

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À OMISSÃO ESTATAL E AO  
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: Uma análise do controle  
jurisdicional de políticas públicas**

**RICARDO ANTONIO MENEZES CABRAL FAGUNDES**

**NATAL/RN  
2016**

**RICARDO ANTONIO MENEZES CABRAL FAGUNDES**

**O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FRENTE À OMISSÃO ESTATAL E AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: Uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas**

Dissertação apresentada à Banca de defesa do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD), Curso de Mestrado, para Turma Especial (ESMARN), Área de Concentração “Constituição e Garantia de Direitos”, Linha de Pesquisa II (“Processo e garantias de direitos na Constituição”), alíneas b (“Garantias Constitucionais do Processo”) e c (“Acesso à Justiça como Direito Fundamental”), como etapa obrigatória para a defesa da Dissertação e obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas.

Orientador: Professor Doutor Artur Cortez Bonifácio

Catálogo da Publicação na Fonte.  
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Fagundes, Ricardo Antonio Menezes Cabral.

O sistema prisional brasileiro frente à omissão estatal e ao estado de coisas inconstitucional: Uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas / Ricardo Antonio Menezes Cabral Fagundes. - Natal, RN, 2016.  
167 f.

Orientador: Prof. Dr. Artur Cortez Bonifácio.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Sistema prisional brasileiro – Dissertação. 2. Princípio da Dignidade Humana - Dissertação. 3. Omissão inconstitucional - Dissertação. 4. Estado de Coisas Inconstitucional – Dissertação. 5. Controle Jurisdicional de Política Pública - Dissertação. I. Bonifácio, Artur Cortez. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA CDU 342(81)

## RESUMO

FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **O Sistema Prisional Brasileiro frente a Omissão Estatal e ao Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise do controle jurisdicional de políticas públicas**. 2016. f. 169. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 elencou um rol de garantias às pessoas encarceradas que decorrem do núcleo essencial do princípio da dignidade humana. Entretanto, ao analisar o sistema prisional brasileiro, verifica-se um quadro desolador de violações reiteradas a direitos fundamentais. Questiona-se, então, se a omissão estatal, ao não garantir o dever de proteção às pessoas privadas de sua liberdade, pode configurar o que a corte constitucional colombiana definiu como sendo um “Estado de Coisas Inconstitucional”. A partir da constatação de eventual incapacidade do poder público em sanar esta violação massiva e generalizada de vários direitos fundamentais exsurge a possibilidade de intervenção pela via do controle jurisdicional das políticas públicas correlatas ao problema. Não se pode olvidar, entretanto, que o princípio da separação de poderes propugna que a atuação judicial deve se dar subsidiariamente nestes casos, apenas para suprir a omissão das outras esferas de poder, no intuito de efetivar os princípios constitucionais em questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Prisional Brasileiro. Princípio da Dignidade Humana. Omissão inconstitucional. Estado de Coisas Inconstitucional. Controle Jurisdicional de Política Pública.

## ABSTRACT

FAGUNDES, Ricardo Antonio Menezes Cabral. **Brazilian Prison System compared to State failure and Unconstitutional State of Fairs: an analysis of the judicial policy making.** 2016. f. 169. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal.

Brazilian Federal Constitution of 1988 has listed many guarantees to incarcerated persons deriving from the core of the principle of human dignity. However, analyzing the Brazilian prison system, can be found a bleak picture of repeated violations of fundamental rights. Then, the question is whether State's omission, who failed to ensure the protection of the incarcerated persons rights, can configure what the Colombian Constitutional Court has defined as an "Unconstitutional State of Fairs". From finding potential inability of the government to remedy this massive and widespread violation of various fundamental rights rises the possibility of intervention by the judicial policy making related to the problem. We should not forget, however, that the principle of separation of powers advocates judicial action in these cases must be given just in an alternative way, only to supply the omission of other spheres of power, in order to give effect to the constitutional principles in question.

**KEYWORDS:** Brazilian Prison System. Human Dignity. Unconstitutional Omission. Unconstitutional state of fairs. Judicial Policy Making.

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho inicialmente aos meus pais Ricardo e Gilma, a quem devo a minha vida e grande parte do meu caráter. Nunca hei de olvidar que as suas trajetórias pessoais serviram-me sempre de modelo na estrada da existência.

A todos que em mim acreditaram desde o início, notadamente meu orientador, o Professor e magistrado Dr. Artur Cortez Bonifácio, exemplo de retidão a ser seguido hoje e sempre.

Por fim, dedico especialmente esta dissertação às pessoas que são as mais importantes para mim: a minha amada esposa Jamile e meu filho Eduardo, que sempre estiveram ao meu lado e souberam renunciar horas de uma bela convivência familiar em detrimento de minha formação acadêmica.

## **AGRADECIMENTOS**

O principal agradecimento dedico a DEUS, pela minha vida, pela alegria, pela saúde e pela paz nos momentos em que mais precisei.

À minha esposa Jamile Amaral Cabral Fagundes e ao meu filho Eduardo Amaral Cabral Fagundes, por me dedicarem mais amor do que mereço e por serem sempre o meu porto seguro.

Aos meus pais, irmãos e demais familiares e amigos que sempre me incentivaram e torceram pela minha vitória.

Aos amigos Lucas Marques Luz da Ressurreição, Marcus Vinicius Pereira Júnior e André Melo, que não me deixaram desistir antes de começar este curso de Mestrado.

Aos colegas de Mestrado Thereza, Ticiania, Virgínia, Everton, Marco Antônio, Felipe, Bruno, Glauber, Carla, Fátima, João Eduardo, Diego e Cleanto que muito me ensinaram no decorrer deste curso.

À Universidade Federal, nas pessoas dos Professores do Núcleo de Pós-Graduação em Direito, Dra. Maria dos Remédios e Dr. José Orlando Ribeiro pela estima e pelos essenciais ensinamentos.

À Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, nas pessoas dos seus Diretores, pela oportunidade de fazer este curso de mestrado mediante convênio celebrado com a UFRN.

Aos demais professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN, notadamente o meu orientador, Prof. Dr. Artur Cortez Bonifácio, pelas lições ministradas em sala de aula e fora dela.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 SISTEMA CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>16</b>
2.1 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A SUA RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	24
2.2 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	27
<b>3 CRIME, ENCARCERAMENTO E DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>30</b>
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	35
3.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES .....	40
3.3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA.....	46
<b>4 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO, POLÍTICA PENITENCIÁRIA E A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>52</b>
4.1 A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL.....	56
4.2 POLÍTICA PÚBLICA, ORÇAMENTO PÚBLICO E RESERVA DO POSSÍVEL ...	62
4.3 POLÍTICA PÚBLICA CONSTITUCIONAL VINCULANTE E SISTEMA PENITENCIÁRIO.....	72
<b>5 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA PRISIONAL.....</b>	<b>82</b>
5.1 O PROBLEMA DO SUPOSTO DEFICIT DE LEGITIMIDADE .....	89
5.2 LIMITES AOS CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	105
<b>6 PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO POTIGUAR EM NÚMEROS .....</b>	<b>116</b>
6.1 ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO E DOS GASTOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE NO ANO DE 2015.....	119
6.2 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	122
6.3 MÉTODO APAC E A EXPERIÊNCIA IMPLEMENTADA NA COMARCA DE MACAU-RN.....	124
<b>7 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A TENDÊNCIA DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>130</b>
7.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	135
7.2 REQUISITOS PARA A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	140
7.3 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL .....	143
7.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	148
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>154</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>158</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 representou no Brasil um marco importante que se traduziu em uma dupla guinada para o Estado Constitucional, no âmbito do sistema político, e para o neoconstitucionalismo, no plano do sistema jurídico.

Esse novo modelo estatal, marcado pelo paradigma jurídico neoconstitucionalista, implicou em uma série de mudanças.

A mais relevante delas foi o reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, incluídos os princípios e regras, que passam a ter eficácia jurídica imediata e, por tal motivo, necessariamente devem ser implementados por todas as esferas dos poderes constituídos.

Registre-se que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, positivou o direito fundamental do acesso à justiça, o que significa dizer que o cidadão sempre poderá buscar a tutela jurisdicional na hipótese de lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos.

É necessário compreender que tal direito fundamental não se esgota em sua dimensão meramente formal, de possibilitar aos cidadãos o acesso às instâncias judiciais para obter uma tutela jurisdicional.

É certo que a dimensão material do acesso à justiça não pode ser olvidada, o que implica em reconhecer que o cidadão tem o direito de receber a tutela adequada (justa, efetiva, tempestiva) do Estado quando houver necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

A partir dessa ideia, pode-se constatar que o direito fundamental do acesso à justiça apresenta vários desdobramentos, dentre os quais se ressalta a possibilidade do controle judicial de atos administrativos ou de políticas públicas, a se observar

subsidiariamente quando houver omissão estatal inconstitucional que implique em ofensa a direitos ou garantias fundamentais.

No âmbito da execução penal, verifica-se que o acesso à justiça em sua dimensão material e o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional apontam, em primeiro plano, para a necessidade de não haver violações aos direitos fundamentais da pessoa encarcerada e, em segundo plano, para o cumprimento efetivo e adequado das finalidades da pena.

No que respeita ao primeiro plano, observa-se que a Constituição Federal de 1988 positivou a dignidade humana como um dos seus postulados básicos, proibiu expressamente as penas degradantes ou cruéis e, ainda, garantiu a integridade física e moral dos presos.

Pelos dados estatísticos que serão analisados ao longo deste trabalho se observa que essa promessa constitucional, em regra, não tem sido concretizada no sistema prisional brasileiro.

Passando ao plano da efetividade, deve-se conceber, sem a necessidade de ingressar da análise teórica das ideologias penais construídas historicamente, que a pena deve atender adequadamente às suas funções clássicas de repressão, prevenção geral e especial e reinserção social.

Nesse prisma, tem-se que a realização da ideia de adequada reinserção social deve se dar através do oferecimento aos recuperandos da possibilidade de participação em diversos programas de tratamento penitenciário com vistas à ressocialização, o qual, entretanto, deverá ser aceito voluntariamente pelo apenado.

De igual maneira se verifica que o sistema prisional brasileiro não tem atendido a esta expectativa específica, o que pode ser demonstrado pelo contrassenso de termos uma das maiores populações carcerárias do mundo e, ao

mesmo tempo, um crescimento perceptível da criminalidade violenta e alarmantes índices de reincidência, aferidos anualmente pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão ligado ao Ministério da Justiça<sup>1</sup>.

Com efeito, as notícias de flagrantes e reiterados atentados à dignidade da pessoa presa são publicadas diariamente, notadamente no Estado do Rio Grande do Norte.

Registre-se que 25 (vinte e cinco) internos perderam a vida no interior de estabelecimentos prisionais potiguares no ano de 2015. Além disso, rebeliões, com destruição de Centro de Detenções e Presídios têm sido frequentes no Estado do Rio Grande do Norte, o que pode ser constatado a partir de consultas aos sítios dos jornais locais<sup>2</sup>.

Se não bastasse, as organizações criminosas, tal como o Primeiro Comando da Capital – PCC e o Sindicato do RN comandam a maioria dos estabelecimentos prisionais.

Neste prisma, observa-se que as prisões brasileiras não são mais apenas “faculdades do crime”, como outrora se dizia, mas verdadeiros “quartéis gerais” do crime organizado, de onde são emanadas as principais ordens referentes ao tráfico de drogas e armas, homicídios, atentados diversos e outros delitos.

Ao lado disso, há um quadro aparentemente irremediável de superlotação do sistema tradicional, que há muito deixou de cumprir as diretrizes da Lei de Execuções Penais no intuito de tentar reinserir o apenado na sociedade, o que, somado a outros fatores, ocasiona níveis de reincidência alarmantes.

Por último, verifica-se que os direitos fundamentais das pessoas presas são reiteradamente violados.<sup>3</sup> A assistência jurídica é precária, devido à inexistência de

<sup>1</sup> Os dados podem ser obtidos no site <http://portal.mj.gov.br>

<sup>2</sup> Recomenda-se consulta a várias notícias sobre o problema publicadas no sítio do jornal Tribuna do Norte ([www.tribunadonorte.com.br](http://www.tribunadonorte.com.br))

<sup>3</sup> Os dados precisos sobre essas violações podem ser obtidos a partir de consulta ao relatório do levantamento nacional de

Defensoria Pública em várias comarcas. A superlotação e as péssimas condições de salubridade resultam em problemas de saúde que não recebem o tratamento adequado, uma vez que a assistência médica é quase inexistente. As possibilidades de reinserção social pelo trabalho ou pelo estudo são raras.

Questiona-se, a partir deste quadro desolador de violações reiteradas a direitos fundamentais, se a omissão estatal do Poder Executivo, que tem se mostrado incapaz de sanar essas falhas estruturais na política pública penitenciária do Brasil e, especialmente, do Estado do Rio Grande do Norte, pode configurar o que a Corte Constitucional Colombiana definiu como sendo um “estado de coisas inconstitucional”.

Para se alcançar essa conclusão, se mostra imprescindível que nessa pesquisa se busque aferir o orçamento do Estado do Rio Grande do Norte, tomando como referencial a priorização do cumprimento das chamadas políticas públicas constitucionais vinculantes, o que possibilitará uma abordagem técnica e científica acerca da objeção da “reserva do possível”.

Deve-se buscar, portanto, alternativas para materializar o princípio da dignidade humana e a proibição constitucional de penas degradantes ou cruéis, de modo a cumprir os comandos constitucionais em tela, concretizando-os nos planos da eficácia e efetividade.

A partir desta análise, deve se debater quais as possibilidades de intervenção pela via do controle jurisdicional de políticas públicas, tendo sempre em mente que o princípio da separação de poderes propugna que a atuação judicial deve se dar subsidiariamente, apenas para suprir a omissão das outras esferas de poder, no intuito de efetivar os princípios constitucionais em questão.

Exsurge, então, duplo questionamento sobre a legitimidade do Poder Judiciário e sobre os limites éticos, legais e constitucionais deste ativismo judicial, que devem ser enfrentados a partir do estado da arte em que se encontra o estudo da matéria.

Serão analisadas, ainda, algumas experiências implementadas pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte que buscam sanar, em diferentes graus, as omissões e falhas do sistema prisional norterio-grandense.

A primeira delas se traduz na criação do Programa Novos Rumos da Execução Penal, que resultou na manutenção de um estabelecimento prisional na Comarca de Macau em que se respeita o método APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), idealizado por Mauro Ottoboni.

Também há registro de construções e reforma de estabelecimentos prisionais por decisões judiciais proferidas em ações coletivas ou através do uso de recursos arrecadados através do cumprimento de penas pecuniárias.

Acrescente-se, ainda, algumas iniciativas referentes ao cumprimento diferenciado de penas em regime semiaberto e aberto, tendo em vista a inexistência de vagas em muitas comarcas do Estado do Rio Grande do Norte.

Além disso, outras alternativas devem ser mencionadas, como a privatização de estabelecimentos prisionais e a incipiente realização de audiências de custódia e a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, que intentam reduzir o elevado número de presos provisórios.

O caráter analítico e propositivo será o marco desta pesquisa. A partir do estado da arte vigente deverão ser propostas algumas soluções para amenizar as graves violações de direitos retratadas anteriormente.

É certo, todavia, que a questão penitenciária no Rio Grande do Norte (e no

Brasil) se trata de problema complexo, que não demanda uma única solução milagrosa.

Verifica-se que não há estudos críticos mais aprofundados sobre o tema. Da mesma forma, apenas recentemente o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, ao proferir decisão liminar na ADPF 347 MC/DF, quando se indicou em um juízo de cognição sumária a possibilidade de estar configurado o “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro.

Inegável, por outro lado, que se tem que procurar caminhos ou alternativas para adequar o sistema penitenciário brasileiro às diretrizes externas de Direitos Humanos, sob pena de serem impostas ao Brasil condenações por organismos internacionais em um futuro não tão distante.

Observa-se que o sistema tradicional, embasado unicamente no caráter repressor e estigmatizante, não é mais suficiente e eficiente para resolver o problema da crescente criminalidade.

Um novo modelo de justiça restaurativa deve ser discutido e implementado, no intuito de atingir uma ampla pacificação social. Está claro que a própria convivência social pressupõe a existência de delitos e que o ente estatal nunca conseguirá debelar completamente a criminalidade.

É imprescindível, portanto, a mudança de paradigmas na Execução Penal, com o respeito aos direitos fundamentais da pessoa encarcerada e o resgate da sua dignidade e autoestima, o que tornará possível o retorno ao convívio social sem que haja uma alta probabilidade de reincidência.

Um estudo mais aprofundado sobre o tema deve se deter, em um primeiro momento, na base teórica para a discussão e, noutro passo, se voltar a apresentar proposições efetivas que possam ser implementadas no sistema penitenciário

tradicional ou, subsidiariamente, através da privatização de estabelecimentos prisionais ou do fomento a outros estabelecimentos penais de caráter alternativo, como os Centros de Recuperação Social que adotam o método APAC.

Explicita-se que há um caminho metodológico a ser seguido para encontrar as soluções possíveis para responder os problemas que serão enfrentados nesta pesquisa.

Destaques-se que a pesquisa é aplicada em razão de seu viés eminentemente prático. Simultaneamente, é ainda quali-quantitativa em razão da necessidade de estabelecer compreensão interpretativa para o fenômeno concretização do princípio da dignidade humana na execução das penas privativas de liberdade e sua extensão diante da quantificação de dados, como o índice de reincidência, por exemplo, considerando determinado padrão de amostragem a ser definido com base nas informações de possível acesso *in loco* ou pela rede mundial de computadores.

Será admitido, na espécie, o método hipotético-dedutivo como método de abordagem da questão inicial da pesquisa.

Por seu turno, os métodos de procedimentos a serem adotados são os seguintes: para avaliar o substrato teórico existente será utilizado o método bibliográfico; para o conhecimento das condicionais do problema será aplicado o método documental; a análise dos dados advindo da pesquisa eventualmente colhidos *in loco* será realizada com a aplicação do método estatístico.

Em suma, são esses os desafios a serem enfrentados no curso da pesquisa em tela.

Para alcançar tais objetivos, este trabalho será estruturado em oito capítulos: no primeiro foram trazidos aspectos introdutórios da pesquisa; no segundo se desenvolve a ideia de sistema constitucional e da supremacia da Constituição

sobre o ordenamento jurídico a partir do enfoque do neoconstitucionalismo; no terceiro se traça em paralelo a evolução histórica e doutrinária da pena privativa de liberdade e sua relação com os direitos fundamentais; no quarto será abordada a falência da pena de prisão no Brasil e os aspectos gerais acerca das políticas públicas constitucionais vinculantes e as objeções ao seu cumprimento referentes ao orçamento público e a reserva do possível; o quinto disporá sobre a possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, enfrentando o problema do déficit de legitimidade e os limites desta intervenção; o sexto capítulo trará um breve estudo sobre dados colhidos acerca do problema no Estado do Rio Grande do Norte; o sétimo capítulo apresenta a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e as possíveis implicações de sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, notadamente no que toca ao problema carcerário; por fim, o oitavo capítulo encerra conclusões gerais sobre o que foi exposto ao longo de todo o trabalho.



## 2 SISTEMA CONSTITUCIONAL, NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS SISTEMAS JURÍDICOS

Atualmente não há maiores divergências doutrinárias quanto à natureza sistêmica do Direito. É interessante, todavia, apresentar substrato conceitual que ajude a compreender a evolução histórica e o panorama atual da noção de sistema e as suas implicações para o Direito Constitucional e, conseqüentemente, para toda a ciência jurídica.

Seguindo essa intenção, apresentar-se-á breve abordagem teórica sobre o tema objeto do presente capítulo.

Como marco inicial desta exposição, serão tecidos breves comentários à Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN<sup>4</sup>.

KELSEN idealizou o direito como sendo um sistema de normas hierarquizado, no qual uma norma inferior tem como pressuposto de validade uma norma superior fundamentadora, ao passo que todo o sistema seria validade pela “norma hipotética fundamental.”<sup>5</sup>

É certo que hoje é questionável se é mesmo possível se depurar a ciência do Direito dos outros ramos do saber científico, mas se deve ressaltar o pioneirismo de sua visão sistêmica do Direito.

Importante compreender, ainda à guisa de referenciação teórica, a introdução de elementos da teoria dos sistemas no Direito Constitucional, o que foi proposto por PAULO BONAVIDES<sup>6</sup> em sua teoria do sistema constitucional.

O cerne da concepção de BONAVIDES reside na ideia que o conceito

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. O Sistema Constitucional. In: **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.93-142

clássico de Constituição é insuficiente para retratar em sua completude toda a complexidade da realidade pertinente à organização e ao funcionamento das estruturas básicas da sociedade política, motivo pelo qual se mostra necessário reforçar a formulação de uma teoria do sistema constitucional que, ao mesmo tempo, englobe as suas feições política e jurídica, material e formal.

Ressalta o autor que a produção científica no que toca à teoria do sistema constitucional ainda é incipiente, pelo que passa a buscar as bases de sua construção na teoria geral dos sistemas, que informava inicialmente outros ramos da ciência, notadamente as ciências da natureza.

Estabelece como premissa teórica a necessidade de se estabelecer uma distinção entre Constituição e sistema constitucional, posicionando o Direito Constitucional no âmbito da Ciência Política para superar a visão parcial do constitucionalismo clássico, oriundo do modelo de Estado Liberal, que desconsiderava o caráter político das normas constitucionais.

Para BONAVIDES, a ideia de Sistema Constitucional alarga os conceitos positivistas ao conseguir entender a Constituição em suas dimensões política e jurídica, sem olvidar-se da “ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita.”<sup>7</sup>

Isso porque a Constituição meramente jurídica, de gênese nitidamente liberal e positivista, tem demonstrado baixa efetividade que culminou, não raras vezes, em instabilidade constitucional diante do descompasso existente entre o texto normativo constitucional e a realidade político-social vigente.

A partir dessas ideias iniciais, PAULO BONAVIDES consegue demonstrar a necessidade de se colocar a Constituição escrita dentro de um sistema constitucional, material e orgânico, que venha a abarcar, além do elemento jurídico-

---

<sup>7</sup> Op. cit. p. 95.

normativo, “todas as forças excluídas pelo constitucionalismo clássico ou por este ignoradas(...)”.<sup>8</sup>

Segundo BONAVIDES, esta aparente tensão entre a concepção de Constituição normativa e a Constituição real se diluem quando estas são entendidas dentro de uma perspectiva de totalidade de sistema, o sistema constitucional.

Integrariam, portanto, o sistema constitucional, a Constituição propriamente dita, as leis complementares, as leis ordinárias materialmente constitucionais, bem como o conjunto de instituições, poderes e interesses que emanam da própria sociedade.

No que toca à aplicação da concepção sistêmica contemporânea ao Direito Constitucional, PAULO BONAVIDES leciona que ajudaria a delimitar as fronteiras constitucionais, alargando, de maneira considerável, o conceito de constitucionalidade e, ao mesmo tempo, dinamizando a ação do Direito sobre a Sociedade e incrementando a influência da Sociedade sobre o Direito.

Deve-se ter em mente, ainda, que o Sistema Constitucional atualmente deve ser compreendido a partir da ótica do Neoconstitucionalismo<sup>9</sup>, o que se traduz na observância da força normativa da Constituição, incluídas as suas regras e princípios, na supremacia e unidade da Constituição, que implicam em um fenômeno de constitucionalização dos demais sistemas jurídicos.

Sobre a força normativa da Constituição deve se trazer à baila as lições de KONRAD HESSE<sup>10</sup>, que originalmente cunhou esta teoria que foi sendo lapidada por outros doutrinadores a partir de então.

Como ponto de partida para expor a sua tese, HESSE traz como premissa o

---

<sup>8</sup> Op. cit. p. 97.

<sup>9</sup> Em que pese haver divergência doutrinária sobre a sua adequação, a expressão Neoconstitucionalismo será aceita e empregada no curso deste trabalho.

<sup>10</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, sob pena de se considerarem extremos como uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.<sup>11</sup> Percebe-se que essa ideia inicial foi seguida por PAULO BONAVIDES em sua teoria do sistema constitucional.

A partir dessa premissa inicial, entende-se que o Direito e, conseqüentemente, a norma constitucional, somente existem em função de uma determinada sociedade, no intuito de regular aquela realidade político-social.

Ressalte-se que a norma constitucional tem em si a “pretensão de eficácia” que será realizada quanto mais se observarem as condições naturais, técnicas econômicas e sociais, tendo em vista ainda o “substrato espiritual” daquele determinado povo, que engloba as suas concepções sociais concretas e o substrato axiológico valorativo vigente.<sup>12</sup>

HESSE adianta que essa pretensão de eficácia é um elemento autônomo, que faz com que a Constituição procure imprimir ordem e conformação à realidade política e social.<sup>13</sup>

Neste prisma, esclarece o autor que a “Constituição real” e a “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação, em um processo de interação dialética constante, condicionando-se mutuamente sem que nenhuma delas dependa pura e simplesmente da outra.

Além disso, HESSE pontifica que a força normativa da Constituição não decorre apenas nessa adaptação à realidade, ao passo que poderá se converter, em determinadas circunstâncias, em força ativa.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Op. cit. p. 13.

<sup>12</sup> Op. cit. p. 14.

<sup>13</sup> Op. cit. p. 15.

<sup>14</sup> Op. cit. p.15-16.

Em poucas palavras, significa dizer que a Constituição pode impor tarefas e se transformará em “força ativa” se essas tarefas forem efetivamente realizadas quando se fizerem presentes na consciência geral não só a vontade do poder, mas também a vontade de Constituição.<sup>15</sup>

Por último, ainda em relação à práxis, HESSE exalta a importância da interpretação constitucional, voltada à concretização da norma dentro das condições de realidade vigentes, no intuito de preservar a sua força normativa.<sup>16</sup>

Nesse contexto, a interpretação assume caráter dinâmico e construtivo, sendo que uma mudança da realidade político-social deverá provocar mudanças na interpretação da Constituição e, por outro lado, o próprio sentido do enunciado jurídico passa a estabelecer o limite interpretativo de qualquer mutação normativa.

Está claro, portanto, este condicionamento recíproco entre a realidade social e a Constituição, de maneira que caberá ao intérprete, enquanto aplicador do Direito, a importante missão de concretizar as normas constitucionais vigentes, observando a sua força normativa a partir dos aspectos que já foram mencionados anteriormente.

Não se pode olvidar que a Constituição deve ser entendida como um sistema dotado de unidade e supremacia em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Assim, é consequência lógica que a Constituição se refletirá diretamente, através da sua força normativa, ou indiretamente, servindo de prisma axiológico para a compreensão das normas hierarquicamente inferiores do ordenamento jurídico.

Essa concepção foi compreendida e exposta por ALFONSO GARCIA FIGUEROA<sup>17</sup>, que analisou o fenômeno do Constitucionalismo a partir do processo

---

<sup>15</sup> Op. cit. p. 18-19.

<sup>16</sup> Op. cit. p. 22-23.

<sup>17</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. A Teoria do Direito em tempos de Constitucionalismo. In: **Argumentação e Estado**

de constitucionalização dos sistemas jurídicos.

Essa viragem filosófica e jurídica ocasionou paulatinamente uma mudança de paradigmas, com o surgimento e consolidação do neoconstitucionalismo, que implicou em um novo modelo do “Estado Constitucional de Direito” e, ao mesmo tempo, deu ensejo a teorizações diversas que se propunham a conhecer e explicar essa nova concepção.

Nesse contexto de afirmação do Estado Constitucional de Direito, a Constituição passou a ocupar papel de maior relevo dentro do ordenamento jurídico estatal, transformando-o à sua forma, fenômeno este que se convencionou denominar “constitucionalização da ordem jurídica”.

A primeira premissa a se verificar nesse novo modelo é a rigidez da constituição, que será imutável ou reformável apenas por procedimento legislativo qualificado e complexo, normalmente previsto no texto constitucional.

A partir deste primeiro pressuposto, se denota a garantia jurisdicional da Constituição, que implica na supremacia da constituição sobre as outras normas do ordenamento jurídico e na existência de cláusulas pétreas<sup>18</sup>, de modo que o sistema é dotado, necessariamente, de mecanismos de controle de constitucionalidade.

Constata-se que para reforçar a efetividade da Constituição, passou-se a considerar a sua força normativa vinculante, ao passo que suas normas passaram a ter interpretação extensiva e aplicação direta.

Em poucas palavras, significa dizer que as regras e princípios constitucionais vinculam e obrigam diretamente todos os seus destinatários, mediante a interpretação extensiva (sobreinterpretação) e aplicação das suas disposições aos

---

**Constitucional.** Coord. Eduardo Ribeiro. São Paulo: Ícone, 2012. p.511-536

<sup>18</sup> Cláusulas pétreas podem ser definidas, a grosso modo, como limitações materiais ao poder de reforma de uma Constituição, o que implica na existência de dispositivos constitucionais que não podem ser abolidos ou reduzidos nem mesmo por emenda constitucional.

casos concretos que se apresentam para solução.

Acrescente-se que esse novo modelo impõe ainda que todas as leis devem ser interpretadas conforme a Constituição, com ou sem redução de texto.

De igual maneira, se revela a forte influência da Constituição no debate e no processo político, inclusive com o incremento da participação popular em alguns momentos, mediante instrumentos como a realização de audiências públicas<sup>19</sup>.

Esse fenômeno da “Constitucionalização” do pensamento jurídico demandou a formulação de um conjunto de teorias voltadas a melhor compreendê-lo através de um prisma epistemológico completamente novo, movimento que se convencionou denominar “neoconstitucionalismo”.

Ressalte-se que o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo foi influenciado por aspectos implícitos da Constitucionalização do ordenamento jurídico, quais sejam o aspecto material, o aspecto estrutural e funcional e o aspecto político.

O aspecto material reporta à vinculação conceitual do sistema jurídico à moral, passando a adquirir forte carga axiológica, característica marcante do “neoconstitucionalismo”.

Por sua vez, o aspecto estrutural diz respeito à substância das normas constitucionais, que englobam os princípios, que por sua natureza aberta e fluida incidindo diretamente no ordenamento jurídico (efeito de irradiação) e incrementando, ainda, as suas hipóteses de aplicabilidade.

O aspecto funcional traz para a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais o critério da ponderação, priorizando-se, portanto, a perspectiva argumentativa do estudo do Direito.

Por último, o aspecto político tem se revelado no deslocamento do

---

<sup>19</sup> No Brasil, pode-se mencionar como exemplos a lei da “ficha limpa”, que foi originada por um projeto de iniciativa popular e a realização de audiência pública perante o STF para discutir a questão do aborto de fetos anencéfalos.

protagonismo do Poder Legislativo ao Judiciário, o que pode gerar certa preocupação por supostamente implicar em possíveis discricionariedade, arbitrariedade e insegurança jurídica.

Sobre esses questionamentos, FIGUEROA acertadamente explica que a solução encontrada é a busca de um elemento de objetividade que permita algum controle das interpretações possíveis para a submissão da decisão à Constituição. Essa objetividade pode ser alcançada por critérios de caráter semântico (interpretação) e axiológico (argumentação).<sup>20</sup>

FIGUEROA acrescenta que a teoria da argumentação jurídica ocupará papel de destaque para a legitimação do discurso jurídico e político, ao permitir que se defina um espectro de soluções constitucionalmente possíveis e estabelecer prioridades entre elas.<sup>21</sup>

Sendo assim, conclui-se que o Poder Judiciário deverá se adequar no intuito de se alinhar às enormes expectativas criadas a partir do seu protagonismo no novo modelo de Estado Constitucional.

Tal conclusão preliminar implica em vários desdobramentos, tais como a releitura dos diversos ramos do Direito conforme a Constituição e na necessidade de conferir máxima eficácia às normas constitucionais, assumindo o magistrado, por vezes, papel proativo na garantia dos direitos fundamentais.

Não resta dúvida que também o sistema penal e, conseqüentemente, o sistema de cumprimento de penas, deverá se adequar aos comandos normativos constitucionais, como se analisará em seguida.

---

<sup>20</sup> Op. cit. p. 521.

<sup>21</sup> Op. cit. o. 521-522.



## 2.1 A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A SUA RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema processual penal brasileiro em vigor foi cunhado inicialmente com base em fundamentos que não mais se coadunam com a ordem constitucional vigente.

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR<sup>22</sup> pontifica que o Código de Processo Penal de 1941 refletia as ideias da Escola Positivista, capitaneada por Cesare Lombroso, depuradas pela compreensão da Escola do Tecnicismo Jurídico e pelos ideais ditatoriais vigentes à época, o que resultou em um processo penal de “mentalidade antidemocrática e eminentemente policialesca.”

Partindo de algumas das premissas anteriormente expostas, notadamente a supremacia da Constituição e o seu caráter normativo, tem-se que é a Carta Magna de 1988 que estabelece as regras mínimas para a execução penal no Brasil.

Verifica-se, portanto, um fenômeno de “constitucionalização” do Processo Penal e, conseqüentemente, da Execução Penal, muito bem delineado por autores como MASSIMO PAVARINI, ANDRÉ GAMBERARDINO<sup>23</sup> e AURY LOPES JÚNIOR<sup>24</sup>.

A primeira implicação desta assertiva é que o processo penal brasileiro abandona as suas raízes de autoritarismo e passa a ser compreendido sob a perspectiva democrática.

Registre-se que um processo penal que se diz democrático é marcado por um conjunto mínimos de regras e princípios que ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO

---

<sup>22</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.9

<sup>23</sup> PAVARINI, Massimo e GIAMBERDINO André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 225-228.

<sup>24</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.29-34.

CRUZ<sup>25</sup> assim elenca:

a) a acusação contra alguém não pode ser feita pelo mesmo órgão que julgará o acusado; b) o órgão julgador deve ter sua competência previamente definida em lei e deverá cercar-se de garantias que assegurem sua imparcialidade e independência; c) o acusado deve ser tratado como inocente até sentença em sentido contrário; d) ao acusado, ao longo do processo penal, devem assegurar-se iguais oportunidades em relação ao acusador; e) o acusado deve ser prontamente comunicado sobre o conteúdo da acusação formulada contra ele; f) ao acusado deve ser garantido o direito de exercer sua defesa, tanto pessoalmente quanto por meio de advogado, sem limitações ou restrições irrazoáveis; g) ao acusado deve assegurar-se o direito de recorrer a outro órgão judicial das suas decisões finais que lhes sejam desfavoráveis e das decisões que afetem a sua liberdade; h) tanto o acusado quanto o órgão de acusação têm o direito de ser informados sobre petições ou documentos juntados pela parte contrária, de reagir em igualdade de condições, bem assim têm o direito de influir nas decisões judiciais, apresentando argumentos e provas que considerem relevantes para a demonstração de suas teses e de seus direitos; i) os atos processuais devem ser praticados, em regra, sem restrições à publicidade interna e externa; j) as decisões judiciais devem ser suficientemente motivadas.

Observa-se que esse conjunto de princípios e regras são características marcantes de um sistema processual penal de índole acusatória e, ainda, que decorrem diretamente do princípio do devido processo legal insculpido na Constituição Federal de 1988, de modo que fica nítida a atual feição democrática do sistema processual penal brasileiro.

AURY LOPES JÚNIOR<sup>26</sup> acrescenta que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a adoção do sistema processual acusatório, do princípio democrático e a consagração dos Direitos Fundamentais, verificou-se uma alteração no fundamento de existência do processo penal brasileiro que passa a instrumentalizar os ditames constitucionais na persecução penal.

Neste ínterim, afirma o autor que “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos e não o contrário.”<sup>27</sup>

O mesmo raciocínio, com algumas adequações, se aplica à execução penal.

<sup>25</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a Um Processo Criminal Democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça Criminal e Democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 23-55.

<sup>26</sup> Op. cit. p. 29-34

<sup>27</sup> Op. cit. p. 33.

MASSIMO PAVARINI e ANDRÉ GIAMBERARDINO<sup>28</sup> asseveram que a *constitucionalização* da execução penal “dá-se através da garantia do que foi disposto como *direito fundamental* na Carta Magna”, notadamente as garantias positivadas no art. 5º, incisos XLV e seguintes da Constituição Federal.

Sendo assim, tem-se que a execução penal, a partir dos ditames constitucionais supramencionados, deve ser compreendida, conforme os autores supramencionados, segundo um escopo de “redução de danos”, que posicione a prisão como *ultima ratio* do sistema e, ao mesmo tempo, possibilite a reinserção social adequada dos egressos dos estabelecimentos prisionais<sup>29</sup>.

Também não se pode olvidar que a Lei de Execuções Penais de 1984, já em seu artigo 1º, coloca como objetivo da execução penal “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

No sentir de ALESSANDRA TEIXEIRA<sup>30</sup>, essa disposição inicial da Lei n.º 7.210/1984 implicou em um deslocamento da forma de tratar a execução de penas no Brasil, ao constituir o preso como sujeito de direitos, o que se observa, na prática, com a judicialização da execução da pena.

Isso não quer dizer, entretanto, que o indivíduo sob a custódia estatal e em cumprimento de pena tem direito apenas aos benefícios legais atinentes à progressão de regime, por exemplo.

Para além disso, é certo que o “apenado” passa a ser visto como “recuperando”, de modo que é dever do Estado promover as condições ideais para a sua efetiva reinserção social, o que passa, necessariamente pela manutenção de

---

<sup>28</sup> Op. cit. p. 228.

<sup>29</sup> No mesmo sentido temos: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.19-28.

<sup>30</sup> TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da Exceção: política penal e penitenciária do Brasil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 85-91.

sua integridade física e mental, possibilidade de atividade laborativa e/ou educacional, além de assistência jurídica, médica, material, religiosa e social.

Neste mesmo sentido, ELIONALDO FERNANDES JULIÃO<sup>31</sup> ao concluir que:

se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é evidente que os apenados têm direito aos serviços de assistência que a possibilitem e que, para isso, devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos como dever do Estado.

Entende-se, portanto, que a Lei de Execuções Penais ao promover tal revolução sistêmica não se confronta, em princípio, com o ordenamento constitucional de 1988, de modo que foi recepcionada pela Constituição Federal vigente.

É papel do intérprete e aplicador da lei, entretanto, compreender os dispositivos da Lei de Execuções Penais de 1984 à luz dos Direitos Fundamentais e do escopo de redução de danos do processo de execução de penas.

## 2.2 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS PARA O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Já foi dito que a Constituição Federal, em seu art. 5º, colaciona várias garantias que se destinam às pessoas em cumprimento de pena, dentre as quais destacamos: a) a intranscendência da pena (inciso XLV); b) a sua individualização (inciso XLVI); c) a vedação de pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e de penas cruéis (inciso XLII); d) o direito de cumprir a pena em estabelecimento distinto conforme “a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (inciso XLVIII); e) o respeito à integridade física e moral (inciso XLIX), f) a garantia de condições para que mulheres presas possam ficar com seus filhos durante a amamentação (inciso L); g) o Estado indenizará o condenado por erro

<sup>31</sup> JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema Penitenciário Brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal**. Petrópolis: De Petrus et alli, 2012. p. 117.

judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (inciso LXXV).

Por oportuno, deve se considerar que a tutela constitucional da execução penal não se esgota nestes direitos fundamentais contidos no art. 5º da Carta Magna.

Primeiro porque algumas garantias positivadas em regras e princípios de caráter geral também se aplicam aos presos, como bem leciona CÉSAR DE BARROS LEAL<sup>32</sup>. Assim sendo, se aplicam *erga omnes*, direitos fundamentais como os seguintes: a) ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III, CF); b) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inciso X, CF); c) a todos é assegurado o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, CF).

Além disso, o art. 5º, §2º da CF positivou que os direitos e garantias expressos na Constituição não se esgotam apenas em seu texto, ou seja, não são *numerus clausus* e, portanto, não excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios constitucionais ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for signatária.

A partir deste raciocínio, o Conselho Nacional de Justiça<sup>33</sup> e o Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup> recentemente determinaram que todos os Tribunais de Justiça do Brasil passem a realizar audiências de custódia com as pessoas presas em flagrante delito, no intuito de cumprir disposição expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e de evitar a prática de tortura ou de prisões cautelares ilegais ou desnecessárias.

<sup>32</sup> LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagem pelos caminhos da dor**. Curitiba: Juruá, 2012. p.139-141.

<sup>33</sup> Resolução 213, de 15/12/2015, que pode ser consultada no sítio ([www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)).

<sup>34</sup> Decisão cautelar proferida na ADPF 347, que pode ser consultada no sítio ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br))

Por último, é de bom alvitre ressaltar o chamado efeito de irradiação das normas constitucionais, muito bem tratado por JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE<sup>35</sup>.

Explicita o referido autor que os direitos intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana devem ser colocados em primeiro plano, haja vista que deles decorrem todos os outros direitos fundamentais, motivo pelo qual não admitem, sob qualquer pretexto, a violação de seu conteúdo essencial.

Continuando a sua exposição, destaca VIERA DE ANDRADE<sup>36</sup> que a constitucionalização dos direitos fundamentais traz algumas implicações, a saber: a) quanto ao sentido, passam a ser entendidos dentro do contexto do sistema constitucional respectivo, o que condicionará o seu alcance; b) quanto ao seu conteúdo, tendem a ser mais concretos e específicos; c) passam a assumir uma juridicidade específica, comandando todo o ordenamento jurídico.

Desta forma, a dignidade humana deve ser o primeiro vetor interpretativo em nosso sistema,<sup>37</sup> sendo certo, entretanto, que todas as normas (sejam princípios ou regras) definidoras de direitos fundamentais “irradiam” os seus efeitos por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação de qualquer texto normativo como, na espécie, todas as normas atinentes à execução de penas no Brasil.

Não é difícil perceber, sem necessidade de qualquer incursão mais aprofundada, que o sistema penitenciário brasileiro, como se verá a seguir, constantemente afronta a maior parte dos direitos fundamentais elencados retro.

---

<sup>35</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 36-39.

<sup>36</sup> Op. cit. p.38.

<sup>37</sup> Por este motivo, alguns autores valem-se da doutrina de Humberto Ávila para conceituar a dignidade humana como um postulado, que podem ser definidos, em suma, como meta normas que instituem critérios de aplicação das outras normas do sistema jurídico. Para uma melhor compreensão, recomenda-se: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

### 3 CRIME, ENCARCERAMENTO E DIREITOS HUMANOS

O crime é um fenômeno que surgiu com a própria organização do homem em sociedade. Tem se observado ao longo da história que onde houver sociedade sempre existirá crime.

SÉRGIO GARCIA RAMIRÉZ<sup>38</sup>, parafraseando Gabriel Tarde e Enrico Ferri, pontifica que jamais serão extirpadas cotas mínimas de criminalidade, sendo esta um “obscuro testemunho irrevogável da vida humana.”

Percebe-se, portanto, que não há como abolir o fenômeno crime das sociedades contemporâneas. Partindo desta premissa, desenvolveu-se uma nova penologia para adequar os objetivos da justiça criminal a esta realidade.

DAVID S. FONSECA, seguindo as lições de Malcom Feeley e Jonathan Simon, resume claramente os novos objetivos desta penologia atual a partir de uma perspectiva orientada pelo risco segundo a qual passa a se preocupar não mais em eliminar o crime, o que seria impossível, mas em reduzi-lo a níveis toleráveis, por meio da “coordenação sistêmica de setores perigosos da população”, bem como pela “redefinição da estrutura correcional”.

Surge então o questionamento ontológico sobre a figura do crime. O conceito formal clássico ligado ao princípio da legalidade estrita que define o delito como conduta típica, antijurídica e culpável não parece ser suficiente.

Criticando este conceito da teoria do delito clássica, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI<sup>39</sup> chega ao extremo de afirmar que “o” delito não existe, diante da quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas tipificadas na parte especial de qualquer código penal, inclusive no que toca ao seu significado social e,

---

<sup>38</sup> RAMIRÉZ, Sérgio Garcia. Crimen y Prisión em el Nuevo Milenio. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária*, n.16, jan/jul 2003.

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 246-247.

ainda, por considerar que o próprio sistema é seletivo ao eleger os seus destinatários.

Pontifica, ainda, o autor, que “esta disparidade de hipóteses e de reações ao sistema penal não podem dar lugar a nada unitário”, o que se traduz na inviabilidade de um conceito único para a figura do delito.

Conclui, ZAFFARONI<sup>40</sup>, afirmando que “neste sentido, “delitos” seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso.”

À parte desta crítica doutrinária, é inegável que primeiro o legislador e, em segundo plano, o magistrado aplicador da lei devem seguir critérios mínimos para a criminalização de condutas.

Como se pode compreender de tudo que já foi exposto, o crime, enquanto fato social é uma construção cultural voltada a combater condutas que não são compatíveis com o bom convívio social e que resultam em potencial ofensa a bem jurídico relevante.

Exsurge novo questionamento: como aferir, na prática quais são os bens jurídicos relevantes que devem ser resguardados pelo Direito Penal?

LUCIANO FELDENS<sup>41</sup> acertadamente sugere que a Constituição Federal deve ser o principal parâmetro para o legislador penal, “(...) por materializar um consenso valorativo prévio à legislação em geral”.

Com efeito, é através da Constituição que se elegem e se consagram normativamente os bens e valores mais relevantes para uma determinada sociedade e em determinado momento histórico.

Ademais, o supramencionado princípio da supremacia da constituição e o

---

<sup>40</sup> op. cit. p.248.

<sup>41</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.68-73.



consequente efeito de irradiação de suas normas são fundamentos suficientes para reconhecer a veracidade desta tese.

Destaque-se, ainda, que a intervenção penal, em regra, implica em mitigação da cláusula de liberdade geral insculpida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, de modo que a criminalização de condutas só pode ser justificada objetivamente se buscar a concretização de valores constitucionais expressos ou implícitos ligados aos direitos fundamentais, tomando como norte o critério de proporcionalidade, como lecionam DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS<sup>42</sup>.

A partir da concepção dessa realidade jurídica, social e cultural que se convencionou denominar delito, passou-se a procurar formas de prevenir e reprimir essas condutas tidas como indesejáveis e, a partir de certo momento, definidas em lei como crime.

BECCARIA<sup>43</sup>, em obra lapidar, analisou a evolução do chamado direito de punir, a partir da origem das penas corporais até a consagração da prisão como punição, a ser adotada indistintamente por quase todos os Estados desde a modernidade.

Analisando a obra “Dos Delitos e das Penas”, LUIZ FLÁVIO GOMES<sup>44</sup> identifica que para BECCARIA, o fundamento do direito de punir seria a usurpação ou descumprimento do contrato social pela figura do infrator, acrescentando ainda que o festejado autor segue a doutrina contratualista de Hobbes baseada na ideia do Estado Leviatã.

Assim sendo, em resumo, ao delinquir, o indivíduo usurpava indevidamente

---

<sup>42</sup> DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.129-227.

<sup>43</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Nilobook, 2013.

<sup>44</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) E o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66-75

parte da liberdade própria ou alheia que foram renunciadas em favor do Estado, em prejuízo de outrem ou do bem comum e tornando inviável a manutenção do convívio social, o que justificaria, em tese, a sua punição.

LUIZ FLÁVIO GOMES acrescenta, ainda, que BECCARIA é o percussor do princípio da ofensividade, traduzido no brocardo latino “*nullum crimen sine iniuria*”, ao enfatizar que não é possível a intervenção penal “sem dano para a sociedade.”

Sobre a justificativa do castigo no ordenamento jurídico-penal, EDMUNDO OLIVEIRA<sup>45</sup> ressaltando o caráter retributivo da pena, leciona o seguinte:

(...)O Estado tem que recorrer à pena para reforçar as proibições, indicar o que é permitido e mostrar aos cidadãos que a observância aos mandamentos legais é absolutamente necessária para evitar, na medida do possível, ações ou omissões que ataquem as bases da convivência social.

Constata-se que o autor em destaque põe em relevo, em sua definição, as funções retributiva e de prevenção da pena, a qual funciona, em suma, como castigo e, ao mesmo tempo, para dissuadir o indivíduo e a coletividade da prática de condutas definidas como crime.

Por outro lado, ao menos neste momento, vislumbra-se que se deixou de considerar que a pena deve se voltar para possibilitar o retorno do apenado ao convívio social harmônico, como prescreve o art. 1º da Lei de Execuções Penais brasileiras.

Explicita-se que há outras teorias que buscam analisar e explicar o fundamento do “direito de punir” atribuído ao Estado, sendo que esta singela contribuição de BECCARIA parece ser suficiente para os fins desta pesquisa.

Desta forma, definidos doutrinariamente o conceito de delito e o fundamento da punição, resta um outro problema primordial: a adequação ou limitação do *jus*

---

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Edmundo. **O Futuro Alternativo das Prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 45-47.

*puniendi* estatal aos direitos humanos, notadamente aqueles positivados na Constituição Federais como direitos e garantias fundamentais.

SÉRGIO GARCIA RAMÍREZ<sup>46</sup> afirma com razão que o sistema penal é uma região crítica para os direitos humanos porque nele os direitos fundamentais se colocam no mais grave risco.

Preocupa, ainda, ao autor, a possibilidade de se transformar o sistema penal em violência absoluta, diante da possibilidade de excessos ilegítimos por parte dos agentes estatais que detém o monopólio da força, notadamente em regimes não democráticos.

A princípio, a restrição da liberdade individual no cumprimento da pena não deveria atingir diretamente outros direitos fundamentais do apenado resguardados pela dignidade humana. Ocorre que as circunstâncias do encarceramento, não só no Brasil, tem implicado em severas limitações a outros direitos fundamentais como, por exemplo, a higidez física e mental do apenado.

Ciente disto, CESÁR BARROS LEAL<sup>47</sup>, seguindo autores como Beccaria, Muñoz Conde, Sérgio Garcia Ramirez e Claus Roxin, expõe que o encarceramento, deve ser a *extrema ratio*, ou seja, a última opção a ser eleita pelo legislador ao tipificar condutas, diante do seu caráter dispendioso, estéril e anacrônico.

LUIGI FERRAJOLI<sup>48</sup>, por sua vez, prescreve que os princípios da necessidade e da humanidade da pena devem nortear a forma de punição a ser adotada. Tais princípios se refletem, em suma, na aplicação da pena mínima adequada e necessária à reprovação da conduta e no respeito a pessoa humana do apenado.

Com esta preocupação, organismos internacionais, como a Organização das

---

<sup>46</sup> op. cit. p.138

<sup>47</sup> op. cit. p. 56-59.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ed. São Paulo: RT, 2014. p. 362-366

Nações Unidas – ONU e a Organização de Estados Americanos – OEA estabeleceram regras mínimas para o cumprimento de penas, o que posteriormente foi inserido nos ordenamentos jurídicos de vários países, dentre eles o Brasil.

Como visto, a aplicação prática de conceitos teóricos anteriormente estudados e a concretização das normas constitucionais sobre a matéria a princípio, ao menos em tese, seriam suficientes para resguardar os direitos fundamentais dos encarcerados, possibilitando a sua adequada reinserção social.

Por outro lado, como se verá adiante, a realidade dos estabelecimentos prisionais no Brasil e no mundo tem demonstrado que há muito o que reparar para resguardar o núcleo intangível dos direitos humanos dos apenados.

Para não chegar a conclusões desacertadas, antes será feita uma breve incursão nos antecedentes históricos da pena e da conceituação dos direitos fundamentais.

### 3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

CEZAR ROBERTO BITENCOURT<sup>49</sup> lembra que “a origem da pena (...) é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade.”

Nos primórdios, o *jus puniendi* era exercido diretamente pelos indivíduos, sem que se observasse necessariamente qualquer noção de proporcionalidade ou individualidade da pena.

Naquela quadra, marcada pela chamada “vingança privada”, era o próprio indivíduo que se imiscuía no direito de punir sem necessariamente respeitar a proporcionalidade entre o agravo sofrido e a retribuição punitiva, que não raras

---

<sup>49</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.3.

vezes se estendia a várias pessoas que integravam o clã, a tribo ou a família do “criminoso”.

LUIGI FERRAJOLI<sup>50</sup> sobre este problema ético-político dos limites da aflição penal em geral identifica que a mais antiga resposta encontrada se baseia na “ideia jusnaturalista que a pena deva igualar-se ao delito e consistir portanto num mal da mesma natureza e intensidade.”

Esta noção de proporcionalidade retributiva da pena pode ser traduzida no chamado “princípio do Talião”, expresso na máxima “olho por olho, dente por dente”, que inspirou ordenamentos arcaicos como o Código de Hamurábi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas.

Com a consolidação dos Estados, notadamente marcados pelo absolutismo, o ente estatal se apropriou do “*jus puniendi*”, a princípio fazendo uso de penas corporais, de carácter aflagante, sem observância do que depois veio a se entender como o devido processo legal.

FERRAJOLI acrescenta que essa ideia inicial de proporcionalidade e retributividade inspirou as teorizações acerca da pena que foram construídas posteriormente por filósofos como Aristóteles, São Tomás de Aquino, Kant, Hegel e Montesquieu.

A principal crítica a esta concepção emana na possibilidade de justificação racional de penas cruéis, como a mutilação de membros, ou mesmo a pena de morte, desde que possa ser considerada como uma resposta proporcional ao delito praticado pelo agente.

Autores como PEDRO CORREIA GONÇALVES<sup>51</sup>, CÉSAR BARROS LEAL<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Op. cit. p. 356-358

<sup>51</sup> GONÇALVES, Pedro Correia. **A Pena Privativa de Liberdade: evolução histórica e doutrinal**. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 11-19.

<sup>52</sup> LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 33-34.

e CEZAR ROBERTO BITENCOURT<sup>53</sup> retratam que até meados da idade média, a prisão não tinha natureza de sanção penal mas de medida cautelar, que garantia a presença do acusado no julgamento e, ainda, possibilitava a execução da pena aplicada.

A prisão funcionava, portanto, como uma espécie de “antessala” para os julgamentos e para trabalhos forçados, banimento, pena capital ou outros suplícios, tal qual ainda parece ser o chamado “corredor da morte” que persiste em países que ainda adotam a pena de morte.

Registram os autores supramencionados que a primeira experiência de prisão como sanção se deu no direito canônico, que ainda na Idade Média introduziu a reclusão de clérigos e monges em monastérios como forma de penitência e reabilitação, o que inclusive inspirou a origem do vocábulo “penitenciária”.

MICHEL FOUCAULT<sup>54</sup> registra figurativamente que a severidade penal daqueles tempos pode ser compreendida, em resumo, na ideia dissuasória da pena como aflição ao corpo dos condenados para então defender a necessidade de humanização das penas.

CESARE BECCARIA<sup>55</sup> também criticou o sistema penal medieval, por considerá-lo rudimentar, bárbaro autoritário e desumano e em seguida propôs a sistematização de um novo programa político-criminal humanista e calcado na legalidade, um modelo que é entendido por autores como LUIZ FLÁVIO GOMES<sup>56</sup> como o primeiro esboço real do Estado de Direito.

BECCARIA foi motivado, essencialmente, pela ausência de moderação das penas impostas pelo soberano, o que deu ensejo a discussão de limites ao “*jus*

---

<sup>53</sup> Op. cit. p. 4-5.

<sup>54</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 41ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

<sup>55</sup> Op. cit. 11-20.

<sup>56</sup> Op. cit. p. 26.

*puniendi*” estatal.

Naquele contexto, a prisão surgiu no modelo de BECCARIA como uma forma de humanização da pena, ao substituir as penas corporais anteriormente dominantes. Ao longo dos séculos, a pena privativa de liberdade assumiu o status de “pena por excelência”.

Também merecem destaque neste processo de evolução no sistema de penas as contribuições prestadas pelos ingleses John Howard e Jeremy Bentham.

JOHN HOWARD<sup>57</sup> estudou o sistema prisional da Inglaterra e do País de Gales e, em resumo, propôs o isolamento, o trabalho, a educação moral e religiosa e a classificação dos apenados como diretrizes para uma reforma das prisões na Europa.

Por sua vez, JEREMY BENTHAM<sup>58</sup> importou as ideias utilitaristas para a seara do Direito Penal na clássica obra “Teoria das penas e das recompensas”, quando idealizou um modelo de prisão celular denominado “panótico”, que consistia em um prédio circular no qual uma única pessoa, instalada na torre fincada em seu centro, poderia vigiar todos os presos em suas celas.

CESAR ROBERTO BITENCOURT<sup>59</sup> conclui que a partir da Revolução Industrial, a ideia da reforma de criminosos por meio do trabalho e da disciplina, notadamente em estabelecimentos prisionais, começou a se espalhar pela Europa e, em seguida, por todo o mundo ocidental, tendo em vista a necessidade de posterior aproveitamento dessa parcela populacional como mão de obra.

A prisão representou naquela época possivelmente a maior revolução do sistema punitivo, que passou da completa barbárie a uma certa racionalidade que ao menos poupava o “corpo dos acusados” mencionado por FOUCAULT.

---

<sup>57</sup> Apud LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34-35

<sup>58</sup> Idem.

<sup>59</sup> Op. cit. p. 21-31.

Explicita-se que, no entanto, BECCARIA, HOWARD e BENTHAM não tinham como prever, naquele momento histórico, que com o passar dos anos, a pena de prisão se tornaria quase tão aflitiva quanto alguns suplícios medievais.

Nesta quadra, é válido rememorar a lição de CARNELUTTI<sup>60</sup> que conseguiu, de forma brilhante, retratar as misérias do processo penal ao comparar metaforicamente a penitenciária a um cemitério. No dizer do referido autor:

Acontece para as pessoas, quando da condenação, alguma coisa análoga àquilo que ocorre quando um homem morre: o pronunciamento da condenação, com o aparato que todos conhecem, mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai das jaulas e o recebem em custódia os policiais, recomeça para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. Sob certo aspecto se pode assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece que o condenado é um sepultado vivo.

A partir desta ideia, CARNELUTTI<sup>61</sup> propõe que se compreenda as penitenciárias como um hospital, onde aqueles que são “enfermos de espírito” devem ser tratados em busca da cura.

Percebe-se, por outro lado, que a pena de prisão historicamente não tem se mostrado como a terapia mais adequada, o que se sente na prática pelos altos índices de reincidência que podem ser observados empiricamente.

FOUCAULT<sup>62</sup> esclarece que “a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes”, quer pelo tipo de isolamento que impõe, quer pelas limitações violentas que dela decorrem direta ou indiretamente, para além do efeito que a lei lhe confere, o que configuraria, portanto, um arbitrário abuso de poder da administração.

No mesmo sentido, BENTHAM<sup>63</sup> enuncia que a pena de prisão é a menos

---

<sup>60</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook, 2013. p.87-88

<sup>61</sup> Idem.

<sup>62</sup> Op. cit. p.252

<sup>63</sup> BENTHAM, Jeremy. **Teoria das Penas Legais**. Campinas: Bookseller, 2002. p.97



proveitosa de todas, por implicar em despesas a serem assumidas pelo ente estatal com a custódia do réu e, ao mesmo tempo, por impor ao mesmo o vício da ociosidade, desperdiçando mão de obra economicamente ativa e viável.

Se não bastasse, esses autores tratam ainda do indelével estigma que o cárcere impõe aos seus egressos, que passam a ser marcados como ex-presidiários e dificilmente conseguem recuperar alguma credibilidade perante a comunidade.

No Brasil, a evolução do sistema de cumprimento de penas traçou passos semelhantes, como será visto no capítulo 4 do presente trabalho acadêmico.

Resta discutir, portanto, qual o próximo passo, no sentido de substituir a prisão por outras formas de punição mais adequadas ou, ao menos, maneiras viáveis de adequar o cumprimento da pena privativa de liberdade às condições mínimas de respeito aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

### 3.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Paralelamente à evolução histórica do *jus puniendi* é importante analisar brevemente o desenvolvimento doutrinário dos Direitos Humanos e, conseqüentemente, dos Direitos Fundamentais.

Preliminarmente, traga-se à colação à lição de INGO WOLFGANG SARLET<sup>64</sup>, que expõe as diretrizes para diferenciar terminologicamente as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, as quais, em verdade, se aproximam ontologicamente mas não são análogas.

Esclarece o referido autor que a diferença básica entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais” é de ordem topológica, ao passo que os primeiros são

---

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre os Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4ed. Salvador: Jus Podium, 2010. p. 71-96.

previstos em tratados internacionais, enquanto que estes últimos são positivados na Constituição.

Assim, Direitos Humanos podem ser entendidos, a grosso modo, como aquele núcleo essencial de direitos cujos titulares são todos os indivíduos da espécie humana, assim determinados pelo Direito Natural ou pela consagração histórica nos ordenamentos jurídicos de várias nações ou Estados.

Por sua vez, Direitos Fundamentais, em uma primeira análise voltada apenas para o seu aspecto formal, constituem aquele rol de garantias ou liberdades positivadas na Constituição Federal e que, portanto, norteiam todo o ordenamento jurídico prático.

Repise-se, entretanto, que com o fenômeno da globalização observou-se um constante diálogo entre as ordens jurídicas nacionais e supranacionais, o que resultou, ao final, na harmonização ou padronização dos catálogos de “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, ao menos no que toca aos países do chamado “mundo ocidental”.

Solucionada esta controvérsia terminológica inicial, pode-se retroceder na história para compreender a evolução dos direitos fundamentais.

Trar-se-á a lume, mais uma vez, os ensinamentos de PAULO BONAVIDES<sup>65</sup>, que trata do influxo dos direitos fundamentais a partir da consolidação e posterior evolução dos modelos de Estado.

Narra BONAVIDES que a partir do século XVIII até a segunda metade do século XX ocorreram sucessivamente quatro grandes “revoluções” que tinham como objetivo fundante alavancar, respectivamente, os direitos fundamentais referentes à liberdade, à igualdade, à fraternidade e a concretização constitucional da liberdade e da igualdade através do modelo de Estado Social.

---

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 143-167.

Não por acaso, constata-se que as inspirações destes movimentos remontam ao ideário que balizou a Revolução Francesa refletidos no seu lema “*liberté, égalité, fraternité*”, e reproduzido em maior ou menor grau nas demais revoluções liberais do século XVIII.

Essas revoluções representaram o desenvolvimento e consolidação de formas ou modelos estatais diversos, que correspondiam aos seus ideais fundantes, quais sejam, respectivamente: 1º) Estado Liberal; 2º) Estado socialista; 3º) Estado Social das Constituições programáticas; 4º) Estado Social dos Direitos Fundamentais.

O Estado Liberal, como resposta ao absolutismo, colocou em destaque a “liberdade”, limitando os poderes do soberano através da constitucionalização e consolidação dos direitos individuais.

Com base nas ideias socialistas construídas notadamente por Marx e Engels, surgiu um novo modelo de “Estado Socialista”, que sob a premissa de impor a igualdade instaurou uma “ditadura do proletariado” que, ao final, acabou por não cumprir os objetivos da “utopia marxista”.

Por sua vez, o Estado Social foi se moldando lentamente, originado na ideia de consenso que inspirou adequações sociais e políticas, as quais implicaram em mudanças na concepção de constitucionalismo então vigente.

Inicialmente configurou-se como “Estado Social da igualdade”, que BONAVIDES<sup>66</sup> também denomina “Estado Social do Estado” ou “Estado Social das Constituições Programáticas”, considerando que houve uma mínima restrição à liberdade, que permaneceu quase intangível, atrelada ao uso de instrumentos intervencionistas e reguladores voltados à busca pela igualdade.

Houve, então, uma evolução que resultou no modelo de “Estado Social dos

---

<sup>66</sup> Op. cit. p.151.

Direitos Fundamentais”, também conhecido como “Estado Social da Sociedade”, que resgatou princípios do liberalismo tentando estabelecer as condições mínimas necessárias à consolidação dos direitos de terceira geração, aqueles ditos de fraternidade.

BONAVIDES<sup>67</sup> defende que este último modelo de Estado Social é o ponto de partida para uma “futura Constituição de todos os povos” que institucionalizará o respeito da Humanidade aos direitos fundamentais.

Prosseguindo sua exposição, PAULO BONAVIDES<sup>68</sup> explica que o Estado Liberal, a partir da concepção positivista, despolitizou o Estado ao equiparar os conceitos de legitimidade e legalidade.

O Estado social despontou, então, como alternativa ou solução, que repolitizou o Estado, reafirmando a distinção entre legalidade e legitimidade, que passaram a se pautar na constitucionalidade e, em último grau, na concretização da constituição.

Nesse contexto, BONAVIDES<sup>69</sup> prega que o Estado Social é a “chave das democracias do futuro”, acrescentando que “sem Estado Social não há democracia, sem democracia não há legitimidade”. Partindo dessas premissas, PAULO BONAVIDES esclarece que a democracia, no Estado Social, se mostra mais como um direito do que como uma mera forma de governo, de modo que configuraria uma quarta geração de direitos humanos fundamentais que se estenderia a todo o gênero humano, titular deste direito.

Pode-se perceber, portanto, que BONAVIDES cunhou sua concepção de Direitos Fundamentais em quatro “gerações” diversas que não se excluem sucessivamente e que se amoldam, cada uma delas, ao modelo de Estado vigente à

---

<sup>67</sup> Op. cit. p. 151-152.

<sup>68</sup> Op. cit. p. 155.

<sup>69</sup> Op. cit. p. 156.

época de sua consolidação.

Assim, os direitos de primeira geração, referentes às liberdades individuais, se aproximam do modelo de estado liberal, enquanto que os direitos de segunda e terceira geração, consistentes nos direitos sociais e nos chamados direitos de fraternidade, mostram afinidade com os modelos de Estado Social. Por último, a quarta geração de direitos traz a democracia como um direito, a ser perseguido pelo Estado Constitucional seja qual modelo foi instituído no futuro.

Outra teorização que merece ser estudada é aquela idealizada pelo autor português JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE<sup>70</sup> que preferiu tratar dos direitos fundamentais em suas variadas dimensões, afastando a ideia estanque de gerações.

O cerne da tese proposta por VIEIRA DE ANDRADE é tratar das variadas dimensões dos Direitos Fundamentais, que passam a ser vistos a partir das perspectivas filosófica, constitucional, universalista tradicionalmente reconhecidas.

Ressalta que os direitos fundamentais foram primeiro vislumbrados sob a perspectiva filosófica, como direito natural de todos os homens, em qualquer tempo ou lugar, ideia que remonta ao pensamento estóico e ao Cristianismo e que também apresenta como marcos históricos relevantes as revoluções liberais do século XVIII, que proclamaram a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, fundada na liberdade política e nas liberdades individuais.

Nesta perspectiva os direitos fundamentais são “(...)direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.”<sup>71</sup>

Os direitos fundamentais decorreriam, portanto, da dignidade humana,

---

<sup>70</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ed. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>71</sup> Op. cit. p. 19

posteriormente alavancada a um princípio fundamental, revelando, portanto, a sua dimensão fundamentante.

Passando à análise da perspectiva estadual ou constitucional, o autor esclarece que certos direitos ou liberdades foram sendo paulatinamente reconhecidos em diversos países, como a Inglaterra, os Estados Unidos e a França, notadamente a partir das revoluções que se sucederam naquelas nações.

Ressalta, ainda, que esta fase marca a consagração constitucional dos direitos fundamentais, vistos em princípio como instrumentos de limitação do poder absoluto, gerando, desta forma, a necessidade de garantia jurídica efetiva deles perante todos os poderes públicos.

Desenvolveu-se, posteriormente, a perspectiva universalista ou internacionalista, a partir da necessidade de garantir internacionalmente certos direitos fundamentais, o que se observou com mais força a partir do término da II Guerra Mundial.

Nesse contexto, foram celebrados diversos tratados, pactos, cartas e convenções internacionais que demonstram a notória preocupação internacional de garantir os direitos fundamentais do homem, o que acabou por resultar numa aceleração do processo de internacionalização dos direitos do homem a partir da última década do século passado.

O indivíduo, como titular de direitos humanos, foi alçado à condição de sujeito de direito internacional comum, lhe sendo facultada a possibilidade de acesso direto a instâncias internacionais quando houver obstáculo ao gozo pleno dos direitos consagrados nas convenções internacionais, notadamente no que diz respeito aos direitos humanos.

Aqui se deve abrir um parêntese para registrar que esta ideia pontual foi

aperfeiçoada por ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO<sup>72</sup> em sua tese de doutorado, ao defender a possibilidade de haver uma instância revisional de decisões judiciais no sistema interamericano a que os cidadãos teriam acesso na hipótese de litígios que envolvam ofensa a direito fundamental.

Superada esta evolução cronológica dos direitos fundamentais, é importante destacar neste momento a evolução da teoria jurídica dos direitos fundamentais, tomando como norte o ideário neoconstitucionalista.

### 3.3 – TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

Ressalte-se inicialmente que ALEXY<sup>73</sup> cunhou importante concepção dos direitos fundamentais a partir de paradigmas do neoconstitucionalismo.

Na mencionada obra, ALEXY estabelece inicialmente o conceito de norma, que englobaria regras e princípios<sup>74</sup>.

Em seguida, ALEXY propõe a premissa segundo a qual regra e princípio são duas espécies da norma jurídica que se distinguem em razão de suas estruturas diferenciadas, passando a tratar dos conceitos destas espécies normativas.

Para ALEXY, regras encerram deveres definitivos e são as únicas normas suscetíveis de serem aplicadas diretamente pelo processo lógico-dedutivo da subsunção, de modo que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

Por sua vez, princípios são mandamentos de otimização, que podem 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

---

<sup>72</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

<sup>73</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>74</sup> Op. cit. p. 86-108

jurídicas.”<sup>75</sup>

Neste contexto, ALEXY<sup>76</sup> pontifica que os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Acrescente-se que na concepção de ALEXY<sup>77</sup>, os princípios conteriam deveres *prima facie*, cuja definição final necessita da presença de uma condição específica, qual seja o sopesamento ou ponderação com um eventual princípio colidente.

O princípio seria, portanto, uma norma de natureza correlacional, cujo peso ou importância só pode ser determinado concretamente, através do método da ponderação com o princípio colidente, sem que isso retire a validade de qualquer um deles.

No que toca à concepção teórico normativa dessa distinção, ALEXY sistematizou uma dogmática jurídica específica dos direitos fundamentais, construída a partir da premissa de que a norma de direito fundamental tem caráter e estrutura fundamentalmente principiológicos.

Assim sendo, para ALEXY direitos fundamentais são “mandamentos de otimização” relativos às suas “possibilidades fáticas e jurídicas”, assumindo, portanto, o caráter de princípios, enquanto que regras seriam alguns critérios de solução de colisão, como a proporcionalidade em sentido estrito ou a otimização jurídica dos bens colidentes.

Ressalte-se, por fim, que ALEXY vislumbra os direitos fundamentais como espécie de direitos subjetivos<sup>78</sup> o que implica em várias consequências, dentre as

---

<sup>75</sup> Op. cit. p. 90.

<sup>76</sup> Op. cit. p. 103-104.

<sup>77</sup> Op. cit. p. 103-106.

<sup>78</sup> Op. cit. p. 180-193.



quais a mais importante para este estudo é a que se refere à possibilidade de buscar a tutela judicial para garantir a sua observância, o que parece ser decorrência lógica dos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Além disso, ao se alavancar os direitos fundamentais ao *status* de norma principiológica, observa-se que deverão ser realizados na maior medida possível, o que significa reconhecer que a sua eventual relativização somente poderá ocorrer concretamente quando houver colisão envolvendo outro direito fundamental ou princípio hierarquicamente similar, conflito este que deverá ser resolvido segundo as diretrizes do critério da proporcionalidade.

Neste novo contexto teórico, é imprescindível precisar o conceito de dignidade humana<sup>79</sup> para em seguida situá-lo, observando a sua proteção dentro do sistema constitucional e, ainda, nas normas de direito internacional.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>80</sup> identifica que é difícil condensar a dignidade humana em um conceito universal, tendo em vista que a sua consolidação se deu historicamente em várias realidades distintas no âmbito internacional, de modo que o referido autor prefere propor um conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana.

Neste sentido, BARROSO<sup>81</sup>, em sua concepção minimalista, prescreve que:

(...)a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

ANA PAULA DE BARCELLOS<sup>82</sup>, em um primeiro momento, de forma precisa e simples afirma que “o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os

---

<sup>79</sup> Em que pese haver divergência doutrinária acerca da natureza da dignidade humana (regra, princípio ou postulado?), conforme exposto anteriormente, não é objetivo deste trabalho aprofundar esta discussão.

<sup>80</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.72-73.

<sup>81</sup> Op. cit. p.72.

<sup>82</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 132.

chamados direitos fundamentais e humanos”, ao passo que o indivíduo terá a sua dignidade respeitada quando forem garantidos e realizados os seus direitos fundamentais.

BARCELLOS<sup>83</sup> conclui o seu estudo propondo a definição de um conteúdo mínimo exigível para o princípio da dignidade humana, de forma a concretizar o sentido indeterminado de tal norma.

Assim sendo, a referida autora concebe quatro elementos para a definição do mínimo existencial que comporiam o núcleo da dignidade da pessoa humana, a saber: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça, sendo que este último seria instrumental e se voltaria a garantir a eficácia dos outros três primeiros elementos.

Também é digna de registro a concepção “multidimensional, aberta e inclusiva” de dignidade da pessoa humana construída por INGO WOLFGANG SARLET<sup>84</sup>:

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

Verifica-se oportunamente que tais concepções são complementares e ajudam a compreender em sua inteireza o significado mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua relevância, foi soerguido a condição de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF).

---

<sup>83</sup> Op. cit. p. 300-303.

<sup>84</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

Para além disso, ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO<sup>85</sup> reforça o conteúdo ético preexistente do princípio da dignidade da pessoa humana o que, somado ao seu componente normativo interno e externo, o eleva a condição de um supervalor que constitui predicado da personalidade, possibilitando a sua reclamação no ordenamento jurídico interno ou perante o espaço público internacional.

No mesmo sentido pregam FÁBIO KONDER COMPARATO<sup>86</sup>, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>87</sup> e FLÁVIA PIOVESAN<sup>88</sup> ao tratarem da afirmação histórica dos Direitos Humanos e do seu respectivo sistema internacional de proteção.

Finalize-se trazendo a lume mais uma vez a lição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE<sup>89</sup> que de forma irretocável e simples pontua que os direitos intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana devem ser colocados em primeiro plano, haja vista que deles decorrem todos os outros direitos fundamentais, motivo pelo qual não admitem, sob qualquer pretexto, a violação de seu conteúdo essencial.

Esclarece ainda, o referido autor, que o princípio da dignidade da pessoa humana não se resume a uma abstração advinda do direito natural, devendo ser entendido como um princípio que regula e dá fundamento aos outros direitos fundamentais que dele decorrem, vigorando através das normas positivas e realizando-se mediante o consenso social.

Em suma, pode se estabelecer que o princípio da dignidade humana normativamente é fundamento da República Federativa do Brasil mas não se resume a isto, devendo ser entendido como um supervalor que condiciona a

---

<sup>85</sup> Op. cit. p. 174.

<sup>86</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>87</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>88</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>89</sup> Op. cit. p. 36-38.

interpretação de todo o sistema normativo e de onde decorrem os demais direitos fundamentais consagrados internamente ou internacionalmente, o que implica na possibilidade de se buscar a tutela judicial que garanta a sua observância perante o Poder Judiciário de cada país ou, ainda, perante as cortes internacionais.

Especificamente no campo penal, RICARDO CASTILHO<sup>90</sup> acrescenta que o indivíduo que estiver sendo processado ou cumprindo pena deve ser tratado dignamente, o que remete à ideia de mínimo existencial anteriormente exposta e resultando, por exemplo, na vedação de qualquer tratamento desumano, cruel ou degradante e na observância do devido processo legal e de outras garantias previstas na Constituição Federal ou nas normas atinentes à execução penal.

No próximo capítulo será analisada a atual conjuntura do sistema de cumprimento de penas no Brasil para que se possa aferir qual o grau de eventual desrespeito a estas garantias para então apresentar as implicações jurídicas possíveis.

---

<sup>90</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227-228.

#### **4 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO, POLÍTICA PENITENCIÁRIA E A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

A evolução do sistema punitivo no Brasil passou por passos lentos das penas desproporcionais, atrozes e impessoais previstas nas ordenações importadas de Portugal até a sua substituição paulatina pela pena privativa de liberdade e, mais recentemente, por penas restritivas de direitos.

MANOEL BARROS DA MOTTA<sup>91</sup> relata que no Brasil das ordenações filipinas até o início da vigência do Código Penal do Império vigorava um sistema punitivo de caráter aflagrante, com penas atrozes que podem ser exemplificadas pelo ritual de execução de um dos líderes da Inconfidência Mineira, Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, que foi escoltado a pé até o local de seu enforcamento e, em seguida, foi esquartejado e teve partes do seu corpo expostos até a completa decomposição em vias públicas, além de ser arrasada e salgada o imóvel de propriedade e declarados indignos os seus eventuais sucessores até determinada geração.

Verifica-se que, naquela época, o sistema de penas no Brasil previa a utilização de penas desumanas e cruéis como estas, notadamente para punir os agentes responsáveis pela prática dos chamados crimes de lesa majestade, quando sequer era observado o princípio da pessoalidade da sanção penal, que poderia ultrapassar a pessoa do apenado e atingir os seus familiares ou descendentes.

Segundo o mencionado autor,<sup>92</sup> a ideia de prisão como pena no Brasil foi introduzida com a Independência e com a primeira Constituinte brasileira, tendo se consolidado definitivamente com a proclamação da República, mais notadamente após a entrada em vigor do Código Penal de 1940.

---

<sup>91</sup> MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da Razão Punitiva: nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 13-72.

<sup>92</sup> Op. cit. p. 81-83.

Por outro lado, MANOEL BARROS DA MOTTA questiona em sua obra porque a prisão foi eleita como a solução inevitável para a crise do antigo regime punitivo se as masmorras então existentes eram tão criticadas e se não houve efetivamente uma reforma que modificasse o seu âmago.

Inobstante a este questionamento, a eleição da pena privativa de liberdade como principal forma de punição prevista no ordenamento jurídico brasileiro implicou na necessidade de sistematizar uma política penitenciária que estabelecesse os parâmetros mínimos para a execução da dita pena.

Como não poderia deixar de ser, a Execução Penal no Brasil e consequentemente a política penitenciária brasileira devem se nortear em primeiro lugar no respeito e proteção às garantias previstas na Constituição Federal de 1988 e, em segundo plano, nas disposições da Lei de Execuções Penais e outras leis ordinárias que regulem o tema, como foi exposto anteriormente no capítulo 2 deste estudo.

No intuito de atingir este objetivo, foi instituído um Sistema de Execução Penal baseado na atuação conjunta de vários atores e que se estruturou a partir de órgãos do Poder Executivo (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e Departamentos Penitenciários), do Poder Judiciário (juízos da Execução) e da própria comunidade (Conselhos Penitenciários e Conselhos da Comunidade).

ALEXIS DE COUTO BRITO<sup>93</sup> acrescenta que além destes órgãos, atuam com papel de destaque na Execução Penal o Ministério Público, ora como parte ora como fiscal da lei e a Defensoria Pública, como órgão essencial e indispensável a patrocinar a defesa técnica dos apenados.

O primeiro dos órgãos da execução penal em ordem de hierarquia é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, instalado em junho

---

<sup>93</sup> BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 191.

de 1980 e subordinado ao Ministro da Justiça.

Na visão de Jason Albergaria<sup>94</sup> o Conselho é o órgão de política criminal voltado à prevenção o que pode ser confirmado pelo teor que consta em sua exposição de motivos, que se refere a fornecer valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção do fenômeno criminal.

Cabe ao CNPCP implementar em todo o território nacional uma nova política criminal e penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada.<sup>95</sup>

Ressalte-se que para cumprir a sua missão institucional, o CNPCP foi responsável por estabelecer as regras mínimas para tratamento de presos no Brasil (Resolução n.º 14/1994), por elaborar o Plano Nacional de Política Penitenciária em 04/04/2001 e, finalmente, por fixar as diretrizes básicas da política criminal e penitenciária (Resolução n.º 16/2003).

Em um segundo degrau se posicionam os Departamentos Penitenciários. Em âmbito nacional, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN é subordinado à Secretaria Nacional de Justiça, órgão do Ministério da Justiça e está diretamente ligado ao CNPCP.

Jason Albergaria<sup>96</sup> esclarece que cabe ao DEPEN assegurar a aplicação das normas gerais do regime penitenciário, tratando-se de órgão executivo encarregado de promover a integração entre o Governo Federal e os governos estaduais mediante auxílio na interpretação de normas e na uniformização de sua aplicação e colaboração na transferência de recursos e orientação técnica.

<sup>94</sup> *Apud.* BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 192

<sup>95</sup> Objetivo exposto no site do CNPCP (<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1#>), consultado em 23/02/2016.

<sup>96</sup> *Apud.* BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 192

Papel semelhante é assumido pelos Departamentos Penitenciários Estaduais em nível local.

Em seguida, tem-se os Conselhos Penitenciários, que se tratam de órgãos consultivos e fiscalizadores da execução da pena, que juntamente com o Patronato e o Conselho da Comunidade, cada um dentro dos limites de sua atribuição, no dizer de Albergaria ressaltam “a participação e corresponsabilidade da comunidade na estratégia do tratamento criminoso e da prevenção da delinquência.”<sup>97</sup>

Percebe-se, portanto, que as normas que regulam a execução penal no Brasil e o Sistema de Execução de Penas criado para garantir o seu fiel cumprimento talvez sejam, no papel, dos mais avançados do mundo.

Neste sentido, ELIONALDO ALVES JULIÃO<sup>98</sup> menciona que o Brasil, “pelo menos no campo programático, vem procurando seguir as determinações internacionais para tratamento de reclusos.”

E o que fazer para reduzir este déficit observado entre a legislação e a prática corrente? Não é uma resposta fácil de se responder porque não há soluções simples.

CÉSAR BARROS LEAL<sup>99</sup> traz algumas sugestões, deixando claro desde o início que não se tratam de soluções mágicas para o problema. Em resumo, formula quatro propostas básicas: a) reforma e construção de estabelecimentos penais que assegurem o cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto, utilizando preferencialmente recursos disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN; b) fazer cessar o desamparo do cárcere, propiciando ao preso assistência, além de possibilidade de recuperação pelo estudo ou pelo trabalho, trazendo este último uma dose de autossuficiência para os presídios; c)

<sup>97</sup> Idem. p. 195.

<sup>98</sup> JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema Penitenciário Brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal**. Petrópolis: De Petrus et Alli, 2012. p. 105.

<sup>99</sup> LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 73-75.



implementação de projetos piloto de presídios privatizados ou de gestão mista; d) aperfeiçoamento técnico dos profissionais da equipe penitenciária, tomando como premissa básica ética o respeito aos direitos fundamentais.

Parecem ser boas sugestões, entretanto pouco tem sido feito. Falta de vontade política, eleição de prioridades diversas pelo gestor, limites orçamentários rígidos, pouca disponibilidade de recursos são alguns dos argumentos empregados para pouco ou nada se faça para adequar o sistema penitenciário brasileiro ao princípio da dignidade humana e à garantia dos direitos fundamentais.

Neste contexto, emerge a possibilidade de atuação supletiva do Poder Judiciário para resguardar as diretrizes constitucionais atinentes à espécie. Constatada a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, caberá ao Poder Judiciário subsidiariamente intervir, proferindo decisões em ações coletivas ou, ainda, determinando a interdição administrativa de estabelecimentos prisionais que atentem contra a dignidade humana.

Essa temática será melhor aprofundada ao longo deste capítulo.

#### 4.1 A FALÊNCIA DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL

No Brasil, notadamente, é notória a falência do sistema prisional. Com efeito, o caos que se instalou no sistema penitenciário de Estados como Maranhão<sup>100</sup>, Pernambuco<sup>101</sup>, Paraná<sup>102</sup>, Rio Grande do Norte<sup>103</sup>, dentre outros e que inclusive está dando azo a reações de organismos internacionais parecem retratar com perfeição

<sup>100</sup> Vide notícia publicada em 21/01/2014: "Pedrinhas, o Maranhão e a tragédia carcerária brasileira." Disponível no sítio (<http://www.cartacapital.com.br/.../pedrinhas-o-maranhao-e-a-tragedia-carceraria-brasileira>). Consulta feita em 20/02/2016.

<sup>101</sup> Vide notícia publicada em 20/10/2015: "Pernambuco tem o pior sistema carcerário do país." Disponível no sítio (<http://www.pernambucodeverdade.com/.../pernambuco-tem-o-pior-sistema-carcerario-do-pais>). Consulta feita em 20/02/2016.

<sup>102</sup> PIRES, Sandra Regina de Abreu. **Um Panorama Sobre o Sistema Penitenciário Paranaense**. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br>>. Acesso em 09/03/2016.

<sup>103</sup> Vide notícia publicada em 16/03/2015: "Governo do RN decreta calamidade após onda de rebeliões em presídios." Disponível no sítio (<http://www.g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/.../governo-do-rn-decreta-calamidade-apos-onda-de-rebelioes-em-presidios>). Consulta feita em 20/02/2016.

todas as falhas e lacunas do referido sistema, notadamente no que toca aos frequentes atentados aos direitos fundamentais.

A superpopulação carcerária, o desrespeito à Constituição Federal e à Lei de Execuções Penais, o tratamento desumano aos detentos, inclusive com mortes e atentados à integridade física e a saúde dessas pessoas são facilmente percebidos em primeira análise, ao se ingressar no interior da maior parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Registre-se que esse quadro desolador foi estudado por vários autores, dentre os quais merecem menção CÉSAR DE BARROS LEAL<sup>104</sup>, ALESSANDRA TEIXEIRA<sup>105</sup> e CEZAR ROBERTO BITTENCOURT<sup>106</sup>, bem como as obras coletivas coordenadas por GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA<sup>107</sup>, VERONICA TEIXEIRA MARQUES, KARYNA BATISTA SPOSATO e VANIA FONSECA<sup>108</sup>.

Se não bastasse, o crime organizado continua sendo comandado por seus cabeças no interior dos muros dos presídios, que são controlados, em sua maioria, pelo Primeiro Comando da Capital (PCC) ou outros organismos similares, à margem da lei, como constataram CAMILA CALDEIRA NUNES DIAS<sup>109</sup>, ao tratar da origem, evolução e disseminação do Primeiro Comando da Capital - PCC por vários estabelecimentos prisionais brasileiros e ROBERTO PORTO<sup>110</sup>, que cuidou em sua pesquisa de identificar quais são as facções ou grupos criminosos que dominam os estabelecimentos prisionais de estados como São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Distrito Federal, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Rio Grande do

---

<sup>104</sup> LEAL, César de Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. e LEAL, César de Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagem pelos caminhos da dor**. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>105</sup> TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da Exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>106</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>107</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de (coord.). **Fraturas do Sistema Penal**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

<sup>108</sup> MARQUES, Verônica Teixeira, SPOSATO, Karyna Batista e FONSECA, Vânia (orgs.). **Direitos Humanos e Política Penitenciária**. Maceió: EdUFAL, 2012.

<sup>109</sup> DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>110</sup> PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

Norte e Mato Grosso do Sul.

ADEILDO NUNES<sup>111</sup> vai mais além, ao pontificar que não vivenciamos a “crise do sistema prisional”, mas a própria falência da pena de prisão.

Repise-se que a Constituição Federal de 1988 positivou a dignidade da pessoa humana como um dos seus postulados básicos, proibiu expressamente penas degradantes ou cruéis e, por fim, garantiu a integridade física e psicológica dos apenados.

De outro lado, os Direitos Humanos, positivados ou não de maneira expressa em nosso ordenamento jurídico, têm abrangência transnacional e geral, como ensina FLÁVIA PIOVESAN<sup>112</sup>, de maneira que sua proteção pode ser garantida inclusive na seara internacional, o que pode implicar em importantes sanções ao Estado Brasileiro.

Constata-se, portanto, que a proteção dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais se dá em duplicidade, no ordenamento jurídico interno e perante o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.

Neste sentido é importante colacionar as lições de ARTUR CORTEZ BONIFÁCIO, que trata inicialmente do direito fundamental de petição, que possibilita que o indivíduo promova no âmbito interno, diretamente, a defesa dos seus direitos perante órgãos públicos, resguardando-os de ilegalidade ou abuso de poder<sup>113</sup>, além de, em um segundo momento, propor o alargamento dos limites do acesso à justiça para preconizar a tese que garante o acesso do cidadão a uma instância revisional internacional na hipótese de serem malferidos os seus direitos fundamentais.<sup>114</sup>

Diante deste quadro desolador e, ainda, visualizando a possibilidade de

---

<sup>111</sup> NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 319

<sup>112</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>113</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004.

<sup>114</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

responsabilização dos gestores e do Estado Brasileiro internamente ou perante a ordem internacional, foi instalada em 22 de agosto de 2007 na Câmara dos Deputados a chamada CPI do sistema penitenciário, com a seguinte finalidade:

investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, a corrupção, o crime organizado e suas ramificações nos presídios e de buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execuções Penais.<sup>115</sup>

Depois de pouco mais de oito meses de trabalho, os integrantes da referida CPI conseguiram retratar fielmente o panorama do sistema penitenciário nacional, observando a realidade específica de cada Estado da Federação.

Ao ler o Relatório Final da CPI do Sistema Penitenciário<sup>116</sup>, percebe-se que foram constatadas, *in loco*, todas as agruras do sistema penitenciário brasileiro, merecendo reprodução integral os termos usados no relatório para se referir às inúmeras violações dos direitos dos apenados e que intitulam vários subcapítulos daquele documento:

01)Falta de Assistência Material; 02) Acomodações: Caso de Polícia; 03) Higiene: Não existe nas Cadeias; 04) Vestuário: Nudez Absoluta; 05) Alimentação: Fome, Corrupção e Comida no Saco; 06) Assistência à Saúde: Dor e Doenças; 07) Assistência Médica: Falta Tudo; 08) Assistência Farmacêutica: Um Só Remédio para Todas as Doenças; 09) Assistência Odontológica: Extrai Dente Bom no Lugar do Estragado; 10) Assistência Psicológica: Fábrica de Loucos; 11) Assistência Jurídica: Nó Cego a ser Desatado; 12) Assistência Educacional: Ignorância como Princípio; 13) Assistência Social: Abandono e Desespero; 14) Assistência ao Egresso: Feras soltas nas Ruas; 15) Assistência Religiosa: Só Deus não salva; 16) Superlotação: Inferno em Carne Viva; 17) Trabalho: O Ócio Subsidiado; 18) Comércio: Exploração da Miséria; 19) Contato com o Mundo Exterior: Isolamento; 20) Água e Luz: Uma Esmola de Cada Vez; 21) Sem Sol, sem Ventilação e na Escuridão; 22) Tortura e Maus Tratos: Agonia Todo dia; 23) Admissão, Avaliação e Registro do Preso; 24) Individualização da Pena: “Misturam” de Presos; 25) Preparação para a Liberdade: Reincidência Institucional; 26) Estrangeiros; 27) Mulheres Encarceradas: vergonha nacional.

<sup>115</sup> Conforme relatório da CPI, extraído do sítio da Câmara dos Deputados (<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>). Consulta em 23/02/2016.

<sup>116</sup> Idem.

Apesar de serem autoexplicativos, em suma, estes subcapítulos do relatório da CPI expõem um número de sucessivas e reiteradas agressões à dignidade humana da pessoa encarcerada, aonde não se respeita sequer o mínimo existencial proposto por ANA PAULA BARCELLOS<sup>117</sup>.

Para melhor compreender a ideia de mínimo existencial, pode-se recorrer à doutrina de RICARDO LOBO TORRES<sup>118</sup> que a define, em linhas gerais, como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”

Com efeito, voltando os olhos ao sistema prisional, constata-se que o Estado brasileiro não proporciona adequadamente sequer as formas de assistências ao preso e ao egresso do sistema que são previstas na Lei de Execução Penal.

Da mesma forma, a saúde física e mental dos apenados não têm sido resguardadas no interior dos estabelecimentos prisionais, sendo que na maioria das vezes não há profissionais médicos nem remédios, o que é agravado pelo quadro de superlotação que incrementa a insalubridade daqueles locais.

Por sua vez, o direito à educação, em especial a possibilidade de recuperação pelo trabalho é inacessível a uma parcela importante da população carcerária.

Por fim, o acesso à justiça é negado aos presos, por não haver Defensoria Pública instalada em boa parte das Comarcas do Brasil, o que em muitos casos impede a assistência jurídica ao apenado.

Sobre a importância da Defensoria Pública para a consolidação dos valores democráticos tratou LUCAS MARQUES LUZ DA RESURREIÇÃO<sup>119</sup> traçando um

---

<sup>117</sup> Op. cit. p. 291-303

<sup>118</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. 2ed. v. 3. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999. p.141.

<sup>119</sup> RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A Defensoria Pública na Concretização dos Direitos Sociais pela Via do**

panorama doutrinário e constitucional que aponta para a imprescindibilidade desta instituição para garantir o acesso à justiça e, conseqüentemente, a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

No Rio Grande do Norte, por exemplo, há apenas 38 (trinta e oito) defensores públicos para um total de 65 (sessenta e cinco) comarcas<sup>120</sup> o que se agrava pela concentração de todos os Defensores Públicos Estaduais na capital, região metropolitana e algumas cidades do interior de maior porte.

Verifica-se, neste ínterim, que o Estado do Rio Grande do Norte não conseguiu efetivar sequer a primeira onda renovatória do acesso à justiça proposta por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH<sup>121</sup>, que diz respeito à assistência judiciária aos hipossuficientes e está relacionada aos obstáculos econômicos que entravam o acesso à justiça.

Assim, em regra, as pessoas reclusas nos estabelecimentos prisionais potiguares sofrem diuturnamente várias ofensas aos seus direitos fundamentais e, o que é o mais grave, não conseguem ter acesso à justiça para buscar a tutela jurisdicional dos seus direitos porque não há Defensor Público atuando na maior parte dos Centros de Detenção Provisória, cadeias públicas e penitenciárias do Rio Grande do Norte.

Deve-se buscar, portanto, alternativas para materializar o princípio da dignidade da pessoa humana na execução das penas privativas de liberdade, o que poderá passar pela necessidade de intervenção judicial supletiva na política pública penitenciária, como se verá a seguir.

---

**Ativismo Judicial.** São Paulo: Baraúna, 2013.

<sup>120</sup> Dados extraídos dos sites da Defensoria Pública do RN ([www.defensoria.rn.gov.br](http://www.defensoria.rn.gov.br)) e do Tribunal de Justiça do RN ([www.tjrn.jus.br](http://www.tjrn.jus.br)). Consulta realizada em 23/02/2016.

<sup>121</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2008.

## 4.2 POLÍTICA PÚBLICA, ORÇAMENTO PÚBLICO E RESERVA DO POSSÍVEL

Antes de enfrentar o núcleo do problema em tela se faz imprescindível compreender conceitos basilares que com ele se relacionam ao menos de maneira tangencial.

Definidos estes conceitos básicos, passar-se-á a uma análise pontual acerca dos limites orçamentários, tomando como norte o Orçamento e a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do Rio Grande do Norte referentes ao ano de 2015.

Por último, será discutida neste capítulo a questão da objeção de reserva do possível e eventual possibilidade de realocação de verbas orçamentárias por decisão judicial.

Sendo assim, serão trazidos à colação inicialmente as definições doutrinárias de política pública, orçamento público e da objeção de reserva do possível que serão necessárias para o enfrentamento do problema ora investigado.

O primeiro conceito que merece ser trazido à colação é o de política pública. MICHAEL HOWLETT, M. RAMESH e ANTHONY PERL<sup>122</sup> propõem uma definição funcional de política pública.

HOWLETT, RAMESH e PERL<sup>123</sup> teceram a sua concepção a partir das ideias de Thomas Dye e William I. Jenkins, que formularam conceitos próprios de política pública que lhes serviram de inspiração teórica.

Para DYE, política pública é tudo aquilo que um governo decide fazer ou deixar de fazer.<sup>124</sup>

Por sua vez, JENKINS define política pública como sendo:

---

<sup>122</sup> HOWLETT, Michael, RAMESH, M. e PERL, Anthony. **Política Pública - seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. 3ed. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.5-6.

<sup>123</sup> Op. cit. p. 6-9.

<sup>124</sup> Apud. HOWLETT, Michael, RAMESH, M. e PERL, Anthony. **Política Pública - seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. 3ed. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.6.

um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance destes atores.<sup>125</sup>

Assim sendo, HOWLETT, RAMESH e PERL concluem o seguinte:

(...) a *policy-making* trata fundamentalmente de atores cercados por restrições que tentam compatibilizar objetivos políticos (*policy goals*) com meios políticos (*policy means*), num processo que pode ser caracterizado como “resolução aplicada de problemas”.<sup>126</sup>

Percebe-se que não se trata de uma definição estática, mas de uma forma de compreensão do fenómeno em estudo como um processo que envolve alguns atores, que buscam alcançar determinados objetivos perseguidos a partir dos meios disponíveis.

Ocorre que esta definição inicial não indica quais os motivos ou fundamentos que legitimam a eleição de determinadas escolhas políticas.

Para suprir tal lacuna, MARCUS VINICIUS PEREIRA JÚNIOR<sup>127</sup> propõe a ideia geral de política pública como requisito necessário para possibilitar o acesso à população aos seus direitos, de um modo geral, e, acima disto, como um instrumento concretizador dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Para ajudar à compreensão do fenómeno política pública em sua inteireza, JORGE SAMPAIO<sup>128</sup> elenca os seus vários elementos relevantes que integram uma política pública, quais sejam: a) necessidade de solução de um problema público; b)

---

<sup>125</sup> Apud. HOWLETT, Michael, RAMESH, M. e PERL, Anthony. **Política Pública - seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. 3ed. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 8.

<sup>126</sup> Op. cit. p. 5.

<sup>127</sup> PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Orçamento Público e Políticas Públicas Infante Juvenis**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 71-76.

<sup>128</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 55-58.



existência de “grupos alvo” que estão na origem de um problema público; c) uma coerência pelo menos intencional do gestor; d) existência de diversas decisões e atividades; e) programa de intervenções; f) papel chave dos atores públicos; g) existência de atos formais (normas) e h) natureza mais ou menos obrigatória das decisões e atividades.

A partir destes elementos, JORGE SAMPAIO assim definiu política pública, em sentido amplo:

(...)conjunto sucessivo de decisões e/ou de acções, *intencionalmente* coerentes, tomadas por diferentes actores públicos e por vezes com participação de actores não públicos – cujos recursos, nexos institucionais e interesses variam – para resolver problemas politicamente definidos como *colectivo*.<sup>129</sup>

Indo mais além, JORGE SILVA SAMPAIO<sup>130</sup> apresenta um conceito normativo de política pública para operacionalizar o escopo de seu controle judicial pelo Tribunal Constitucional.

Desta forma, o referido autor define a política pública sob o ponto de vista normativo da seguinte maneira:

(...)a exteriorização legal dessa série de decisões e/ou acções pela mão do Governo ou da Assembleia da República (ou ainda por outros órgãos com competência para o feito), em princípio sob a veste formal de decreto-lei ou lei, podendo ainda estar em causa outros actos normativos, como resoluções ou regulamentos.<sup>131</sup>

O grande avanço desta concepção normativa é o seu carácter jurídico-formal que possibilita a análise de constitucionalidade de uma política pública a partir dos seus respectivos atos normativos constitutivos e executórios.

A partir destas construções trazidas à baila, pode-se resumir políticas

---

<sup>129</sup> Op. cit. p. 72

<sup>130</sup> Op. cit. p. 48-72

<sup>131</sup> Op. cit. p. 72

públicas, em princípio, como produtos ou ações coordenadas de um governo para o enfrentamento de problemas coletivos, a partir da tomada de decisões políticas em um dado contexto social e temporal, lastreando-se na eleição de prioridades e tendo em vista a escassez de recursos disponíveis.

Constata-se, ainda, que a tomada de decisões políticas e a escolha de políticas prioritárias não é aleatória, de modo que, em regra, se fundamenta nos recursos disponíveis previstos no orçamento.

Oportuno se faz, portanto, tecer algumas considerações sobre o orçamento.

MARCUS VINICIUS PEREIRA JÚNIOR<sup>132</sup>, de maneira sucinta, conceitua o orçamento público como sendo:

o meio que disciplina a atuação estatal, por um determinado espaço de tempo, isso em relação ao desempenho da atividade financeira exercida pelo Estado, com arrecadação, gastos e administração de recursos financeiros.

Percebe-se claramente que a figura do orçamento público está intimamente ligada à ideia de planejamento, ao passo que contempla a previsão e autorização para a arrecadação de recursos e limita a realização dos gastos ou despesas públicas.

Mas o orçamento não pode ser entendido com o mero instrumento contábil por meio do qual o governo organiza as suas finanças.

A correta compreensão do orçamento público vai mais além, ao considerar o processo orçamentário como momento de escolha das prioridades democraticamente eleitas pelo parlamento delimitando a atuação estatal à vista dos recursos disponíveis, como pontua FELIPE DE MELO FONTE<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Op. cit. p. 46

<sup>133</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73-80.

No mesmo sentido, OSVALDO CANELA JÚNIOR<sup>134</sup> expõe que, em princípio, o orçamento consiste em instrumento garantidor de que os recursos públicos serão utilizados seguindo o crivo democrático, o que poderia ser um dos entraves a serem mencionados ao controle judicial de políticas públicas.

O próprio autor ressalta, todavia, que ao determinar a inclusão de certo gasto público para garantir direito fundamental (à saúde, por exemplo), a decisão judicial resguarda o núcleo essencial previsto na Constituição Federal, adequando portanto o orçamento à sua finalidade constitucional democraticamente definida pelos representantes do povo no Congresso Nacional Constituinte.

Explicita-se, por oportuno, que essa questão da legitimidade do Poder Judiciário no que toca ao controle de políticas públicas será aprofundada posteriormente.

Ademais disso, um meio particularmente interessante para garantir a democracia e a legitimidade das escolhas orçamentárias é o chamado orçamento participativo, existente em alguns municípios brasileiros, nos quais a população é chamada para discutir os problemas que lhe afetam e as prioridades de investimento do Poder Público Municipal, instrumento este que é defendido por REINALDO DIAS e FERNANDA MATOS<sup>135</sup>.

Como contraponto à ideia do orçamento como instrumento de planejamento democrático dos gastos públicos, FERNANDO REZENDE<sup>136</sup> critica o “engessamento do orçamento” em limites normativos estreitos, o que agrava a situação fiscal do Brasil e reduz as possibilidades de investimentos, deixando para um segundo plano a dimensão política das escolhas orçamentárias e sua repercussão no

---

<sup>134</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 106-107.

<sup>135</sup> DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas – princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 172-173.

<sup>136</sup> REZENDE, Fernando. **A Política e a Economia da Despesa Pública – escolhas orçamentárias, ajuste fiscal e gestão pública: elementos para o debate da reforma do processo orçamentário**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p. 9-12

comportamento das despesas públicas.

FERNANDO REZENDE defende que ocorra uma reforma do processo orçamentário brasileiro que enfatize os problemas fiscais e a dimensão política da despesa pública mediante o confronto entre as escolhas orçamentárias acumuladas há muitos anos e as novas demandas sociais e econômicas<sup>137</sup>.

Acrescente-se, entretanto, que o referido autor é professor de administração e possivelmente não tem formação jurídica, de modo que não considerou em sua tese que muitas dessas escolhas orçamentárias acumuladas ao longo do tempo foram consagradas na Constituição Federal de 1988, sendo que boa parte delas integra o núcleo essencial ou mínimo existencial do princípio da dignidade humana, de maneira que não podem ser relativizados nem mesmo pelo surgimento de novas demandas diante do princípio da proibição de retrocesso<sup>138</sup>, no que toca aos direitos fundamentais que integram o ordenamento jurídico interno.

Ocorre que a Constituição de 1988, dita cidadã, trouxe um catálogo extenso de direitos e garantias, o que coloca em jogo a possibilidade material e orçamentária do Estado Brasileiro atendê-los de maneira adequada.

A reserva do possível aparece, então, como uma das objeções opostas pelo gestor público em juízo para tentar justificar a impossibilidade de garantir determinado direito individual ou social em medida que exceda aos estreitos limites orçamentários.

É sabido que a teoria da reserva do possível é uma criação jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal - TCF alemão que, ao analisar o caso de um estudante que ingressou em juízo para ter acesso ao curso de medicina de uma

---

<sup>137</sup> Op. cit. p.163-164.

<sup>138</sup> O princípio da proibição do retrocesso social, em suma, confere estabilidade aos direitos fundamentais em relação às conquistas dispostas na Constituição, proibindo o Estado de proceder qualquer alteração que implique em potencial abolição ou mitigação de sua efetividade. Para uma melhor compreensão, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-340.

universidade pública alemã diante da universalização do direito à educação, entendeu que existem limitações fáticas que impossibilitam o atendimento de todas as demandas de acesso a um determinado direito.<sup>139</sup>

No *leading case* em testilha, o TCF decidiu pela primeira vez que os direitos constitucionais de índole subjetiva podem ser racionalmente limitados pelas possibilidades materiais da coletividade, o que a doutrina posteriormente convencionou nominar como a “teoria da reserva do possível”.

OSVALDO CANELA JÚNIOR<sup>140</sup>, entretanto, aponta a inconsistência da teoria da reserva do possível em um Estado Social, por considerar que o orçamento público deve ser entendido instrumento legal que regula a atuação do Estado segunda a fixação dos seus respectivos objetivos, que necessariamente devem se coadunar com os objetivos do Estado Brasileiro previstos no art. 3º da Constituição Federal.

Reconhece o referido autor que a realização dos direitos resulta em custos, mesmo que indiretamente, o que entretanto não pode justificar a inação estatal, compatível apenas com a concepção clássica de orçamento ligada à atuação mínima do Estado na economia, característica típica do modelo liberal.

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 positivou um novo modelo de Estado Social que deve assumir papel proativo em satisfazer os direitos fundamentais, uma vez que estes gozam de aplicabilidade imediata, conforme disposição expressa do seu art. 5º, §1º, o que significa dizer que a insuficiência de recursos não pode resultar na inércia, mas na programação e planejamento temporal para aliar a arrecadação e a otimização de gastos mediante a aplicação do

---

<sup>139</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Judicial das Políticas Públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 148.

<sup>140</sup> CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O Orçamento Público e a “Reserva do Possível” - dimensionamento do controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 231-233.

critério de proporcionalidade no intuito de garantir a distribuição de recursos que resguardem o mínimo essencial previsto na Constituição.<sup>141</sup>

FELIPE DE MELO FONTE<sup>142</sup>, mencionando o posicionamento de German J. Bidart Campos e Horacio Guillermo Corti acrescenta que deve ser reconhecida a plena supremacia do texto constitucional sobre as decisões orçamentárias criticando ainda a importação acrítica da “teoria da reserva do possível”, sem as devidas adaptações e reflexões, o que acabou por gerar um argumento genérico e vazio para a defesa da omissão estatal.

Enquanto na Alemanha se discute até que ponto pode se garantir o direito de acesso do cidadão a um curso em determinada universidade pública, no Brasil a mesma justificativa é usada para negar a existência de vaga em Unidade de Terapia Intensiva de um hospital público, o que em muitos casos significa uma sentença de morte<sup>143</sup>.

Como contraponto teórico, tem-se a concepção de CESAR AUGUSTO ALKMIN JACOB<sup>144</sup> que defende que a exceção de “reserva do possível”, se devidamente comprovada, representa defesa fundada nas reais possibilidades fáticas e jurídicas a configurar um instrumento legítimo de limitação do controle

---

<sup>141</sup> No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

<sup>142</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ed. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 136-155.

<sup>143</sup> Segue ementa de decisão proferida pelo TJ/RS em que a objeção da reserva do possível foi acolhida em detrimento do direito fundamental à saúde: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À SAÚDE. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL, E DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS A RESPEITO DOS CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ÂMBITO DA SAÚDE. Em nosso ordenamento jurídico, o direito à saúde foi priorizado tanto pelo legislador constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional, sendo responsabilidade do Estado (gênero) o fornecimento de medicamentos àqueles que dos mesmos necessitem observados, entretanto, os limites da reserva do possível, bem assim como os critérios de repartição de competências no âmbito da saúde, sob pena de prejudicar-se, ou até mesmo inviabilizar, o sistema público de saúde. ASTREINTES. DESCABIMENTO. ORIENTAÇÃO DA CÂMARA. Afigura-se descabida a cominação de multa por dia de atraso no fornecimento de medicamento, uma vez que tal imposição apenas contribui para o agravamento das finanças públicas, gerando novo ônus a ser suportado por toda a sociedade, sem atingir a efetividade almejada o provimento mandamental. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. É descabida a condenação do Estado ao pagamento das custas processuais, uma vez que se trata de processo afeto à Justiça da Infância e da Juventude, onde as ações são isentas de custas, a teor do disposto no artigo 141, §2º, do ECA. Agravo retido provido, e recurso de apelação provido. Apelação e Reexame Necessário Nº 70023896202, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25/06/2008. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

<sup>144</sup> JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 237-280.

judicial de políticas públicas.

Para o referido autor, no plano fático, não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado quando não há materialmente dinheiro ou recursos disponíveis. De igual maneira, acrescenta que o plano jurídico da previsão orçamentária de determinado gasto deve ser igualmente respeitado.

Finaliza pontuando que a simples substituição das escolhas políticas e orçamentárias feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo pela decisão judicial será incapaz de realizar com plenitude os objetivos fundamentais da República Brasileira.

O bom senso parece apontar para um ponto intermediário entre tais compreensões tão díspares.

Tome-se como premissa a tese segundo a qual o Poder Judiciário pode intervir em atos da administração pública, tendo em vista os princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade da tutela jurisdicional e as implicações da “teoria dos freios e contrapesos” (*check and balances*).<sup>145</sup>

Considere-se, ainda, que a Constituição Federal estabeleceu um catálogo de direitos e garantias extenso e ainda que a partir da concepção neoconstitucionalista não há dúvida sobre o caráter normativo nem sobre a aplicabilidade imediata dos seus dispositivos.

Acrescente-se, por fim, que a supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico não pode ser olvidada, de modo que cabe a cada um dos integrantes dos três poderes da República perseguir os seus objetivos e garantir a efetivação em máxima medida dos direitos fundamentais que ela prescreve.

A partir dessas ideias básicas, pode-se defender que o gestor público (Poder Executivo) e o legislador (Poder Legislativo) devem respeitar os ditames

---

<sup>145</sup> Explícite-se que essas questões relativas à legitimidade do Poder Judiciário e aos limites para o controle judicial de políticas públicas serão aprofundadas *a posteriori*, em subcapítulos específicos.

constitucionais no momento da aprovação das leis orçamentárias.

Sendo assim, a margem de discricionariedade existente passa por garantir em primeiro lugar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e que constituem o chamado “mínimo essencial” que resguarda a dignidade humana (saúde, educação, assistência aos desamparados e acesso à justiça)<sup>146</sup>, em segundo lugar os demais direitos fundamentais que não dizem respeito a este núcleo essencial e, por último, os demais direitos que não possuem *status* constitucional.

Ressalte-se, entretanto, que aqui não se pretende propor uma hierarquização de direitos fundamentais.

Trata-se de uma singela sugestão ao gestor e ao legislador de um método para sanar eventual colisão de interesses que decorra da impossibilidade de concretização de todas as promessas constitucionais, diante dos limites orçamentários e dos escassos recursos disponíveis, o que foi feito a partir de uma ponderação dos bens jurídicos tutelados com vista a garantir o mínimo essencial, núcleo da dignidade humana.

Exemplificando, não se poderia destinar qualquer quantia no orçamento público para a rubrica “publicidade institucional” enquanto não fossem efetivados os direitos fundamentais ligados ao núcleo essencial da existência humana digna.

Assim sendo, uma lei orçamentária que não resguarde o mínimo existencial é flagrantemente inconstitucional e, portanto, poderia ser objeto de controle de constitucionalidade por qualquer órgão judicial, dentro dos limites de sua competência.

Outra questão aparentemente complexa seria a impossibilidade material de

---

<sup>146</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 132.



resguardar na prática dois direitos fundamentais de semelhante *status*, o que deve ser resolvido tal como ocorre na hipótese de colisão de direitos fundamentais, ou seja, a partir do critério da proporcionalidade, com a análise sucessiva dos subcritérios de adequação, necessidade e ponderação, sem olvidar dos principais aspectos fáticos envolvidos.

Como será exposto em seguida, algumas dessas ideias somadas a outras resultaram na construção teórica do se convencionou denominar Política Pública Constitucional Vinculante, que será objeto de estudo logo a seguir.

#### 4.3 POLÍTICA PÚBLICA CONSTITUCIONAL VINCULANTE E SISTEMA PENITENCIÁRIO

Para melhor compreender a tese do controle jurisdicional de políticas públicas é importante ter um entendimento prévio do que a doutrina denominou de política pública constitucional vinculante.

Neste contexto, trar-se-ão à baila as lições de ROGÉRIO GESTA LEAL, que desenvolveu tal conceito de maneira bastante didática em artigo científico, a partir da análise de um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>147</sup>

Observa-se, inicialmente, que ROGÉRIO GESTA LEAL, em suma, trata das possibilidades materiais e processuais do controle jurisdicional de políticas públicas partindo da análise de um caso concreto, qual seja a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, que fixou importantes parâmetros jurisprudenciais sobre o tema, dando ênfase à dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF.

---

<sup>147</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Volume 1, Tomo I, Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006.

Destaque-se que a ADPF n.º 45 foi ajuizada para discutir a constitucionalidade do veto presidencial ao art. 55, §2º, da Lei n.º 10.707/2003 que trazia o conceito legal de ações e serviços públicos de saúde, para fins de garantia de recursos financeiros mínimos previstos na Constituição Federal de 1988.

O Ministro Celso de Mello, relator do referido feito, sustentou que o remédio constitucional “apresenta-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.”<sup>148</sup>

Retornando ao caso concreto analisado, constata-se que o relator admite que os direitos de natureza positiva ou prestacional tem um limite material definido pelas possibilidades orçamentárias do Estado e que se convencionou chamar de “reserva do possível”.

Esclarece, entretanto, que a objeção de “reserva do possível” deve ser entendida de modo a não afrontar as condições materiais mínimas de existência, tendo em mira a realização dos objetivos fundamentais da Constituição, notadamente a dignidade da pessoa humana.

A solução desta tensão entre “mínimo existencial” e “reserva do possível”, como foi mencionado no subcapítulo anterior, se dará no caso concreto, mediante o emprego de critérios de ponderação, à vista dos bens jurídicos que são tutelados na espécie.

Assim sendo, naquele *decisum*, Celso de Mello finaliza prescrevendo o controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil sempre que for afetado, por omissão estatal ou por abusivo comportamento governamental, de forma injustificável, o “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de

---

<sup>148</sup> Trecho do acórdão extraído do site do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). Consulta em 30/11/2015

condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo”.

Observa-se, portanto, que este importante aresto jurisprudencial consiste em inovador precedente que aponta para a tendência do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da teoria do núcleo essencial mínimo da dignidade humana, o que resultará, como se verá adiante, na concepção de que políticas públicas relacionadas à efetivação de tais direitos tem o caráter vinculante para o gestor público.

Para chegar a este ponto, é interessante rememorar o conceito de políticas públicas, a partir os seus fundamentos políticos e jurídicos.

Em linhas gerais, ROGÉRIO GESTA LEAL define políticas públicas como “ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa a atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública.”<sup>149</sup>

Importante ressaltar que essas ações devem se pautar em uma racionalidade que alie organização e planejamento para maximizar os resultados desejados.

O autor apresenta uma pesada crítica ao modo como o tema é tratado historicamente no Brasil, que se marca por uma excessiva centralização no Estado, minando as possibilidades de participação da sociedade civil e, em regra, deixando em segundo plano os níveis de racionalidade supramencionados e que podem ser resumidos no planejamento, programação, projetos e mecanismos de constituição, execução e avaliação de atendimento das demandas sociais emergentes.<sup>150</sup>

Observa-se que ao longo da história, o poder tem sido usurpado pelos gestores que se sucederam, olvidando-se da soberania popular. Somente com a

---

<sup>149</sup> Op. cit. p. 161.

<sup>150</sup> Op. cit. p.162.

promulgação da Constituição Federal de 1988 é que a sociedade civil começou a se articular politicamente, culminando com o que se convencionou denominar “politização do social”.

Neste contexto, o tema políticas públicas passou a ser entendido como uma questão multidisciplinar, a ser enfrentada pela ciência política, pela economia, pela sociologia e pelo direito.

Desta forma, ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional coube a abordagem e estudo dos marcos normativos que definem as políticas públicas, a partir das finalidades, objetivos e princípios consubstanciados na Constituição Federal e que, no dizer do autor, obrigam tanto a sociedade civil quanto o Estado e delimitam o mínimo existencial a partir da perspectiva dos fundamentos da República, quais sejam a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.<sup>151</sup>

Ressalte-se que é a própria Constituição Federal que estabelece os indicadores e parâmetros para a delimitação do mínimo existencial e que, portanto, não podem ser desconsiderados pelo Estado nem pela sociedade civil.

Estes indicadores, no dizer do autor, se objetivam e se consubstanciam ao longo do texto constitucional, através dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência e assistência e ao acesso à justiça.<sup>152</sup>

Assim, todas as políticas públicas no Brasil devem levar em conta o mínimo existencial delimitado por tais parâmetros constitucionais, sob pena de reconhecimento da inconstitucionalidade da ação ou omissão do gestor público.

Seguindo este raciocínio, ROGÉRIO GESTA LEAL passa a defender a existência de “políticas públicas constitucionais vinculantes”, que segundo ele são

---

<sup>151</sup> Op. cit. p. 164-165.

<sup>152</sup> No mesmo sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2011. p. 291-349.

“entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria.”<sup>153</sup>

Segundo este entendimento, a discricionariedade do gestor e a legitimidade popular do mandato não são suficientes para justificar eventual descumprimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, seja por ação ou por omissão do ente público.

Pontua, ainda, o autor que para cada conjunto de garantias outorgadas pela Constituição, necessariamente deve haver um conjunto de políticas públicas concretizadoras, que são ao mesmo tempo vinculantes e independentes da vontade ou da discricionariedade estatal, uma vez que de sua materialização depende a manutenção da dignidade humana e o mínimo existencial.<sup>154</sup>

Compreende-se, então, que todos os poderes da República estão vinculados aos parâmetros constitucionais que definem o mínimo existencial a partir da dignidade humana, sendo certo que a concretização destes comandos contidos na Carta Magna é dever inafastável de todas as esferas de Poder.

BODO PIEROTH e BERNHARD SCHLINK<sup>155</sup>, analisando a Constituição Alemã, chegam à idêntica conclusão, uma vez que naquele sistema todas as autoridades públicas tem o dever de respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana, o que significa, em resumo, que além de não poder haver ingerência contra este direito fundamental, a própria Lei Fundamental Alemã impõe aos poderes públicos um dever de proteção.

Sendo assim, é decorrência lógica admitir que o Poder Judiciário possa

---

<sup>153</sup> Op. cit. p. 167.

<sup>154</sup> Op. cit. 168-169.

<sup>155</sup> PIEROTH, Bodo e SCHLINK, BERNHARD. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antonio Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 166.

intervir subsidiariamente, definindo e executando políticas públicas, quando estas não forem conduzidas pelos Poderes competentes para resguardar o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Contra a intervenção do Poder Judiciário na definição e execução de políticas públicas são levantadas diversas objeções, notadamente voltadas à falta de legitimação popular dos órgãos que o integram.

O autor leciona, entretanto, que a tripartição de poderes não pode mais ser entendida sob a sua perspectiva originária e restritiva. Com efeito, põe-se em relevo que a tripartição de poderes ainda se justifica pela necessidade organizacional do Estado.

Atualmente é imprescindível compreender que o Poder é uno e deriva do povo, que o exerce direta ou indiretamente, na forma prevista na Constituição Federal, conforme está positivado em seu art. 1º, parágrafo único.

É certo que a função de formular e implementar políticas públicas não é típica do Poder Judiciário, que tem como competência principal ou predominante o exercício da jurisdição.

Por outro lado, o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), típico do Estado Constitucional Contemporâneo, permite a constante interferência entre as três esferas de Poder, que passam a exercer a autocontenção recíproca.

Neste prisma, MIGUEL SEABRA FAGUNDES<sup>156</sup>, de forma pioneira em nosso país, defendia a possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o que representa um embrião da tese de possibilidade material de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Com acerto, SEABRA FAGUNDES lecionava que os órgãos dos poderes

---

<sup>156</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Executivo, Legislativo e Judiciário não exercem de modo exclusivo as funções que nominalmente lhe são outorgadas na Carta Política, mas apenas têm nelas as suas competências principais ou predominantes.

A partir dessas premissas, o autor defende que as funções institucionais específicas do Estado, notadamente a implementação das políticas públicas constitucionais vinculantes, se condicionam ao cumprimento não facultativo do que foi estabelecido pela Constituição Federal, sob pena de coativamente fazê-lo por ordem judicial, de modo que se faz necessário estabelecer limites objetivos para este controle jurisdicional.<sup>157</sup>

Acrescenta, ainda, que a implementação das garantias constitucionais através das políticas públicas vinculantes não pode prescindir de um modelo de Estado Democrático de Direito mais intervencionista.

Neste ponto, GESTA LEAL, possivelmente inspirado nas ideias de HABERMAS, afirma que

a ideia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício da gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos comportamentos institucionais e novos instrumentos políticos de participação que expandam, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea.<sup>158</sup>

Em novo parêntese, cabe esclarecer que HABERMAS é um dos maiores expoentes desta concepção procedimentalista e democrática.

Sob o prisma habermasiano, a dimensão da facticidade do direito se refere ao plano dos fatos, que se refere à ideia de coação contida nas normas jurídicas, as quais são, em princípio, cumpridas pelos cidadãos não por serem justas ou injustas,

---

<sup>157</sup> Op. cit. p. 170.

<sup>158</sup> Op. cit. p. 172-173

mas por conterem em si um comando de sanção pela sua inobservância.

Por sua vez, pode-se entender a dimensão da validade do direito, ainda segundo HABERMAS, como o plano em que se analisa as normas jurídicas a partir de sua legitimação democrática, tendo em vista a correção dos valores que as inspiraram e justificaram durante o procedimento de obtenção do consenso a partir do discurso dialógico entre cidadãos livres e iguais.

Percebe-se ainda que essa tensão tem um duplo desdobramento nos conflitos observáveis entre liberdade e coerção e entre positividade (segurança jurídica) e legitimidade (correção) que o autor busca equacionar em todos os capítulos de sua obra<sup>159</sup>.

Repise-se que é a partir desta concepção procedimentalista e democrática que ROGÉRIO GESTA LEAL pretende estabelecer os limites de intervenção do Poder Judiciário na vida cotidiana da cidadania e na área de atuação dos demais poderes.

Se não bastasse, o autor posiciona as políticas públicas constitucionais vinculantes como direito público subjetivo dos cidadãos, o que reforça a tese de que é possível a intervenção jurisdicional, notadamente pela aplicação do princípio do acesso à justiça, em suas perspectivas formal e material, e do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Ao Poder Judiciário restará o dever constitucional de, no caso concreto, aferir a ação violadora omissiva ou comissiva do estado, com base no critério de proporcionalidade, para ao final sanar eventual lesão ou ameaça de lesão a um direito fundamental ou, ainda, impedir a ofensa aos objetivos, finalidades e princípios positivados na Constituição Federal.

---

<sup>159</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.



Ao final, conclui-se que é a própria soberania popular que demanda a necessidade de reconhecer a todos os Poderes instituídos a competência e o dever institucional de defesa dos princípios, garantias, finalidades e objetivos da nossa ordem republicana e democrática, positivados na Constituição Federal, sob pena de um agravamento sem precedentes da atual crise de identidade, eficácia e legitimidade social.<sup>160</sup>

Para reforçar esta concepção, será posta em relevo a tese da imperatividade da Constituição sobre a agenda pública, defendida no Direito Lusitano por JORGE SILVA SAMPAIO<sup>161</sup>, com nítida inspiração na ideia da Constituição Dirigente de J.J. GOMES CANOTILHO<sup>162</sup>.

Defende o autor que a Constituição se infiltra por todos os ramos do Direito, de onde decorre o seu efeito dirigente ou de irradiação, como preferem outros.

Acrescenta que por esta natureza, a Constituição pode bloquear determinada política que não seja compatível com sua ordem de valores, o que lhe subtrairia por completo legitimidade.

Esclarece, entretanto, que isso deve ser feito em detrimento dos objetivos, métodos e diretrizes traçados constitucionalmente, alavancando um largo número de políticas públicas deste jaez.

Superada essa contextualização teórica, deve-se aferir se a política pública prisional pode ser definida como uma política pública vinculante.

Para responder a esta questão, basta destacar que o art. 5.º, incisos XLVIII, XLIX e L, da Constituição Federal impõe a necessidade da criação de uma política pública prisional que garanta o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos,

---

<sup>160</sup> Op. cit. p. 175-176.

<sup>161</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 118-123.

<sup>162</sup> CANOTILHO, José Joaquim. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, assegure a integridade física e psíquica dos presos e, ainda, possibilite às presidiárias sejam asseguradas condições mínimas para permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Destaque-se, por oportuno, que estas garantias constitucionais se relacionam diretamente ao núcleo essencial da dignidade humana, notadamente no que se refere ao impedimento da sujeição a tratamento desumano ou cruel, no que respeita à necessidade de garantia do direito à saúde física e mental dos internos ao sistema, bem como na necessidade de assegurar assistência em vários níveis a esta classe específica de desamparados, no intuito de possibilitar a sua reinserção adequada na sociedade por meio da educação ou do trabalho.

Não resta dúvida, portanto, que a política pública prisional tem natureza vinculante e deve respeitar os ditames constitucionais supramencionados, notadamente no que toca ao núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 5 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA PRISIONAL

Neste ponto será realizada uma breve exposição sobre o conceito de inconstitucionalidade por omissão e, em seguida, será analisado se o atual quadro do sistema prisional brasileiro se enquadra nesta modalidade para então passar a discutir sobre eventual controle jurisdicional da política pública respectiva.

Pare melhor compreender este fenômeno inicialmente deve-se reportar à ideia do caráter dúplice do dever de proteção dos direitos fundamentais.

JORGE PEREIRA DA SILVA<sup>163</sup> ensina que o dever de proteção dos direitos fundamentais vincula todas as entidades públicas de forma negativa, ao impor uma proibição de agressão ou ingerência na esfera do direito fundamental e, além disso, de forma positiva, exigindo-se de todos os entes estatais a criação e manutenção dos pressupostos de fato e de direito necessários à defesa ou satisfação de um direito fundamental.

Essa concepção trará relevantes consequências, notadamente no que toca à análise da inconstitucionalidade da política pública prisional brasileira, como se verá mais adiante.

A inconstitucionalidade por omissão, como se pode perceber, se refere essencialmente ao dever positivo de proteção dos direitos fundamentais, podendo ser constatada quando alguma entidade pública deixa de promover em tempo razoável as medidas necessárias de sua competência para resguardar e satisfazer um direito fundamental.

GILMAR FERREIRA MENDES<sup>164</sup> pontua que a ideia de inconstitucionalidade

<sup>163</sup> SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 37-44.

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1075-1078.

por omissão é recente, tendo sido desenvolvida inicialmente no direito germânico, a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Assevera o autor em comento que a concepção de omissão legislativa inconstitucional decorre da inobservância de um dever constitucional de legislar presente de maneira explícita na Constituição Federal ou, ainda, implícita, a partir de uma interpretação que considere as decisões fundamentais que integram o sistema constitucional vigente.

Acrescenta, ainda, que a omissão inconstitucional pode ser absoluta (total) ou parcial.

Sob este prisma, a omissão absoluta ou total será verificada quando o legislador deixa de cumprir a sua missão primordial e, com isso, abre uma lacuna legislativa no sistema por não empreender a providência legislativa reclamada pela Constituição Federal.

De outro lado, a omissão será parcial quando um determinado ato normativo atende apenas em parte ou de maneira insuficiente a vontade constitucional. Nesta segunda modalidade, pode-se enquadrar a lei orçamentária que não garante a efetivação das políticas públicas constitucionais vinculantes.

Para além disso, JORGE MIRANDA<sup>165</sup> alarga este conceito inicial de omissão juridicamente relevante para compreender que “(...)relativamente a quaisquer das funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis – e não apenas teóricas – de comportamentos omissivos(...)”.

Assim, podem ser objeto da inconstitucionalidade por omissão, além dos atos normativos, os atos de conteúdo não normativo, além dos atos de conteúdo

---

<sup>165</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo VI: inconstitucionalidade e garantia da constituição**. Coimbra, Coimbra Editora, 2001. p. 272-273.

individual ou concreto, tais como as políticas públicas, o que implica em reconhecer que isso pode se suceder nos âmbitos das funções legislativa, de governo, administrativa ou mesmo jurisdicional.

Aprofundando esta temática, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO<sup>166</sup> assevera que “se tivermos em conta as articulações feitas entre competência, funções tarefas e responsabilidade dos órgãos políticos, poderíamos recortar como objeto do controlo da inconstitucionalidade (por acção ou por omissão) uma política setorial (de saúde, de ensino, da habitação).”

Neste sentido, segundo o autor, uma política pública seria “um padrão de conduta (*standard*) constitucional definidor de um fim a alcançar através de realizações de tarefas económicas, sociais e culturais.”

Desta forma, esses padrões ou *standards* constitucionais mínimos são enxergados como o referencial para análise de eventual inconstitucionalidade de uma política pública que não atente para os fins da Constituição.

CANOTILHO conclui, entretanto, ressaltando que é difícil proceder à fiscalização e controle de uma política pública, o que se reflete no “(...)relevo modesto da inconstitucionalidade por omissão.”

No Brasil, observa-se que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo gradualmente relevante papel institucional de intervenção em políticas públicas, no intuito de sanar omissões inconstitucionais dos poderes legislativo e executivo.

Explicita-se, por oportuno, que é a própria Constituição Federal que concede ao STF competência e independência para intervir em políticas públicas através do exercício regular do seu papel de intérprete maior dos enunciados constitucionais.

O debate sobre quem é o guardião da Constituição, travado por HANS

---

<sup>166</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 945-946.

KELSEN<sup>167</sup> e CARL SCHMITT<sup>168</sup> parece ter sido superado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988. Com efeito, a partir deste importante marco, não há mais dúvida que a defesa de dos preceitos constitucionais cabe a todos os cidadãos, a cada órgão que integre um dos três poderes mas, acima de tudo, ao Supremo Tribunal Federal, intérprete autêntico e em último grau do texto constitucional.

Constata-se que o sistema constitucional vigente construiu ao longo dos anos um novo modelo baseado em institutos como a repercussão geral, a modulação dos efeitos das suas decisões e as súmulas vinculantes que conduziu o Supremo Tribunal Federal (e o Poder Judiciário) a um patamar que se convencionou denominar de protagonismo judicial.

Dentro desde contexto, naturalmente se percebe que a nova ordem constitucional permite que o STF assuma um novo papel voltado a sanar omissões legislativas inconstitucionais e a definir, avaliar e determinar políticas públicas, pela via do chamado ativismo judicial.

Neste sentido, “ativismo judicial” deve ser entendido como a possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos pilares que regem as políticas públicas, quando for constatada omissão legislativa ou do Poder Executivo que as impossibilite de efetiva realização, fundamentando-se constitucionalmente no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, elencado como garantia fundamental no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ressalte-se que muitas vezes a expressão ativismo judicial é posta em um tom pejorativo, cercado de críticas por alguns doutrinadores que o consideram como uma exorbitância das competências originárias do Poder Judiciário.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>168</sup> SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>169</sup> Neste sentido: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.129.

Por outro lado, como já foi exposto anteriormente, as políticas públicas antes de sua implementação, via de regra, são positivadas em normas jurídicas, notadamente as que dizem respeito ao orçamento público, o que significa dizer, em última análise, que ao aferir a sua Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal e os órgãos do poder judiciário estão exercendo competência que lhes foi constitucionalmente outorgada.

Assim, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do Poder Judiciário agem legitimamente quando intervêm em políticas públicas em situações concretas e específicas, notadamente quando são verificadas omissões executivas e legislativas.

Especificamente no que toca ao sistema penitenciário e à possibilidade de controle jurisdicional da política pública respectiva, podemos colher no direito comparado a experiência norteamericana exposta com precisão na obra de MALCOLM M. FEELEY e EDWARD L. RUBIN<sup>170</sup>.

Segundo relatam estes autores, o sistema prisional estadunidense passou por severas reformas a partir da década de 1960, com a judicialização da matéria inicialmente no estado do Arkansas (*leading cases* Talley vs. Stephens, Holt vs. Sarver, Holt vs. Hutto e Finney vs. Hutto).

A partir da análise de caso concreto, no ano de 1965, a Corte Distrital do Distrito Leste de Arkansas decidiu que certas condições observadas no presídio agrícola estadual *Cummins* configuram crueldade e punição não usual, o que violaria a oitava emenda da Constituição norteamericana.

Depois desta decisão pioneira, em uma década prisões de vinte e cinco dos cinquenta Estados norteamericanos e o inteiro sistema prisional de cinco Estados

---

<sup>170</sup> FEELAY, Malcolm M. e RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State – how the courts reformed america's prisons**. Nova York: Cambridge University Press, 2000.

passaram por reformas para se adequarem às decisões judiciais que determinavam o cumprimento da oitava emenda.<sup>171</sup>

Em tradução livre, FEELEY e RUBIN<sup>172</sup> registram que:

“(...)Nos casos de reforma de prisões, os tribunais agiram não como déspotas, mas como amigos da liberdade e como agentes da comunidade nacional.(...) eles “assumiram” as prisões, em um sentido real, mas o fizeram somente como supervisores, não como autoridades absolutas e sem limites. Eles controlaram e foram controlados em contrapartida e desse modo observou-se a dinâmica essencial do governo democrático moderno.”<sup>173</sup>

Por fim, concluem os autores em referência que a exaltação cega de princípios como o federalismo e a tripartição funcional de poderes mostrou-se na experiência norteamericana como inadequada e insuficiente para resguardar direitos que envolvam a proteção da liberdade e a dignidade humana.<sup>174</sup>

Retornando o foco para o sistema brasileiro, observa-se que o exemplo norteamericano pode servir de inspiração, com as devidas adequações, para a reforma do sistema prisional interno.

Para tanto, deve-se partir da dicção do art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal que dispõe que “é assegurado aos presos respeito à integridade física e moral”, devendo ser entendido de maneira reflexa como um direito de defesa dos apenados contra atentados permitidos pelo Estado a estes direitos.

Deve-se ter em mente que a partir deste comando constitucional se determina que o Estado brasileiro não pode atentar contra a integridade física e moral dos cidadãos que estão presos provisoriamente ou em cumprimento de pena privativa de liberdade.

---

<sup>171</sup> Op. cit. p. 13.

<sup>172</sup> Op. cit. p. 345-346.

<sup>173</sup> “(...)In the prison reform cases, the courts did not act as despots but as friends of liberty and agents of our national community. (...) they ‘took over’ the prisons, in a very real sense, but they did so only as supervisors, not as absolute and unconstrained authorities. They checked, and they were checked in turn, and thus enacted the essential dynamic of modern democratic government.”

<sup>174</sup> Op. cit. p. 341-346.



Percebe-se, por oportuno, que o dispositivo constitucional prescreve, em primeiro lugar, uma conduta omissiva ao ente estatal<sup>175</sup>, que não poderá ferir a integridade dos presos e, somente de maneira reflexa, estabelece prestações positivas para possibilitar a efetivação daquela finalidade primordial.

Assim sendo, fica reduzida a margem de discricionariedade do gestor público que não tem outra alternativa para cumprir o comando constitucional em comento a não ser respeitar o direito subjetivo à integridade física e psíquica dos presos.

Destaque-se que neste sentido, as prestações positivas, como construção e reforma de estabelecimentos prisionais, por exemplo, apenas garantem que o estado cumpra o seu dever negativo de não atentar contra a integridade dos presos, não se confundindo portanto com a garantia positiva de um direito social.

Enxergando a questão sob este prisma, não há como negar que o preso pode ingressar em juízo para que seja resguardada a sua integridade física, o que pode ser plenamente fundamentado pelos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Acrescente-se, por fim, que recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral.

A referida decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 592581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP-RS) contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS).

O ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso, salientou em seu voto que o Poder Judiciário não pode se omitir quando os órgãos competentes comprometem

---

<sup>175</sup> Tal consequência é decorrência direta da vinculação negativa das entidades públicas à proteção dos direitos fundamentais, conceito estudado anteriormente neste trabalho e melhor desenvolvido em: SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 37-57.

a eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Afirmou Lewandowski, *in litteris*:

É chegada a hora de o Judiciário fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, assumindo o status de Poder do Estado, principalmente quando os demais Poderes estão absolutamente omissos na questão dos presídios.

Acrescentou, ainda, o Ministro relator que no caso em apreço não é possível cogitar que houve indevida invasão do Poder Judiciário em seara reservada à Administração Pública.

Concluiu, portanto, o Ministro Lewandovski que:

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.<sup>176</sup>

Reconhecida, portanto, a possibilidade de intervenção judicial para resguardar este direito, o que implicará certamente no controle jurisdicional de uma política pública, resta aferir qual a legitimidade do Poder Judiciário para atuar desta maneira e quais os limites que deve observar.

## 5.1 O PROBLEMA DO SUPOSTO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE

Com efeito, como se verá mais adiante, a noção clássica de tripartição de

<sup>176</sup> Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015. Extraído do sítio ([www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/...](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/)) Consulta em 15/12/2015.

poderes proposta por MONTESQUIEU<sup>177</sup> surgiu em um momento histórico completamente diferente, que exigia certa rigidez de conceitos para sanar o problema da concentração de todos os poderes na figura do monarca.

Superada aquela quadra histórica, a separação de poderes ainda se justifica por critérios organizacionais, sendo certo entretanto que pela Constituição Federal de 1988, todo poder emana do povo, que é o seu real titular e o exerce direta ou indiretamente, por seus representantes.<sup>178</sup>

No que toca ao Poder Judiciário, o caráter de abrangência do concurso público, que se destina a todo e qualquer cidadão que atenda os requisitos mínimos previstos em lei ou edital e que obtenha aprovação das fases previstas no certame parece conferir certo grau de democracia ao processo de escolha dos magistrados.

Com efeito, ao menos na primeira instância, se constata que o juiz não é mais escolhido diretamente pelos integrantes dos outros poderes, sendo certo que *a priori* qualquer um do povo pode galgar os passos necessários ao ingresso na magistratura.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 positivou este modo de seleção dos juízes de primeiro grau, bem como democraticamente estabeleceu as competências primordiais de cada corte brasileira, o que significa que a legitimidade do Poder Judiciário é formalmente garantida pela Carta Magna.

Se não bastasse, resta ressaltar que a legitimidade contramajoritária<sup>179</sup> do Poder Judiciário é de suma importância dentro do sistema de freios e contrapesos

---

<sup>177</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 3ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>178</sup> Sobre a evolução da teoria da separação de poderes, pode-se consultar: JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2009. p. 59-104.

<sup>179</sup> O conceito de legitimidade contramajoritária foi bem condensado por Bruna Izídio de Castro Santos e Rodrigo Lemos Arteiro (SANTOS, Bruna Izídio de Castro e ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O Princípio Contramajoritário como Mecanismo Regulamentador da Soberania**. Disponível em: <http://www.eventos.uenp.edu.br/publicacao/artigos/8.pdf>. Acesso em 16/03/2016.). Segundo estes autores, “A legitimidade da jurisdição constitucional está no fato de ser preciso conciliar o “governo da maioria” com a supremacia da Constituição e com a defesa dos direitos fundamentais. Essa legitimidade permite ao Poder Judiciário atuar contramajoritariamente, inclusive porque em caso de conflito entre o princípio majoritário e a Constituição esta deve prevalecer.”

(checks and balances) para garantir, por exemplo, que os direitos das minorias também sejam resguardados, dando voz e vez a quem não costuma ser ouvido por aqueles que são eleitos e que, em regra, miram sempre o maior número de votos possíveis para permanecerem no exercício de algum mandato eletivo.

PAULO FERREIRA DA CUNHA<sup>180</sup>, ao tratar da dualidade existente entre a autoridade e a legitimidade, ensina que há duas modalidades de legitimidade, a de título e a de exercício, sendo que a primeira delas é de natureza formal e se relaciona a forma de chegar ao poder, enquanto que a segunda diz respeito a forma de estar no poder.

Conclui, o referido autor, que o ideal seria uma autoridade que acumulasse as duas formas de legitimidade, alertando, entretanto, que a de exercício pode suprir a ausência da de título, enquanto que o contrário não ocorre.

Sendo assim, voltando ao Poder Judiciário, observa-se que a legitimidade de título dos seus integrantes encontra-se na Constituição Federal, como mencionado anteriormente, cabendo ainda a cada magistrado, no exercício da função jurisdicional, reativar a sua legitimidade de exercício ao proferir decisões que respeitem os princípios constitucionais que norteiam todo o sistema.

Isso quer dizer, em suma, que a legitimidade de exercício do magistrado é obtida no momento em que profere as suas decisões, o que pode ser bem compreendido a partir dos modelos teóricos de DWORKIN, HABERMAS e HABÈRLE e que serão analisados brevemente a seguir.

RONALD DWORKIN explica a legitimidade das decisões judiciais a partir da ideia do juiz Hércules<sup>181</sup> e da concepção de leitura moral da Constituição<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. **Política Mínima – manual de ciência política**. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 92-96.

<sup>181</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 404-424

<sup>182</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p.03-29

Na primeira obra referenciada, DWORKIN constrói a figura de um magistrado ideal, que resolveu chamar de juiz Hércules, o qual seria dotado de uma capacidade de argumentação meta-humana, possibilitando-lhe alcançar o esforço de convencimento geral através dos seus argumentos.

Por sua vez, a tese da leitura moral da Constituição desenvolvida no segundo trabalho de DWORKIN acima mencionado complementa o conteúdo desta ideia inicial do juiz Hércules.

DWORKIN<sup>183</sup> propõe uma nova forma de ler, interpretar e aplicar uma Constituição política chamada de “leitura moral” e que se coaduna com o paradigma pós-positivista, ao trazer as questões morais para o centro do Direito Constitucional.

Assevera inicialmente que as Constituições contemporâneas apresentam enunciados abertos, amplos e abstratos, notadamente ao proclamar os direitos e garantias individuais do cidadão, o que demandaria uma atividade interpretativa que necessariamente teria que levar em conta os princípios da moralidade política e da justiça.

Em que pese o papel de relevância que passa a ocupar, a moralidade política é incerta e controversa, motivo pelo qual cada sistema constitucional deverá prever qual a autoridade que terá competência para interpretar a Constituição e aplicá-la na resolução de problemas.

No sistema norteamericano (assim como no brasileiro), os juízes e, em último grau, a Suprema Corte (ou o STF) assumem essa competência, o que tem ocasionado críticas a esta teoria, por considerarem seus opositores que os juízes passam a ter o poder absoluto de impor suas próprias convicções morais.

DWORKIN passa a fazer a defesa da sua teoria, sustentando introdutoriamente que a existência de padrões divergentes de decisões não pode ser

---

<sup>183</sup> Idem.

explicada, em sua inteireza, pela classificação de juízes em “liberais” e “conservadores”, mas pelos diferentes entendimentos dos valores morais centrais contidos no texto constitucional que resultam em diferenças sutis na interpretação da Constituição, haja vista que a “leitura moral” não é, em si mesma, liberal nem conservadora.<sup>184</sup>

Acrescenta que a “leitura moral” da Constituição é feita naturalmente por advogados e juízes em seu trabalho cotidiano, quando a consideram como a expressão de enunciados morais abstratos que somente podem ser aplicados a casos concretos através de novos juízos morais.<sup>185</sup>

Apesar disso, esclarece que há uma grande disparidade entre o efetivo papel que a leitura moral desempenha na vida constitucional norte-americana, observada pela prática constitucional paradigmática da Suprema Corte e de juízes, e a sua má reputação nos meios acadêmico e político, o que o autor considera ser um paradoxo denominado de “confusão constitucional”.<sup>186</sup>

O reflexo mais nocivo dessa “confusão constitucional” é a ignorância da população norte-americana sobre o verdadeiro caráter e importância do seu sistema constitucional, fundado em uma estrutura de leis e princípios que serviu de inspiração para outros Estados e que, como dito anteriormente, reclama a interpretação criativa dos juízes e da Suprema Corte.

Dentro dessa visão distorcida e parcial, a leitura moral, ao pressupor a atividade interpretativa final dos juízes, é considerada antidemocrática, tendo em mira apenas a premissa majoritária, a qual, entretanto, não retrata a democracia

---

<sup>184</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p.05-06.

<sup>185</sup> Idem.

<sup>186</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p.07-11.

norteamericana em sua inteireza.<sup>187</sup>

Encerrada essa contextualização introdutória, DWORKIN começa a expor a conceituação, postulados e limites da “leitura moral da Constituição”.<sup>188</sup>

Define, em poucas palavras, que uma vez que há cláusulas constitucionais redigidas em linguagem moral excessivamente abstrata e que assim, portanto, devem ser interpretados, incorporando por referência princípios morais abstratos que os informam e que, ao mesmo tempo, se convertem em limites ao poder do governo.

Dentre estes princípios, tomando por exemplo o sistema norteamericano, DWORKIN elenca os seguintes ideais políticos e jurídicos gerais, a limitar a ação governamental: a) deve tratar todos os indivíduos como se tivessem um *status* moral e político igual; b) deve buscar, de boa fé, tratar a todos com uma preocupação igual; c) deve respeitar qualquer liberdade individual que seja indispensável para estas finalidades.

Por outro lado, o autor leciona que a “leitura moral” não se aplica a todas as cláusulas constitucionais, mas apenas àquelas particularmente abertas, abstratas e redigidas na linguagem de princípios morais.

Imprescindível será, desta forma, para a atividade interpretativa, a análise dos elementos histórico e linguístico para traduzir o significado da Constituição mediante a correta identificação e dimensionamento dos princípios políticos que nela estão contidos.

DWORKIN discorre, então, sobre os limites à leitura moral dos juízes que são basicamente dois, a saber: a) a leitura da constituição deve começar pelo que os constituintes disseram; b) a interpretação constitucional é disciplinada não só pela

---

<sup>187</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 07-11.

<sup>188</sup> Op. cit. 11-17.

leitura moral, mas pelo princípio da integridade da Constituição.

Constata-se que existe, portanto, uma moralidade constitucional coerente que pode ser aferida a partir da análise dos critérios de historicidade e integridade da Constituição.

Estes são, em última análise, os limites ou restrições à arbitrariedade judicial, que também foram bem retratados através da metáfora do romance em cadeia, desenvolvida por DWORKIN<sup>189</sup>.

Este modelo parte da sugestão de que a diferentes escritores é dada a tarefa de elaborar um roteiro de um romance. Em linhas gerais, é responsabilidade de cada um deles compor uma parte de um roteiro inacabado, sem olvidar, entretanto, da ideia de conjunto, para que se possa alcançar um resultado integrado satisfatório.

Segundo DWORKIN, desta mesma maneira deve ser feita a interpretação do direito, o que garante a sua integridade.

Prosseguindo, DWORKIN sugere que não há alternativa viável à leitura moral da Constituição.<sup>190</sup>

Com efeito, o autor explora duas possibilidades. A primeira delas é aquela que nega ao juízes a competência última para exercer a leitura moral da Constituição, papel reservado à cidadania.

A outra alternativa, dita “originalista”, prega que a Constituição significa o que os constituintes esperavam que sua linguagem significaria, considerando as eventuais suposições e expectativas destes sobre a aplicação correta dos princípios constitucionais.

Entende-se que ambas as correntes de pensamento mencionadas não

---

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, p.275-279.

<sup>190</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 18-22.



obtiveram êxito por não alcançarem os resultados práticos desejáveis, implicando, por exemplo, na negação de decisões jurisprudenciais tidas como moralmente e juridicamente válidas pelo povo norteamericano, pelo que seriam indefensáveis e ilegítimas.

Os Constitucionalistas, por outro lado, defendem que se deve buscar um meio termo entre a “leitura moral” e o “originalismo”, no intuito de afastar potenciais erros destas concepções, sem entretanto explicar como alcançar este equilíbrio.

Mesmo diante destas dificuldades, os críticos da leitura moral ainda empregam esforços para superá-la, por considerarem que ofende à democracia e a premissa majoritária.

DWORKIN assevera que inicialmente deve se definir o que realmente é democracia, partindo da premissa majoritária, mas expandindo o seu conceito, tendo em vista que, em alguns casos justificáveis a maioria não deve governar ou decidir, notadamente quando se busca proteger direitos individuais de minorias, por exemplo.<sup>191</sup>

A premissa adotada pelo autor passa a ser a “concepção constitucional” de democracia, que considera que o objetivo definidor da democracia é que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratam a todos os membros da comunidade, como indivíduos, com uma preocupação e respeito iguais”, onde podem se enquadrar os órgãos do Poder Judiciário.

Há, portanto, um deslocamento de foco do procedimento democrático calcado meramente na premissa majoritária para a preocupação com a igualdade de *status* entre os cidadãos, que passa a ser considerada a essência da democracia.

---

<sup>191</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 23-29.

Nesta concepção, a democracia significa governo sujeito a condições democráticas, de *status* iguais para todos os cidadãos.

Partindo desta nova premissa, o controle de constitucionalidade feito pelos juízes não viola a democracia mas acaba por aprimorá-la.

Partindo para a corrente de pensamento procedimentalista, observa-se que o seu maior expoente, JÜRGEN HABERMAS<sup>192</sup> sugere que a legitimidade da jurisdição poderá ser alcançada a partir do emprego de ferramentas que revistam o conteúdo das suas decisões do componente democrático.

Para compreender esta concepção, é interessante dissecar rapidamente a obra mencionada<sup>193</sup>, aonde HABERMAS se dedica integralmente à análise da tensão entre facticidade e validade do Direito.

Sob o prisma do autor, a dimensão da facticidade do direito se refere ao plano dos fatos, que se refere à ideia de coação contida nas normas jurídicas, as quais são, em princípio, cumpridas pelos cidadãos não por serem justas ou injustas, mas por conterem em si um comando de sanção pela sua inobservância.

Por sua vez, pode-se entender a dimensão da validade do direito, ainda segundo HABERMAS, como o plano em que se analisa as normas jurídicas a partir de sua legitimação democrática, tendo em vista a correção dos valores que as inspiraram e justificaram durante o procedimento de obtenção do consenso a partir do discurso dialógico entre cidadãos livres e iguais.

Percebe-se ainda que essa tensão tem um duplo desdobramento nos conflitos observáveis entre liberdade e coerção e entre positividade (segurança jurídica) e legitimidade (correção) que o autor busca equacionar em todos os capítulos de sua obra.<sup>194</sup>

<sup>192</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>193</sup> Idem.

<sup>194</sup> Para uma melhor compreensão do pensamento habermasiano recomenda-se a seguinte leitura: GÓES, Ricardo Tinoco de.

Após essas breves considerações, ingressar-se-á no estudo do capítulo que aborda a questão da indeterminação do direito e da racionalidade da jurisdição e introduz a noção habermasiana da legitimidade da jurisdição.<sup>195</sup>

No referido capítulo, HABERMAS, em suma, preocupa-se com o alto grau de abstração do direito, mesmo sob a nova perspectiva proposta da teoria do discurso, o que ocasionaria um grave problema de racionalidade da jurisprudência, a qual caberia a difícil missão de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção no âmbito da aplicação do Direito.

Sobre a indeterminação do Direito, HABERMAS leciona que cada teoria jurídica possui princípios abstratos, no entanto, por mais que haja princípios iguais em diversos ordenamentos jurídicos, cada sistema irá concretizá-los de maneiras diversas, observando-se o respectivo contexto social de cada ordem jurídica, bem como o modelo de sociedade que constitui o paradigma vigente.<sup>196</sup>

Partindo dessa constatação inicial, HABERMAS introduz o problema da tensão entre a segurança jurídica e a busca de correção das decisões judiciais, resumindo a questão nos seguintes termos:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.<sup>197</sup>

Ainda conforme HABERMAS, o enfrentamento do problema da racionalidade da jurisprudência pressupõe a necessidade de uma teoria do direito em sentido estrito, de caráter eminentemente discursivo, a englobar direta ou indiretamente

---

**Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas.** Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>195</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** v.1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 241-295.

<sup>196</sup> Op. cit. p. 241-244.

<sup>197</sup> Op. cit. p. 247.

diversos outros sistemas não-jurídicos ou metajurídicos, dos quais participam diversos atores que produzem e reproduzem o direito.<sup>198</sup>

Acrescente-se que a tensão supramencionada entre segurança jurídica e correção se apresenta tanto no momento da criação, quanto no momento da aplicação do direito, sendo certo que em ambos devem ser garantidos a consistência e a aceitabilidade, a partir de justificativas internas (coerência com o direito) e externas (em conformidade com a respectiva sociedade).<sup>199</sup>

Nesse contexto, HABERMAS dissecou criticamente as três alternativas existentes para o tratamento da questão que se apresenta, quais sejam: a) a da hermenêutica jurídica; b) a do realismo; c) a do positivismo jurídico.<sup>200</sup>

A primeira teoria analisada por HABERMAS é a da “Hermenêutica jurídica”, que se pauta, em suma, em um modelo processual de interpretação. Segundo este modelo, constata-se que a decisão é antecedida por uma pré-interpretação, ou pré-compreensão valorativa que tem como objetivo verificar a relação preliminar da norma e o estado das coisas, que se concretizam reciprocamente.

Tal concepção propõe a contextualização da razão dentro do complexo histórico da tradição, sendo que os *standards* dos costumes passam a funcionar como critério ou medida de legitimidade, buscando-se minimizar a indeterminação do processo de compreensão circular pela referência a princípios.

Segundo HABERMAS, a teoria da “Hermenêutica Jurídica” seria insuficiente para solucionar a questão enfrentada nas sociedades plurais típicas da contemporaneidade.

Por sua vez, a segunda teoria dissecada por HABERMAS é a do “Realismo jurídico”, que propõe uma nova avaliação da pré-compreensão no processo de

---

<sup>198</sup> Op. cit. p. 243-245.

<sup>199</sup> Op. cit. p. 245-247.

<sup>200</sup> Op. cit. p. 247-251.

interpretação.

Nessa segunda concepção, passam a ser considerados determinantes extrajurídicos que podem ser explicados empiricamente e que são suficientes para compreender como os juízes preenchem o seu espaço de decisão, permitindo, portanto, que se identifique os prognósticos históricos, psicológicos e sociológicos de uma decisão judicial.

HABERMAS também critica as teorias realistas, por entender que priorizam uma percepção da decisão judicial que coloca em primeiro plano a correção em detrimento da segurança jurídica.

Por último, o “Positivismo jurídico” é a terceira teoria considerada por HABERMAS. O autor esclarece que o positivismo jurídico, cujos expoentes tidos como referência são Hans Kelsen e H. L. A. Hart, idealizou o direito como um sistema fechado, imune às influências políticas, econômicas ou de qualquer natureza.

Nessa última concepção, assumem papel de relevo o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção de um sistema de regras que garantam a consistência e integridade do ordenamento jurídico. Prioriza-se, desta forma, a segurança jurídica e a legitimidade formal do direito (legalidade), em detrimento da correção normativa.

Por outro lado, ao observar a existência de *hard cases* que não encontram solução aparente no sistema normativo, ou seja, quando a ordem jurídica não prevê hipóteses normativas para a subsunção do fato, H. L. A. Hart, sugere que o juiz teria uma ampla discricionariedade para julgar, chegando a uma conclusão decisionista de questionável racionalidade.

HABERMAS aponta a incompletude e das inadequações apontadas nessas

teorias, a partir das críticas pontuais tecidas por DWORKIN, que apresenta a sua própria resposta ao problema da tensão entre correção e segurança jurídica na sua teoria do direito como integridade.<sup>201</sup>

HABERMAS esclarece que a teoria de DWORKIN parte da premissa segundo a qual o direito positivo assimilou conteúdos morais, que adentraram a ordem jurídica pelo processo democrático, o que implica em reflexos relevantes na jurisprudência.<sup>202</sup>

Pontue-se ainda que segundo DWORKIN, a coerência das decisões judiciais encontra-se na integridade do direito que é possível a partir de um modelo de jurisprudência monológica a ser conduzida pela figura do “Juiz Hércules”, o qual, por sua vez, será responsável por exercer sua capacidade argumentativa sobre-humana em prol de uma interpretação construtivista na busca da única decisão correta para o caso concreto.<sup>203</sup>

Nesse ponto, não se recorre entretanto ao decisionismo, uma vez que a atuação solipsista do “Juiz Hércules” necessariamente deverá ser pautada em uma série coerente de objetivos e princípios verificáveis racionalmente e construídos em um processo de diálogo constante com o *ethos* social vigente.

HABERMAS, então, apresenta as críticas que foram endereçadas à Teoria de Dworkin, notadamente no que toca ao papel a ser assumido pelo “Juiz Hércules” dworkiniano, que em sua atuação solipsista seria incapaz de garantir a racionalidade da jurisdição.<sup>204</sup>

Diante dessa constatação, HABERMAS passa a tecer breves considerações de caráter geral sobre a sua própria tese, que consiste em uma nova teoria

---

<sup>201</sup> Op. cit. p. 261-264.

<sup>202</sup> Idem.

<sup>203</sup> Ibidem.

<sup>204</sup> Op. cit. p. 264-270.

discursiva do Direito, construída a partir de uma perspectiva intersubjetiva, pelo procedimento democrático e argumentativo que permita a participação equânime de todos, o que resolveria o problema de racionalidade e legitimidade das decisões judiciais.<sup>205</sup>

Para tanto, HABERMAS propõe uma teoria da argumentação jurídica capaz de fundar e aplicar normas jurídicas e resolver na prática os mesmos problemas que o modelo de “Juiz Hércules” resolveu no plano ideal. Emerge, portanto, a necessidade de uma nova teoria discursiva do direito.

Na teoria habermasiana, os argumentos são razões que resgatam, sob as condições do discurso, uma pretensão de validade a ser sustentada e discutida pela ação racional e livre dos participantes do discurso.

HABERMAS apoia a sua tese no conceito de uma racionalidade procedimental que permite aferir a aceitabilidade racional dos juízos sob os pontos de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação, e também na própria dimensão pragmática do processo de fundamentação.<sup>206</sup>

Considerando que a fundamentação e a aplicação das normas jurídicas afetam os participantes de forma distinta, HABERMAS recorre à teoria de GÜNTHER para distinguir os discursos de fundamentação, relacionados à validade e indeterminação do Direito, e os discursos de aplicação, que se voltam à análise da correção e adequação, tendo em vista o caso concreto.<sup>207</sup>

Para HABERMAS, o discurso de aplicação deve manter contato com o discurso de fundamentação, o que significa reconhecer, em poucas palavras, que a decisão deve dialogar com a perspectiva social e ontológica que vigente no momento da fundamentação, que se dá durante o procedimento legislativo.

---

<sup>205</sup> Op. cit. p. 276-285.

<sup>206</sup> Idem.

<sup>207</sup> Op. cit. 289-291.

Neste prisma, “correção” deve ser entendida como a aceitabilidade racional de uma decisão, apoiada em argumentos previamente discutidos e considerados pelos participantes do discurso.

HABERMAS acrescenta ainda que para ser válido, o procedimento discursivo deve respeitar necessariamente as condições de fala (a igualdade, liberdade e ausência de coerção), tendo em vista um suposto auditório universal, no qual prevalecem os melhores argumentos.

Percebe-se que HABERMAS visualiza a Democracia como via procedimental da legitimidade. Para o autor, a legitimidade da teoria procedimental encontra-se na racionalidade do processo democrático que institui a legislação.<sup>208</sup>

HABERMAS ressalta que diferentes ordens de discursos interagem na formação das normas jurídicas, portanto a sua validade jurídica não é condicionada à validade moral.<sup>209</sup>

Não obstante a isto, no momento da aplicação do direito, os mesmos discursos e argumentos podem ser resgatados e utilizados, permitindo assim compensar em parte a falibilidade do Direito.

No que toca ao Direito Processual, HABERMAS pontifica que há argumentos processuais jurídicos próprios que não devem intervir na argumentação. Isso significa que o Direito Processual apenas poderá instrumentalizar a argumentação.<sup>210</sup>

Ressalta, ainda, que as discussões jurídicas no âmbito do processo judicial são reguladas por normas formais que instituem prazos para a prática de determinados atos e outras restrições de ordem material, como por exemplo a

---

<sup>208</sup> Idem.

<sup>209</sup> Op. cit. p. 291-295.

<sup>210</sup> Op. cit. p. 291-295.



necessidade de delimitação do objeto da lide.<sup>211</sup>

Observe-se ainda que o processo judicial limita a possibilidade do discurso, ao passo que o Juiz ou o Tribunal somente apreciarão as questões levantadas a tempo e modo pelas partes, as quais, dentro do processo, podem agir de forma estratégica, em prol de interesses próprios e colocando em último plano o discurso cooperativo de busca da verdade.<sup>212</sup>

Diante disso, o magistrado deve assumir, na condição de terceiro imparcial, o papel de garantidor da justiça no caso concreto, tendo em mira e a uniformidade da aplicação e o aperfeiçoamento do direito.

Por fim, será trazida a tese de PETER HÄBERLE<sup>213</sup>, que através da concepção da ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição sugeriu a ampliação do espaço público de debates com a participação de toda a sociedade, no papel de intérpretes da Constituição promovendo um diálogo constante que confere legitimidade democrática à atuação do Poder Judiciário.

Para HABERLE, o cidadão além de ser destinatário das normas constitucionais também deve atuar como partícipe no seu processo de interpretação e concretização, de modo a influenciar no processo decisório, revestindo a atuação dos juízes de um caráter democrático que lhe confere legitimidade.

Percebe-se, a partir destas três concepções ora elencadas que doutrinariamente há vários meios e argumentos para afirmar a legitimidade do Poder Judiciário, sendo certo, portanto, que a atuação jurisdicional não se reveste apenas de uma legitimidade formal, ao passo que cabe a cada magistrado, no exercício de sua função, legitimar-se democraticamente a partir da fundamentação de suas

---

<sup>211</sup> Idem.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

decisões, do uso de instrumentos para democratização do ato de decidir, como a realização audiências públicas e a valorização da figura do *amicus curiae*, por exemplo, ou, ainda, ao tentar apreender os anseios sociais em relação à compreensão que os cidadãos constroem livremente acerca das normas constitucionais.

## 5.2 LIMITES AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Não há dúvida que a jurisdição constitucional é essencial para garantir a supremacia, a concretização e a eficácia das normas constitucionais, notadamente quando um determinado comando constitucional impõe a efetivação de uma política pública constitucional vinculante.

Neste sentido, GUSTAVO ZAGREBELSKY<sup>214</sup> apresenta a “fase judicial” como uma condição essencial para a efetivação da Constituição como direito de pleno título. Explica que a inexistência de uma jurisdição constitucional com competência para interpretar e aplicar a Constituição implicava na redução do conteúdo de suas normas ao que era conhecido como “direito político”, sem eficácia plena e imediata, concepção superada a partir da corrente neoconstitucionalista.

Importante destacar, entretanto, que há limites para a interpretação e para a aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário. Consequentemente, também existem limitações fáticas e jurídicas ao controle jurisdicional de uma política pública.

Acrescente-se que os limites fáticos referentes às leis orçamentárias e a teoria da reserva do possível foram tratados anteriormente, de modo que se passará a tratar de alguns limites jurídicos ao controle jurisdicional de políticas públicas.

---

<sup>214</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Ley y su Justicia – tres capítulos de justicia constitucional*. Madri: Editorial Trota, 2008. p.138-140.

Inicialmente coloque-se em relevo a concepção de DWORKIN<sup>215</sup>, que afirma que há dois limites jurídicos fundamentais a serem observados pelos juízes ao interpretar e aplicar a Constituição, sendo o primeiro deles o próprio texto constitucional, cabendo ao intérprete e aplicador buscar o sentido que o constituinte buscava ao redigir o texto enquanto que a segunda seria a compreensão da integridade do sistema constitucional, o que implica em dizer que os seus princípios fundamentais norteiam a interpretação de todas as normas.

Essa concepção pode ser criticada por retratar uma constituição estática, aparentemente incompatível com a noção de “mutação constitucional” que implica em reconhecer a alteração da interpretação do texto constitucional a partir da evolução dos valores de uma determinada sociedade, conceito este que foi moldado inicialmente por KONRAD HESSE<sup>216</sup>.

HESSE apresenta a Constituição como uma ordem jurídica fundamental do Estado e da comunidade, cuja adequada compreensão e interpretação exige a adoção de uma perspectiva eminentemente histórica, o que necessariamente deve ser observado pelo juiz ou por qualquer intérprete da Constituição.<sup>217</sup>

Segundo pode se aferir desta premissa inicial, a Constituição deverá ser compreendida a partir de um prisma que não deixe de considerar a realidade que será por ela ordenada, bem como os seus elementos moral, político, social e econômico.

Esclarece, portanto, que a teoria da Constituição é o que embasará essa compreensão histórica, não se olvidando de fazer referência ao ordenamento

---

<sup>215</sup> DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 3-29.

<sup>216</sup> HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional** – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-22.

<sup>217</sup> Op. cit. p. 1-2.

constitucional concreto e à realidade político-social.<sup>218</sup>

Constata-se claramente que HESSE sugere uma interação dialética constante entre a Constituição, que é tida com o um sistema aberto de regras e princípios, e a realidade histórica, considerando os fatores políticos, sociais, econômicos e morais em vigor em determinada comunidade.

Explicita-se que é este procedimento de interação entre o texto da norma constitucional (elemento linguístico) e às influências que da realidade social e histórica (elemento empírico), melhor trabalhado posteriormente por FRIEDRICH MÜLLER<sup>219</sup>, que possibilitará a concretização das normas constitucionais, mediante a densificação da normatividade dos seus enunciados, no intuito de atender as suas tarefas fundamentais de formação e manutenção da unidade política e do ordenamento jurídico e resolução dos conflitos sociais que se põem à apreciação.

Acrescente-se que nesse contexto de diálogo entre norma constitucional e realidade é que se propiciam as condições para a integração, a organização e a consolidação do Estado e do Direito, tendo em vista modelos historicamente construídos e consagrados, mas em constante processo de evolução.

A partir dessas considerações iniciais, HESSE passa a tratar das peculiaridades essenciais do Direito Constitucional, tendo em mira que essas distinções são imprescindíveis para compreender os problemas constitucionais e, ainda, para vislumbrar eventuais soluções adequadas.<sup>220</sup>

HESSE identifica, neste contexto, quatro peculiaridades básicas<sup>221</sup>, a saber:

1) primazia da Constituição, em relação às outras normas que integram o

---

<sup>218</sup> HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional** – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-7.

<sup>219</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 192-269

<sup>220</sup> HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional** – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8-13.

<sup>221</sup> Idem.

ordenamento;

2) caráter aberto e vinculante das normas constitucionais, tendo em vista a indeterminação e a amplitude das mesmas, que possibilita a construção de mais de um significado pelo intérprete, mas simultaneamente o próprio texto constitucional vincula o aplicador da norma, mediante instrumentos de objetivação e controle de constitucionalidade, sem olvidar ainda que a Constituição submete a vínculos todos os Poderes constituídos da República;

3) garantia imanente, o que significa dizer que a observância de suas normas não precisa ser garantida por fatores exógenos, como a coerção estatal, mas por suas próprias forças, regras e princípios;

4) pressupostos para a sua efetividade, que somente será alcançada quando o aplicador da norma constitucional, mediante exercício hermenêutico, construir a interpretação mais condizente com a realidade histórica vigente, tendo em consideração fatores externos como a moral, a espiritualidade e elementos sociais, políticos econômicos e, acima de tudo, o conceito do valor Justiça, de onde se extrairá a legitimidade da ordem constitucional.

Prosseguindo sua exposição, tendo em vista essa necessidade de readequação dos preceitos constitucionais à realidade social e histórica, HESSE esclarece que a Constituição pode se submeter a mudanças por dois procedimentos: a reforma e a mutação constitucional.<sup>222</sup>

A reforma, em resumo, é a alteração do texto constitucional pelo poder constituinte derivado, seguindo o procedimento previsto na própria Constituição.

Por sua vez, em síntese, a mutação constitucional representa um processo informal de alteração da Constituição onde se pressupõe a permanência do seu

---

<sup>222</sup> HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional** – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. 13-15.

texto, tendo como premissas básicas a multiplicidade semântica e as mudanças derivadas de momentos histórico e social diversos.

Sendo assim, para atingir a sua máxima efetividade, a Constituição e a realidade social se confrontam em um embate dialógico a partir do qual se constata a natureza dinâmica ou “mutante” das normas constitucionais, a permitir que acompanhem a evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas.

Finaliza diagnosticando os problemas a serem enfrentados pelos teóricos da Constituição.<sup>223</sup> Em primeiro plano, traz à colação a mudança de paradigma do modelo de Estado, a partir de sua evolução do modelo liberal que ensejou às primeiras Constituições para limitar o poder do soberano e garantir liberdade aos cidadãos, passando pelo Estado do bem estar social que consagrou e difundiu direitos sociais diversos, até chegar ao atual Estado Democrático Constitucional de Direito, o que resultou, ao fim e ao cabo, em uma completa modificação das tarefas do ente estatal, por exemplo, com a ampliação da significação dos direitos e garantias fundamentais positivados.

Aduz, ainda, que frente a essa hodierna realidade, a Constituição conserva a função limitadora da atividade de configuração do Estado, trazendo em si mesma os pressupostos de sua eficácia, mas, segundo o autor, se restringindo apenas a positivar um programa público de configuração, que será executado posteriormente, a depender da conveniência e oportunidade e possibilidades do momento, a serem aferidas pelo legislador ou pelo administrador público.

Essa ideia demonstra uma certa aproximação com o conceito de “reserva do possível”, que vem sendo mitigado constantemente pela jurisdição constitucional em nosso país, que se vale do ativismo judicial e de métodos de hermenêutica constitucional para sanar as omissões inconstitucionais dos poderes legislativo e

---

<sup>223</sup> Op. cit. p. 15-21.

executivo.

Repise-se que alguns dos conceitos preconizados por KONRAD HESSE foram retomados e aprofundados por FRIEDRICH MÜLLER<sup>224</sup> em sua teoria estruturante do Direito, que se apresenta como ferramenta importante para balizar a atuação do intérprete e aplicador do Direito.

Inicialmente o referido autor traz a distinção entre texto normativo e norma, conceitos estes que se mostrarão essenciais para a continuidade de sua exposição.<sup>225</sup>

Esclarece, portanto, que o texto normativo, ou seja, a literalidade de um determinado dispositivo, não possui nenhum significado *a priori*, consistindo no ponto de partida para a construção da norma jurídica.

Acrescente-se que o significado do texto normativo somente se alcança mediante a interpretação, que em regra engloba a sua aplicação e concretização, os quais gerarão a norma jurídica construída mediante procedimento criativo e decisório do intérprete, segundo critérios de racionalidade e controle que se encontram dentro do próprio sistema.

Vislumbra-se, ainda, que de certa maneira o próprio texto normativo consiste em um dos limites à atividade hermenêutica, ao passo que não se pode lhe atribuir significados de maneira arbitrária, que se dissociem claramente da chamada “esfera de decisões viáveis” que emanam da literalidade da norma e do sistema.

A partir dessa explanação inicial, o autor traz os preceitos fundamentais do fenômeno denominado “concretização constitucional”.<sup>226</sup>

Prossegue sua exposição aduzindo que o caráter aberto e amplo das regras e

---

<sup>224</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 192-269

<sup>225</sup> Op. cit. p. 192-194.

<sup>226</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 195-221.

princípios constitucionais ensejam inúmeros problemas aos intérpretes aplicadores, de modo que a densificação do conteúdo dessas normas mediante sua “concretização” é indispensável para a solução de dado problema que se põe à apreciação.

Para melhor explicar este fenômeno, FRIEDRICH MÜLLER idealizou a teoria estruturante do direito, cuja metodologia pressupõe a existência de três elementos, quais sejam: a) o programa normativo; b) o âmbito normativo e c) a norma de decisão.<sup>227</sup>

Em poucas palavras, programa normativo representa a análise do texto da norma (elemento linguístico), ao passo que âmbito normativo diz respeito às influências que a realidade social e histórica trazem ao processo de concretização (elemento empírico).

Percebe-se, então, que essa interação dialógica do programa normativo e do âmbito normativo, a ser conduzida pelo intérprete, resultará em um processo volitivo de criação de sentido, que é a formulação geral da decisão jurídica e que, ao fim e ao cabo, revelará a norma de decisão individual como solução para o problema apresentado.

As concepções acima expostas de HESSE e MÜLLER aparentam ser complementares ao apontarem os caminhos que o intérprete e aplicador do direito deve seguir para desvendar o real significado de uma norma constitucional, sendo que esses elementos apresentados ao mesmo tempo se mostram como limites hermenêuticos mais ou menos bem definidos, para resguardar a integridade e a supremacia da Constituição.

Ocorre que, especificamente no que diz respeito ao controle jurisdicional de política públicas, além dos limites gerais à interpretação da norma constitucional

---

<sup>227</sup> Op. cit. p. 244-268.



devem ser respeitados outros aspectos que serão trazidos a seguir.

LUIZ FRANCISCO AGUILAR CORTEZ<sup>228</sup> elenca como parâmetros ou limites para o controle jurisdicional de políticas públicas a “reserva do possível”, o “mínimo existencial” e a “razoabilidade.”

Como retratado anteriormente neste estudo, há uma tensão entre a ideia de “reserva do possível”, que reflete a insuficiência de recursos pelo Estado, e o “mínimo essencial”, núcleo que decorre da dignidade humana e que pressupõe a atuação estatal por meio de prestações positivas.

O referido autor sugere então que no caso concreto o juiz deve solucionar este conflito a partir da aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade<sup>229</sup>, estabelecendo critérios em sua decisão para definir o “justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.”

Registre-se que essa concepção pode ser objeto de críticas por trazer conceitos excessivamente abertos, como o princípio da razoabilidade, o que pode ser superado mediante o respeito pelo intérprete dos parâmetros gerais para aplicação do direito e da Constituição propostos por HESSE e MÜLLER, no intuito de concretizar e cristalizar a noção de razoabilidade ou proporcionalidade.

GUSTAVO DE MENDONÇA GOMES<sup>230</sup> acrescenta que a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas deve ser supletiva, apenas quando houver “uma incompatibilidade manifesta nas opções adotadas pelo poder público, revelando escolhas duvidosas e sem explicações plausíveis”.

---

<sup>228</sup> CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.289-291.

<sup>229</sup> Aqui cabe ressaltar que o autor em referência trata razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, merecendo registrar, por outro lado, que este entendimento não tem sido bem aceito. Podemos, de forma sucinta, destacar três diferenças básicas, quanto à origem histórica (a razoabilidade é anglo-saxônica enquanto que a proporcionalidade é germânica); quanto à estrutura (a proporcionalidade se baseia em três subcritérios objetivos, enquanto que a razoabilidade abre maior margem para subjetivismo) e quanto à abrangência na aplicação (a razoabilidade tenciona impedir a prática de atos que se afastam da noção de razão e equilíbrio, enquanto que a proporcionalidade teria um campo de atuação maior, servindo de parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo).

<sup>230</sup> GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas Públicas no Estado Contemporâneo e Controle Jurisdicional – base legal e elementos formadores**. Curitiba: Juruá, 2015. p.153-158.

O referido autor menciona ainda que esta concepção foi construída jurisprudencialmente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que desenvolveu as teses do controle de evidência e da justificabilidade para resguardar as prerrogativas dos poderes Legislativo e Executivo.

Importante observação é trazida por ARTHUR SANCHEZ BADIN<sup>231</sup> ao defender que pode haver um controle jurisdicional amplo quanto à finalidade e o motivo do ato administrativo, uma vez que tais elementos integram a legalidade e não a discricionariedade ou o mérito.

Desta forma, ao aferir se um ato administrativo integrante de determinada política pública guarda ou não relação de pertinência com a veracidade dos fatos, motivos e finalidade que o justificaram, o Juiz fará um exame da legalidade do referido ato, o que é possível e resulta diretamente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

O referido autor vai além, ao propugnar que o controle de uma política pública pelo Poder Judiciário deve se dar pela via principiológica, cabendo ao magistrado analisar no caso concreto se ela está conforme os princípios fundamentais do Estado Brasileiro, bem como, em segundo plano, se cumpre os imperativos constitucionais da ordem constitucional econômica.

JORGE SILVA SAMPAIO<sup>232</sup> assevera que a Constituição é o parâmetro genérico de controle a ser seguido pelo Poder Judiciário, o que se desdobra na análise, no caso concreto, dos princípios constitucionais relacionados à política pública em destaque.

Para o referido autor, os princípios constitucionais se traduzem em parâmetros objetivos de controle, a partir da ideia de Estado Social consagrada na

---

<sup>231</sup> BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas – contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 70-73

<sup>232</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 545-630.

Constituição Portuguesa<sup>233</sup>.

Seguindo este raciocínio, JORGE SILVA SAMPAIO elenca alguns princípios que devem ser observados para o controle jurisdicional de uma política pública.

O primeiro deles é o princípio da proporcionalidade que o autor também trata como princípio da proibição de excesso, defendendo, entretanto, uma abordagem estruturada deste princípio, com base na doutrina alemã que o subdivide em três subprincípios, a saber: a) idoneidade dos meios para alcançar o resultado almejado, bem como dos fins perseguidos; b) necessidade ou indispensabilidade da ação ou omissão; c) proporcionalidade em sentido estrito, que se traduz na razoabilidade ou ponderação de bens.

O segundo princípio norteador do controle jurisdicional de uma política pública trazido por JORGE SAMPAIO é o princípio da proibição de insuficiência, desenvolvido no Direito Lusitano por CANARIS.

Ensina o referido autor que o princípio da proibição da insuficiência está intimamente ligado à existência de um dever de proteção, de garantia ou de promoção de direitos fundamentais, o que acarretará para o gestor o ônus de fundamentação e de legitimação de sua escolha política.

Destaque-se ainda que a análise da proibição de insuficiência pelo magistrado ocorrerá em dois patamares distintos: a) inicialmente a política pública se refere a um direito fundamental que implique em um dever de proteção ou promoção; b) em seguida, constatada a existência de um dever jurídico-constitucional, serão verificadas quais as formas de se configurar na prática a sua proteção ou promoção, tomando por base os princípios da dignidade humana e da razoabilidade.

---

<sup>233</sup> Idêntica opção fez o constituinte brasileiro ao promulgar a Constituição Federal de 1988.

Aprofundando esta temática, JORGE SILVA SAMPAIO<sup>234</sup> conclui que não há direito fundamental absoluto, o que significa reconhecer que os direitos fundamentais podem ser restringidos pelos poderes públicos, o que entretanto impõe ao gestor o ônus argumentativo de demonstrar objetivamente através de um processo chamado de “justificação constitucional” a legitimidade de sua ação ou omissão, com base nos princípios da proporcionalidade (vedação de excesso) e da proibição de insuficiência mencionados retro.

Como se pode observar com clareza meridiana, o controle jurisdicional de políticas públicas não é e nem pode ser arbitrário, sob pena de converter-se em usurpação de um poder que a princípio não foi constitucionalmente atribuído ao Judiciário.

A atuação do magistrado deve ser subsidiária, apenas quando se constatar extreme de dúvidas uma ação ou omissão inconstitucional do gestor público, a partir dos parâmetros aqui mencionados.

Seguindo a risca estes limites, a atuação judicial é legítima.

A título de ilustração, será retratada no próximo capítulo a experiência recente observada no Estado do Rio Grande do Norte, a partir da análise dos dados estatísticos referentes ao sistema prisional potiguar em cotejo com a aferição do orçamento público e dos gastos efetivados pelo poder público estatal no exercício de 2015.

Em seguida, será exposto de maneira sucinta um exemplo de modelo calcado no ativismo judicial com reflexos na política prisional potiguar que consistiu na implementação de um estabelecimento penal do tipo Centro de Recuperação Social na Comarca de Macau-RN inspirado no chamado método apaqueano.

---

<sup>234</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 545-630.

## 6 PANORAMA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO POTIGUAR EM NÚMEROS

Para melhor ilustrar algumas questões trazidas anteriormente, será analisada a eventual inconstitucionalidade da política penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte, a partir de uma breve análise das leis orçamentárias do ano de 2015.

Neste ponto será traçado um desenho simplificado do sistema penitenciário do Rio Grande do Norte, a partir dos dados estatísticos consolidados até o mês de junho de 2014 e que constam no último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN<sup>235</sup>.

Destaque-se inicialmente que em âmbito nacional, o Brasil contava então, no interregno referente à pesquisa mencionada, com a 4ª maior população carcerária do mundo.

O quadro de superlotação pode ser constatado em âmbito nacional, uma vez que há 607.731 (seiscentos e sete mil, setecentos e trinta e um) presos para apenas 376.669 (trezentas e setenta e seis mil, seiscentas e sessenta e nove) vagas disponíveis, o que significa um déficit de 231.062 (duzentas e trinta e uma mil e sessenta e duas) vagas, desconsiderando-se nesta estatística os mandados de prisão existentes e ainda não cumpridos.

No Estado do Rio Grande do Norte esta realidade se repete. No âmbito local, há 7.081 (sete mil e oitenta e uma) pessoas recolhidas nos estabelecimentos prisionais potiguares para somente 4.502 (quatro mil, quinhentas e duas) vagas existentes, o que representa um déficit de 2.579 (duas mil, quinhentas e setenta e nove) vagas, igualmente sem coloca nesta conta os mandados de prisão em aberto.

Sendo assim, o Estado do Rio Grande do Norte apresenta uma taxa de ocupação dos seus estabelecimentos prisionais da ordem de 157% (cento e

---

<sup>235</sup> Extraído do sítio ([www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/...](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/...)). Consulta em 26/02/2016

cinquenta e sete por cento).

Esclareça-se que este contingente carcerário se encontra recolhido em 32 (trinta e dois) estabelecimentos prisionais, sendo que apenas 13 (treze) deles foram originariamente concebidos como tal, enquanto que 19 (dezenove) passaram por adaptações nem sempre adequadas para integrarem o referido sistema.

Outro ponto grave que pode ser apresentado, além da superlotação, é a existência de apenas um estabelecimento penal especializado para o cumprimento de penas em regime semiaberto e a inexistência de qualquer um que seja destinado ao regime aberto.

Pelos dados do INFOPEN, a taxa de aprisionamento do Estado do Rio Grande do Norte é de 207,7 (duzentos e sete vírgula sete) por 100.000 (cem mil) habitantes, sendo que 33% (trinta e três por cento) deste número são presos provisórios, sem condenação definitiva e 68% (sessenta e oito por cento) encontram-se recolhidos há mais de 90 (noventa) dias.

Para não estender muito a análise destas informações, serão objeto de estudo, a partir de agora, apenas os dados e estatísticas referentes ao cumprimento de condições mínimas referentes ao núcleo essencial do princípio da dignidade humana no sistema penitenciário potiguar.

Em primeiro lugar, no que respeita ao direito a assistência e amparo aos hipossuficientes, tem-se que há assistente social disponível apenas em 04 (quatro) dos 32 (trinta e dois) estabelecimentos prisionais localizados no Estado do RN.

No que toca ao direito à saúde, tem-se que igualmente em apenas 04 (quatro) unidades do sistema há profissional médico em atuação, sendo que 56% (cinquenta e seis por cento) da população carcerária potiguar está recolhida em estabelecimentos que não dispõem sequer de um local apropriado para a instalação

de um módulo básico de saúde.

No que diz respeito ao direito fundamental que garante a integridade física dos apenados, observa-se que a taxa de mortes intencionais nos estabelecimentos prisionais potiguares era, no primeiro semestre de 2014) de 9,9 (nove vírgula nove) por cada 10.000 (dez mil) presos, superior à média nacional de 8,6 (oito vírgula seis) para cada 10.000 (dez mil). Destaque-se que este número possivelmente evoluiu, uma vez que foi noticiado pela imprensa local que 28 (vinte e oito) apenados morreram em estabelecimentos penais no Rio Grande do Norte em 2015.<sup>236</sup>

Em relação à garantia da saúde psíquica, verifica-se que apenas um estabelecimento prisional do Estado do RN dispõe de psicólogo.

Passando à averiguação dos dados relativos ao direito à educação, constata-se que apenas 344 (trezentos e quarenta e quatro) presos tem acesso a atividades educacionais, o que representa 4,9% (quatro vírgula nove por cento) da população carcerária potiguar, sendo que apenas 06 (seis) estabelecimentos prisionais dispunham de salas de aula.

Do mesmo modo, somente 206 (duzentos e seis) apenados tem acesso a atividades laborativas, o que significa 3% (três por cento) da população carcerária total do Estado do RN, sendo que havia oficina de trabalho em apenas um estabelecimento prisional potiguar.

Por último, mas não menos importante, tem-se que apenas 06 (seis) estabelecimentos penais do Estado do Rio Grande do Norte são atendidos pela Defensoria Pública, sendo que 77% (setenta e sete por cento) da população carcerária potiguar não tem acesso a qualquer forma de assistência jurídica gratuita, o que significa que a garantia do acesso à justiça, importante ferramenta para a efetivação de todos os outros direitos fundamentais, também não é respeitada.

---

<sup>236</sup> Conforme notícia publicada no sítio da pastoral carcerária ([www.carceraria.org.br](http://www.carceraria.org.br)). Consulta em 26/02/2016.

Com base nos dados ora apresentados, entende-se de maneira clara que o sistema prisional potiguar é marcado por uma omissão estatal inconstitucional, uma vez que não garante o respeito ao núcleo mínimo da dignidade humana dos seus internos, apresentando superlotação, atentados à vida e à integridade física e psíquica dos apenados, além de severas falhas ou lacunas no que toca à assistência nos níveis social, médico, psicológico, educacional e jurídico.

Desta forma, ao elaborar o orçamento público do Estado do RN e, acima de tudo, ao realizar as despesas públicas, o gestor responsável por cumprir os ditames constitucionais não poderia empregar qualquer verba em políticas públicas de caráter não vinculante até que sanasse este quadro desolador ora retratado em algumas tristes tintas.

A seguir será efetivada uma breve exposição sobre a lei orçamentária do Estado do Rio Grande do Norte referente ao ano de 2015 e sobre a realização de gastos públicos com a construção e reformas de estabelecimentos prisionais em cotejo com outros gastos referentes à políticas públicas não vinculantes para confirmar se a atuação dos gestores atendeu aos ditames constitucionais, observando a objeção da reserva do possível ou se, de outro modo, malferiu-se a Constituição Federal em nome de uma suposta discricionariedade administrativa.

## 6.1 ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO E DOS GASTOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE NO ANO DE 2015

Neste subcapítulo será tecida uma breve análise, a partir das metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do Rio Grande do Norte (LDO-RN) referente ao exercício de 2015<sup>237</sup> e dos gastos públicos

<sup>237</sup> Extraída do sítio do Governo do Estado do Rio Grande do Norte ([www.adcon.rn.gov.br/acervo/seplan/...](http://www.adcon.rn.gov.br/acervo/seplan/...)). Consulta em 26/02/2016.



efetivamente realizados no referido período.<sup>238</sup>

Constata-se inicialmente que a LDO-RN 2015 trata, em um dos seus anexos, das metas e prioridades de gestão para o referido período.

Assim sendo, observa-se que temas tão diversos como “modernização do sistema de comunicação do Estado do Rio Grande do Norte”, “reestruturação e adequação do centro administrativo”, “modernização da vice-governadoria” e “ampliação e modernização do instituto de pesos e medidas – IPEM” concorrem com a meta de “reestruturação do sistema penitenciário.”

Repise-se que a princípio as quatro primeira metas trazidas a título de exemplo não se relacionam a nenhuma política pública constitucional vinculante<sup>239</sup>. Ao contrário disto, tratam da modernização e reestruturação de alguns órgãos públicos como o IPEM, onde recentemente foi desvendado um esquema de corrupção e de desvio de recursos públicos da ordem de milhões de reais.<sup>240</sup>

Desta forma, para não ferir de morte a Constituição, o gestor ao autorizar efetivamente os gastos públicos referentes a estas metas teria que necessariamente colocar em primeiro plano a reestruturação do sistema penitenciário potiguar.

Para aferir se isso foi feito, em consulta ao portal da transparência estadual, constatou-se que no ano de 2015 o Estado do Rio Grande do Norte efetivamente gastou R\$ 3.067.465,01 (três milhões, sessenta e sete mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e um centavo) referente a rubrica “construção de penitenciárias”, quantia inferior à que foi repassada para a modernização do malfadado IPEM, para onde foi destinada a quantia de R\$ 3.211.489,50 (três milhões, duzentos e onze mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos).

---

<sup>238</sup> Conforme informações extraídas do Portal da Transparência do RN ([www.transparencia.seplan.rn.gov.br](http://www.transparencia.seplan.rn.gov.br)). Consulta em 26/02/2016.

<sup>239</sup> Entendida esta como uma política pública de *status* constitucional e que se volte à garantia do núcleo essencial da dignidade humana, conforme exposto anteriormente.

<sup>240</sup> Conforme largamente noticiado na imprensa local e nacional, por exemplo no sítio (<http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2013/04/acoes-do-mpf-contr-desvios-no-ipemrn-somam-r-16-milhao.html>). Consulta em 26/02/2016.

Da mesma forma, para a modernização do Departamento Estadual de Imprensa e para a divulgação de programas e realizações governamentais (leia-se publicidade institucional, não raras vezes voltada à promoção pessoal e eleitoral do gestor) se gastou em 2015 o equivalente a R\$ 8.935.260,56 (oito milhões, novecentos e trinta e cinco mil, duzentos e sessenta reais e cinquenta e seis centavos), montante ligeiramente superior ao destacado para a reforma e manutenção de estabelecimentos prisionais, que totalizaram despesa da ordem de R\$ 7.396.993,65 (sete milhões, trezentos e noventa e seis mil, novecentos e noventa e três reais e sessenta e cinco centavos).

Se não bastasse, a realização de jogos da Copa do Mundo de 2014 na cidade de Natal resultou para o Estado do Rio Grande do Norte no ano de 2015 a despesa de R\$ 17.982.500,33 (dezessete milhões, novecentos e oitenta e dois mil e quinhentos reais e trinta e três centavos), quantia esta que seria mais do que suficiente para reestruturar uma boa parte do sistema penitenciário potiguar.

Explicita-se que a questão não é meramente política, de modo que não pode ser resolvida a partir da simples noção de discricionariedade administrativa. Com efeito, no momento em que há lesão ou ameaça ao núcleo essencial de um direito fundamental, a questão passa a ser jurídica e constitucional, possibilitando-se, portanto, o controle jurisdicional com base nos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Caberá ao gestor público justificar racionalmente no curso de um eventual processo judicial suas opções políticas que implicaram em malferimento de um direito fundamental.

## 6.2 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Há uma série de aspectos procedimentais que devem ser observados quando se trata do controle jurisdicional de uma política pública.

O primeiro deles é a já mencionada exceção ou objeção de reserva do possível.

Sobre a “reserva do possível” como meio de defesa processual, ROGÉRIO GESTA LEAL esclarece que, por si só, não é suficiente porque:

salvo melhor juízo, não se pode transferir ao próprio ente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face da sua não-disponibilidade.”<sup>241</sup>

Para além disso, o autor traz à colação o voto do relator da ADPF-45 que definiu um importante precedente segundo o qual a cláusula da reserva do possível deve ser aferida em face da ocorrência de justo motivo desculpante da autoridade federativa.

GESTA LEAL pontifica que cabe ao gestor público responsável demonstrar de forma fundamentada e ampla, em um procedimento próprio que atenda as exigências do devido processo legal, como contraditório e transparência, mediante provas suficientes, a impossibilidade de cumprir o que foi estabelecido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico como um todo, sob pena de incorrer em omissão ilícita a ser sanada pelo Poder Judiciário.<sup>242</sup>

ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>243</sup> concorda que a mera alegação da falta de

---

<sup>241</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Volume 1, Tomo I, Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006. p. 174.

<sup>242</sup> No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150

<sup>243</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138-139.

recursos, com base na teoria da reserva do possível, não será suficiente cabendo à própria administração pública o ônus de provar em juízo o que se afirma, observando a inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor, aplicável por analogia, ou mesmo a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo essa carga à parte que esteja mais próxima aos fatos e que, portanto, possa prová-los com menos dificuldade.

Além disso, ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>244</sup> acrescenta que a atuação do Poder Judiciário ao intervir no controle de políticas públicas pode se manifestar por meio de duas formas.

Na primeira delas, quando comprovada a inexistência de recursos e a falta de previsão orçamentária, a sentença judicial deve determinar que se faça constar na proposta orçamentária para o próximo exercício a verba necessária para a efetiva implementação de uma política pública, o que consiste em uma modalidade de obrigação de fazer.

A outra possibilidade ocorre quando se constata que há recurso e previsão orçamentária, mas por algum motivo específico houve contingenciamento de verba destinada a determinada política pública. Neste último caso, a decisão judicial consistirá em uma condenação a uma outra forma de obrigação de fazer que implicará em uma ordem de implementação da política pública, nos termos do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, podendo inclusive se determinar o bloqueio judicial das verbas necessárias ao adimplemento desta obrigação.

Voltando ao caso do sistema penitenciário potiguar, verifica-se, com base nos dados estatísticos e números apresentados anteriormente, que não há como comprovar em juízo a inexistência de recursos.

Com efeito, a reestruturação do sistema penitenciário potiguar é posta na Lei

---

<sup>244</sup> Idem.

de Diretrizes Orçamentárias como meta e prioridade. Paradoxalmente, o Poder Executivo estadual devolveu à União aproximadamente 30 milhões de reais<sup>245</sup> que lhes foram destinados por meio de convênio destinado a construir ou reformar unidades prisionais por não confeccionar os projetos necessários nem providenciar a contrapartida financeira necessária.

De outro lado, conforme foi demonstrado no subcapítulo anterior, uma quantidade de recursos maior do que aquela destinada ao sistema penitenciário potiguar foi empregada para fazer publicidade institucional e para cobrir gastos da realização de jogos da Copa do Mundo de Futebol em Natal.

Percebe-se que havia recursos disponíveis e, ainda assim, a prioridade orçamentária para a reestruturação do sistema penitenciário potiguar (política pública constitucional vinculante, conforme demonstrado anteriormente) foi colocada em segundo plano, o que significa dizer que a escolha política do gestor feriu a Constituição Federal, abrindo margem para o controle judicial desta política pública específica, nos moldes ora defendidos neste subcapítulo.

### 6.3 MÉTODO APAC E A EXPERIÊNCIA IMPLEMENTADA NA COMARCA DE MACAU-RN

Em que pese se tratar de uma política institucional ainda em vias de expansão, o Poder Judiciário do Rio Grande do Norte tem agido, pela via do chamado ativismo judicial, para adequar a execução penal aos ditames da dignidade humana.

Neste intuito, foi implementado no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio

---

<sup>245</sup> Conforme amplamente noticiado na imprensa local, por exemplo em matéria intitulada “MP pedirá a devolução dos 30 milhões” divulgada recentemente no sítio do jornal Tribuna do Norte ([www.tribunadonorte.com.br](http://www.tribunadonorte.com.br)). Consulta realizada em 23/02/2016.

Grande do Norte o projeto denominado “Novos Rumos da Execução Penal”, através da Resolução n.º 014/2009, de 06 de maio de 2009<sup>246</sup>.

Segundo a referida regulamentação, são objetivos do Programa Novos Rumos da Execução Penal:

1. coordenar e fomentar as boas práticas implantadas por juízes de execução do Estado do Rio Grande do Norte, direcionadas a melhoria da execução penal e, do sistema penitenciário;
2. implementar o modelo gestão penitenciária denominado APAC de execução penal, desenvolvido em outros estados da federação;
3. fomentar a criação de organismos civis que visem a proteção e assistência aos apenados e, aos egressos do sistema penal, notadamente;
4. buscar soluções a curto, médio e longo prazos, no sentido de promover o conveniente tratamento ao apenado, atingido a dupla finalidade da pena, ou seja, oportunizar condições de ressocialização, evitando seu retorno à criminalidade, e de proteção à sociedade;
5. fomentar a realização de parcerias público-privadas que tenham por objeto a reintegração do apenado à sociedade, mediante a formulação de instrumentos legais;
6. Implementar e sistematizar políticas de mutirões que contribuam para agilizar os processos de execução penal, notadamente quando for detectado entraves no trâmite processual em diversos aspectos;
7. fomentar a criação de Varas e Centrais de Execução de Penas e Medidas Alternativas no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte, atendendo a orientação do Conselho Nacional de Justiça;
8. Incentivar a criação de Conselhos da Comunidade de acordo com orientação do Conselho Nacional de Justiça.
9. Implementar em conjunto com a Corregedoria de Justiça, todas as recomendações do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que visem a realização de ações na área de execução penal.

Para cumprir estes objetivos, vários projetos foram implementados notadamente no que toca ao estudo profissionalizante dos apenados e à reinserção social pelo trabalho.

O mais relevante deles, entretanto, talvez tenha sido o fomento à instalação de um Centro de Recuperação Social na Comarca de Macau-RN que segue a

---

<sup>246</sup> Extraída do sítio ([www.tjrn.jus.br](http://www.tjrn.jus.br)). Consulta realizada em 10/08/2015.

chamada metodologia APAC.

MÁRIO OTTOBONNI<sup>247</sup> idealizou o chamado “método da APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), partindo da premissa que “ninguém é irrecuperável” e adotando o respeito à dignidade da pessoa humana como norte para o processo de recuperação do homem.

Inicialmente testado em São José dos Campos-SP, o método APAC se disseminou por vários Estados da federação e, ainda, para outros países, alcançando maior sucesso no Estado de Minas Gerais, onde assumiu o *status* de política pública institucional do Poder Executivo e do Poder Judiciário, a partir da criação do Programa Novos Rumos da execução penal.

O método é calcado em doze postulados básicos, a saber: participação da comunidade, cooperação entre os recuperandos, trabalho, religião, assistência jurídica, assistência à saúde, valorização humana, a família, o serviço voluntário, o Centro de Recuperação Social – CRS, o mérito e a jornada de libertação em Cristo.

Ao contrário do que se observa no sistema penitenciário tradicional, nos CRS onde é seguido o método APAC constata-se um rígido controle de disciplina voltado à recuperação do apenado, mediante trabalho, capacitação, assistência em diversos níveis.

Constata-se também uma importante participação da família e da comunidade no processo de reintegração social do recuperando, o que pode ser entendido como um reflexo direto da Democracia Participativa exaltada por PAULO BONAVIDES<sup>248</sup> em nossa execução penal.

OTTOBONI<sup>249</sup>, sobre a tríplice finalidade da APAC, leciona, em suma:

---

<sup>247</sup> OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?** Método APAC. São Paulo: Paulinas, 2001.

<sup>248</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001

<sup>249</sup> OTTOBONI, Mário. **Ninguém é Irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997. p. 34

1 – É órgão auxiliar da Justiça, subordinado ao Juiz das Execuções, destinado a preparar o preso para voltar ao convívio social. Aplica metodologia própria, cumprindo, assim, a finalidade pedagógica da pena.

2 – Protege a sociedade, devolvendo ao seu convívio apenas homens em condições de respeitá-la. Fiscaliza o cumprimento da pena e opina sobre a conveniência da concessão de benefícios e favores penitenciários, bem como sobre sua revogação.

3 – É órgão de proteção aos condenados, no que concerne aos direitos humanos e de assistência, na forma prevista em Lei, desenvolvendo um trabalho que se estende, à medida do possível, aos familiares, eliminando a fonte geradora de novos criminosos e evitando que os rigores da pena extrapolem a pessoa do condenado.

Assim sendo, entende-se que os resultados animadores obtidos com o método APAC no Estado de Minas Gerais e propalados por todo o país demonstram que tal iniciativa se apresenta como uma das possíveis alternativas para adequar a execução penal brasileira ao princípio da dignidade humana, mantendo intacto o núcleo essencial deste enunciado.

Acreditando na viabilidade do método em questão, em 29 de setembro 2010 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte fomentou, através do Programa Novos Rumos da Execução Penal, a criação da primeira APAC potiguar, na Comarca de Macau.

ULIANA LEMOS DE PAIVA<sup>250</sup> retrata bem o contexto de implementação da APAC de Macau.

Destaca, a referida autora, que a APAC de Macau foi construída a partir da colaboração conjunta do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Poder Executivo municipal e da sociedade local.

Acrescenta inicialmente que o projeto-piloto atenderia a uma população carcerária de 20 (vinte) recuperandos no regime fechado e 10 (dez) no regime semiaberto.

---

<sup>250</sup> PAIVA, Uliana Lemos de. **A Materialização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Cumprimento das Penas Privativas de Liberdade.** Disponível em: <[http://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13927/1/UlianaLP\\_DISSERT.pdf](http://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13927/1/UlianaLP_DISSERT.pdf)>. Acesso em 10/03/2015.



Educação, laborterapia e disciplina são alguns dos pilares do funcionamento da APAC de Macau. Além disso, a participação da comunidade, através de voluntários e da família na reinserção social dos recuperandos tem sido nota marcante na APAC de Macau.

Registre-se que mensalmente todos os recuperandos se submetem a um processo avaliativo que é feito por eles próprios e pela direção do estabelecimento, sendo que caso seja constatada a transgressão das regras da unidade poderá ser determinada a transferência do apenado responsável para o sistema comum.

A unidade da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), instalada no município de Macau, completou cinco anos de atividades, com o objetivo de promover a ressocialização de apenados. O método utilizado pela APAC é referência quando se fala em ressocialização de apenados, apresentando-se como alternativa de gestão prisional humanizada, com custos reduzidos para o Estado, e que pode reduzir os índices de reincidência.

Em entrevista publicada no sítio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por oportunidade da comemoração do aniversário de 05 (cinco) anos da APAC de Macau, o juiz Gustavo Marinho<sup>251</sup>, coordenador do programa Novos Rumos na Execução Penal apontou que aquele estabelecimento apresenta um índice de reincidência de apenas 15% (quinze por cento), considerado satisfatório para este primeiro quinquênio, uma vez que é bem inferior ao que pode ser verificado no sistema prisional tradicional.

Esclarece o referido magistrado que a metodologia empregada na APAC de MACAU se funda no estabelecimento de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e envolvimento da família do sentenciado, através da qual

---

<sup>251</sup> "APAC de Macau Completa 5 anos com baixos índices de reincidência". Notícia publicada no sítio (<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/9523-apac-de-macau-completa-5-anos-de-implantacao-com-baixos-indices-de-reincidencia>). Consulta realizada em 20/02/2016.

os próprios presos são corresponsáveis pela sua recuperação e têm assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade.

Aponta, ainda, por oportuno, que segundo o relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por ocasião da realização do mutirão carcerário no Rio Grande do Norte no ano de 2013, a APAC de Macau foi considerada a única unidade prisional no Estado que está de acordo com o que dispõe a Lei de Execução Penal, oferecendo condições dignas para a permanência do preso.

Explicita, por fim, que a pioneira unidade de Macau foi reconhecida como entidade de utilidade pública por meio da Lei Estadual nº 9.661/2012.

Verifica-se, portanto, que este breve relato aponta um bom exemplo de prática a ser estendida para outras localidades. É certo, entretanto, que a questão penitenciária no Brasil se trata de problema complexo, que não demanda uma única solução milagrosa.

Registre-se que não há estudos críticos mais aprofundados sobre o tema, de modo que são recorrentes ataques a alguns pontos da metodologia APAC que merecem reflexão analítica mais complexa, tal como a imposição ao recuperando da participação em atividades de cunho religioso.

Por outro lado, o sucesso que as estatísticas retratam não só no Estado do Rio Grande do Norte indicam que o método APAC é um bom caminho a ser trilhado, o que significa que as falhas apontadas pelos críticos não devem resultar no seu abandono, mas no aprimoramento de suas diretrizes, que se traduzem em suma no respeito à dignidade humana na execução da pena.

## 7 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A TENDÊNCIA DE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

O panorama trágico do sistema prisional brasileiro, retratado *in loco* pela Comissão Parlamentar de Inquérito do sistema prisional e pelo mutirão carcerário do Conselho Nacional de Justiça, traduzido nos dados estatísticos alarmantes apurados pelo relatório do INFOPEN, denota a existência de inúmeras e constantes violações aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

Neste contexto, questiona-se se este quadro desolador pode ser qualificado apenas como a omissão estatal no que toca à política pública prisional ou se resta configurado o que se convencionou denominar “Estado de Coisas Inconstitucional.”

Mas como conceituar o “Estado de Coisas Inconstitucional”? Serão trazidos à baila as concepções apresentadas por alguns autores colombianos, argentinos e peruanos sobre o tema em destaque, uma vez que foram nestes países sul-americanos que melhor se desenvolveu a sistematização deste tema até o momento.

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS<sup>252</sup> define o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI como sendo um conjunto de fatos, ações ou omissões que resultam em uma violação massiva dos direitos fundamentais.

Acrescenta, ainda, que tais fatos podem emanar de uma autoridade pública específica que vulnera constantemente os direitos fundamentais ou de um problema estrutural do sistema que não só diz respeito a uma única autoridade em particular, mas inclui a própria organização e o funcionamento do Estado, e que portanto pode se qualificar como uma política pública de onde se resulta uma violação

---

<sup>252</sup> RÍOS, Luis Carlos Alzate. **El Estado de Cosas Inconstitucional**. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/...](http://www.egov.ufsc.br/portal/)> Acesso em 13/01/2016.

generalizada dos direitos fundamentais.

JOSEFINA QUINTERO LYONS, ANGÉLICA MATILDE NAVARRO MONTERROZA e MALKA IRINA MEZA<sup>253</sup> sintetizaram o conceito do estado de coisas constitucional como um mecanismo ou técnica jurídica criada pela Corte Constitucional Colombiana mediante o qual se declara que certas condutas ou estados fácticos são flagrantemente contrários à Constituição por implicarem em vulneração massiva dos direitos e princípios constitucionais.

A partir do reconhecimento destes requisitos, a Corte Constitucional pode instar as autoridades competentes para que, no uso de suas atribuições específicas, adotem medidas necessárias em um prazo razoável para sanar este quadro de afronta aos direitos fundamentais.

Para GABRIEL BUSTAMANTE PEÑA<sup>254</sup> se pode definir o Estado de Coisas Inconstitucional como uma espécie de juízo empírico da realidade levado a termo pela Corte Constitucional que declara que há um descumprimento reiterado e sistemático de uma norma constitucional de tal magnitude que lhe retira, na prática, os seus efeitos.

Neste contexto, segundo o autor em tela, caberá à Corte Constitucional, na condição de guardião da Constituição, o dever de ordenar que esta situação seja sanada por meio de ações imediatas e não progressivas, estruturais e não conjunturais e de extensa amplitude.

ALFONSO SANTIAGO<sup>255</sup> aponta que o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” é o último recurso institucional ao alcance do Tribunal

---

<sup>253</sup> LYONS, Josefina Quinteros, MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro e MEZA, Malka Irina. **La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como Mecanismo de Protección de Los Derechos Fundamentales de La Población Vulnerable em Colombia**. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>>. Acesso em 13/01/2016.

<sup>254</sup> PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) – sentencia T-025**. Disponível em <<http://www.participaz.com/images/...>> Acesso em 12/01/2016.

<sup>255</sup> SANTIAGO, Alfonso. El Alcance del Control Judicial de Razonabilidad de las Políticas Públicas – perspectivas argentina e comparada. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. n.20. Bogotá: Konrad Adenaur Stiftung, 2014. p.289-314

Constitucional para resolver ou prevenir problemas sociais relevantes relacionados à proteção de direitos fundamentais.

Constata-se, portanto, que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pela Corte Constitucional implica na adoção de determinados procedimentos e medidas judiciais que transcendem o tradicional controle de constitucionalidade de atos normativos, uma vez que se voltam à análise e ao debate acerca do controle jurisdicional das políticas públicas correlatas.

Por sua vez, MIGUEL ENRIQUE FALLA LY e SERGIO ENRIQUE ZAPATA TELLO<sup>256</sup> explicitam que o conceito de estado de coisas inconstitucional ainda está em construção, de modo que apresenta diferenças de concepção nas jurisprudências colombiana e peruana.

Registre-se inicialmente que o tema em destaque, o “Estado de Coisas Inconstitucional” ainda tem sido tratado de maneira insipiente no meio acadêmico brasileiro.

CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS foi um dos primeiros autores que tratou do tema no Brasil em sua tese de doutorado<sup>257</sup> e artigos<sup>258</sup> que constam na internet.

Em resumo, o referido autor propõe a ampliação do campo de incidência e de tutela judicial da omissão inconstitucional até que esta expansão de sentido alcance o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”.

Defende ainda que essa proposta é adequada ao Brasil e pode nortear futuras decisões do Supremo Tribunal Federal, que em suas decisões passaria a

---

<sup>256</sup> LY, Miguel Enrique Falla e TELLO, SERGIO ENRIQUE ZAPATA. **Estado de Coisas Inconstitucional em el Perú: análisis jurisprudencial y derecho comparado.** Disponível em: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/.../6\\_Estado\\_cosas\\_Inconstitucional.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/.../6_Estado_cosas_Inconstitucional.pdf)>. Acesso em 12/01/2016.

<sup>257</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional.”** 2015. 245f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.

<sup>258</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: [https://www.academia.edu/12487042/Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional](https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional)>. Acesso em 20/02/2016.

adotar remédios estruturais dirigidos a superar tal omissão.

Acrescenta, entretanto, que esse novo modelo de comportamento judicial, marcado por um ativismo de índole estrutural, somente será legítimo se presentes os pressupostos próprios de configuração do “estado de coisas inconstitucional”.

Além disso, ressalva que as decisões do Supremo Tribunal Federal que adotarem este viés deverão ser flexíveis, determinando a formulação e implementação de políticas públicas, mas deixando aos poderes políticos a tarefa de definir o conteúdo e os meios destas políticas, o que somente será possível mediante um diálogo constante entre as esferas de poder envolvidas no enfrentamento da questão.

Conclui CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS que o sistema carcerário brasileiro é exemplo claro de “estado de coisas inconstitucional” que requer intervenção judicial da espécie.

RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR<sup>259</sup> também tratou recentemente do tema em destaque, porém dando enfoque diverso.

Em linhas gerais, o autor em destaque desenvolve o tema “Estado de Coisas Inconstitucional” a partir da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347<sup>260</sup>, preocupando-se com a necessidade de fixação de balizas normativas para a atuação da corte constitucional, de modo a preservar o princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Constata-se que o referido autor sugere que se adote o instituto do “compromisso significativo”<sup>261</sup>, construção jurisprudencial da Corte Constitucional da

---

<sup>259</sup> VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos.../td186.pdf>>. Acesso em 10/03/2016.

<sup>260</sup> O estudo da ADPF em destaque será aprofundado no subcapítulo 7.4.

<sup>261</sup> Vieira Júnior, citando Chenwi e Tissington, esclarece que o “compromisso significativo” é um processo determinado pelo Poder Judiciário, de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas.

África do Sul, que prioriza a solução compartilhada entre os Poderes e a sociedade para assegurar a concretização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, VIEIRA JÚNIOR<sup>262</sup>, citando David Pardo, defende que:

O método do compromisso significativo apresenta a vantagem de ser modelo de revisão judicial compatível com a democracia. Propicia que os indivíduos e comunidades sejam posicionados como parceiros no processo de tomada de decisões, que a decisão final seja construída em conjunto. Constitui postura judicial respeitosa com os representantes eleitos pelo público e fomenta a participação e a política democrática. De outro lado, a organização financeira do Estado é mais bem respeitada, pois há oportunidade para as próprias partes detalharem a forma de implementação de direitos, modulando-a de acordo com os recursos disponíveis. O controle imediato do orçamento permanece com a administração pública, ainda que sob a ordem judicial de atendimento aos direitos. A ideia é que o Estado deve se comprometer significativamente com a situação em que há violação dos direitos, por meio de iniciativas e políticas para uma solução razoável e tempestiva, antes de receber veredito judicial substantivo. A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes. O compromisso significativo bem podia ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil.

É certo que como qualquer nova teoria, não há como fazer uma importação acrítica a qualquer outro país sem observar as necessárias adaptações ao ordenamento jurídico interno, o que justifica estas divergências.

Pelo mesmo motivo, não resta dúvida que o Supremo Tribunal Federal e a academia brasileira deverão analisar o estado de coisas constitucional a partir das peculiaridades da Constituição Federal, de modo a desenvolver aqui como alhures uma concepção particular que seja melhor adequada à realidade interna da República Brasileira.

Em seguida será realizada uma breve exposição sobre a gênese e evolução da concepção do “estado de coisas inconstitucional” na Colômbia e em outros países sul-americanos, para que se possa compreender em sua inteireza seus elementos fundamentais, no intuito de investigar posteriormente quais as potenciais

---

<sup>262</sup> Op. cit. p. 30.

implicações desta teoria para o controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, notadamente no que toca ao falido sistema penitenciário brasileiro.

## 7.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Como visto introdutoriamente, o “estado de coisas inconstitucional” consiste em uma construção jurisprudencial da corte constitucional colombiana cujos pressupostos teóricos ainda estão sendo desenvolvidos e discutidos academicamente, no sentido de aprimorar tal instituto.

Repise-se que, em suma, a declaração de um estado de coisas inconstitucional objetiva sanar uma violação massiva e reiterada de direitos fundamentais.

A partir da experiência pioneira da Colômbia, a noção de estado de coisas inconstitucional foi replicada com relativo sucesso em países como Argentina e Peru.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão liminar proferida em processo que analisava a violação de direitos fundamentais da população carcerária brasileira, iniciou a discussão sobre a configuração do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional nacional.<sup>263</sup>

É necessário, entretanto, voltar à origem desta construção jurisprudencial e teórica para melhor compreender os seus fundamentos, elementos constitutivos e potenciais efeitos.

Neste ínterim, EDGAR HERNÁN FUENTES CONTRERAS, BEATRIZ EUGENIA SUARÉZ LOPES e ADRIANA RINCÓN VILLEGAS<sup>264</sup> identificam que a

<sup>263</sup> ADPF 347 MC/DF, relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 09/09/2015.

<sup>264</sup> CONTRERAS, Edgar Fuentes, LOPES, Beatriz Eugenia Suárez e VILLEGAS, Adriana Rincón. **Facticidad y Constitución: la doctrina del estado de cosas inconstitucional en América latina**. Disponível em: <<http://www.fdcl.com.br/revista>>. Acesso em 20/01/2016.



noção inicial de um “estado de coisas inconstitucional” se formalizou através de uma decisão da Corte Constitucional Colombiana proferida ainda no ano de 1997<sup>265</sup> e que fazia alusão a uma falha estrutural do Estado colombiano em garantir, proteger e executar postulados constitucionais, notadamente os direitos fundamentais.

Esclarecem, ainda, os autores em referência, que este modelo possivelmente se inspirou na controvérsia doutrinária e jurisprudencial ocorrida nos Estados Unidos da América em meados do século passado entre os adeptos da “*political question doctrine*”, que pregava a não intervenção do Poder Judiciário em assuntos políticos que seriam de competência exclusiva dos poderes Legislativo e Executivo, e da teoria dos “*structural remedies*”, que defendiam, de outro lado, a possibilidade de garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, mesmo que isso implique na intervenção em políticas públicas.

Voltando à mencionada sentença precursora, verifica-se que naquela oportunidade a Corte Constitucional colombiana analisava em sede de recurso acumuladas ações de tutela interpostas por docentes dos municípios de Maria la Baja e Zambrano, onde se alegava violação do direito fundamental a saúde por parte dos prefeitos locais, uma vez que os professores daquelas localidades não se encontravam afiliados ao Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério.

Naquela quadra, a Corte Constitucional da Colômbia constatou que certos mecanismos como a acumulação de processos e a reiteração da jurisprudência não se mostravam suficientes para solucionar a potencial saturação de demandas por um grande número de pessoas que pretendiam obter os mesmos resultados mediante ajuizamento de ações de tutela individuais.

Desta forma, a Corte Constitucional entendeu por criar um instrumento jurisprudencial que implicasse na extensão coletiva dos efeitos da coisa julgada.

---

<sup>265</sup> SU-559/97, Relator: magistrado Eduardo Cifuentes, julgada em 06 de novembro de 1997.

Este mecanismo processual é a declaração do estado de coisas inconstitucional, cuja criação decorreu portanto, de três objetivos básicos, listados por MIGUEL ENRIQUE FALLA LY e SERGIO ENRIQUE ZAPATA TELLO<sup>266</sup>, quais sejam: a) evitar o uso excessivo de ações de tutela individuais, com base no princípio da economia processual; b) o dever de colaboração harmônica entre os órgãos do Estado para que sejam respeitados os direitos fundamentais e c) a necessidade de proteção efetiva dos direitos fundamentais contra falhas estruturais.

Depois deste *leading case*, a Corte Constitucional colombiana declarou a existência de um estado de coisas constitucional em outras situações referentes<sup>267</sup>, por exemplo aos direitos da população carcerária<sup>268</sup>, ao direito de petição<sup>269</sup>, ao direito ao trabalho em condições justas e dignas<sup>270</sup> e ao direito da população vítima de violência e despojo de suas terras<sup>271</sup>.

O segundo país latino-americano que implementou a figura do estado de coisas inconstitucional foi a Argentina.

EDGAR HERNÁN FUENTES CONTRERAS, BEATRIZ EUGENIA SUARÉZ LOPES e ADRIANA RINCÓN VILLEGAS<sup>272</sup> apontam como marco inicial do reconhecimento do estado de coisas constitucional na Argentina uma decisão proferida em 03 de maio de 2005 pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina tratando da superlotação dos estabelecimentos prisionais da província de

<sup>266</sup> Op. cit.

<sup>267</sup> A íntegra destes julgados pode ser consultada no sítio da Corte Constitucional da Colômbia ([www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)).

<sup>268</sup> A sentença T-153/98 declarou o "Estado de Coisas Inconstitucional" no sistema carcerário colombiano, a partir de dois processos de tutela, um referente à prisão Bellavista de Medellín e o outro ao presídio modelo de Bogotá, a partir da análise das infames condições de vida dos reclusos e da superlotação. A sentença T-590/98 reconheceu o "Estado de Coisas Inconstitucional" para garantir o direito à vida de defensor dos direitos humanos que cumpriam pena na mesma prisão onde se encontravam pessoas a quem havia ajudado a investigar e a condenar. Por fim, as sentenças T-606/98 e T-607/98 confirmaram a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" no sistema prisional colombiano a partir da violação massiva e reiterada do direito à saúde dos reclusos.

<sup>269</sup> As sentenças T-068/98 e T-439/98 declararam um "Estado de Coisas Inconstitucional" pela mora habitual da Caixa Nacional de Previdência (CAJANAL) na análise das petições apresentadas pelos aposentados.

<sup>270</sup> A sentença T-289/98 declarou a existência do "Estado de Coisas Inconstitucional" frente ao direito ao mínimo essencial dos trabalhadores da prefeitura de Ciénaga e suas famílias pelos constantes atrasos no pagamento dos seus salários.

<sup>271</sup> A sentença T-025/2004 reconheceu o "Estado de Coisas Inconstitucional" para garantir os direitos da população vítima do chamado *desplazamiento forzado*, notadamente os povos indígenas expulsos de suas terras por atos de violência.

<sup>272</sup> Op. cit.

Buenos Aires.

Na referida decisão, a Corte Suprema Argentina declarou que a situação carcerária do Estado Argentino violava os direitos à vida e à integridade física dos reclusos e, por consequência, determinou as seguintes providências: a) as regras mínimas da política penitenciária são as aprovadas pelas Nações Unidas para o tratamento de reclusos, sendo que o descumprimento geraria responsabilidade internacional; b) a Suprema Corte de Buenos Aires e os juízes de tribunais inferiores devem fazer cessar de maneira urgente a situação de ilegalidade da detenção; c) o Poder Executivo da província deve informar detalhadamente às cortes a situação penitenciária de cada preso; d) a liberdade imediata de presos que sejam menores de idade ou enfermos; e) que o governo local informe a cada 60 (sessenta) dias sobre as medidas adotadas para adequar a situação dos encarcerados aos princípios constitucionais; f) recomenda ao Governador da Província e ao Poder Legislativo local que reformem a legislação penal e penitenciária; g) sugere a criação de uma mesa de diálogos com outras organizações nacionais.

ALFONSO SANTIAGO<sup>273</sup> acrescenta que a Corte Suprema argentina nos últimos anos tem dado progressivos passos em direção ao controle judicial de constitucionalidade e razoabilidade de políticas públicas.

Ressalta ainda que recentemente foram realizadas audiências públicas no âmbito da Corte Suprema da Argentina para discutir casos de repercussão social, oportunidades em que se debateu sobre as políticas públicas levadas a termo pelos outros poderes.

Da mesma forma, relata que foi criado um âmbito interno de estudo e discussão para viabilizar o planejamento conjunto de políticas públicas pelas três esferas de poder.

---

<sup>273</sup> Op. cit. p. 293-296.

Neste contexto, verifica-se que estas medidas tomadas pela Corte Argentina complementam os objetivos perseguidos através da declaração do estado de coisas constitucional, uma vez que buscam democraticamente meios de discutir a implementação de políticas públicas que se conformem com os ditames constitucionais.

No que toca à experiência peruana, CONTRERAS, LÓPEZ e VILLEGAS<sup>274</sup> afirmam que a figura jurisprudencial do estado de coisas inconstitucional foi recepcionada pelo Tribunal Constitucional peruano através da sentença proferida no expediente n.º 2579-2003HD/TC, conhecido como *Caso Arellano Serquén*.

No referido processo, a juíza Julia Arellano Serquén interpôs *habeas data* em face do Conselho Nacional de Magistratura, que se negava a lhe conceder informações a respeito do seu processo de avaliação e ratificação, que aparenta ser similar ao vitaliciamento previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Naquela oportunidade, a Suprema Corte do Peru acolheu a pretensão da parte autora e foi além, ao decidir que todos os órgãos públicos tem um dever especial de proteção dos direitos fundamentais e, ainda, que a força de irradiação destes exige que todos os agentes estatais realizem suas funções de modo a melhor otimizar o exercício das mencionadas garantias constitucionais.

Explicita-se, por fim, que a incipiente experiência brasileira, no que toca à declaração do estado de coisas constitucional será tratada em um ponto específico que abordará a tendência de posicionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

---

<sup>274</sup> Op. cit.

## 7.2 REQUISITOS PARA A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Como uma construção jurisprudencial, a declaração de um estado de coisas inconstitucional teve seus requisitos definidos inicialmente pela Corte Constitucional colombiana.

Observa-se, entretanto, que houve uma notável evolução no entendimento jurisprudencial da Corte colombiana, possivelmente inspirada pelo desenvolvimento doutrinário do tema.

Neste sentido, constata-se que foram sucessivamente revistos os requisitos iniciais que ensejavam a decretação de um estado de coisas inconstitucional.

Com efeito, a concepção inicial do novo instrumento judicial trazia como condições dois requisitos básicos que já constavam na sentença original (SU-559/97<sup>275</sup>) mas que foram melhor delineados na sentença SU-090/00<sup>276</sup>.

Assim sendo, neste primeiro momento, a decretação de um estado de coisas inconstitucional pressupunha apenas que a existência de uma repetida violação de direitos fundamentais de muitas pessoas (que poderiam recorrer individualmente a ações de tutela) e que a causa desta vulneração não fosse imputável a uma única autoridade, uma vez que repousa em fatores estruturais.

À primeira vista, se percebe que essa concepção inicial não era suficiente o

---

<sup>275</sup> Segue parte selecionada da referida referida decisão: “La distribución regional de los educadores debe responder a las necesidades de la educación, es decir de los alumnos y de los potenciales beneficiarios del servicio. Esta Sala es consciente de que la redistribución de los docentes oficiales de acuerdo con las necesidades del servicio puede acarrearle trastornos a muchos educadores. Sin embargo, es ese un costo inevitable si se desea dar cumplimiento a las órdenes constitucionales de destinar los recursos del situado fiscal a la educación y a la salud, de asegurar que todas las personas, y, en particular, las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos y de solucionar las necesidades insatisfechas de la población en materia de educación.”

<sup>276</sup> Segue trecho da referida sentença: “El estado de cosas inconstitucional se predica de aquellas situaciones en las que (1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales. Estas características se presentan en lo relacionado con la omisión en el pago de las pensiones en el Chocó. En efecto, como se ha observado, la mencionada situación afecta ya a cientos de personas y ha significado una importante sobrecarga para la administración de justicia en el último tiempo, debido a los centenares de tutelas e incidentes de desacato a que ha dado lugar. Además, el no pago de las pensiones no depende de la voluntad del gobernador, sino que responde a una situación de crisis del departamento.”

que ocasionou a inclusão de novos requisitos, com a evolução da jurisprudência da Corte Suprema colombiana.

SONIA PATRICIA CORTÉS ZAMBRANO<sup>277</sup> identifica esta evolução a partir do conteúdo das sentenças T-025/04<sup>278</sup> e T-068/2010<sup>279</sup> proferidas pela Corte Constitucional colombiana que elencou novos requisitos para a declaração de um estado de coisas inconstitucional.

A partir dos julgados em referência, a Corte Constitucional colombiana consolidou como requisitos para a declaração de um estado de coisas inconstitucional os seguintes:

- 1) Uma vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta a um número significativo de pessoas;
- 2) Uma prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir estes direitos;
- 3) A adoção de práticas inconstitucionais, como a exigência de incorporar a ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado;
- 4) A não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração destes direitos;
- 5) A existência de um problema social cuja solução requer a intervenção de várias entidades para a adoção de um conjunto de medidas multissetoriais que exigem um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário importante;
- 6) Se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema ajuizarem ações individuais de tutela para obter a proteção de seus direitos, se produziria um maior congestionamento judicial.

Estes seis elementos podem ser resumidos em dois elementos principais, denominados por Cesar Rodrigues Garavito<sup>280</sup> como condições do processo (falhas

<sup>277</sup> ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. **Poder Discrecional de la Corte Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/.../1149>>. Acesso em 13/01/2016.

<sup>278</sup> A referida sentença reconheceu o "Estado de Coisas Inconstitucional" em defesa da população vítima do despojo violento de terras, nos seguintes termos, *in litteris*: (...) *En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el "punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno", y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que "de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara"*.

<sup>279</sup> De igual maneira, a referida sentença tutela os direitos da população vítima do *desplazamiento forzado*.

<sup>280</sup> Apud LYONS, Josefina Quinteros, MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro e MEZA, Malka Irina. **La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como Mecanismo de Protección de Los Derechos Fundamentales de La Población Vulnerable em Colombia**. Disponível em: <<http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>>. Acesso em 13/01/2016.

estruturais das políticas públicas de um país) e condições de resultado (violação massiva dos direitos fundamentais de um número indeterminado de pessoas).

A estes dois elementos essenciais deve se somar a necessidade imperiosa de trabalho em conjunto de várias autoridades públicas para a mudança de uma realidade que se mostra contrária à Constituição.

Como já foi dito, entretanto, tais requisitos não são idênticos em outros países latino-americanos.

MIGUEL ENRIQUE FALLA LY e SERGIO ENRIQUE ZAPATA TELLO<sup>281</sup> explicam que no Peru, o Tribunal Constitucional estabeleceu na sentença 2579-2003-HD/TC<sup>282</sup> que os requisitos necessários para o reconhecimento de um estado de coisas constitucional são basicamente quatro, quais sejam:

- 1) Violação generalizada de direitos fundamentais;
- 2) Violação gerada por um único ato ou por um conjunto de atos;
- 3) Vulneração ou ameaças de direitos de pessoas alheias ao processo;
- 4) Na hipótese de decorrer de um único ato, o estado de coisas inconstitucional se declarará quando se sustentar em uma interpretação inconstitucional de uma lei ou de uma disposição regulamentar por parte do órgão público.

Percebe-se que o modelo peruano traz a inovação de poder se declarar um estado de coisas inconstitucional mesmo diante de um fato isolado, desde que se sustente em uma interpretação inconstitucional de uma lei.

Além disso, o Tribunal Constitucional peruano já ensaia no terceiro requisito supramencionado a ideia de expansão dos efeitos da sentença, o que será melhor analisado no próximo subcapítulo.

Repise-se que o modelo brasileiro ainda está em plena construção e será analisado oportunamente, ao final deste capítulo.

---

<sup>281</sup> Op. cit.

<sup>282</sup> Caso *Arellano Serquén*, já mencionado anteriormente. A íntegra da sentença pode ser consultada no sítio do Tribunal Constitucional Peruano ([www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)).

### 7.3 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A partir do que já foi exposto sobre o tema é possível compreender que a declaração judicial do estado de coisas inconstitucional se orienta pela ideia da necessidade de materializar o texto constitucional através das atuações dos Tribunais Constitucionais, mirando sempre a garantia efetiva dos direitos fundamentais.

Não obstante a esta constatação preliminar, para compreender o real alcance desta espécie de intervenção judicial é imprescindível analisar quais são os efeitos da sentença que declara a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Em um segundo momento, serão referidas brevemente algumas medidas concretas que decorreram do reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional em um caso concreto que se refere ao sistema prisional colombiano.

Por último, serão expostas as críticas existentes sobre o tema e eventuais propostas para o aprimoramento do modelo.

Inicialmente, no que toca ao alcance da sentença declaratória do estado de coisas inconstitucional, LUIS CARLOS ALZATE RÍOS<sup>283</sup> esclarece que é necessário estudar antes os efeitos das sentenças da corte constitucional colombiana em geral.

RÍOS destaca, em primeiro lugar, que é importante precisar que a declaratória do estado de coisas inconstitucional, em regra, pode ocorrer no momento em que a Corte Constitucional analisa em sede de recurso as ações de tutela julgadas por juízes de instâncias inferiores.

Desta forma, a partir desta noção inicial, poder-se-ia entender que as referidas sentenças somente produziriam efeitos no caso concreto, depois da

---

<sup>283</sup> Op cit. p. 4-5.



comunicação ao juiz ou tribunal competente que notificará as partes e providenciará as medidas necessárias para o seu cumprimento, pela aplicação direta dos artigos 36 do Decreto 2591/1992 e 2 da Lei n.º 270/1996<sup>284</sup>.

Todavia, ao contrário disto, pontifica o referido autor que a jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano moldou a figura do estado de coisas inconstitucional à imagem e semelhança de uma ação de inconstitucionalidade não de normas, mas de fatos.

Assim sendo, estar-se-ia diante de uma hipótese de controle objetivo de constitucionalidade de um determinado contexto fático, o que justificaria, portanto, a extensão dos efeitos da decisão que declara o estado de coisas inconstitucional além das partes que integram a lide originária.

LYONS, MOTERROZA e MEZA<sup>285</sup> pontuam ainda que ao romper com os esquemas tradicionais que prescrevem o efeito inter partes nas ações de tutela, a Corte Constitucional colombiana assume um papel de maior compromisso com a sociedade, sobretudo com os seus setores mais vulneráveis, na medida em que estende o acesso à justiça aos hipossuficientes e, ao mesmo tempo, se propõe a buscar soluções definitivas aos problemas estruturais constatados mediante o esforço conjunto de diferentes autoridades públicas para modificar uma realidade inconstitucional.

Neste contexto, LY e TELLO<sup>286</sup> resumem, a partir do conteúdo da sentença paradigma SU-559/97<sup>287</sup>, que se podem extrair dois principais efeitos das sentenças

<sup>284</sup> “ARTÍCULO 36. EFECTOS DE LA REVISIÓN. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.”

(...)

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tiene carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”

<sup>285</sup> Op. cit. p.72-73.

<sup>286</sup> Op. cit.

<sup>287</sup> Sentença mencionada anteriormente que declarou o “Estado de Coisas Inconstitucional” para determinar os critérios de distribuição de docentes nos estabelecimentos de ensino colombianos. Segue trecho que trata da fundamentação sobre o alcance e os efeitos da declaração do ECI: “31. La acción de tutela constituye un medio procesal de defensa de los derechos

proferidas pela Corte Constitucional colombiana que declaram um estado de coisas inconstitucional, quais sejam: a) a emissão de ordens às instituições públicas relacionadas com a falha estrutural que gerou a violação massiva de direitos fundamentais para que implementes as medidas e políticas necessárias para fazer cessar a mencionada vulneração de garantias constitucionais; b) a expansão dos efeitos para pessoas alheias ao processo, que poderão se valer daquela sentença para obter a tutela dos seus direitos sem necessitar de um novo processo constitucional.

A primeira crítica que se aponta para este modelo é que a extensão dos efeitos da coisa julgada resultaria em violação ao devido processo legal.

Para solucionar esta querela é necessário trazer novamente à colação a lição de ALEXY<sup>288</sup> acerca da dimensão objetiva (ou normativa) dos direitos fundamentais e do conseqüente dever de proteção que se impõe a todos os órgãos estatais.

*fundamentales, cuyo ámbito se restringe a las partes. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, las pretensiones de defensa de los derechos se predicen de un conjunto muy amplio de personas. La Corte Constitucional, tradicionalmente, ha recurrido en estas oportunidades a dos instituciones de índole procesal que para el efecto son adecuadas: la acumulación de procesos y la reiteración de jurisprudencia. Los indicados mecanismos no pueden, empero, operar sin que los interesados instauren la respectiva demanda.*

*Los hechos analizados ilustran el origen de la situación singular que es objeto de la acción de tutela. De prosperar la acción de tutela, se pone de manifiesto que la condición actual de varias decenas de miles de maestros, vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales, es semejante a la de los actores y, por lo tanto, merecedora de protección constitucional.*

*Si los restantes educadores individualmente interponen acciones de tutela contra la conducta de los alcaldes y demás autoridades que se encuentran en mora de afiliarlos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los jueces competentes y, en su momento, la Corte darán curso a las respectivas demandas. Con todo, se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:*

*(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.*

*(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.*

*Ahora bien, si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule."*

<sup>288</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Explicita-se que este dever de proteção por vezes se traduz na obrigação positiva de efetivar o conteúdo das normas constitucionais, notadamente as que tratam de direitos fundamentais, na maior medida possível.

Assim sendo, ao declarar um estado de coisas inconstitucional e, conseqüentemente, emitir uma determinada ordem a uma autoridade pública que não foi parte no processo, a Corte Constitucional apenas cumprirá o seu papel de defesa da Constituição, ratificando o comando constitucional referente ao dever de proteção a que o órgão estatal em tela já estava subordinado previamente.

Ademais, não há direito fundamental absoluto de maneira que, nestas hipóteses, claramente ocorrerá uma colisão entre o direito fundamental massivamente violado e que se pretende tutelar e o direito fundamental ao devido processo legal.

Desta maneira, a Corte Constitucional legitimamente solucionará este conflito mediante aplicação do critério da proporcionalidade, a partir da aferição no caso concreto dos subcritérios da adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito) do direito fundamental que deve preponderar naquela situação específica.

Superada esta questão, ilustrar-se-á o que foi exposto até agora mediante uma sintética apresentação das sentenças proferidas pela Corte Constitucional colombiana nas matérias referentes ao sistema prisional daquele país<sup>289</sup>.

Para analisar a situação das pessoas privadas de sua liberdade, membros da Corte Constitucional colombiana realizaram inspeções em alguns estabelecimentos prisionais, quando constataram *in loco* a superlotação e condições sub-humanas, o que conduziu à conclusão de que o problema carcerário naquele país se soluciona

---

<sup>289</sup> Sentenças T-153/98 e T-606/98, extraídas dos sítios <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>> e <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>>. Acesso em 10/01/2016.

não com a construção ou reforma de presídios, mas com uma mudança necessária da política criminal vigente que possibilite condições efetivas para a ressocialização (sentença T-153/98).

Ao lado disto, também se encontrou um estado de coisas inconstitucional no que toca à saúde, assistência médica e fornecimento de medicamentos à população carcerária local (sentença T-606/98).

Com a declaração do estado de coisas inconstitucional nestes dois casos, conseguiu-se reduzir os índices de superlotação, o que implicou em uma proporcional minoração das violações dos direitos fundamentais da população carcerária, o que se conseguiu por meio da construção ou reforma de estabelecimentos prisionais.

Além disso, a população reclusa passou a ser afiliada ao Sistema Geral de Seguridade Social e Saúde, o que em alguma medida melhorou as condições de saúde e assistência médica daquelas pessoas.

Neste ponto se apresenta a segunda crítica. Não só nestes casos que enfrentaram os problemas do sistema carcerário, tem se obtido poucos avanços na proteção dos direitos fundamentais mesmo depois de declarada a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Isso ocorre porque, via de regra, as ordens emanadas pela Corte Constitucional não são específicas e contundentes o bastante para que sejam voluntariamente cumpridas pelas autoridades públicas.

Ciente disto, LUIS CARLOS ALZATE RÍOS<sup>290</sup> propõe que se recorra a um incidente de desacato a ser proposto por qualquer pessoa contra a autoridade que descumprir ordem emanada em sentença que declara a existência de um estado de coisas inconstitucional, tal como ocorre em relação às ações individuais de tutela.

---

<sup>290</sup> Op. cit. p.7

Em que pese aparentar ser uma saída razoável, há de se convir que nem sempre isto solucionará o problema.

Com efeito, a Corte Constitucional pode recorrer a estudos especializados sobre a matéria antes de decidir, para melhor pautar a sua sentença, possibilitando o estabelecimento de ordens específicas, metas a cumprir e prazos.

Além disso, é recomendável que se empregue ferramentas que revistam a decisão de um conteúdo democrático, tais como audiências públicas e diálogos com integrantes de outras esferas de poder no intuito de se construir em conjunto uma política pública adequada à proteção dos direitos fundamentais sob tutela.

#### 7.4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Passando-se à análise da realidade doutrinária e jurisprudencial brasileira, constata-se que muito pouco se produziu até agora sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional.<sup>291</sup>

Observa-se que não há no Brasil obra literária de referência sobre o tema, restringindo-se a discussão acadêmica a algumas poucas dissertações ou teses, o que indica aparentemente uma importante distância para o amadurecimento das questões que podem ser postas.

O protagonismo do debate sobre um tema tão relevante quando a declaração de um estado de coisas inconstitucional está sendo conduzido quase que simultaneamente pela academia<sup>292</sup> e pela jurisprudência do Supremo Tribunal

<sup>291</sup> Consulta realizada em 21 de março de 2016 ao sítio da CAPES (<http://www.periodicos.capes.gov.br>) com as palavras chaves “Estado de Coisas Inconstitucional” obteve como resultado a localização de apenas três artigos de autores estrangeiros referentes ao “*desplazamiento forçado*” ou “*despojo de tierras*”. Na referida pesquisa virtual não foram localizados periódicos, livros nem outros registros na base de dados consultada. Este panorama muda um pouco quando a busca se refere à expressão original em espanhol (“*El Estado de Cosas Inconstitucional*”), que resulta no registro de 60 (sessenta) artigos, todos de autores estrangeiros.

<sup>292</sup> Merece destaque aqui o pioneirismo da dissertação de doutorado de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS,

Federal<sup>293</sup>.

Ressalte-se que é a pesquisa científica (e não a jurisprudência) onde se encontram as melhores condições para um aperfeiçoamento do debate sobre o tema para melhor adequá-lo à realidade brasileira.

Coube, entretanto, ao Supremo Tribunal Federal a missão de transpor para o nosso ordenamento jurídico algumas das primeiras linhas sobre a matéria em questão.

Este fenômeno remonta à ideia de “transconstitucionalismo” proposta por MARCELO NEVES<sup>294</sup>.

Em poucas palavras, para o referido autor, o “transconstitucionalismo” é o entrelaçamento de ordens jurídicas estatais, transnacionais, internacionais e supranacionais em torno de similares problemas de natureza constitucional.

Verifica-se que comumente problemas referentes a direitos fundamentais e limitação de poder são discutidos de maneira simultânea por tribunais de ordens diversas, muitas vezes se encontrando soluções díspares para cada realidade específica, o que se traduz em um reflexo do “transconstitucionalismo”.

Voltando ao *leading case* sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF pleiteando que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, ainda, que seja determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

O marco inicial para o aprofundamento da discussão desta temática no Brasil parecer ser, então, a decisão recentemente proferida pelo Plenário do STF em sede de medida cautelar na referida ADPF, quando se discutiu inicialmente a

---

Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional.”** 2015. 245f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.)

<sup>293</sup> ADPF 347.

<sup>294</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro<sup>295</sup>.

Nesta decisão pioneira que, repise-se, não é definitiva e tem caráter meramente cautelar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, os deferiu em parte, determinando as seguintes providências: a) realização, no prazo máximo de 90(noventa) dias de audiências de custódia, viabilizando-se o comparecimento do preso em juízo no prazo máximo de 24 (vinte e quatro horas), em cumprimento aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; b) liberação pela União do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar contingenciamentos.

A importância deste julgamento inicial pode ser demonstrada a partir da análise dos debates travados naquela oportunidade.

Daniel Sarmento, por exemplo, em sua sustentação oral defendeu de forma veemente que o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional.<sup>296</sup>

Da mesma forma, sem ingressar no mérito, vários Ministros tangenciaram a questão ao proferirem os seus votos, sinalizando uma grande possibilidade de se concluir o julgamento final, depois de prestadas as informações pelas autoridades competentes, com a declaração final do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro.

Para chegar a esta conclusão, pode-se analisar as informações colhidas pela

---

<sup>295</sup> Decisão proferida em 09/09/2015 nos autos da ADPF n.º 347 MC/DF, relator ministro Marco Aurélio, conforme Informativo STF n.º 798, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> e acessado em 12/10/2015.

<sup>296</sup> Vídeo da sustentação oral disponível em <<http://uerjdireitos.com.br/daniel-sarmento-sustenta-tese-do-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-carcerario-brasileiro/>> e acessado em 12/10/2015.

CPI do sistema carcerário, bem como os dados atualizados do censo penitenciário anual realizado pelo INFOPEN e os relatórios de inspeção confeccionados pelo mutirão carcerário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, os quais fornecem um panorama do caos que impera no sistema prisional brasileiro.

Na hipótese remota destes dados não se coadunarem com as informações prestadas pelas autoridades estaduais e pela União, poderão ser realizadas novas inspeções pontuais para constatar as violações massivas e reiteradas aos direitos fundamentais das pessoas encarceradas e a falta de vontade política de resolver esta questão.

CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS<sup>297</sup> exalta o fato de que o voto do relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio, faz clara opção pela via dialógica do instituto da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Assevera o referido autor que a proposta do Ministro Relator indica que o STF interferirá na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas somente mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas.

Se assim for, defende CARLOS CAMPOS que o STF não se lançará a um “estado de arrogância institucional”, voltando-se para a opção da interação institucional em torno de um objetivo comum, o que significa que a Corte Constitucional não permanecerá inerte e, de outro lado, não tentará resolver estas complexas questões sozinha.

LENIO LUIZ STRECK<sup>298</sup> diverge deste entendimento ao criticar a importação dessa teoria.

---

<sup>297</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/12487042/Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional](https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional)>. Acesso em 20/02/2016.

<sup>298</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 20/02/2016.



STRECK se preocupa com a hipótese do uso retórico do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, o que pode ocasionar uma desmedida intervenção do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva.

Defende o referido autor que não seria necessário lançar mão desse “argumento de teoria colombiana” para tratar do que a legislação processual penal brasileira já prevê, como a destinação dos fundos penitenciários a cargo da administração judicial e do Departamento Penitenciário Nacional.

Observa-se, na prática, que há entraves políticos que LENIO STRECK não considerou e que há anos impedem mudanças relevantes no sistema prisional brasileiro para garantir os direitos fundamentais dos encarcerados.

Ademais, STRECK não vislumbrou que a declaração de um “Estado de Coisas Inconstitucional” promete trazer efeitos mais abrangentes do que o mero controle de inconstitucionalidade das omissões estatais.

Aqui deve ser aberto um parêntese para diferenciar a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Com efeito, deve se observar em primeiro plano que a declaração do estado de coisas inconstitucional resulta de fundamento fático mais amplo, uma vez que pode decorrer de ação ou omissão do ente estatal, sendo que estas condutas implicam em uma violação massiva de direitos fundamentais, em grau mais elevado, portanto, do que na análise da inconstitucionalidade por omissão.

Em segundo lugar, deve se considerar que o “Estado de Coisas Inconstitucional” normalmente é causado por um problema estrutural do sistema, derivado da própria organização e funcionamento do Estado e dificilmente pode ser solucionado pela ação de uma única autoridade ou ente público, o que também traduz a diferença de contornos em relação à inconstitucionalidade por omissão.

Por fim, destaque-se que a sentença que declara o “Estado de Coisas Inconstitucional” transcende os efeitos da que reconhece uma inconstitucionalidade de ato normativo para alcançar o patamar de controle jurisdicional de políticas públicas a partir de uma espécie de cogestão dos vários entes públicos responsáveis em conjunto pela solução dos problemas dentro dos parâmetros sugeridos pela Corte Constitucional.

Repise-se, por oportuno, que a Corte Constitucional pode e deve se valer de instrumentos que confirmam caráter democrático à decisão declaratória do “Estado de Coisas Inconstitucional”, como por exemplo a ideia de “compromisso significativo” defendida por VIEIRA JÚNIOR que, em suma, significa a busca de uma solução compartilhada entre os órgãos das três esferas de Poder e a sociedade para assegurar a concretização de direitos fundamentais.<sup>299</sup>

Explicita-se, por último, que a reprovação preliminar do instituto parece ser inoportuna, até mesmo porque, como se mencionou inicialmente, o aprofundamento dos estudos acadêmicos sobre o tema possibilitarão que estas questões atinjam uma maturidade científica que aponte a sua adequação à realidade brasileira e quais os ajustes que devem ser feitos.

O tema é palpitante e seguramente inspirará proveitosas discussões no meio acadêmico para além dos rascunhos traçados nesta oportunidade.

---

<sup>299</sup> VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos.../td186.pdf>>. Acesso em 10/03/2016.

## 8 CONCLUSÃO

À guisa de uma conclusão, ressalte-se inicialmente que o intuito deste trabalho acadêmico era examinar a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas pela via do controle jurisdicional da política pública prisional, a partir do paradigma neoconstitucionalista e da opção constitucional pelo modelo de Estado Social.

Concluiu-se, primeiramente, com base em estatísticas trazidas à colação que o sistema prisional brasileiro via de regra padece em uma crise sem precedentes, o que tem resultado em constantes e massivas violações aos direitos fundamentais dos apenados.

Ocorre que reiteradamente os Poderes Executivo e Legislativo se omitem no cumprimento dos ditames constitucionais, abstendo-se de enfrentar o complexo problema de adequar o sistema prisional brasileiro à garantia do núcleo essencial da dignidade humana.

Se nada for feito, pode-se vislumbrar em um curto prazo várias consequências nefastas desta omissão estatal inconstitucional na política penitenciária.

Pode-se destacar, por exemplo: a) interdição administrativa ou judicial de estabelecimentos prisionais; b) responsabilização objetiva do Estado pelos danos eventualmente causados; c) responsabilização dos gestores públicos e d) denúncias e possíveis sanções ao Estado brasileiro provenientes de organizações internacionais de proteção aos direitos humanos.

Neste contexto, exsurge a possibilidade de atuação jurisdicional supletiva no controle da política pública prisional.

Alguns exemplos desta forma de ativismo judicial podem ser mencionados no Estado do Rio Grande do Norte: a) reforma do Centro de Detenção Provisória - CDP da Comarca de Currais Novos determinada por decisão judicial proferida em ação civil pública; b) reforma do CDP de Parelhas com o emprego de recursos públicos obtidos com penas pecuniárias; c) construção de um novo CDP na Comarca de Apodi com utilização de recursos provenientes de penas pecuniárias e de mão de obra carcerária; d) implementação do projeto “horta comunitária” na Comarca de Macaíba para possibilitar a laborterapia aos apenados dos regimes semiaberto e aberto; e) a realização de audiências de custódia inicialmente na capital.

Essas iniciativas, embora insipientes, podem servir de inspiração e posterior replicação, o que certamente amenizará uma parte dos problemas que assolam os estabelecimentos penais brasileiros.

Aprofundando a discussão, conclui-se ainda que esse grau de permanente omissão estatal no que toca ao sistema prisional brasileiro, implica em violações massivas e generalizadas de vários direitos constitucionais que deviam ser garantidos à população carcerária, configurando-se, portanto, um estado de coisas inconstitucional.

Questiona-se, por oportuno, se uma eventual decisão do Supremo Tribunal Federal que venha a declarar a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro bastará para mudar este quadro de violação e garantir que sejam respeitados os direitos dos encarcerados.

Voltando à experiência estrangeira, pode-se prever que haverá pouco efeito prático para a efetiva garantia efetiva dos direitos fundamentais dos apenados se o STF importar para a realidade brasileira a concepção da Corte Constitucional colombiana sem fazer as devidas adequações.

Com efeito, proferir ordens genéricas e sem limitação temporal não parece ser o melhor caminho.

Sugere-se que para facilitar o cumprimento de sua decisão, a Corte Constitucional recorra a estudos especializados e aprofundados sobre a matéria, bem como a elementos de democratização do conteúdo de sua decisão, por meio de realização de audiências públicas e criação de fóruns de diálogo com integrantes de outras esferas de poder no intuito de construir em conjunto uma política pública adequada à proteção dos direitos fundamentais sob tutela.

Medidas desta ordem possibilitaram que na sentença se estabeleçam metas específicas mínimas a serem cumpridas em lapso temporal razoável, o que possibilitará, inclusive posterior fiscalização para aferir eventual descumprimento.

Em último grau, constatado o descumprimento, as partes interessadas ou o Ministério Público e demais legitimados poderiam provocar a Corte para que tomasse as medidas necessárias.

Ao gestor responsável, neste caso, caberia o ônus argumentativo de comprovar a impossibilidade, quer seja por insuficiência de recursos (reserva do possível) ou por outro motivo plausível, em um procedimento de justificação constitucional.

Ao término de tal procedimento, se justo o motivo apresentado e demonstrado, as metas seriam revistas e os prazos prolongados.

Por outro lado, se o motivo para a inércia do administrador não foi suficiente para justificar a sua inércia, estará configurada uma omissão inconstitucional que poderá implicar, por exemplo, na responsabilização cível, criminal e administrativa do gestor público, bem como, em última análise, no afastamento de suas funções.

Acrescente-se, por fim, que a simples construção ou reforma de

estabelecimentos prisionais não solucionará os problemas que assolam o sistema penitenciário brasileiro.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu com repercussão geral que o Poder Judiciário tem competência para determinar a realização de obras em estabelecimentos prisionais para assegurar a observância dos direitos fundamentais dos apenados.<sup>300</sup>

Entretanto, os dados referentes ao crescimento da taxa de encarceramento divulgados pelo INFOPEN tem apresentado crescimento exponencial, o que significa que a criação de novas vagas será insuficiente.

Além de novas celas e vagas, devem ser assegurados aos encarcerados outras garantias diversas, como a integridade física, o direito à saúde, reflexo de uma assistência médica digna, o direito a condições de reinserção social pelo estudo ou pelo trabalho e, por fim, o direito do acesso à justiça, viabilizado pela assistência judicial gratuita.

A alteração deste quadro demanda, portanto, uma modificação completa da política penal e prisional brasileira, no sentido de voltar-se o foco para a prevenção ao crime e para a reinserção social mediante respeito à dignidade humana dos presos, tarefa complexa que deve ser assumida em conjunto pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

---

<sup>300</sup> RE 592581, da lavra do Ministro Relator Ricardo Lewandovski, julgamento em 13/08/2015.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2015.

ANDRADE, Mauro Fonseca e ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ASENSI, Felipe Dutra e PAULA, Daniel Giotti de. **Tratado de Direito Constitucional – constituição, política e sociedade**. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de (coord.). **Fraturas do Sistema Penal**. Porto Alegre: Sulina, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BADIN, Arthur Sanchez. **Controle Judicial das Políticas Públicas – contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Nilobook, 2013.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das Penas Legais**. Campinas: Bookseller, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. O Sistema Constitucional. In: **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de Petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008.

BRITO, Alexis de Couto. **Execução Penal**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional.”** 2015. 245f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/12487042/Estado\\_de\\_Coisas\\_Inconstitucional](https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional)>. Acesso em 20/02/2016.

CANÊDO, Carlos e FONSECA, David S. (Org.). **Ambivalência, Contradição e Volatilidade no Sistema Penal – leituras contemporâneas da sociologia da punição**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O Orçamento Público e a “Reserva do Possível” - dimensionamento do controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Tradução de Jeremy Lugros. São Paulo: Editora Nilobook, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.



CIPRIANI, Mário Luís Lírio. **Das Penas – suas teorias e funções no moderno direito penal**. Canoas: Ulbra, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTRERAS, Edgar Hernán Fuentes, LÓPEZ, Beatriz Eugenia Suárez e VILLEGAS, Adriana Rincón. **Facticidad Y Constitución: la doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en América Latina**. Disponível em: <<http://www.fdcl.com.br/revista>>. Acesso em 20/01/2016.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Outros Limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a Um Processo Criminal Democrático. In: MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça Criminal e Democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral – uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direitos Fundamentais – fundamentos e direitos sociais**. Lisboa: Quid Juris, 2014.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política Mínima – manual de ciência política**. Lisboa: Quid Juris, 2014.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas – princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. La Lectura Moral de la Constitución y la Premisa Mayoritaria. In: **Questiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ed. Atualizada por Gustavo Binbenojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional – o caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Método, 2008.

FEELAY, Malcolm M. e RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State – how the courts reformed america's prisons**. Nova York: Cambridge University Press, 2000.

FELBERG, Rodrigo. **A Reintegração Social dos Cidadãos-Egressos: uma nova dimensão de aplicabilidade às ações afirmativas**. São Paulo: Atlas, 2015.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4ed. São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A Teoria do Direito em tempos de Constitucionalismo. In: **Argumentação e Estado Constitucional**. Coord. Eduardo Ribeiro. São Paulo: Ícone, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 41ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia Deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas Públicas no Estado Contemporâneo e Controle Jurisdicional – base legal e elementos formadores**. Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) E o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Pedro Correia. **A Pena Privativa de Liberdade: evolução histórica e doutrinal**. Lisboa: Quid Juris, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional** – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOWLETT, Michael, RAMESH, M. e PERL, Anthony. **Política Pública - seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. 3ed. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “Reserva do Possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, KAZUO (Coord.). **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Judicial das Políticas Públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podium, 2009.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema Penitenciário Brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal**. Petrópolis: De Petrus et alli, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagem pelos caminhos da dor**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade – novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Volume 1, Tomo I, Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta e LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 10ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LY, Miguel Henrique Falla e TELLO, SERGIO ENRIQUE ZAPATA. **Estado de Cosas Inconstitucional em el Perú: analisis jurisprudencial y derecho comparado.** Disponível em: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/.../6\\_Estado\\_cosas\\_Inconstitucional.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/.../6_Estado_cosas_Inconstitucional.pdf)>. Acesso em 12/01/2016.

LYONS, Josefina Quinteros, MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro e MEZA, Malka Irina. **La Figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como Mecanismo de Protección de Los Derechos Fundamentales de La Población Vulnerable em Colombia.** Disponível em: <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767667.pdf>>. Acesso em 13/01/2016.

MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). **Justicia Criminal y Democracia.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARQUES, Verônica Teixeira, SPOSATO, Karyna Batista e FONSECA, Vânia (orgs.). **Direitos Humanos e Política Penitenciária.** Maceió: EdUFAL, 2012.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VI – inconstitucionalidade e garantia da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** 3ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da Razão Punitiva: nascimento da prisão no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumman e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direitos Fundamentais e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. **O Futuro Alternativo das Prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OTTOBONI, Mário. **A Comunidade e a Execução da Pena**. Aparecida: Editora Santuário, 1984.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é Irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? Método APAC**. São Paulo: Paulinas, 2001.

PAIVA, Uliana Lemos de. **A Materialização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Cumprimento das Penas Privativas de Liberdade**. Disponível em: <[http://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13927/1/UlianaLP\\_DISSERT.pdf](http://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13927/1/UlianaLP_DISSERT.pdf)>. Acesso em 10/03/2015.

PAVARINI, Massimo e GIAMBERDINO André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 225-228.

PEÑA, Gabriel Bustamante. **Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) – sentença T-025**. Disponível em <<http://www.participaz.com/images/...>> Acesso em 12/01/2016.

PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinicius. **Orçamento Público e Políticas Públicas Infante Juvenis**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, BERNHARD. **Direitos Fundamentais**. Trad. Antonio Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

RAMIÃO, Rúben Miguel Pereira. **Justiça, Constituição e Direito**. Lisboa: Quid

Juris, 2013.

RAMIRÉZ, Sérgio Garcia. Crimen y Prisión em el Nuevo Milenio. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Previdenciária**, n.16, jan/jul 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A Defensoria Pública na Concretização dos Direitos Sociais pela Via do Ativismo Judicial**. São Paulo: Baraúna, 2013.

REZENDE, Fernando. **A Política e a Economia da Despesa Pública – escolhas orçamentárias, ajuste fiscal e gestão pública: elementos para o debate da reforma do processo orçamentário**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

RÍOS, Luis Carlos Alzate. **El Estado de Cosas Inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/porta...>> Acesso em 13/01/2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária**. São Paulo: RT, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional – nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval e CALDAS NETO, Pedro Rodrigues. **Manual de Prisão e Soltura sob a Ótica Constitucional**. 2ed. São Paulo: Método, 2009.

SANTIAGO, Alfonso. El Alcance del Control Judicial de Razonabilidad de las Políticas Públicas – perspectivas argentina e comparada. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. n.20. Bogotá: Konrad Adenaur Stiftung, 2014.

SANTOS, Bruna Izídio de Castro e ARTEIRO, Rodrigo Lemos. **O Princípio Contramajoritário como Mecanismo Regulamentador da Soberania**. Disponível em: <<http://www.eventos.uenp.edu.br/publicacao/artigos/8.pdf>> Acesso em 16/03/2016.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense: 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Notas sobre os Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Jane Ribeiro (Org.). **A Execução Penal à Luz do Método APAC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em 20/02/2016.

TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da Exceção: política penal e penitenciária do Brasil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito – a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. 2ed. v. 3. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A Ressocialização... Uma (Dis)função da Pena de Prisão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos.../td186.pdf>>. Acesso em 10/03/2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Ley y su Justicia – tres capítulos de justicia constitucional**. Madri: Editorial Trota, 2008.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. **Poder Discrecional de la Corte**

**Constitucional en el Estado de Cosas Inconstitucional.** Disponível em:  
<<http://revistas.usta.edu.co/index.php/viei/article/view/859/1140>>. Acesso em  
13/01/2016.