se a doutrina em torno do conceito de mínimo existencial, referido na doutrina alemã como *Existenzminimum*, baseado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana⁶⁴⁸”. Ainda sobre isto, Sarlet, afirma que, por encontrar-se pautada no direito à vida e à dignidade não depende de previsão expressa.

Em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional, o seu núcleo ou conteúdo essencial pode ser identificado como o mínimo existencial, embora, alerte que esse conteúdo mínimo varia de acordo com o direito social envolvido, “não dispensando, portanto, a necessária contextualização (...), bem como a necessária utilização de uma interpretação, simultaneamente tópico e sistemática”.

Com relação ao conteúdo, defende “a impossibilidade de se estabelecer de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas negativas e positivas correspondentes ao mínimo existencial⁶⁴⁹”.

Ana Carolina Olsen identifica essa dificuldade doutrinária em estabelecer o que corresponderia a esse mínimo em razão da “concepção – até certo ponto subjetiva – de cada autor daquilo que venha a corresponder às necessidades vitais de cada ser humano, sendo que alguns apresentam uma visão mais alargada deste mínimo, e outros, uma visão mais estreita⁶⁵⁰”. Assim, apesar da definição de mínimo existencial variar, “sempre que a vida humana, e a personificação do homem (em contraposição à ideia de coisificação do homem) estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial⁶⁵¹”.

⁶⁴⁸SGARBOSSA, L.F., op. cit., 2010, p. 302.

⁶⁴⁹SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F., op. cit., 2008, p. 25 et seq.

⁶⁵⁰OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, Paraná, p. 343.

⁶⁵¹Ibid., p. 343 et seq.

Por certo, em se tratando de direitos cuja compreensão depende do momento histórico e do sopesamento dos bens envolvidos, “há de se refutar qualquer pretensão de estabelecimento apriorístico, taxativo e em caráter definitivo de tal conteúdo, especialmente tendo-se em mente seu caráter sociocultural⁶⁵²”.

Nesse sentido, Andreas Krell afirma:

De qualquer modo, o referido “padrão mínimo social” para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país⁶⁵³.

Apresentado o panorama incerto do conteúdo da reserva do possível, a respeito do papel do referido instituto na efetividade dos direitos fundamentais prestacionais releva concluir que:

Se, por um lado a reserva do possível representa, em sua conformação original (...) um limite máximo ou teto para o Estado Social, excluindo pretensões exageradas e irrazoáveis, conforme já visto, por outro lado, o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou piso para o Estado Social, excluindo a omissão estatal que comprometeria a existência digna da pessoa⁶⁵⁴.

Assim sendo, o mínimo existencial assume relevante papel na aplicação da reserva do possível por constituir elemento limitador à sua aplicação.

4.3. O direito fundamental a um cárcere digno stricto sensu e os parâmetros de sua implementação judicial.

É inequívoco que o Estado tem o dever de prestar um cárcere digno. No entanto, diante das diversas escolhas políticas algumas vezes o adimplemento deste dever estatal não atende às expectativas da pessoa encarcerada. Neste caso, essas pessoas buscam no Poder Judiciário uma determinação judicial que obrigue o Estado a prestar um cárcere digno.

A implementação judicial do cárcere digno não segue a mesma lógica da implementação realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Falta àquele Poder

⁶⁵²SGARBOSSA, op. cit., p. 307.

⁶⁵³KRELL, A. J, op. cit., 2002, p.63.

⁶⁵⁴SGARBOSSA, op. cit., p. 308.

legitimidade democrática para realizar as escolhas políticas indispensáveis à conferir efetividade aos direitos fundamentais prestacionais.

A atuação do Judiciário, para ser legítima – não violar o princípio da separação dos poderes, deve estar pautada em argumentos de princípio. A apreciação do caso concreto deve prescitar se a restrição ao direito fundamental a um cárcere digno provocada pela reserva do possível encontra respaldo jurídico-constitucional.

4.3.1. A natureza jusfundamental do cárcere digno.

O ponto de partida para a implementação judicial do cárcere digno é o reconhecimento da sua jusfundamentalidade formal e material. É a partir do reconhecimento da natureza jurídica do cárcere digno como direito fundamental que se agregam a esse direito determinadas características – como a aplicabilidade imediata, a vinculação dos poderes públicos as suas diretrizes ou um procedimento de revisão mais agravado ou um limite à própria revisão – que o fazem se sobrepor e gozar de maiores garantias do que as atribuídas aos direitos não fundamentais. Características estas que influenciam sobremaneira na sua implementação judicial.

Um direito será considerado fundamental se passar pelo duplo teste da fundamentalidade: fundamentalidade formal e fundamentalidade material.

A fundamentalidade formal corresponde à previsão expressa de determinado direito na Constituição no rol dos direitos fundamentais. No ordenamento jurídico brasileiro, o cárcere digno se fundamenta nos incisos XLVIII, XLIX e L, do art. 5º da Constituição, que asseguram: a) o cumprimento da pena em cárceres distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, b) o respeito à integridade física e moral das pessoas encarceradas e c) as condições necessárias para que as mulheres encarceradas possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

O art. 5º encontra-se topograficamente localizado no Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, do Título II da Constituição que cuida dos direitos e garantias fundamentais. Inequivoco, portanto, em razão da sua localização na Constituição que o direito a um cárcere digno possui jusfundamentalidade formal.

A fundamentalidade material depende da identificação dos bens mais relevantes para um Estado em determinado momento histórico e dos fatores políticos vigentes. Pouco importa a localização topográfica na Constituição. O que caracteriza o direito como materialmente fundamental é a relevância e importância da proteção deste direito em uma sociedade.

Apesar da tortuosa definição de quais bens possuem relevância para uma sociedade, há certa unanimidade em reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos valores mais essenciais da sociedade atual. Desde que o homem assumiu a posição central no Estado, o resguardo da sua dignidade se consagrou como um dos vetores do Direito.

A Constituição, no inciso III, do art. 1º, fundou as bases do Estado brasileiro sob o postulado da dignidade da pessoa humana. Assim, se o denominado direito a um cárcere digno encontrar embasamento material neste princípio fundante do Estado brasileiro é possível reconhecer a sua fundamentalidade material.

Essa conclusão depende da resposta à indagação de que as pessoas encarceradas devem ter sua dignidade respeitada através da disponibilização de um cárcere digno. Tal questionamento pode soar como um total absurdo, mas ainda hoje⁶⁵⁵ há quem argumente a impossibilidade de se oferecer um cárcere digno em razão do indivíduo se encontrar privado de sua liberdade por ter descumprido os seus deveres para com a sociedade.

Segundo essa lógica, o indivíduo-encarcerado, ao descumprir seus deveres, perderia os seus direitos e, por conseguinte, o Estado não teria o dever de prestar um cárcere digno. O raciocínio é totalmente equivocado uma vez que não se admite a aplicação de penalidade não estabelecida previamente em lei (cf. inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição).

E mesmo em face da previsão constitucional de ser estabelecida pena de suspensão ou interdição de direitos (cf. alínea e, do inciso XLVI, do art. 5º da Constituição), a autorização constitucionalmente expressa não permite que tal dispositivo seja interpretado no sentido de suspender ou interditar todos os direitos da

⁶⁵⁵ Nesse sentido, os argumentos do Estado do Rio Grande do Sul no RE nº 580.252.

pessoa humana encarcerada. Tal interpretação conduziria à “coisificação” do homem, a retirar-lhe a condição de pessoa humana.

É certo que, em determinado momento histórico, as pessoas encarceradas eram destituídas da condição de sujeito de direitos, não gozando de quaisquer direitos em face do Estado. Essa concepção – há muito superada – foi substituída pela compreensão de que aos presos devem ser assegurados os mesmos direitos fundamentais das pessoas não encarceradas, ressalvados os que se encontram suspensos – devido à incompatibilidade do seu gozo com o cumprimento da penalidade – e os que são limitados pelo Estado – em razão da necessidade de se garantir o cumprimento da pena.

Se, às pessoas encarceradas devem ser assegurados todos os direitos fundamentais que não se encontrem suspensos ou limitados, então, não se pode retirar a sua condição de pessoa humana e, principalmente, o resguardo da sua dignidade, quer seja intramuros, quer seja extramuros.

Embora ultimamente tenha havido certa banalização do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o mesmo invocado para proteção dos mais diversos direitos, é inquestionável que o resguardo da integridade física e moral da pessoa encarcerada é inerente a sua dignidade. O direito a um cárcere digno é, portanto, inequivocamente um direito materialmente fundamental.

Verificada a jusfundamentalidade formal e material do cárcere digno há de se reconhecer a sua natureza jurídica de direito fundamental com todas as implicações daí decorrentes.

4.3.2. O direito subjetivo do encarcerado e o dever estatal de prestar um cárcere digno: a justiciabilidade do direito fundamental a um cárcere digno.

A justiciabilidade do direito fundamental a um cárcere digno depende do reconhecimento às pessoas encarceradas do direito subjetivo a um cárcere digno. Acaso não se verifique a existência de um direito subjetivo a um cárcere digno, não haveria que se falar em dever estatal em oferecê-lo e, conseqüentemente, não teria relevância a discussão acerca da sua implementação judicial.

É inequívoco que do direito fundamental a um cárcere digno – além de uma dimensão objetiva – é possível identificar uma dimensão subjetiva do qual decorre um dever estatal de prestá-lo à pessoa encarcerada.

A dimensão subjetiva de um direito fundamental diz respeito à possibilidade do mesmo ser exigido judicialmente por um indivíduo em face do Estado. O direito subjetivo fundamental conforma uma relação triádica entre o indivíduo detentor do direito subjetivo, o Estado que deve fornecer esse direito e o direito que é o objeto da relação.

No caso do direito fundamental a um cárcere digno, a relação trilateral que decorre da natureza jurídica de direito subjetivo é composta pelo “indivíduo-encarcerado” – que tem o direito de que lhe seja oferecido um cárcere em condições minimamente dignas pelo Estado – a quem incumbe adotar as medidas normativas e fáticas tendentes a conferir efetividade ao cárcere digno – e pelo cárcere digno – que é o objeto do direito pleiteado.

O direito fundamental a um cárcere digno apresenta-se – de acordo com a classificação de Robert Alexy – como um direito subjetivo a algo na sua dupla faceta de direito a uma ação estatal positiva e negativa.

A faceta negativa do direito fundamental a um cárcere digno caracteriza-se pela possibilidade do “indivíduo-encarcerado” exigir uma abstenção do Estado no sentido de não serem praticados atos que violem a sua integridade física e moral. Essa faceta negativa – tipicamente liberal – não impõe nenhuma ação positiva para o Estado. O dever do Estado é meramente negativo: abster-se.

A faceta positiva exige concomitantemente a uma regulamentação infraconstitucional (direito a uma prestação jurídica), uma prestação material consubstanciada na construção de estabelecimentos penais suficientes e adequados à população carcerária do País, atendido o requisito constitucional de distinção, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, por inerentes ao resguardo material da integridade física e moral da pessoa encarcerada. Aqui, o dever do Estado é eminentemente positivo exigindo-se da máquina pública uma atuação tendente a prestar materialmente um cárcere digno.

Dada a relação triádica que se deduz do direito fundamental a um cárcere digno, é inequívoca a posição subjetiva deste direito. Em sendo um direito subjetivo, o “indivíduo-encarcerado” – diante da lesão ou ameaça de lesão a esse direito fundamental – pode exigir a realização judicial desta norma de direito fundamental. Assim, a apreciação judicial da questão encontra-se amparada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou do controle jurisdicional previsto no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição.

4.3.3. A faceta prestacional do direito fundamental a um cárcere digno e a sua aplicabilidade imediata.

O direito fundamental a um cárcere digno apresenta uma dupla faceta: negativa e positiva. Embora esteja fundamentado nos incisos XLVIII, XLIX e L, do art. 5º, todos da Constituição, e localizados topograficamente como direitos individuais – tipicamente liberais, em regra, de cunho marcadamente negativo – não se pode negar a possibilidade de assumir uma faceta prestacional.

Ao exigir que a pena deva ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, a Constituição trouxe aí um dever do Estado de construir cárceres que atendessem a essa distinção. Igualmente, ao se garantir que as mulheres encarceradas permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação, a Constituição quis impor um dever para o Estado de disponibilizar um espaço no cárcere para acomodar esses filhos.

Um pouco mais complexo é extrair uma faceta positiva do direito fundamental ao resguardo da integridade física e moral do encarcerado. É preciso recordar que o Estado Liberal – em que se exigia uma não intervenção estatal na vida dos indivíduos – foi substituído por um Estado Social, e que esse Estado é chamado a suprir as carências dos indivíduos que não conseguem, por meios próprios, dispor de bens que lhe são essenciais. O encarcerado, que em razão da privação de sua liberdade não pode buscar sobrevivência digna, estabelece com o Estado uma relação de dependência ainda maior.

Ao estar submetida aos cuidados do Estado a pessoa encarcerada necessita do ente estatal para prover as suas necessidades essenciais, por exemplo, com alimentação e saúde. Nesse contexto, o resguardo à integridade física e moral do encarcerado não pode ser compreendido como uma mera abstenção estatal. Há de se exigir que o Estado ofereça condições materiais indispensáveis à garantia desta integridade.

O direito à integridade física e moral do preso é, portanto, um direito fundamental completo de acordo com a classificação de Robert Alexy que ostenta uma face positiva e uma face negativa.

A faceta negativa, isto é, o dever de abstenção do Estado, tem aplicabilidade imediata *in totum*. O dever de abstenção é preceito que se aplica sob a forma do tudo ou nada. Não se vislumbra uma progressividade no seu cumprimento. Ou o Estado se abstém⁶⁵⁶ e está observando os mandamentos constitucionais ou o Estado não se abstém e violou o referido dispositivo.

Se os agentes penitenciários praticam atos que atentem contra a integridade física dos encarcerados – apliquem castigos corporais, por exemplo – o direito subjetivo do preso a não ter a sua integridade física e moral violada é plenamente exigível em toda a sua integralidade perante o Poder Judiciário.

A faceta prestacional de um direito fundamental, por outro lado, provoca maiores questionamentos a respeito da aplicabilidade imediata deste direito, devido a necessidade de uma *interpositio legislatoris* – indispensável à colmatação deste direito – e em razão dos custos decorrentes da sua implementação (reserva do possível).

Denominou-se de direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* exclusivamente a faceta prestacional do direito fundamental a um cárcere digno.

⁶⁵⁶Essa abstenção estatal há de ser observada com cautela. Não se está aqui a dizer que o Estado não fez nada. Por exemplo, considerando que os agentes penitenciários se abstenham de praticar atos que ofendam a integridade física e moral dos presos, não se pode olvidar que, o Estado realizou concurso público, nomeou e deu posse a tais agentes, capacitou-os para que bem desempenhassem as atribuições inerentes ao cargo e mensalmente remunera tais agentes. Disto decorre que, para se alcançar o dever de abstenção, foram praticadas diversas ações. E é em razão dessas ações custosas que envolvem os direitos negativos que Holmes e Sustain defendem que todos os direitos são positivos, inclusive os de liberdade. A esse respeito Flávio Galdino, defende que toda abstenção estatal demanda custos, pois, “em verdade, ela contém sempre e sempre um *facere* (um agir positivo) e, mais importante, qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva” – cf. GALDINO, F., op. cit., 2005, p. 226.

Que os direitos custam não se discute. Que os direitos fundamentais positivos – que exigem prestações – custam tanto quanto os direitos fundamentais negativos há certo dissenso. Surge daí a indagação: o custo inerente à prestação estatal indispensável à garantia de um cárcere digno *stricto sensu* retira a sua condição de direito fundamental e, conseqüentemente, a sua aplicabilidade imediata?

O direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* não é um direito social, mas um direito de liberdade, utilizando a classificação clássica dos direitos fundamentais. Nada obstante, há um nítido caráter positivo em tal direito, o que traz à tona toda a discussão a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Aplica-se ao direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* as mesmas teorias a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, uma vez que estas não se encontram pautadas no fato de ser um direito de liberdade ou um direito social. Ao contrário, são as prestações – normativas ou materiais – e os custos que lhes são inerentes que impõem uma nova argumentação a respeito da aplicabilidade imediata.

O custo intrínseco aos direitos positivos não lhes retira a fundamentalidade. Os direitos negativos também custam e isso não produz qualquer questionamento a respeito da sua fundamentalidade. O custo dos direitos fundamentais, apoiando-se na teoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein, é característica inerente tanto aos direitos negativos quanto aos positivos. Se esse argumento – dos custos – não é válido para retirar a jusfundamentalidade dos direitos fundamentais negativos, o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos direitos fundamentais positivos.

A necessidade de uma *interpositio legislatoris* também não retira a sua jusfundamentalidade ou a sua aplicabilidade imediata. A exigibilidade destes direitos não se encontra condicionada à atuação do legislador, embora seja acertado afirmar que após a sua concretização legislativa a sua carga eficaz é aumentada. Entender em sentido diverso corresponderia a considerar os direitos prestacionais “meras proclamações de cunho ideológico ou político⁶⁵⁷” destituídas de qualquer eficácia.

Ainda que não se possa extrair toda a carga eficaz de um direito pendente de regulamentação legislativa, é possível utilizá-lo como fundamento de uma ação de

⁶⁵⁷SARLET, I. W., op. cit. 2011, p. 292.

inconstitucionalidade por omissão, ou ainda vincular o legislador, no sentido de concretizar a norma, dentre outras cargas eficaciais.

O fato de um direito fundamental não apresentar a completude da sua carga eficaz não significa que o mesmo não é imediatamente aplicável, mas apenas que a sua aplicação é progressiva.

A progressividade dos direitos a prestações é característica que restou assentada no art. 2º, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Esse princípio vem a corroborar o fato de que os direitos a prestações devem ser implementados progressivamente, principalmente em países como o Brasil – que nunca tiveram o Estado Social plenamente implementado e que grande parcela da população sofre com falta de moradia, de alimento, dentro outros direitos sociais – em que o desafio na distribuição dos escassos recursos orçamentários é ainda maior.

Destarte, apesar das peculiaridades que rondam os direitos a prestações, percebe-se que estes apresentam sempre uma carga eficaz imediata, mesmo que limitada a alguns aspectos como decorrência lógica do disposto no §1º, do art. 5º da Constituição.

O direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*, em razão da sua natureza principiológica, é um direito *prima facie* que somente se torna definitivo por meio de juízos de ponderação realizados no caso concreto. Encontram-se, portanto, submetidos a uma “reserva geral de imanente de ponderação” e à reserva do possível.

O legislador, ao colmatar esse direito fundamental, deve estabelecer o conteúdo dos seus preceitos e as pretensões correspondentes. A Lei de Execução Penal, ao estabelecer um estatuto jurídico das pessoas encarceradas, disciplinou as condições do cárcere. Mesmo que se cogite que a Lei de Execução Penal estabeleceu um padrão mínimo a ser observado nos cárceres, há que se recordar que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe outros princípios, de assento constitucional, que devem ser sopesados em conjunto, podendo o direito fundamental a um cárcere digno vir a ser restringido e, em decorrência, algumas regras estabelecidas infraconstitucionalmente podem ter sua aplicabilidade mitigada.

A Lei de Execução Penal – de iniciativa da União – tem âmbito nacional. Por outro lado, a implementação de um cárcere digno *stricto sensu* – ressalvados os estabelecimentos penais federais – é de competência dos estados da federação. Disto decorre que a União pode ter pretendido uma realidade para os cárceres brasileiros que, no âmbito do estado federado, em face dos outros direitos prestacionais – principalmente os direitos sociais – e diante da escassez de recursos é possível que seja restringido.

Assim, mesmo que haja uma legislação infraconstitucional de âmbito nacional disciplinando minimamente o cárcere digno, a sua efetiva implementação pelos estados federados exige ainda um sopesamento com a implementação de outros direitos igualmente fundamentais. Somente na situação concreta será possível aferir se as escolhas do legislador observaram os preceitos constitucionais ou se seriam passíveis de revisão judicial, vedada à apreciação dos aspectos eminentemente políticos.

Independentemente da existência de uma legislação infraconstitucional ou da dependência de recursos para sua implementação – inerentes a sua faceta prestacional, não se pode olvidar que o direito fundamental a um cárcere digno possui aplicabilidade imediata em razão de ser possível extrair dos seus preceitos uma carga eficaz mínima.

4.3.4. Discricionariedade administrativa e separação de poderes *versus* legitimidade do Poder Judiciário.

O dever estatal de implementação de um cárcere digno é de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. A Constituição estabeleceu esse dever correlato a um direito fundamental, competindo a esses Poderes, no exercício de suas atribuições, adotar os atos necessários a sua implementação. Tais atos revestem-se da discricionariedade política que lhes é ínsita. No entanto, para serem legítimos devem estar respaldados na Constituição, principalmente se trouxerem limitações ao direito fundamental a um cárcere digno.

Sobre o assunto, Ana Carolina Lopes Olsen afirma que:

De fato, todas as esferas dos poderes constituídos podem praticar atos que afetem negativamente os direitos fundamentais, seja através da edição de leis pelo Poder Legislativo, seja através da prática de atos administrativos ou mesmo da criação de legislação extravagante, como é o caso das Medidas Provisórias, pelo Poder Executivo, seja, ainda, através de decisões judiciais, da competência do Poder Judiciário. Em todas estas hipóteses, faz-se necessário identificar quando se está diante de restrição ao direito fundamental, e quais as possibilidades de controle de constitucionalidade e legitimidade desta restrição⁶⁵⁸.

A prática de atos pela Administração Pública tendentes a conferir efetividade à política pública formulada para concretizar o cárcere digno deve observar os princípios constitucionais expressamente previstos no art. 37, *caput*, da Constituição.

Além disso, as restrições por ventura realizadas quer no âmbito do Legislativo, quer no âmbito do Executivo, somente se legitimam se compatíveis com a Constituição. Em outras palavras, as restrições ao direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* – que podem ser sintetizadas como restrição a uma posição *prima facie* decorrente do direito fundamental – somente se caracteriza como uma restrição se for compatível com a Constituição. Por mais que haja uma margem de discricionariedade conferida ao Legislativo ou Executivo os atos praticados por esses Poderes não podem legitimamente restringir direitos fundamentais. É a própria Constituição que o faz.

Essa premissa é indispensável ao controle jurisdicional. O Poder Judiciário não pode substituir a vontade dos poderes democraticamente eleitos para tomar as decisões políticas indispensáveis a formulação e implementação de uma política pública voltada a concretização de um direito fundamental. A sua atuação, para ser democraticamente legítima, deve verificar os aspectos jurídicos e não os políticos.

A apreciação judicial deve, portanto, verificar a conformidade dos atos praticados pelos representantes democraticamente eleitos com os preceitos constitucionais. Apenas se houver violação desses preceitos é que será cabível a intervenção judicial, uma vez que não cabe ao Judiciário questionar as escolhas políticas em relação aos aspectos não jurídicos.

⁶⁵⁸OLSEN, A. P. L., op. cit., 2006, p. 133.

4.3.5. Direito fundamental a um cárcere digno e o mínimo existencial.

O conceito de mínimo existencial surgiu como uma necessidade para se estabelecer um piso dos direitos prestacionais indispensáveis a uma vida com dignidade e que deve ser respeitado pelo Estado independentemente da escassez dos recursos.

A questão orçamentária será analisada mais adiante, por ora, a discussão será limitada a verificar a aplicação da teoria do mínimo existencial a um direito de liberdade e, em caso afirmativo, estabelecer, na realidade brasileira, qual seria o mínimo existencial do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*.

Com relação à aplicação da teoria do mínimo existencial a um direito de liberdade de cunho prestacional, em razão do custo que lhe é inerente, a princípio, seria plenamente aplicável. Diz-se a princípio porque o mínimo existencial para além do custo é questão que se aplica apenas aos direitos mais essenciais do indivíduo, àqueles que se encontram diretamente atrelados à manutenção da sua vida.

Fácil é perceber que, dentro do conceito macro de direito fundamental a um cárcere digno, há determinadas prestações que devem ser asseguradas pelo Estado que são intrinsecamente relacionadas à manutenção da sua vida e, ainda, o preso não dispõe da faculdade de, por conta própria, buscar tais direitos.

Esta é uma particularidade que deve ser considerada: depois de inserido no cárcere, o preso não dispõe de meios para assegurar a sua própria existência. Em que pese tal característica não impossibilitar a aplicação da teoria do mínimo existencial, fica aqui descartada desde já a co-responsabilidade do cidadão em se auto prover. A responsabilidade aqui será sempre do Estado, que deverá fornecer alimentação, vestimentas, dentre outras necessidades básicas.

Assim, verifica-se que o conceito de mínimo existencial é plenamente aplicável a fim de estabelecer o mínimo que deve ser assegurado no cárcere digno *stricto sensu*. Parte-se agora para compreensão do mínimo existencial no Brasil. Com efeito, a noção de mínimo existencial não deve ser apreendida de países estrangeiros ou ser buscada isoladamente do contexto fático vivenciado no País. Como se disse anteriormente, o

Brasil nunca chegou a implementar um Estado Social, de maneira que nenhum dos direitos sociais chegou a ser plenamente aplicado.

Disto decorre que a implementação progressiva destes direitos e do direito fundamental a um cárcere digno deve ser concomitante, não sendo razoável que se destaque algum direito para ser implementado integralmente remanescendo os demais direitos no mesmo patamar.

O primeiro critério que se utiliza para identificar o mínimo existencial é o princípio da igualdade material. Ora, se os presos possuem os mesmos direitos dos demais cidadãos que não se encontram suspensos ou limitados pela condenação, disto decorre que a estes não pode ser conferido tratamento melhor nem pior do que o disponibilizado para o restante da população.

E, sob outra perspectiva, se aos presos de um estabelecimento prisional de um Estado é garantido alguns direitos, esses mesmos direitos devem ser estendidos a todos os outros estabelecimentos prisionais da unidade da federação respectiva. Circunscreveu-se o tratamento à unidade federativa, tendo em vista que o Sistema Penitenciário Nacional é descentralizado, competindo a cada Estado a criação de “Departamento Penitenciário ou órgão similar⁶⁵⁹” que “tem por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da Unidade da Federação a que pertencer⁶⁶⁰”. Nesse viés, a igualdade de tratamento entre presos deve ser observada por unidade da federação e não no âmbito nacional, apesar de competir a União auxiliar na redução dessas desigualdades.

Esse é um dos motivos pelo qual é temerária a intervenção judicial em determinado estabelecimento penal sem que se analise a questão sob uma perspectiva macro. Caso o Estado tenha que estender a todos os estabelecimentos da sua unidade federativa os direitos assegurados a determinado estabelecimento penal é possível que haja um comprometimento das demais políticas públicas igualmente relevantes (reserva do possível no seu viés negativo).

No que se refere ao tratamento igualitário com os demais cidadãos, releva identificar quais direitos vitais são assegurados aos presos para depois cotejar com o

⁶⁵⁹Cf. art. 73 da LEP.

⁶⁶⁰Cf. art. 74 da LEP.

nível concedido ao restante da população brasileira. Observa-se que o Estado oferece “moradia”, alimentação, saúde, educação, trabalho, dentre outros.

A “moradia” deve ser compreendida como o estabelecimento prisional em que se encontram cumprindo pena.

O direito a saúde não merece ser aprofundado tendo em vista que, em geral, são utilizados os hospitais do SUS, o que implica que o fornecimento de saúde é assemelhado.

Com relação ao direito a educação, embora não se discuta a sua importância para a melhora na condição de vida, principalmente para aqueles que se encontram no cárcere, cujo ensino poderia promover a alteração do *status quo*, não parece que se trata de um direito essencial à sobrevivência do encarcerado.

A mesma situação se observa em relação ao direito ao trabalho. Apesar de não se olvidar a importância da capacitação profissional durante o período no cárcere, inclusive como mola propulsora da alteração do *status quo*, é de se crer que na realidade brasileira há de se garantir primeiramente outros direitos intrinsecamente relacionados a sua sobrevivência, como, por exemplo, a alimentação e a “moradia”.

Não se está aqui a negar o direito do preso à educação ou ao trabalho, mas diante da escassez de recursos há que se fazer uma escolha trágica e isso exige que se limite o mínimo existencial até praticamente o mínimo vital.

A identificação do mínimo existencial como o mínimo vital é tema que divide os doutrinadores. Há quem defenda que o mínimo existencial não pode ser identificado com o mínimo vital, mas teria que ser algo acima disto. Nada obstante, em um país que em determinadas regiões não restou implementado nem o mínimo vital, não parece razoável exigir um grau de satisfação da prestação acima disto a curto prazo.

Interessa aqui fazer um comparativo entre a situação habitacional do País e a situação do cárcere.

De acordo com os dados consolidados do INFOPEN em julho de 2012, a população carcerária era de 549.577 ao passo que o número de vagas existentes é de

309.074⁶⁶¹, o que significa um déficit de 240.503 vagas, ou seja, um déficit de cerca de 43% (quarenta e três por cento).

A situação habitacional do País também não se encontra resolvida. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no Censo de 2010, ao fazer o levantamento dos domicílios, dentre as diversas informações colhidas analisou alguns aspectos inerentes a uma moradia adequada como, por exemplo, o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, coleta de lixo e fornecimento de energia elétrica, cujos resultados da análise dos dados foram os seguintes:

O crescimento do serviço de abastecimento de água por rede geral ocorreu em todas as Grandes Regiões do País, embora de forma desigual. As Regiões Sudeste e Sul, em 2010, continuaram sendo as que tinham os maiores percentuais de domicílios ligados à rede geral de abastecimento de água (90,3% e 85,5%, respectivamente), em contraste com as Regiões Norte e Nordeste que, apesar dos avanços, continuaram com os percentuais mais baixos (54,5% e 76,6%, respectivamente). (...) Das condições de saneamento básico, o esgotamento sanitário é o que apresenta o mais longo caminho a ser percorrido para atingir índice satisfatório que possa garantir melhorias nas condições de moradia e de saúde da população, bem como preservar a qualidade do meio ambiente. No decorrer dos dez anos entre os Censos Demográficos, aumentou a proporção de domicílios ligados à rede geral de esgoto ou com fossa séptica em quatro das cinco Grandes Regiões do País. (...) A Região Sudeste continuou com as melhores condições de esgotamento sanitário, passando de uma cobertura de 82,3% dos domicílios, em 2000, para 86,5%, em 2010, com maior concentração nos domicílios urbanos nos dois períodos. Segue-se a Região Sul, que passou de 63,8% para 71,5% dos domicílios com esgotamento adequado. A Região Centro-Oeste apresentou o maior crescimento de domicílios com rede geral ou fossa séptica no período, acima de 10 pontos percentuais. A despeito da melhoria das condições de esgotamento sanitário, a Região Centro-Oeste tinha pouco mais da metade de seus domicílios com saneamento adequado (51,5%) e as Regiões Norte e Nordeste apresentaram patamares ainda mais baixos (32,8% e 45,2%, respectivamente). Nessas regiões, as fossas rudimentares eram a solução de esgotamento sanitário tanto para domicílios urbanos quanto para rurais. (...) Como os demais serviços de saneamento, a coleta de lixo aumentou no período entre os Censos Demográficos em todas as Regiões, chegando a 2010 com uma ampla cobertura: a mais abrangente se encontrava na Região Sudeste (95%), seguida da Região Sul (91,6%) e da Região Centro-Oeste (89,7%). (...) À época da coleta do Censo Demográfico 2010 ainda havia 1,3% de domicílios sem energia elétrica, com maior incidência nas áreas rurais do País (7,4%). A situação extrema era a da Região Norte, onde 24,1% dos domicílios rurais não possuíam energia elétrica, seguida das áreas rurais das Regiões Nordeste (7,4%) e Centro-Oeste (6,8%)⁶⁶².

⁶⁶¹Dados extraídos do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos. Todas UF's. Referência:12/2011.

⁶⁶²Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Censo Demográfico 2010. Características da população e dos domicílios resultados do universo. IBGE: Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/resultados_do_universo.pdf. Acesso em: 05 de fevereiro de 2013.

Principalmente nas regiões menos desenvolvidas do País, a exemplo do Norte e Nordeste, alguns serviços indispensáveis a uma moradia digna se encontram ausentes. De onde se conclui que o direito social à moradia ainda não atingiu a sua carga eficaz total, encontrando-se ainda em um nível bem abaixo da noção corriqueira de mínimo existencial.

Analisando o quantitativo de moradias, a Caixa Econômica Federal elaborou estudo com base nos dados da PNAD do IBGE que culminou com as seguintes considerações:

O enfrentamento da carência de moradias exige um esforço integrado do governo e da iniciativa privada. A cada ano são necessários maiores investimentos, não só para suprir a falta acumulada de unidades habitacionais decorrente de questões estruturais dos domicílios (Demanda Habitacional Domiciliar), mas também da parcela referente ao crescimento demográfico (Demanda Habitacional Demográfica). Este estudo demonstra que DHDE e DHDO incorporam características socioeconômicas e regionais. A visualização da distribuição espacial destes componentes da Demanda Habitacional associada a informações customizadas sobre as características do território facilitam o planejamento de ações governamentais e podem contribuir para o aprimoramento das políticas públicas. O resultado da aplicação do cálculo apresenta uma estimativa para a Demanda Habitacional Total na ordem de 9.297.214 unidades habitacionais com base nos dados da PNAD 2009. Correspondem a este valor 6.978.415 de unidades referentes a DHDE e 2.318.799 de unidades a DHDO⁶⁶³.

A respeito da Demanda Habitacional Domiciliar, releva esclarecer que são considerados domicílios inadequados aqueles cujas moradias são precárias e “precisam ser substituídas por não oferecerem condições de habitabilidade e segurança. Inclui-se neste cômputo as necessidades habitacionais das camadas mais pobres da população”. São computados os domicílios improvisados, que correspondem aqueles localizados em unidades não-residenciais (lojas, fábricas, etc) que não têm dependências destinadas exclusivamente à moradia; os cômodos, também denominados cortiços, que se caracterizam como uma construção única, cuja estrutura interna foi adaptada para acomodar, em cada cômodo um grupo familiar com vida independente dos demais, possuem, quase sempre, banheiro ou aparelho sanitário de uso coletivo⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Caixa Econômica Federal. Demanda habitacional no Brasil. Brasília: CAIXA, 2011. Disponível em http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/habita/documentos_gerais/demanda_habitacional.pdf. Acesso em 05 de fevereiro de 2013.

⁶⁶⁴ Ibid.

Pautando-se nos dados apresentados, conclui-se que a realidade habitacional brasileira ainda é qualitativa e quantitativamente inadequada.

No que se refere à alimentação, de acordo com a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO) – no novo relatório sobre a situação da fome no mundo denominado o Estado da Insegurança Alimentar no Mundo 2012 (SOFI), publicado conjuntamente pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), o Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola (FIDA) e o Programa Mundial de Alimentos (PMA) – houve uma melhora nas estimativas sobre a subnutrição crônica com base em metodologia e dados aperfeiçoados para as duas últimas décadas.

Especificamente no caso do Brasil, a FAO constatou que:

Pelos dados do relatório, o Brasil conseguiu reduzir de 14,9%, no período de 1990 a 1992, para 6,9%, nos anos de 2010 a 2012, o percentual de subnutridos. No país, cerca de 13 milhões de pessoas passam fome ou sofrem com desnutrição. Os programas sociais desenvolvidos pelo governo brasileiro em parceria com os governos estaduais e municipais, além da iniciativa privada, foram elogiados no documento. O Programa Bolsa Família é uma referência, segundo o relatório. Para os especialistas, o Bolsa Família é um instrumento positivo para promover a capacitação econômica das comunidades. Há elogios também ao sistema adotado pela prefeitura de Belo Horizonte (Minas Gerais) de combate à fome na periferia da cidade⁶⁶⁵.

Com relação a alimentação, não constam dados a respeito do seu fornecimento nos estabelecimentos prisionais. No entanto, o fato de que, apesar de todos os esforços do Poder Público, ainda existem 13 milhões de pessoas que passam fome ou se encontram subnutridas, demonstra que o grau de satisfação dos direitos sociais no País sequer atingiu um mínimo vital.

Assim, por mais louvável que seja defender que o mínimo existencial não deve se limitar ao mínimo vital, no Brasil, diante da situação apresentada é razoável que o mínimo existencial corresponda a um mínimo vital, exigindo-se, no entanto, a sua progressiva implementação ao longo dos anos. Apenas a total inércia da Administração Pública em melhorar esses índices de mínimo vital é que seria ilegítima em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade na sua faceta positiva de proibição da insuficiência ou proibição da proteção deficiente ou proibição por defeito constitui a

⁶⁶⁵Extraído do sítio eletrônico da sede brasileira da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO). Disponível em: <https://www.fao.org.br/q870mpmesnrsf.asp>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2012.

faceta positiva do princípio da proporcionalidade que exige que o Estado adote medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz do direito fundamental a um cárcere digno.

4.3.6. A reserva do possível como limite externo à implementação do cárcere digno *stricto sensu*.

O principal argumento a restringir o dever do Estado de disponibilizar as prestações necessárias à implementação do cárcere digno *stricto sensu* é a cláusula da reserva do possível. A reserva do possível deve ser compreendida como uma limitação “imaneente ou intrínseca” a condicionar a validade dos direitos fundamentais a prestações.

De fato, se a própria Constituição assegura a reserva de orçamento e estabelece a competência orçamentária para o Poder Executivo e Legislativo, não parece adequado concluir que os direitos fundamentais, especialmente os prestacionais, existem independentemente do seu custo.

(...) a não ser que a Constituição expressamente consagre uma pretensão, um direito ou um dever de realizar uma dada prestação social em termos precisos ou definitivos – o que será, todavia, sempre uma exceção –, todos os direitos sociais, na sua dimensão principal, são entendidos como intrinsecamente condicionados por aquela reserva, mesmo que o legislador constituinte não o refira expressamente⁶⁶⁶.

A Constituição, ao inserir os direitos a prestações, já o fez condicionado à reserva do possível. Disto decorre que as posições *prima facie* que podem ser extraídas do direito fundamental a um cárcere digno são restringíveis pela reserva orçamentária. A Constituição destinou uma seção específica para tratar de orçamento (Título VI – Da Tributação e do Orçamento, Capítulo II – Finanças Públicas, Seção II – Orçamento), atribuindo ao Poder Executivo a iniciativa de lei: do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais (cf. art. 165, da Constituição), que devem estabelecer os objetivos, diretrizes e metas da Administração Pública, ao passo que a lei orçamentária anual deve – guardada a compatibilidade com o plano plurianual e

⁶⁶⁶NOVAIS, J.R., op. cit., 2010, p. 101.

ressalvado o orçamento da seguridade social – reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

Há aqui uma margem discricionária na escolha alocativa que somente poderia sofrer intervenções judiciais caso restringisse os direitos fundamentais prestacionais de maneira a macular o seu núcleo essencial.

O núcleo essencial do direito fundamental – que corresponde àquela parcela que deve ser preservada no sopesamento sob pena de esvaziamento – se apresenta, portanto, como um limite à restrição do direito fundamental provocada pela reserva do possível.

Assim, o Poder Executivo, ao elaborar o orçamento público, deve realizar escolhas alocativas que visem à redução da igualdade e que assegurem à preservação do núcleo essencial dos direitos prestacionais – que em grande parte se identificam com a garantia do mínimo existencial.

Ora, se os recursos são escassos e se as necessidades infinitas, é certo que alguma posição *prima facie* dos direitos fundamentais prestacionais será restringida, visando garantir uma posição de outro direito prestacional igualmente fundamental. Se ambos os direitos envolvidos encontram respaldo constitucional e se a própria reserva de orçamento também ocupa assento constitucional, não se pode alcançar outra conclusão a não ser a de que eventual restrição de direito fundamental em razão da reserva do possível é uma restrição legítima.

Nesse contexto, a implementação do cárcere digno, nos moldes estabelecidos na Lei de Execução Penal, encontra-se condicionado à reserva orçamentária prevista constitucionalmente.

O contra argumento à utilização da teoria da reserva do possível como um limite externo aos direitos fundamentais diz respeito a sua adoção equivocada no território brasileiro. Não se olvida que no direito alemão, nascedouro da referida teoria, a questão orçamentária assume posição secundária, enquanto que a razoabilidade da pretensão do autor se destaca. E ainda, que a referida teoria surgiu com o objetivo de limitar as prestações sociais garantidas pelo Estado. Neste ponto, diferentemente do mínimo existencial que é reconhecido como o piso dos direitos a prestações sociais, a reserva

do possível corresponderia ao teto, àquele patamar além do qual o Estado não estaria obrigado a adimplir.

Volvendo-se a realidade brasileira e considerando a situação da fome e subnutrição no País, não seria lógico se falar em teto quando ainda se está implementando o mínimo. A questão, portanto, não é da razoabilidade da prestação, mas como – diante dos diversos direitos sociais que precisam ser implementados – assegurar a sua progressividade⁶⁶⁷ isonômica. E isso somente se alcança com o equilíbrio da alocação orçamentária.

Disto decorre que a adaptação da reserva do possível ao contexto brasileiro, em vez de uma deturpação dirigida a determinado fim, se apresenta mais como uma necessidade intrínseca à realidade do Brasil.

Apesar das críticas, diante da realidade brasileira, a reserva do possível deve ser aplicada no seu viés orçamentário e os direitos fundamentais são condicionados à reserva do orçamento, não podendo se exigir mais do que o Estado tem condições reais de oferecer.

Não é a mera declaração de ausência de orçamento disponível que exige o Estado de fornecer a prestação indispensável à manutenção do mínimo existencial, aqui identificado como mínimo vital no cárcere. Há que se verificar a aplicação do princípio da proporcionalidade na sua faceta de proibição de excesso, devendo ser excluídas as restrições a direitos fundamentais que não sejam proporcionais – quer por não serem necessárias ao atingimento do fim pretendido, quer por não serem adequadas a este mesmo fim ou por não estabelecerem uma relação de proporcionalidade entre os fins visados e os meios utilizados.

Um ponto que merece ser bem esclarecido é que, diferentemente dos direitos sociais à saúde e a educação, o direito fundamental a um cárcere digno não foi delimitado constitucionalmente. Deixou-se aos poderes democraticamente eleitos a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, o que representa um alargamento da margem de discricionariedade político-administrativa nesta seara.

⁶⁶⁷O princípio da progressividade, conforme anteriormente mencionado, encontra-se expressamente previsto no art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e ratificado pelo Brasil em 1992.

4.4. O cárcere digno e o Supremo Tribunal Federal.

Seguramente uma das melhores formas de se compreender o controle jurisdicional das políticas públicas voltadas à concretização do cárcere digno *stricto sensu* é verificar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem analisado o tema.

4.4.1. Decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Considerando as inter-relações entre a consecução do direito fundamental a um cárcere digno e o princípio da separação dos Poderes, em alguns julgados o Supremo Tribunal Federal, adotou posicionamento no sentido de que não é possível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras destinadas a reverter à situação prisional do Estado, por tal medida representa afronta ao referido princípio.

A. *Leading case*: Recurso Extraordinário nº 365.299.

No Recurso Extraordinário nº 365.299, em decisão monocrática, o ex-ministro Carlos Velloso negou seguimento ao recurso extraordinário apresentado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face de decisão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado por entender que a reforma do cárcere estaria atrelada a políticas públicas e a reserva orçamentária, não competindo ao Poder Judiciário adentrar nessa questão, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes:

Destaco do parecer do ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos: "(...) 8. De início, impede reconhecer que o vergastado acórdão não ofendeu o caput do art. 144 da Carta da República de 1988, que dispõe: 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)'. Isto porque, independente de se taxar tal norma de programática ou de eficácia contida, ela deve ser interpretada de modo a se coadunar com o disposto no art. 2º do mesmo diploma Legislativo, que trata da interdependência dos Poderes da União. 9. De fato, a utilização de ação civil pública a fim de exigir do Executivo local a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigura-se um questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser

deveras direito de todos, esse tipo de ingerência nos atos da Administração Pública pode acabar por transformar o juiz em administrador, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas. 10. Importante é consignar que o raciocínio acima esposado nada tem a ver com doutrinas apriorísticas que pregam a intangibilidade do mérito dos atos administrativos ante o controle exercido pelo Judiciário, pois esse é o tipo de discussão que resta superada ante o mandamento presente no inciso XXXV do art. 5º (princípio da ubiquidade da jurisdição) de nossa Lei Fundamental de 1988, uma vez que, independente de o ato administrativo ser taxado de vinculado ou discricionário, havendo lesão ou ameaça a direito, faz-se necessária a intervenção do Judiciário sempre que provocado. III 11. Ante o exposto, o parecer é pelo não-provimento do extraordinário. (...)." (Fls.245-246) Correto o parecer.

A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, caput, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer foi adotado no acórdão recorrido:

"(...) 'Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adremente aprovados pelo Legislativo. 'Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades. 'Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessário para tal desiderato. 'A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas, aguardem por idêntica solução. O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. 'Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal. (...)." (Fls. 205-206) É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento.

É certo que o pedido autoral não se fundamenta no direito fundamental a um cárcere digno (cf. inciso XLIX, do art. 5º, da Constituição), mas no direito social à segurança pública que, em sentido lato, envolve não apenas os órgãos policiais

indispensáveis à “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, mas todo um aparato estatal, inclusive o Sistema Penitenciário Nacional.

Apesar de ambos serem direitos fundamentais de cunho prestacional, distingue-se a perspectiva de análise do caso. Enquanto a invocação do cárcere digno traz à tona questões envolvendo direito individual e a dignidade da pessoa humana, ao se invocar o direito à segurança pública, deixa-se de lado a perspectiva individual, prevalecendo a coletiva. É o dever de proteção estatal da coletividade que emerge como fundamental. Subsiste um direito meramente objetivo consubstanciado no dever de prestar um cárcere, não necessariamente um cárcere digno. Tanto é assim que, em nenhum momento da decisão, emerge a questão da dignidade humana do preso ou dos seus direitos fundamentais, o conflito cinge-se ao princípio da separação dos poderes e ao direito à segurança pública no seu viés penitenciário.

O argumento utilizado para negar provimento ao Recurso Extraordinário e, por consequência, reconhecer ilegitimidade do Poder Judiciário para se imiscuir em questões relacionadas ao sistema penitenciário, encontra-se pautado na não violação do *caput* do art. 144 da Constituição, cuja interpretação deve ser conferida em consonância com o art. 2º do referido diploma constitucional.

Segundo o Exmo. Ministro, a decisão a respeito da alocação dos recursos necessários à reforma do estabelecimento penal deve observar o disposto nos arts. 165 a 167 da Constituição que tratam da competência do Poder Executivo para propor as leis orçamentárias, da necessária apreciação destas leis pelas duas Casas do Congresso Nacional e do estabelecimento de regras para elaboração do orçamento, respectivamente.

O direito à segurança pública estaria limitado à reserva do possível – embora a decisão não use essa terminologia. Na ponderação entre o direito à segurança pública e o princípio da separação de poderes, do qual a “soberania orçamentária do legislador” é corolário, há de prevalecer este último. A posição *prima facie* do direito social à segurança pública consistente no dever estatal de reforma do cárcere é afastada em razão do princípio da separação dos poderes, por envolver uma escolha alocativa de recursos de competência dos poderes democraticamente eleitos. Inclusive, por existirem dois cárceres na região que se encontram interditados por necessidade de

reformas, não competindo ao Poder Judiciário direcionar os recursos, de maneira que eventual decisão sobre o caso poderia violar o princípio da igualdade.

O Supremo Tribunal Federal, com arrimo no parecer da Procuradoria-Geral da República, reconheceu, portanto, que a decisão a respeito da alocação de recursos em matéria de segurança pública e, mais especificamente, em matéria penitenciária, é ato que se encontra dentro das atribuições precípua dos Poderes Legislativo e Executivo. Caracterizaria-se como o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, que não poderia ser restringido, neste caso, pelo direito social à segurança pública.

Uma crítica é cabível. A disponibilidade fática e jurídica dos recursos (escassez e equacionamento dos recursos) e a proporcionalidade da prestação pleiteada (proibição de exceção e proibição da insuficiência), aspectos estes inerentes à teoria da reserva do possível, sequer foram apreciados *in concreto*, uma vez que se reconheceu neste caso a insindicabilidade da alocação dos recursos e do mérito das escolhas orçamentárias.

A decisão do STF encontra-se atrelada à teoria da discricionariedade administrativa que reconhece a impossibilidade de apreciação do mérito dos atos da Administração Pública. No entanto, a teoria da discricionariedade administrativa mais compatível com um Estado Democrático de Direito permite a sindicabilidade do mérito nos seus aspectos jurídicos – ressalvados os de cunho político que permanecem insindicáveis.

Seria legítimo aferir, neste caso, se as escolhas alocativas encontram respaldo jurídico-constitucional. O Judiciário não estaria substituindo o Legislador ou Executivo, mas, apenas, verificando se essas escolhas atenderam aos ditames constitucionais e legais que regem a matéria.

B. Decisões pautadas no *leading case* firmado pelo Recursos Extraordinário 365.299.

A decisão monocrática foi adotada pelo Ministro Eros Grau no Recurso Extraordinário nº 422.298, em que o Ministério Público do Estado do Paraná propôs ação civil visando imposição ao Governo daquele Estado consistente em construir

estabelecimento prisional adequado. No caso, o Tribunal de origem entendeu que a pretensão do recorrente afrontaria a separação dos poderes, uma vez que: "[n]o presente caso, tem relevante destaque o princípio da conveniência do ato. Ocorre que o exame de dito princípio é da exclusiva competência do Poder Executivo, na medida em que de seus cofres é que advirão os valores necessários à obra⁶⁶⁸". Com base no precedente fixado pelo Ministro Carlos Veloso, o Ministro Eros Grau negou seguimento ao RE.

Em sentido semelhante, o Ministro Cezar Peluso acolheu o precedente citado no Recurso Extraordinário nº 403806, em que a Procuradoria do Estado do Paraná alegou que o acórdão do Tribunal *a quo* violou o art. 2º da Constituição ao determinar ao Estado a construção de seis celas, bem como a disponibilizar os recursos humanos necessários sob o argumento de que a "obrigação de fazer imposta pelo Judiciário feriu a independência dos Poderes, porque se traduz em usurpação de competência do Executivo, que, no exercício do poder discricionário, decide como empregar os recursos orçamentários na consecução de políticas urbanas⁶⁶⁹".

No ano de 2010, o tema mais uma vez é objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 279455, em que o recorrente alega violação ao art. 2º e ao art. 165, §8º da Constituição, tendo em vista que o acórdão entendeu que a reforma de cadeia pública não é atividade meramente discricionária, estando a Administração Pública obrigada a "atender aos padrões mínimos de segurança e salubridade do prédio, se optar por mantê-lo como presídio⁶⁷⁰". A Ministra Ellen Gracie não verificou a violação ao art. 165, §8º da Constituição, em razão da ausência de prequestionamento. No que se refere à alegada violação ao art. 2º a Ministra negou seguimento ao RE, em razão dos precedentes da Corte.

Em 2011, no Recurso Extraordinário nº 650085, em que o recorrente alega que o Tribunal de origem havia violado o disposto no art. 2º e no art. 165, § 8º, da Constituição ao decidir que "o estabelecimento carcerário deve assegurar aos presos o

⁶⁶⁸Extraído da decisão monocrática prolatada no RE 422298, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 28/06/2006, publicado em DJ 07/08/2006 PP-00084.

⁶⁶⁹Extraído da decisão monocrática prolatada RE 403806, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 30/07/2007, publicado em DJ 22/08/2007 PP-00077.

⁶⁷⁰Extraído da decisão monocrática prolatada no RE 279455, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 05/03/2010, publicado em DJe-048 DIVULG 16/03/2010 PUBLIC 17/03/2010.

respeito à integridade física e moral (CF, art. 5º, inc. XLIV), evitando-se tratamento desumano e degradante⁶⁷¹”. O recorrente embasa seu argumento nas seguintes considerações:

Definir prioridades e áreas de atuação é questão que escapa ao exame do Judiciário (...). Seria descabido compelir o Estado de São Paulo a realizar uma obra pontual com grandes custos humanos e financeiros sem a coleta de dados sobre a efetiva demanda prisional da região, e sem a eleição de prioridades por todo o Estado. (...) Ainda que não se negue o dever estatal atinente à gestão do problema carcerário, temos que os respectivos direitos devem ser implementados observando-se as possibilidades concretas (previsão orçamentária) e demais deveres estatais, não competindo ao autor (que nenhuma alusão fez quanto a eventual inutilização das verbas existentes) a eleição de como e quando implementá-los. (...) A tutela requerida só nos afiguraria razoável se adotada a presunção de que os presos serão transferidos para local com situações mais favoráveis, bem como que a reforma pretendida é prioritária em relação aos demais estabelecimentos carcerários do Estado, ou ainda, em relação às demais incumbências do Poder Executivo (obras de saneamento, hospitais, creches, escolas, moradias, etc.)”.

A Ministra Cármen Lúcia deu provimento ao RE, em razão do julgado ter divergido do posicionamento do STF de que “a determinação, pelo Poder Judiciário, de realização de obras em cadeia pública contraria o art. 2º da Constituição da República”, conforme os precedentes aqui citados.

C. Apontamentos sobre as decisões monocráticas citadas.

Os precedentes citados poderiam induzir a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal consolidou o posicionamento no sentido de que não compete ao Poder Judiciário compelir o Poder Executivo em obrigação de fazer consistente em reformar ou construir cárceres, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.

Nada obstante, é preciso esclarecer que, em que pese o caso paradigma ter sido julgado em 2005 e sua razão de decidir ter sido reproduzida nos anos seguintes por distintos Ministros até o ano de 2011, em nenhum momento o assunto foi levado a Plenário.

Outro dado importante refere-se à circunstância de que atualmente apenas a Ministra Cármen Lúcia ainda compõe a Corte, o que impossibilita que se possa deduzir

⁶⁷¹RE 650085, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/09/2011, publicado em DJe-177 DIVULG 14/09/2011 PUBLIC 15/09/2011.

qualquer posicionamento a ser firmado sobre o assunto com a atual composição da Corte.

Relevante ainda apontar que ultimamente as Repercussões Gerais relacionadas à situação do preso e ao sistema penitenciário têm sido fundamentadas no que restou aqui denominado de “direito fundamental a um cárcere digno”, de maneira que não apenas devem ser ponderados o princípio da separação dos poderes e o direito social à segurança pública, mas entra em discussão a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à integridade física e moral dos presos e, ainda, toda a problemática relacionada aos custos inerentes a esse direito, perpassando pela teoria da reserva do possível.

4.4.2. Reconhecimento de Repercussão Geral em casos envolvendo o Sistema Penitenciário.

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, com o objetivo de diminuir a quantidade de processos a serem julgados pela Corte Constitucional, possuindo o seguinte teor:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

O dispositivo constitucional restou regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que inclui os arts. 543-A e 543-B⁶⁷², que, em síntese, exigem, por

⁶⁷²Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a

parte do recorrente, a demonstração da repercussão geral para conhecimento do Recurso Extraordinário pelo STF, constituindo verdadeiro requisito preliminar. “Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos⁶⁷³”.

Os processos em que foi reconhecida a repercussão geral e aguardam pertinência com a presente dissertação são os seguintes: RE nº 592.581, em que se discute a 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, à luz dos artigos 1º, III; e 5º, XLIX, da Constituição e b) o RE nº 580.252, que trata da responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária, à luz dos artigos 5º, III, X, XLIX, e 37, § 6º, da Constituição.

Importa mencionar que no RE nº 608.880 foi reconhecida a repercussão geral para apreciar a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido, à luz do art. 37, §6º da Constituição e no ARE nº 638.467 foi reconhecida a repercussão geral para apreciar a responsabilidade objetiva do Estado por morte do detento, à luz do art. 37, § 6º da Constituição.

Em ambos os casos, emerge o dever de guarda do Estado sob sua dupla perspectiva: o dever de guarda decorrente do direito à segurança pública, no sentido de tutelar o preso assegurando que seja obstado o seu direito de ir e vir e o dever de guarda, decorrente do direito à integridade física e moral, no sentido de que o Estado

repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.” “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

⁶⁷³Extraído do Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal, disponível no sítio eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>.

deve garantir as condições necessárias ao cárcere digno ou no mínimo para a manutenção da sua vida.

Apesar de no ARE nº 638.467 se vislumbrar a discussão a respeito do cárcere digno – o disposto no inciso LXIV do art. 5º da Constituição, tendo sido inclusive o reconhecido de tal dever que fundamentou a decisão do juiz de direito da comarca de Porte Alegre a reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado⁶⁷⁴ – essa discussão assume papel secundário, somente se justificando na hipótese de se reconhecer que a responsabilidade do Estado seria subjetiva. Nesta hipótese, em que a culpa precisa ser comprovada, seria possível discutir o dever do Estado em face dos demais bens e direitos que precisam ser assegurados à sociedade.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁶⁷⁵, ao apreciar o caso, em sede de apelação, reconheceu a existência de responsabilidade objetiva, em razão do reconhecimento de uma omissão específica por ter o Estado o dever de zelar pela integridade física e moral do preso.

Nada obstante, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, ao apresentar o Recurso Extraordinário levantou no mérito violação ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, por entender inexistir nexo de causalidade, não adentrando, portanto, em qualquer discussão a respeito da integridade física e moral do preso.

⁶⁷⁴Trecho extraído da Sentença do Juiz de Direito Substituto da 1ª Vara Fazenda Pública Foro Central Porto Alegre da Comarca de Porto Alegre prolatada em 18 de julho de 2007 no Processo nº 70029820529: “(...) Dito isso, em que pese a dúvida do que, efetivamente, ocorreu, se suicídio ou se homicídio, uma coisa é certa, qual seja, a responsabilidade do Estado em zelar pela integridade física e moral do presidiário, consoante previsão do art. 5º, inciso XLIX, da CF/1988, não foi levada a termo, o que, por si só, já configura o dever de indenizar a esposa e o filho menor do de *cujus*, na medida em que incidente, à espécie, o disposto no art. 37, §6º, da CF/1988, no sentido de que é objetiva a responsabilidade do Estado pela ocorrência de atos que causem prejuízos a terceiros, tendo por base a teoria do risco administrativo. (...) Ademais, mesmo que assim não se entendesse, a responsabilidade subjetiva do Estado, ao menos, por certo não foi observada, porquanto evidente a sua culpa, na modalidade específica da negligência, ao omitir-se quanto ao seu dever de proteção”.

⁶⁷⁵Extraído do Acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça Estado do Rio Grande do Sul prolatado em 13 de maio de 2010: “(...) Destarte, conforme o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, responde o Estado objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo desnecessária a comprovação de dolo ou culpa. Por se tratar de omissão do Estado, a responsabilidade será objetiva, se a omissão for específica, e subjetiva, se a omissão for genérica. No caso em análise, a omissão é específica, pois o Estado deve zelar pela integridade física dos internos em estabelecimentos penitenciários que estão sob sua custódia, tendo falhado nesse íterim, conforme amplamente especificado no Parecer Ministerial. Adiante, mister que *quantum* indenizatório arbitrado pelo juiz singular para fins reparatórios por danos deve ser reduzido tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Agravo no Recurso Extraordinário “reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Dias Toffoli. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia”.

O Ministro relator Luiz Fux reconheceu a existência de questão constitucional no que se refere à discussão a respeito da responsabilidade civil objetiva do Estado, em razão de morte de detento, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição. O Ministro Dias Toffoli não vislumbrou questão constitucional, por entender que o caso cinge-se à reapreciação de provas e questões fáticas, atribuição esta vedada ao STF. O Ministro Marco Aurélio, ao acompanhar a existência de repercussão geral, entendeu “presente a cláusula segundo a qual o preso deve ter garantida a higidez física e moral”.

A questão central, portanto, neste caso, é a teoria da responsabilidade administrativa, ficando a questão do respeito à integridade física e moral do preso como aspecto secundário, somente ganhando relevo na hipótese de ser refutada a tese da teoria da responsabilidade objetiva. Neste caso, a apreciação deve seguir a mesma *ratio juris* do RE nº 580.252.

Esclarecida a escolha, serão analisados, a seguir, o RE nº 592.581 e o RE nº 580.252.

A. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 592.581.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul ingressou com Ação Civil Pública visando condenar o Estado

(...) a realizar, no prazo de 06 (seis) meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, de modo a adequá-lo aos requisitos básicos da habitabilidade e salubridade dos estabelecimentos penais, quais sejam: a) conserto dos telhados onde há infiltração de umidade; b) instalação de forro sob o telhado em todos os dormitórios; c) conserto de janelas e substituição de vidros quebrados; d) conserto das instalações hidrosanitárias, especialmente de canos com vazamentos, e dos esgotos abertos no pátio; e) adequação das instalações elétricas, especialmente dos fios e tomadas aparentes; f) revestimento das áreas molhadas (paredes dos banheiros, etc) de maneira que fiquem lisos, laváveis e impermeáveis.⁶⁷⁶

⁶⁷⁶Extraído do Acórdão nº 70022363717, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, órgão julgador: vigésima primeira câmara, comarca de origem: Comarca de Uruguaiana, relator. Genaro José Baroni Borges.

A pretensão restou acolhida pelo juízo *a quo*, tendo sido reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que julgou o pedido improcedente, cujo acórdão restou ementado nos seguintes termos:

(...) O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais. É que diversa a carga de eficácia quando se trata de direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental. Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva. Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição auto executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. Para além disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada “reserva do possível”. Pois a “reserva do possível”, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, 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.⁶⁷⁷

Depreende-se do acórdão que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou o posicionamento no sentido de que, muito embora as condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros tenham se revelado notoriamente inadequadas, não caberia ao Poder Judiciário impor ao Executivo a obrigação de reformar presídios, uma vez que: a) as normas veiculadoras de direitos fundamentais com implicações prestacionais têm natureza programática; b) a execução de obras nesse sentido depende sobretudo das disponibilidades orçamentárias e financeiras, encontrando limitações na teoria da reserva do possível; e c) os juízes não têm capacidade funcional para garantir a

⁶⁷⁷ Extraído da ementa da Apelação nº 70022363717 – 2007. Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

efetivação dos direitos sociais prestacionais, porquanto se situam à margem do processo político-administrativo de definição das políticas públicas, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, inconformado com o teor do referido decisório, interpôs recurso extraordinário, sustentando, em síntese, que o acórdão recorrido teria vulnerado os artigos 1º, III, e 5º, XLIX, da Constituição, sob os fundamentos de que: a) a implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais não poderia ficar condicionada à observância de limitações orçamentárias, porquanto referida categoria de direitos teria aplicabilidade imediata; e b) o Poder Judiciário estaria autorizado a interferir na discricionariedade da Administração, compelindo-a ao adimplemento de seus deveres constitucionais, sempre que a atuação desta última fosse tida por insuficiente para garantir a fruição de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário, reconheceu a “existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia e Cezar Peluso”. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski ao apreciar o caso verificou que “a questão constitucional está em saber se cabe ao Poder Judiciário determinar ao Estado a obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de que se garanta a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos por ele custodiados”. O Ministro Marco Aurélio, que também vislumbrou a repercussão geral, verificou a necessidade de “definir-se a atuação do Ministério Público visando à concretude da garantia constitucional do inciso XLIX do artigo 5º da Carta Federal, a prever, pedagogicamente, que o preso tem direito à integridade física e moral”.

Diferentemente dos precedentes anteriores, em que a construção de estabelecimentos prisionais era vista como uma decorrência do direito à segurança pública, no RE 592.581 a referida obrigação Estatal é apresentada como indispensável à garantia do direito fundamental do preso à integridade física e moral (direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*).

B. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 580.252.

O caso tratado no Recurso Extraordinário nº 580.252 iniciou com ação ordinária proposta por detento do sistema prisional do Estado do Mato Grosso do Sul, pleiteando a condenação do Estado respectivo ao pagamento de pensão mensal no valor de um salário mínimo, pelo período em que estiver sofrendo danos morais em decorrência de superlotação carcerária e da falta de condições mínimas de saúde e higiene no estabelecimento penal.

O juízo *a quo*, ao apreciar o pedido do autor, julgou improcedente a ação, aduzindo, em síntese, a impossibilidade de fixação da indenização pleiteada em razão de que Estado apelado deve utilizar-se dos meios disponíveis, agindo na medida do possível para assegurar a existência e o funcionamento do sistema penitenciário⁶⁷⁸.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, ao apreciar a apelação interposta pelo autor, acolheu por maioria o voto do Desembargador Revisor e julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o Estado ao pagamento de danos morais, cujos fundamentos foram os seguintes: a) incide no caso a responsabilidade subjetiva do Estado eis que se está diante de uma omissão Estatal, b) a culpa do Estado restou comprovada, tendo em vista que a vigilância sanitária já havia apontado às condições precárias do estabelecimento prisional, c) a teoria da reserva do possível não pode ser aplicada, tendo em vista que o Estado não assegurou o mínimo existencial aos presos e d) os presos devem ter assegurados os direitos fundamentais que não restaram obstados pela sentença condenatória⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸Processo nº 0005157.2003.8.12.0008 (008.03.005157-3) da 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS.

⁶⁷⁹Trecho extraído do voto do Desembargador Revisor Oswaldo Rodrigues de Melo no Acórdão da Apelação Cível da Terceira Turma Cível no processo nº 2006.003179-7/0000-00 – Corumbá: “A questão de mérito limita-se em saber se é cabível ou não indenização em razão da não-observância dos direitos fundamentais do recorrente. (...) A conduta culposa do Estado (culpa administrativa), caracterizada pela sua negligência em relação aos presos, e também ao apelante, restou comprovada, demonstrando que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene não foram sanados, passados cerca de 02 (dois) anos após a sua constatação, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. (...) Quanto à aplicação da teoria da reserva do possível e do princípio da proporcionalidade, faz-se mister trazer a tona determinados esclarecimentos. Por apontarem as linhas diretoras a serem ulteriormente perseguidas, implementadas e asseguradas pelo Estado, as normas programáticas correspondem a um bem comum,

Do acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, foram apresentados Embargos de Declaração, tendo sido esclarecido pelo Tribunal as lacunas apontadas. Em seguida, foram apresentados Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível pelo Estado do Mato Grosso do Sul pleiteando que prevaleça o voto vencido⁶⁸⁰ do relator do acórdão citado. O Tribunal de Justiça acolheu por maioria a

devendo-se estar atento que tais normas não trazem em seu bojo especificados quais os meios que devem ser adotados na concreção dos objetivos enunciados. (...) Como os princípios, as normas programáticas são verdadeiros mandados de otimização ao ordenarem o fim a ser alcançado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (...) Certo é que as prestações de índole social veiculadas em normas programáticas, por implicarem criação e distribuição de bens à população, apresentam uma dimensão economicamente relevante, de sorte que não se deve olvidar a viabilidade na alocação de recursos financeiros para sua implementação. Por se tratar de resguardo de um padrão básico de vida, não haveria de se cogitar de sobrecarga orçamentária, devendo a competência reservada ao legislativo quanto à escolha do momento e dos meios necessários ao adimplemento dessas normas ceder espaço à dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Carta Magna de 1988 (artigo 1º, III, da CF).(...) Dessa forma, considerando que a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial, somando-se ao fato de que o tratamento adequado aos encarcerados, como atendimento às necessidades de higiene e saúde, é de vital importância para assegurar o mínimo de existência, já que não há como conjugar vida digna, mesmo para aqueles que tiveram a sua liberdade restringida, sem observância da dignidade da pessoa humana, padece de amparo a assertiva apresentada pelo apelante, quanto à teoria da reserva do possível. (...) “Como já pacificado na doutrina e na jurisprudência, o dano moral, diferentemente do dano material, não possui os mesmos contornos, decorrendo, nesse caso, pela privação de sua dignidade, decorrente de sua submissão a condições não somente não previstas em lei nem na sentença que o condenou, mas expressamente proibidas pelo ordenamento jurídico pátrio. O desprezo do Poder Público está causando ao recorrente sofrimento que não se coaduna com a pena que lhe foi imposta – pagar pelo que fez à sociedade, por meio do cumprimento da pena, é o limite legal de constrangimento que o preso possa submeter-se – e o excesso no descaso é a prova do dano sofrido pelo autor.

⁶⁸⁰Sintetizando a fundamentação do voto vencido proferido pelo Desembargador Relator Hamilton Carli aponta-se: a) reconhecimento os direitos fundamentais do preso condicionados à reserva do financeiramente possível, por entender que mesmo se tratando de direitos de liberdade assumem no caso *in concreto* tratamento idêntico aos direitos sociais, dado exigir prestações do Estado, b) necessidade de apreciação dos efeitos reflexos em demandas que envolvem direito público, mormente a aferição da condição do Estado de assegurar que aquele direito poderá ser estendido a todos quanto se encontram em situação semelhante (princípio da igualdade material), c) necessidade de verificação da razoabilidade da pretensão do autor, uma vez que seu direito não é absoluto, d) não reconhecimento de omissão ilícita pelo Estado, posto que sua atuação se encontra atrelado ao orçamento devidamente aprovado pelo Poder Legislativo Estadual e; e) o pagamento de indenização não resolve o problema da superpopulação carcerária, isto é, não faz cessar o dano e ainda compromete as verbas que deveriam ser ali aplicadas. Trecho extraído do voto vencido citado no Acórdão da Apelação Cível da Terceira Turma Cível no processo nº2006.003179-7/0000-00 – Corumbá: “(...) o conflito de interesses que se apresenta está sediado entre o exercício de direitos individuais do preso e a possibilidade do Estado em garanti-los. (...) Dessa forma, é possível vislumbrar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento às necessidades do preso e a economia de meios. Esta última é essencial para que, resolvido o caso particular do autor, sobre recursos para atender às demais necessidades básicas essenciais do restante da população (não só da carcerária). É preciso, neste assunto, o mais delicado equilíbrio, pois se trata de uma questão de direito público. (...) Esses efeitos reflexos precisam ser considerados e resolvidos em qualquer litígio de direito público. Dessa forma, uma vez reconhecido o direito do autor, pelo princípio da isonomia, todos os detentos deveriam ser indenizados, o que geraria um dispêndio vultoso aos cofres do Estado. (...) O exercício de ações

tese do embargante, destacando-se os seguintes argumentos: a) a teoria da responsabilidade administrativa por omissão de política pública estaria atrelada à aplicação da teoria da reserva do possível e da razoabilidade, no que toca ao limite orçamentário e ao sopesamento das medidas sociais que precisam ser implementadas, b) o pagamento de indenização não resolve o problema da superpopulação carcerária, isto é, não faz cessar o dano e ainda compromete as verbas que deveriam ser ali aplicadas e c) restou reconhecida a escassez de recursos para atender ao pedido⁶⁸¹.

positivas exige o investimento do ente estatal e, como tal, depende da disponibilidade de recursos. A reserva do possível foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no que concerne à implantação e execução das políticas públicas. Certo é que não se pode desprezar os direitos constitucionalmente garantidos ao autor, pois é óbvio que o caso exige prestação positiva do Estado. Porém, tal prestação deve respeitar os limites econômicos que derivam do fato de que certas prestações não de situar-se dentro da “reserva do possível”, das disponibilidades do erário. (...) Sem sombra de dúvida que o autor, na qualidade de preso, reserva integralmente seus direitos individuais fundamentais, à exceção da liberdade e da privacidade. Também é notório que situação do sistema penitenciário sul-mato-grossense tem lesado direitos fundamentais seus, quanto à dignidade, intimidade, higidez física e integridade psíquica. Ademais, em razão de ser custodiado pelo Estado, tem este o dever integral de conservar o preso em condições dignas e saudáveis. (...) O direito do autor também não pode ser tido como absoluto, ante a necessidade da prática de ação positiva possível quando o Estado age nos limites de sua disponibilidade, de forma a que suas ações venham, a futuro, a assegurar os direitos fundamentais do preso. Sua pretensão, de ver-se indenizado em valor mensal pelo período em que permanecer recolhido, não se revela razoável, pois a cominação desta indenização equivale a compelir o Estado a destinar mais recursos para o sistema prisional do que o determinado no orçamento, que pode até ser insuficiente, porém é o possível. Ademais, em nada irá resolver o problema do autor, tampouco amenizar o sofrimento de ter que conviver com excesso de companheiros de cela. Ademais, não se pode acolher a alegação de que a omissão do Estado é ilícita, uma vez que a ação positiva do Estado-administrador, praticada de acordo com o orçamento votado pelo Estado-legislativo, coloca-a dogmaticamente na esfera da licitude dos atos públicos, tal qual determinada pela doutrina da “reserva do possível”. (...) Dessa forma, entendendo-se que os presos têm direito à indenização por danos morais em razão da precariedade dos estabelecimentos em que cumprem pena, tem-se que reconhecer o direito de todo cidadão brasileiro de ver indenizado seu sofrimento moral por não ter moradia, água potável, refeições diárias, atendimento hospitalar etc. Também ter-se-ia que reconhecer o direito à indenização pelo sofrimento da perda aos familiares das vítimas assassinadas por muitos dos presos que cumprem pena nos presídios estaduais, uma vez que a segurança é direito de todos e dever do Estado. Mas, para isso, precisa-se comprovar a culpa do Estado, a sua omissão ilícita, o que não ocorre. Embora se lamente a condição em que se encontram os presos, se o Estado age para sanar tais condições na medida do possível, não se pode falar em culpa, pois inexistente negligência, imprudência ou imperícia, por parte de quem respeita os limites traçados na Lei.

⁶⁸¹Trecho do voto do Desembargador Atapoã da Costa Feliz, Revisor Oswaldo Rodrigues de Melo no Acórdão dos Embargos Infringentes em Embargos de Declaração em Apelação Cível – Ordinário – N. 2006.003179-7/0001-01 – Corumbá: “No entanto, garantir tais direitos e resolver os problemas dos estabelecimentos penais não é de fácil solução, visto que é necessária a implementação de políticas públicas, com a disposição de verba orçamentária, construções de unidades prisionais adequadas, medidas excessivamente onerosas, ou seja, dependem de disponibilidade econômica. Em razão disso, correta a aplicação da teoria da reserva do possível e da razoabilidade, na qual se analisa o limite orçamentário da administração e as medidas sociais e econômicas que precisam ser implementadas. Embora o embargado alegue que a indenização é devida, porquanto está demonstrada a conduta omissiva do recorrido, o dano causado e o nexô causal, tal argumento não deve ser acolhido. (...) Nota-se que o pedido do embargado na inicial da ação é a indenização de 1 salário mínimo mensal enquanto

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário apresentado pelo autor, reconheceu a “existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie”.

O Ministro Relator Ayres Britto, ao apreciar o caso, verificou que se assemelha ao RE nº 592.581 por envolver os limites orçamentários do Estado em questão penitenciária, no entanto, “neste processo a chamada cláusula da reserva do financeiramente possível se contrapõe à pretensão do recorrente de obter indenização moral (...) em razão de ser submetido a tratamento desumano e degradante em face da excessiva população carcerária verificada nos presídios estaduais”. O Ministro Marco Aurélio, também vislumbrou a repercussão geral, apontando o seguinte: “Vem-nos a Constituição Federal, como verdadeiro princípio ligado à dignidade do homem, o dever do Estado de preservar o respeito à integridade física e moral do preso – inciso XLIX do artigo 5º. (...) Ora, descabe tomar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocar em segundo plano a Carta da República. No mais, a situação jurídica versada no extraordinário extravasa o campo subjetivo no processo em que proferido o acórdão impugnado”.

persistir o dano causado pela omissão de não se melhorar a condição de vida dentro da cadeia pública onde se encontra o embargado. Todavia que, para cessar o dano causado e repará-lo, é necessário o cumprimento da obrigação de fazer, ou seja, realizar a implementação de políticas públicas, com a construção de novos estabelecimentos penais, reformas e outras providências e não somente pagar mensalmente 1 salário mínimo. Ressalta-se que, embora haja previsão legal, ou seja, diversos dispositivos que estabelecem a responsabilidade do Estado em cumprir medidas que garantam melhores condições aos presos, faz-se necessária a sobreposição de outros direitos, ou seja, não se pode garantir o direito de um indivíduo em detrimento da coletividade, por isso correta a aplicação da teoria da reserva do possível e da razoabilidade. Outro fator que evidencia a impossibilidade de reparar o dano e a correta aplicação da teoria da reserva do possível é a constante depredação dos presídios, com rebeliões, as quais acarretam as construções e reformas de emergência, as quais há pouco se presenciou não só em Mato Grosso do Sul como em diversos Estados do País. Ou seja, o Estado está se movimentando para solucionar os problemas carcerários dentro de suas possibilidades orçamentárias, principalmente agora que os problemas dentro dos estabelecimentos penais se agravaram. Frisa-se ainda que foram várias as ações ajuizadas em face do Estado de Mato Grosso do Sul com o intuito de reparação de danos morais em razão das condições dos presídios do Estado. Assim não será apenas 1 (um) salário mínimo mensal ou R\$ 2.000,00 destinados ao embargado, mas destinados a diversos outros presos com a mesma pretensão, o que conseqüentemente causará dano na distribuição do orçamento, prejudicando outros setores do País. Diante disso, considerando que o Estado não tem disponibilidade orçamentária suficiente e que devem ser sopesados os interesses de modo a não prejudicar outros setores da administração mais importantes, deve ser negada a reparação por danos morais, prevalecendo o voto vencido do Des. Hamilton Carli.

C. Análise dos argumentos apresentados nos Recursos Extraordinários nº 592.581 e nº 580.252.

Devidamente delineada a questão jurídica a ser enfrentada nos Recursos Extraordinários nº 592.581 e nº 580.252, verifica-se que o ponto central da controvérsia é a compreensão da reserva do possível pelo Judiciário brasileiro: se ela é considerada um limite legítimo à efetividade dos direitos prestacionais.

Registre-se que a pretensão não é antever a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, embora não se olvide que a tese será cotejada com alguns precedentes não relacionados à questão penitenciária que tenham semelhança com o direito discutido nas ações citadas.

A reserva do possível é invocada pelo Supremo Tribunal Federal em decisões relacionadas aos direitos sociais à saúde e à educação e ao pagamento de precatórios. Aqui, interessa apenas analisar sinteticamente as decisões relacionais aos direitos sociais mencionados, por serem direitos fundamentais prestacionais à semelhança do direito fundamental a um cárcere digno.

Sobre as decisões judiciais relacionadas à saúde, mais especificamente o fornecimento de medicamentos, o Supremo Tribunal Federal antes da Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91 – não abordava a questão da reserva do possível. Embora desde a ADPF nº 45 já se apontasse uma tendência em considerar a reserva do possível como um fator relevante nos direitos prestacionais, somente a partir da STA nº 91 é que essa argumentação foi aprofundada.

A esse respeito, Daniel Wang, em estudo sobre o assunto conclui:

As decisões após a STA 91, por sua vez, apesar de não citarem a ADPF 45 como precedente, parecem superar esse paradigma de decisão predominante anteriormente, em que se decidia sempre por meio de uma ponderação abstrata entre direito à saúde *versus* questões financeiras, de forma que aquele sempre prevalecia sobre esta. Nesse sentido, pode-se dizer que houve ganhos qualitativos em razão da melhor qualidade da argumentação. Questões envolvendo políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões. Contudo, como foi mostrado, ainda não se tem muito claro com base em quais critérios objetivos esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão para definir,

em cada caso, se haverá ou não obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento pedido⁶⁸².

Em 2009, o STF realizou Audiência Pública sobre saúde visando obter conhecimentos técnicos a respeito dos seguintes pontos: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS e; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Após a realização da Audiência Pública, ao julgar a Suspensão de Liminar – SL nº 47, ficaram assentados alguns parâmetros a serem seguidos pelo julgador: a) verificação da existência de uma política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte e b) ausente a política estatal, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de: b.1) uma omissão legislativa ou administrativa, b.2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la, de onde decorre duas situações ou o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente – neste caso deve-se privilegiar a escolha do SUS sempre que não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente – ou o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia, devendo-se distinguir os tratamentos experimentais, em que não há possibilidade de ser obtido, dos tratamentos ainda não testados pelo SUS, em que haveria a possibilidade de fornecimento desde que reste comprovado ou b.3) de uma vedação legal a sua dispensação – por exemplo, ausência de registro na ANVISA. Nesses casos, a regra é o não fornecimento.

Observa-se que tais parâmetros foram estabelecidos como forma de limitar a concessão indiscriminada de medicamentos e de tratamentos médicos, tendo em vista que os recursos são escassos e precisam ser aplicados de acordo com escolhas

⁶⁸²WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Revista de Direito GV. São Paulo, jul-dez, pp. 539-568, 2008.

discricionárias de cunho político-administrativo de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Os parâmetros são específicos para a área da saúde, não havendo como transplantá-los para a judicialização em matéria penitenciária. Primeiro, porque a política penitenciária não tem disciplinamento constitucional detalhado como ocorre com a saúde, o que confere aos poderes democraticamente eleitos uma maior margem de discricionariedade. Além disso, a política penitenciária é menos complexa que a de saúde, por não envolver fornecimento de bens que necessitam de uma constante atualização em razão dos avanços da medicina e que se encontram sujeitos a diversos protocolos como forma de garantir a segurança do uso do tratamento ou medicamento. Ao contrário, depende basicamente de um projeto arquitetônico, de uma área para implantação do cárcere e da disponibilidade orçamentária. E ainda o seu não inadimplemento imediato, em regra, afeta a vida do indivíduo-encarcerado de maneira mais branda que o não fornecimento de um tratamento médico, por exemplo.

Com relação à implementação judicial do direito a educação, “nas decisões em que se pede diretamente um dar e fazer do Estado em matéria de educação, trata-se sempre de obrigação dos municípios de disponibilizar atendimento a crianças em creches e pré-escolas⁶⁸³”, pleiteadas pelo Ministério Público.

Daniel Wang, a respeito das decisões do STF sobre direito à educação na pré-escola observa que:

Em se tratando especificamente de direito à educação, duas decisões trabalham com a ADPF 45. No entanto, na ADPF 45, apesar de citada, o seu conteúdo não só não teve nenhum papel na formulação dos votos, como foi sendo contradito ao longo da fundamentação das decisões. Isso, em si, pode não representar um problema, desde que a ADPF 45 fosse citada para ser expressamente superada. Contudo, nos dois acórdãos mostrou-se concordância com o conteúdo da ADPF 45, contudo, o que está lá afirmado não foi usado em nenhum momento das decisões, que foram mantidas em um nível alto de abstração, em vez de descer ao caso concreto, o que permitiria uma análise menos teórica e mais concreta do tema da reserva do possível, dos custos dos direitos e da limitação de recursos. Tal fato cria uma situação curiosa em que o tribunal mostra ter ciência da relevância das questões de que essa ADPF trata, mas não as leva em consideração na hora de decidir. Nas outras decisões em que se pede o direito a uma vaga em creche não há debate mais detido a respeito dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos, sendo que em todos os casos obrigou-se o Estado a concretizar o direito pedido. É muito curioso notar que custos dos direitos,

⁶⁸³ Ibid., p. 552.

reserva do possível e escassez de recursos ganham maior importância em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade, como na ADI 3324 e na ADI 1950. Nesses acórdãos, essas questões não só são reconhecidas e discutidas como também são usadas na fundamentação das decisões. Em controle abstrato de constitucionalidade existe uma maior preocupação com as consequências econômicas das decisões e é dada relevância à questão dos custos dos direitos, da escassez de recursos e da reserva do possível. Preocupação essa que não ocorre em casos em que se pede concretamente uma obrigação de fazer do Estado em matéria de direito à educação⁶⁸⁴.

O autor conclui que, nos casos de educação, a questão orçamentária é afastada de maneira a se permitir a concessão da prestação pleiteada. Não foram estabelecidos parâmetros para o caso da educação.

Precedente interessante a respeito da progressividade dos direitos prestacionais foi a decisão proferida na ADI 1.698, em que não se reconheceu a inércia dos poderes democraticamente eleitos na erradicação do analfabetismo com fundamento em dados que comprovam a sua implementação progressiva:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º; 23, V; 208, I; e 214, I, da CR. Alegada inércia atribuída ao presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do IBGE demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo Federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente⁶⁸⁵.

Em 2011, ao analisar mais uma vez a prestação do dever constitucional de prestar pré-escola, o STF reiterou os argumentos apontados por Daniel Wang no sentido de não ser aplicável a reserva orçamentária nas questões de educação por ser uma política pública disciplinada em sede constitucional.

A decisão, neste ponto, restou ementada nos seguintes termos:

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.– A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que

⁶⁸⁴ Ibid., p. 558.

⁶⁸⁵ ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25/2/2010, Plenário, DJe de 16/4/2010.

impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina.— A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.— A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)⁶⁸⁶.

Há, portanto, de se reconhecer a inaplicabilidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre reserva do possível atrelado a saúde e a educação no sentido de que é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Nestes casos, a própria Constituição já estabeleceu parâmetros para o cumprimento do dever estatal inclusive com reserva orçamentária. O cárcere digno, ao contrário, não foi delimitado em sede constitucional, razão pela qual a sua implementação é condicionada à reserva do possível.

Em face das peculiaridades da implementação judicial do cárcere digno, os precedentes do STF sobre reserva do possível são inadequados. Espera-se que o STF, ao julgar as repercussões gerais anteriormente citadas sobre política pública penitenciária, leve em consideração essas peculiaridades, conferindo maior relevo à reserva do possível e maior margem de decisão discricionária aos Poderes Executivo e Legislativo, pautando-se nos parâmetros apresentados neste estudo.

⁶⁸⁶ ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

CONCLUSÃO

O direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* é um direito positivo prestacional de primeira dimensão, fundado no inciso III, do art. 3º e nos incisos XLVIII, XLIX e L do art. 5º da Constituição, de aplicabilidade imediata, estruturado sob a forma de princípio, de onde decorre a sua natureza *prima facie* e a submissão a uma “reserva geral imanente de ponderação” e à reserva do financeiramente possível.

É direito de primeira dimensão por se caracterizar como um direito de liberdade que tem como objetivo primordial o resguardo da integridade física e moral do encarcerado e da sua dignidade.

É um direito positivo estruturado sob a forma de direito a algo na sua dupla faceta de direito a uma prestação normativa e direito a uma prestação material. A prestação normativa impõe que os Poderes legitimamente eleitos dos Estados da Federação adotem as medidas necessárias para a seu disciplinamento em sede infraconstitucional. A prestação material consiste em disponibilizar cárceres em qualidade e quantidade adequados à população carcerária, observada a reserva orçamentária, de onde dimana um dever estatal de adimplir essa obrigação constitucional e o respectivo direito subjetivo do indivíduo encarcerado de exigir judicialmente essa prestação estatal.

O direito a um cárcere digno *stricto sensu* é uma norma de direito fundamental estruturada sob a forma de princípio. Desta natureza principiológica decorre que o seu conteúdo se apresenta de maneira *prima facie*. Isso significa que somente após ser submetido a juízos de ponderação em face dos demais princípios integrantes do ordenamento jurídico brasileiro é que se torna definitivo no caso concreto. Assim, apesar de ser possível extrair *prima facie* da norma de direito fundamental que conforma ao cárcere digno diversos feixes de posição jurídica, nem todas essas posições se tornarão definitivas após a incidência da ‘reserva geral imanente de ponderação’.

Desta natureza prestacional e principiológica e da submissão à ‘reserva geral imanente de ponderação’ decorre que o direito fundamental a um cárcere digno *stricto*

sensu encontra limite no que se consagrou doutrinariamente como ‘reserva do possível’.

O fato de se encontrar limitado pela reserva do possível não retira a jusfundamentalidade ou a aplicabilidade imediata deste direito fundamental. Ora, se os direitos ditos negativos também apresentam custos para sua implementação e não se questiona a sua fundamentalidade, a mesma conclusão há de ser aplicada aos direitos positivos. Em igual sentido, os direitos positivos ou prestacionais, desde o seu nascedouro, já apresentam uma carga eficaz, mesmo que limitada. Não há, portanto, como afirmar a inexistência de aplicabilidade imediata a direitos que já se encontram irradiando alguns de seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, tratam-se de direitos de implementação progressiva, o que significa que o ápice da sua eficácia somente será atingido ao longo dos anos.

A ‘reserva do possível’ apresenta-se como uma restrição externa ao direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*. Caracteriza-se como elemento externo por não integrar o conteúdo deste direito, mas, ao contrário, consiste em uma espécie de limite jurídico e fático à sua efetividade. Entender em sentido contrário conduziria à conclusão de que no próprio conceito deste direito já estaria inserida a reserva do possível e, portanto, o mesmo seria um direito fundamental definitivo perdendo relevância a discussão a respeito da sua implementação judicial.

É certo que os direitos prestacionais foram inseridos na Constituição sob a reserva do financeiramente possível. No entanto, é no caso concreto, situação em que os diversos deveres estatais se contrapõem – o que exige um equacionamento da disponibilidade orçamentária – que os poderes democraticamente eleitos irão fazer suas escolhas alocativas. Depois desse processo de escolha alocativa inerente à formulação e implementação de uma política pública é que o direito fundamental a um cárcere digno será formatado de forma definitiva.

Diante desta situação, é relevante dispor de parâmetros jurídicos para aferir se a restrição orçamentária inerente ao direito fundamental a um cárcere digno é, na situação concreta, legítima. Isto é, se o Executivo e o Legislativo, no momento da formulação da política pública, conduziram suas decisões em conformidade com a Constituição.

A atuação da Administração Pública, no atual contexto, deve se pautar na juridicidade. Deixa-se para trás a sua vinculação apenas ao princípio da legalidade, e passa-se a exigir a sua conformidade com a Constituição, ou ainda, para com o próprio Direito.

A verificação em sede judicial da conformidade da atuação dos poderes democraticamente eleitos com a Constituição não implica em invasão indevida do Poder Judiciário no mérito político das decisões daqueles Poderes. Não se admite que o princípio da separação dos poderes seja invocado para impedir a apreciação judicial de toda e qualquer ação ou omissão daqueles Poderes. A insindicabilidade do mérito destas decisões há muito restou superada.

O que é preciso é identificar parâmetros jurídicos aptos a conduzirem atuação destes Poderes democraticamente eleitos e, por conseguinte, dispor o Poder Judiciário destes mesmos parâmetros para verificar a conformidade jurídico constitucional dos atos praticados por aqueles poderes.

O Poder Judiciário pode legitimamente apreciar as demandas relacionadas ao dever da Administração Pública de prestar um cárcere digno, desde que as suas decisões não se encontrem pautadas em argumentos de política. Isso significa que os juízes não podem fundamentar suas decisões demonstrando que a mesma fomenta ou protege algum objetivo coletivo da sociedade. Por exemplo, o juiz não pode justificar a manutenção do preso em regime fechado por ausência de vaga em regime semiaberto por ser esta decisão melhor para a segurança da coletividade. Decisões sobre, por exemplo, o que é melhor ou mais justo são de natureza eminentemente política.

Somente os Poderes Executivo e Legislativo podem pautar suas decisões em argumentos desta natureza e a justificativa é simples: estes poderes foram democraticamente eleitos pelo povo para tomar esse tipo de decisão. Daí a sua legitimidade.

A legitimidade democrática, ou melhor, a democracia não significa apenas o conjunto de regras e procedimentos inerentes à regra da maioria. A observância dos valores consagrados constitucionalmente também confere legitimidade democrática às decisões.

Ao pautar as suas decisões em argumentos de princípio, isto é, ao demonstrar que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo, os juízes estarão exercendo legitimamente a sua função judicante. Assim, naquele caso da progressão do regime de cumprimento da pena, o juiz deve observar se o direito individual da pessoa encarcerada de cumprimento da pena em regime semiaberto se sobrepõe, na situação concreta, ao direito da coletividade à segurança.

Argumentos de princípio assumem, nessa senda, fundamental importância para a análise da implementação judicial do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* por permitir a análise judicial destas questões sem que isso implique em violação ao princípio da separação dos poderes.

As decisões orçamentárias – que são o cerne da problemática dos direitos prestacionais – envolvem questões eminentemente políticas, como a decisão sobre as prioridades ou ainda a quantidade de recurso a ser aplicado em determinada política pública, mas isso não significa que tais decisões podem ser tomadas ao alvedrio da Constituição.

Por certo, a escassez moderada de recursos – que reconhece que nunca há dinheiro, pois há múltiplas necessidades da sociedade que precisam ser garantidas pelo Estado, e que sempre há dinheiro porque é viável que um determinado orçamento seja aplicado para a implementação de outra política pública – é determinante na questão afeta às escolhas alocativas por retirar da discussão o argumento simplista de que não há recurso. Recursos sempre existem, embora escassos. E múltiplas são as necessidades. As escolhas orçamentárias é que, para serem legítimas, devem observância à Constituição.

Assim, é preciso que se definam alguns parâmetros jurídicos a conduzir a apreciação judicial:

O primeiro aspecto que se deve observar é o resguardo do núcleo essencial do direito fundamental, ou ainda, utilizando a nomenclatura largamente utilizada em sede de direitos prestacionais, há que se resguardar o mínimo existencial.

As escolhas públicas devem ser adotadas no sentido de não esvaziar por completo um direito fundamental prestacional. Deve ser resguardado o seu núcleo essencial, aquela parcela indispensável a assegurar o mínimo existencial do indivíduo.

Assim, por exemplo, o orçamento há de ser repartido de maneira que todos os direitos fundamentais prestacionais essenciais – que garantam ao indivíduo uma posição de direito subjetivo e impliquem num dever estatal – devem ser implementados em um grau mínimo.

No direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu*, o resguardo do mínimo existencial é de extrema importância por não poder o encarcerado por meios próprios garantir a sua sobrevivência. A partir do momento que se encontra sob a custódia estatal, esse mínimo a uma existência digna é de total responsabilidade do Estado.

Que o Estado deve garantir um mínimo não há dissenso. Aferir o mínimo é que se reveste de complexidade. Em um país como o Brasil em que jamais houve um Estado Social plenamente implementado e em que, ainda hoje, há pessoas que passam fome e que não possuem moradia, é de se concluir que esse mínimo existencial se equipare a um mínimo vital.

Enquanto toda a população brasileira não tiver acesso a um mínimo vital, parece equivocado exigir que determinados direitos prestacionais essenciais sejam prestados em um nível acima deste patamar. A implementação há de ser progressiva e essa progressividade há de ser semelhante em todas as áreas.

Assim, o mínimo existencial, que se apresenta como um limite à aplicação da teoria da reserva do possível, deve ser compreendido como um mínimo vital.

Um segundo parâmetro a ser observado refere-se ao direito à igualdade material. As decisões devem levar em consideração que um direito fundamental garantido a um indivíduo há de ser estendido a todos os que se encontrem na mesma situação em razão do princípio da igualdade. Se tal condição não puder ser satisfeita em razão da escassez dos recursos, o Estado não está obrigado a adimpli-lo, por não ser possível traçar uma política pública destinada a apenas uma parcela dos indivíduos que se encontrem na mesma situação.

A restrição do direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* provocada pela reserva do possível deve ainda observância ao princípio da proporcionalidade, nas suas dimensões de proibição do excesso e proibição da proteção deficiente.

A proibição do excesso exige que a restrição provocada pela reserva do possível deve ser proporcional, adequada e necessária ao atingimento do fim pretendido, bem

como deve haver uma relação de proporcionalidade entre os fins visados e os meios utilizados.

Não é a mera alegação de escassez orçamentária que torna legítima a restrição. É preciso aferir, na situação concreta, se a legislação orçamentária passa pelo crivo da proporcionalidade, com vistas à constatação de eventual excesso.

A outra face da proporcionalidade diretamente vinculada à reserva do possível é a proibição da insuficiência ou proibição da proteção deficiente ou proibição por defeito. De acordo com essa faceta, o Estado deve adotar medidas suficientes e adequadas – normativas ou materiais – conducentes a uma proteção adequada e eficaz do direito fundamental. A proibição da insuficiência permite ao julgador aferir se a omissão estatal na concretização de um direito fundamental é constitucional ou inconstitucional.

Além destes parâmetros, os escassos recursos públicos devem ser aplicados com observância dos demais princípios constitucionais administrativos, em especial, os princípios da eficiência e da moralidade.

O princípio da eficiência exige que se confira uma máxima efetividade aos recursos disponíveis, evitando desperdícios, visando assegurar, na maior medida possível, os direitos fundamentais.

O princípio da moralidade, de onde se extrai o princípio da boa administração como seu corolário, tem como objetivo, diante dos altos índices de corrupção, da malversação das verbas públicas e dos desvios de dinheiro público comuns à realidade brasileira, reprimir tais condutas garantindo a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Tais parâmetros jurídicos devem ser levados em consideração não apenas pela Administração Pública, mas, também, pelo Poder Judiciário que, no caso concreto, deverá apreciar se as escolhas administrativas desrespeitaram esses parâmetros jurídicos. Em outras palavras, deverá verificar se a restrição ao direito fundamental a um cárcere digno *stricto sensu* provocada pela reserva do possível encontra, no caso concreto, respaldo constitucional, sob pena de ser revisado pelo Judiciário.

Conclui-se assim que o direito a um cárcere digno encontra-se limitado pela reserva do possível e que o Poder Judiciário pode apreciar essa restrição verificando se a mesma observa os parâmetros apresentados.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALBERGARIA, Jason. *Manual de direito penitenciário*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Trad.) Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 66, ano 22, set/dez, 2002, pp. 13-64. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>. Acesso em 22 de novembro de 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

ARISTÓTELES. *A Política*. (Trad.) Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Criminalidade e justiça penal na América Latina*. Sociologias 13, ano 7. Porto Alegre, jan/jun, 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf>. Acesso em 29 de novembro de 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, vol. 29, ano 8, jan/mar, 2000, pp. 27-52.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 22 de março de 2012.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Caderno 13 da AMATRA IV, 2009. Disponível em: http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13#_ftn7. Acesso em 28 de setembro de 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. (Trad.): Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/nacionais/ebooklibris.html>. Acesso em 19 de maio de 2012.

BELLO FILHO, Ney Barros. *Direito ao Ambiente*. Da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. (Trad.) Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Polis e Universidade de Brasília, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *A quinta geração dos direitos fundamentais*. Direitos fundamentais e Justiça, n. 3, abr/jun, 2008. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em 14 de maio de 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estud. av., São Paulo, vol. 18, n. 51, ago, 2004b. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso)

[40142004000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso). Acesso em 12 de fevereiro de 2013.

_____. *Ciência Política*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1. Acesso em 16 de junho de 2011.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Problemática na concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). *Políticas públicas: possibilidades de limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 225-260.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006b, pp. 1-49.

BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra *legem**. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, n. 37, jul/dez, 2010, pp. 152-180. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em: 27 de novembro de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1982.

CONTRIM NETO, A. B. *Normas gerais de regime penitenciário*. Um anteprojeto, sua explicação e um comentário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 20, n. 80, out/dez, 1983, pp. 233-274.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. *In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). Políticas públicas: possibilidades de limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 107-125.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. *In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 131-142.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (Trad.) Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____. *O Império do Direito*. (Trad.) Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. *Uma Questão de Princípio*. (Trad.) Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York, United States of America: Vintage books, a division of randim house, inc. 1993.

DOTTI, René Ariel. *Os caminhos da reforma e o direito a construir*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 15, n. 59, jul/set, 1978, pp. 37-52.

FAGUNDES, Seabra Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. Atualizador Gustavo Binenbojm. São Paulo: Forense, 2010.

_____. *A crise do Poder Judiciário*. Revista de Processo. vol. 15, n. 60, out/dez, 1990, pp 118-121.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 de junho de 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento das prisões*. (Trad.) Raquel Ramallete. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Perda da liberdade (Os direitos dos presos)*. Disponível em http://www.fragoso.com.br/ptbr/arg_pdf/heleno_artigos/arquivo71.pdf. Acesso em 10 de junho de 2012.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias. *Direito das Políticas Públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina. (Trad.) Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Título original: Die Zukunft der Verfassung. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. *Estado e políticas (públicas) sociais*. Cadernos Cedes, ano XXI, n. 55, novembro, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. (Trad.) João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KOZICKI, Katya e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia*. Revista Sequência, n. 56. Santa Catarina, jun, 2008, pp. 151-176.

MANICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul/set, 2007, pp. 169-186.

MARCONDES, Pedro. *Políticas públicas orientadas à melhoria do sistema penitenciário brasileiro sob o enfoque da função da pena vinculada à função do Estado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 43, ano 11, abr/jun, 2003, pp. 248-260.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2ªed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, recurso digital.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual da Subchefia para Assuntos Jurídicos

da Casa Civil da Presidência da República, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 19 de nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIOTTO, Armida Bergamini. *Temas penitenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Panorama da política penitenciária nacional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 16, n. 63, jul/set, 1979, pp. 209-254.

_____. *A reforma do sistema de penas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 14, n. 54, abr/jun, 1977, pp. 153-316.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2008.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

_____. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, vol. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28500>. Acesso em 14 de fevereiro de 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.

_____. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010b.

_____. *Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contra majoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático*, p. 79-113. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*. In: *Direitos Fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas – Universidade Federal do Paraná, Paraná.

PASTANA, Débora Regina. *Estado punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 77, ano 17, mar/abr, 2009, pp. 313-330.

PEDROSO, Regina Célia. *Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil*. *Rev. hist.*, São Paulo, n. 136, jul, 1997 . Disponível em http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-83091997000100009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 13 de junho de 2012.

PEREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993.

_____. *Las generaciones de derechos humanos*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 10, set/dez, 1991, pp. 203-217. Disponível em <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico>. Acesso em 22 de novembro de 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e

CORREIA, Érica Paula Barcha (Orgs). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, João Luís de Moraes (org.). *Entre a reclusão e a liberdade*. Estudos Penitenciários. Vol. 1. Coimbra, Portugal: Almedina, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. Fac-símile da edição portuguesa (p. 7-175) de Coimbra Editora, de junho de 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YEPES, Rodrigo Uprimny; GUZMÁN, Diana Esther. *Las Cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un Estado de cosas inconstitucionales*. In: III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos, Medellín, Colombia. Memórias, 2010, pp. 145 a 163. Disponível em <http://simposiopenitenciario.files.wordpress.com/2012/03/memorias-del-iii-simposio-internacional-penitenciario-y-de-derechos-humanos.pdf>. Acesso em 06 de fevereiro de 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinserção social dos reclusos*. Um contributo para o debate da reforma do sistema prisional. Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça, Bases Jurídico-Documentais, Universidade de Coimbra, 2003. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/14.pdf> Acesso em 18 de julho de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, Kindle edition.

_____. *Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira*. In:

LEITE, George Salomão (org). Dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 11-53.

SARMENTO, Daniel. *21 anos da constituição de 1988: a Assembléia Constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988*. Revista de Direito Público, n. 30, nov/dez, 2009. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/788/657>. Acesso em 8 de maio de 2012.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Tolerância zero*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, out., 2009, pp. 165-176.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, pp. 587-599.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Volume 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, dez, 2006. Disponível em

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso)

[45222006000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 02 de dezembro de 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais sociais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp 385-405.

TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy; SALLA, Fernando e ALVAREZ, Marcos César. *O sistema prisional: um debate necessário*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 67, 2007, pp. 233-252.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Criminalidade e política criminal*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 55, n. 99, jul/set, 1988, pp. 247-256.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, pp. 69-86.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, ano 2, vol. 2, número 2, 2001, pp. 11-39. Disponível em: [http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista do IBDH número 02.pdf](http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_número_02.pdf). Acesso em 18 de julho de 2012.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. *Revista de Direito GV*. São Paulo, jul/dez, 2008, pp. 539-568. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Império da Lei ou da Corte?* *Revista da USP*, n. 21, mar/abr/mai, 1994, pp. 71-77. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/21/07-oscar.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo. jul/dez, 2008, pp. 441-464. Disponível em:

http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2011.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998.

WACQUANT, Löic. *As prisões da miséria*. (Trad.) Miguel Serras Pereira. Oeiras: Celta Editora, 2000.