



**POLÍTICAS PÚBLICAS E A FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL  
BRASILEIRO: TESES JURÍDICAS 17 E 18 DO PROCURADOR-GERAL DA  
REPÚBLICA PGR, E A IMEDIATA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

**PUBLIC POLICY AND THE PRISON SYSTEM FAILURE BRAZIL: LEGAL  
THESES 17 AND 18 OF THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE - AGO, AND  
IMMEDIATE INTERVENTION JUDICIAL POWER**

**Daniela Carvalho Almeida Da Costa<sup>1</sup>  
Ercolis Filipe Alves Santos<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O objetivo do presente artigo é analisar a viabilidade jurídica de o Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais; confrontando-se a teoria da reserva do financeiramente possível e a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal, bem como o entendimento mais recente de nossa Corte Constitucional sobre a temática. Para tanto, foi tomado como pano de fundo o caso objeto do Recurso Extraordinário 592.581/RS do qual resultaram as teses jurídicas de nº 17 e 18 do Procurador-Geral da República - PGR, que versou sobre a problemática do controle judicial de políticas públicas que garantam a preservação do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, incluindo reforma, ampliação e construção de estabelecimentos prisionais, em caso de omissão dos entes estatais. Por fim, fez-se uma breve análise da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro, sinal de flagrante violação do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Políticas públicas, Estabelecimentos prisionais, Teses jurídicas, Dignidade da pessoa humana

**ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze the legal feasibility of the judiciary determine the Executive to carry out works in prisons; confronting the reservation of the theory of financially possible and the immediate applicability of explicit fundamental rights in the Constitution, and the latest understanding of our Constitutional Court on the subject. Thus, it was taken as a backdrop the extraordinary appeal object if 592 581 / RS - which resulted in the legal arguments of nos 17 and 18 of the Attorney General - PGR, which concerned about the problem of "judicial control policies public "to ensure the preservation of the fundamental right to physical and moral integrity of prisoners, including renovation, expansion and construction of prisons in the event of failure of state entities. Finally, there was a brief analysis of the structural crisis of the Brazilian prison system, sign flagrant violation of the supreme value of human dignity.

**Keywords:** Public policy, Prisons, Legal arguments, Human dignity

<sup>1</sup> Doutorada em Direito pela Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, (Brasil). Professora pela Universidade Federal de Sergipe, UFS, Sergipe, (Brasil). **E-mail:** dancacosta@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, UFS, Sergipe, (Brasil). Analista Judiciário do Ministério Público Federal em Sergipe - MPF/SE, (Brasil). **E-mail:** ercolis\_filipe@hotmail.com



## 1. INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Penal, enquanto ciência, não pode ser dissociado do espectro criminológico que apresenta o delito como fenômeno social. É mediante a compreensão dos aspectos criminológicos que se torna possível a implementação de políticas criminais públicas de prevenção e repressão do crime, em nome da pacificação social.

Uma análise histórica da atuação do sistema penal brasileiro permite afirmar que, em *terrae brasiliis*, “o braço punitivo do Estado sempre esteve a favor dos interesses das hegemonias conservadoras, (...) na medida em que o Direito Penal sempre foi considerado um importante instrumento para a gestão e o disciplinamento das classes populares” (WERMUTH, 2014, p. 422). Nesse sentido, o Sistema Penal seria mais um instrumento de manutenção das expectativas da classe historicamente hegemônica no Brasil.

A reação punitiva retributiva, por maior que seja sua intensidade, não põe fim à criminalidade. Por vezes, constitui-se em verdadeira violência travestida de legalidade, em uma genuína violação institucionalizada dos direitos humanos do acusado. A bem da verdade, o direito penal não traz uma resposta etiológica (causal) adequada às origens do conflito que culminam na prática do crime.

Não bastasse a aplicação errática e ineficiente da lei penal, e em que pese os comandos normativos constitucionais e da Lei de Execução Penal, é público e notório que o sistema penal brasileiro se encontra em plena falência e decadência, tanto no aspecto estrutural como na capacitação humana para tanto. Marcado por violência e ineficiência, o sistema carcerário brasileiro tem sido palco de reiteradas violações da dignidade inerente a todo ser humano. Nosso sistema penal, portanto, apresenta-se frágil e ineficiente quanto ao que se propõe, o que demanda, em caráter de urgência e relevância, a criação, fomento e implementação de políticas públicas capazes de operacionalizar eficazmente a redução da criminalidade e da violência e garantir, no mínimo, a manutenção da integridade, da dignidade e dos direitos dos cidadãos privados de liberdade.

Nesse sentido, aliás, no dia 13 de agosto do corrente ano, ao dar provimento ao Recurso Especial 592.581/RS, em sede de repercussão geral reconhecida, o Supremo



Tribunal Federal – STF, decidiu, por unanimidade, que o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo a realização de obras em presídios, salvaguardando, assim, a integridade moral e física dos detentos e conferindo maior efetividade possível ao comando jurídico-normativo constitucional que versa nesse norte.

O presente artigo intenciona, portanto, fazer uma reflexão sobre a possibilidade jurídica de o Poder Judiciário determinar adoção de políticas públicas que garantam a concreção do mínimo existencial do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, na hipótese de comprovada falta de condições mínimas de habitabilidade e salubridade em estabelecimento prisional.

O presente artigo busca traçar, ainda, uma breve análise da crise estrutural do sistema penitenciário brasileiro, pontuando as mazelas do sistema carcerário hodierno como sinal de flagrante violação do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Far-se-á, para tanto, uma contextualização da casuística da qual resultaram as teses jurídicas de nº 17 e 18<sup>3</sup> do Procurador-Geral da República, no bojo do Recurso extraordinário 592.581/RS, o qual versou sobre a problemática do “controle judicial de políticas públicas” que garantam a preservação do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, como reforma, ampliação e construção de estabelecimentos prisionais, em caso de omissão dos entes estatais.

Em seguida, será feita uma breve exposição da viabilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas que visam determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais, analisando-se o confronto direto com o princípio da reserva do possível e a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal.

---

<sup>3</sup> Após estudo aprofundado, é elaborado um enunciado padronizado que representa o entendimento do Procurador-Geral da República - PGR acerca de determinada tese jurídica, consubstanciando-se em uma tese jurídica do PGR. As teses jurídicas do PGR podem ser acessadas no site: <http://www.pgr.mpf.mp.br/>.

## 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RE 592.581/RS E AS TESES JURÍDICAS DE NSº 17 E 18 DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

O Recurso Extraordinário 592.581/RS foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de acórdão do Tribunal de Justiça Gaúcho que julgou improcedente Ação Civil Pública proposta pelo recorrente, a qual tinha como objetivo obrigar o Estado do Rio Grande do Sul a realizar obras de reforma geral do Albergue Estadual de Uruguaiana, necessárias à adequação do estabelecimento prisional a condições mínimas de habitabilidade e salubridade.

O acórdão recorrido desonerou o Estado do Rio Grande do Sul de realizar as obras em foco, ao argumento de que ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, sob pena de fazer as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração, bem como em razão de faltar aos Juízos, uma vez que estão situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.

Inconformado, o órgão ministerial interpôs o recurso extraordinário em comento alegando violação à dignidade dos presos, assegurada pelo art. 1º, III, e pelo art. 5º, XLIX, da Constituição da República, que prescrevem nestes termos, *verbis*:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Por ocasião da instrução processual, o Procurador-Geral da República - PGR pediu vista dos autos a fim de pronunciar-se acerca da questão constitucional, tendo em vista que a manifestação do Ministério Público é anterior ao reconhecimento da repercussão geral pelo Plenário virtual. Do parecer emanado do PGR, desse modo, resultou a elaboração das



teses jurídicas 17 e 18 do PGR, cristalizando o entendimento do chefe do Ministério Público da União – MPU, quanto ao presente imbróglio, nesse sentido:

TESE 17 CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 220. SISTEMA PRISIONAL. RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DIREITO FUNDAMENTAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. DEVER DE O ESTADO GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ESTATAL. DETERMINAÇÃO AO EXECUTIVO DE OBRAS EM ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS.

Detém legitimidade o poder judiciário para determinar adoção de políticas públicas que garantam intangibilidade do mínimo existencial do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, na hipótese de comprovação de falta de condições mínimas de habitabilidade e salubridade em estabelecimento prisional, pois é necessária a observância do direito de defesa do preso em não ser encarcerado em condições lesivas quando caracterizada a omissão estatal, sendo cabível a intervenção do poder judiciário para garantia de direitos fundamentais explícitos na constituição federal. (RE 592.581).

TESE 18 CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 220. SISTEMA PRISIONAL. RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DIREITO FUNDAMENTAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. RESERVA DO POSSÍVEL.

Não é cabível a aplicação da cláusula da reserva do possível na hipótese de resultar em negativa de vigência de núcleo essencial de direito fundamental, pois o estado deve garantir proteção do mínimo existencial do direito fundamental de respeito à integridade física e moral dos presos, núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direitos fundamentais. (re 592.581).

Em resumo, entendeu o PGR que é plenamente justificável a intervenção do Poder Judiciário, visto ser evidente que o núcleo essencial do direito fundamental dos presos ao respeito à integridade física e moral é objeto de crônica e continuada violação. Desse modo, caberia aos entes e órgãos estatais garantir eficácia mínima dos direitos fundamentais, em respeito à força normativa da Constituição e ao princípio da dignidade do ser humano.

### 3. O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA PRISIONAL COMO UM DIREITO DE DEFESA DO DETENTO

A premissa básica adotada no entendimento do Órgão Ministerial foi, basicamente, que o aperfeiçoamento do sistema prisional por meio de obras que garantam o mínimo de dignidade e preservem a integridade moral e física dos presos não se cuida de direito prestacional, de índole social, mas de direito negativo, de defesa, visto que apenas se aprimoram as condições sob as quais alguém é custodiado pelo Estado, por decisão deste.

Com clareza ímpar, o Procurador-Geral da República assinala:

Por definição, indivíduos presos são titulares de diminuta liberdade jurídica, mas nula de fato. Portanto, não faz sentido dizer que a melhora das condições materiais de estabelecimentos penitenciários se reconduz à categoria dos direitos sociais. Por meio do aperfeiçoamento do sistema prisional, não se aumenta nenhuma liberdade, mas apenas se aprimoram as condições sob as quais alguém é custodiado pelo Estado, por decisão deste. Logo, de direito social não se pode cuidar. Trata-se, antes, do direito de defesa dos detentos de não serem encarcerados em condições atentatórias a sua integridade moral e física. Tem-se aí, na verdade, curto raio de liberdade jurídica, a ser respeitado pela clássica omissão estatal, como é típico dos direitos clássicos de defesa: não ser preso em condições lesivas.

Para um melhor entendimento do pressuposto lógico-jurídico adotado na manifestação daquele que ocupa, por mandado constitucional, o posto mais elevado do Ministério Público da União - MPU, é preciso discorrer, ainda que brevemente, sobre a classificação doutrinária que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais.

Os direitos fundamentais, dotados que são de fundamentalidade, desempenham funções variadas na sociedade e na ordem jurídica. Tal funcionalidade multiforme reflete a efetividade desses direitos, bem como tem reflexo direto sobre classificações esposadas pela doutrina constitucionalista. O papel desempenhado pelos direitos fundamentais notabilizou algumas classificações doutrinárias, dentre elas: a teoria dos quatro *status* de Jellinek e, especificamente no que interessa ao presente escrito, mas não menos importante, aos direitos de defesa e aos direitos de prestação.



No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro *status* jurídicos em que o indivíduo pode encontrar-se perante o Estado. “Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza” (MENDES, 2010, p. 331).

Conforme a doutrina em destaque, o cidadão pode encontrar-se em face do Estado em quatro situações básicas: (i) *status subjectionis* ou status passivo; (ii) *status* negativo; (iii) *status* positivo ou *civitatis*; e (iv) *status* ativo. Com maestria, em obra conjunta com Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Govet Braco esclarece o sentido de cada posição jurídica em tela:

O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em *status subjectionis* ou status passivo.

A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerência dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”. Nesse caso cogita-se do *status* negativo.

Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo (*status civitatis*).

Jellinek cogita, ainda, de um quarto status, que denomina ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. O indivíduo exerce os direitos políticos. (MENDES, 2010, p. 331-332).

A partir dessa teoria, que foi refinada ao longo do tempo, haure-se a classificação de direitos fundamentais mais frequentemente assinalada – direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos).

Os primeiros são as liberdades públicas, demandando uma omissão dos Poderes Públicos. E mais: os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do



indivíduo e fundamentam a pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas, possuindo, dessa forma, nítido caráter negativo (MASSON, 2014, p. 179).

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, constituem:

Postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerações indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensa universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto [sic] e de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. (MENDES, 2010, p. 333).

Por sua vez, os direitos prestacionais consubstanciam uma pretensão a uma ação positiva do Estado. São, usualmente, denominados “direitos de bem-estar”, uma vez que pretendem ofertar os meios materiais imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais. Para tanto, exigem do Estado uma atuação positiva, um fazer, o que significa que sua realização depende da implementação de políticas públicas estatais.

Desse modo, vê-se que o traço característico dos direitos à prestação está em que se referem a uma exigência de prestação positiva e não de uma omissão. Exemplificativamente, pode-se afirmar que “na relação jurídica, ao direito prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou uma obrigação de dar” (MENDES, 2010, p. 335).

Aqui reside o ponto fulcral: embora a disposição contida na redação do art. 5º, inciso XLIV (“é assegurado aos presos respeito à integridade física e moral”) dificulte encarar o referido direito como um direito de defesa, pois que não determina uma abstenção do Estado, é assente que a norma jurídica não se confunde com seu enunciado.

Lembra o órgão ministerial em seu parecer que, no plano do direito nacional, o direito em foco já contava com previsão na Carta Constitucional de 1824, a qual não trazia em seu bojo a previsão de direitos sociais, preconizando em seu art. 179, inciso XXI, que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes”. Disso “resulta ser indiferente que o enunciado do inc. XLIX tenha sido concebido em termos positivos, em vez de negativos. Nem sempre um direito de defesa se expressa por meio de enunciado que imponha abstenções estatais; também pode resultar de proibições” (RE 592.581).





A premissa adotada pelo PGR no Recurso Extraordinário 592.581/RS, em seu parecer, diferiu do entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça gaúcho, o qual julgou improcedente ação civil pública proposta pelo recorrente, nos seguintes termos, decisão que ensejou a interposição, pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, do Recurso Especial *sub focu*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESIDIO. DESCABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. Preliminar: O pedido não é juridicamente impossível, porquanto não lhe veda expressamente a ordem jurídica. Mérito: O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais.

É que diversa a carga de eficácia quando se trata de direito fundamental prestacional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental.

Aqui o ponto: saber se a obrigação imposta ao Estado atende norma constitucional programática, ou norma de natureza impositiva.

Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição autoexecutável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público. Para além disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada “reserva do possível”. Pois a “reserva do possível”, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada.

Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração. Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou



financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos. Preliminar rejeitada. Apelo provido. Unânime.

Em arremate e, em suma-síntese, “o direito a não ser submetido a situações atentatórias à integridade física e moral em estabelecimentos penais tem estrutura aproximada ao direito a não ser preso por motivo arbitrário, de que, aliás, constitui desdobramento humanitário” (RE 592.581).

Como consequência irremediável desse entendimento resulta não ser oponível, *in casu*, a aplicação da cláusula da reserva do financeiramente possível, pois que isso resultaria em inaceitável “negativa de vigência de núcleo essencial de direito fundamental” (RE 592.581).

Logo, adotado o pressuposto hermenêutico jurídico de que o direito insculpido no artigo 5º, inciso XLIV, é um direito fundamental de defesa, não só é possível, mas também é inteiramente recomendável a intervenção proativa do Poder Judiciário no sentido de determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais, com vistas a salvaguardar núcleo essencial de direito dotado de fundamentalidade formal e material e, na maior medida possível, atenuar a crise penitenciária que assola o Brasil.

#### **4. DA POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Se o campo das políticas públicas está historicamente relacionado com a noção de discricionariedade administrativa, é certo que os dias atuais agravaram a distância entre as expectativas da sociedade, que convivem com o aumento da demanda por prestações públicas, e a efetiva resposta da administração pública por meio da aplicação de recursos públicos<sup>4</sup>.

O administrador define políticas públicas quando elabora seu orçamento anual. Ciente de todas as carências que administra nas mais diversas áreas como a educação, saúde, transporte, lazer, dentre outros, deve o administrador fazer escolhas para melhor investir recursos públicos. A “escolha ótima” exigível da administração certamente não será



a de deixar pessoas sem saneamento básico, crianças sem escola, sociedade desguarnecida de serviços de saúde, enquanto destina os recursos à construção de sofisticados prédios para o funcionamento da máquina administrativa ou investe em propaganda, ainda que institucional (SARMENTO, 2009, p. 09).

Discricionariedade não pode ser pretexto para a ineficiência da administração pública e para a sonegação de direitos fundamentais como a realização de obras em estabelecimentos prisionais com a finalidade de salvaguardar a integridade física e moral dos detentos.

Observe-se que o campo da discricionariedade administrativa, no âmbito dos estudos jurídicos, sofreu grandes mutações nos últimos anos. Houve mudanças significativas do entendimento da doutrina e da jurisprudência, tanto estrangeira quanto nacional, acerca do controle da discricionariedade administrativa por parte do poder judiciário (SARLET, 2010, p. 12-13).

Quanto à exigibilidade dos direitos coletivos ante a abulia política do Executivo, o eterno e notável jurista transnacional Norberto Bobbio preleciona de forma assaz esclarecedora nos seguintes termos, *verbis*:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados ‘sine die’, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de ‘direito’? (1992, p. 77-78).

---

<sup>4</sup> Para o estudo mais aprofundado acerca da reserva do possível, dos limites orçamentários e da concretização dos direitos fundamentais, pode-se consultar, dentre outros: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



Por tanto é possível que o Poder Judiciário interfira em casos concretos determinando a execução de políticas públicas à administração pública quando sua ação ou omissão põe em grave risco direitos fundamentais. Ainda que não se configurasse a assunção explícita do compromisso de execução de referida política pública, cumpre asseverar que a implementação de políticas públicas mediante atuação jurisdicional não pode e nem representa afronta ao princípio basilar de separação de poderes estatuído no artigo 2º da Constituição Federal, antes o realiza, em um clarividente sistema de “pesos e contrapesos” de medidas, tal como previsto, exasperadamente, por todo arcabouço constitucional.

Com efeito, mesmo diante da independência e harmonia dos poderes (artigo 2º da Constituição Federal), estes não estão livres de todos os modos de controle. O controle da Administração Pública é tema versado em qualquer compêndio de Direito Administrativo, sendo amplamente debatido em decisões judiciais e exercido de três formas: pela própria administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados na Constituição.

Destarte, por qualquer ângulo que se examine a questão não há como olvidar a obrigação do Poder Público de implementar tais políticas, bem como a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Vale notar, por conseguinte, que uma eventual impossibilidade de atuação jurisdicional no caso vertente traduzir-se-ia em verdadeira legitimação da violação do direito fundamental a integridade física e moral dos presos. Máxime levando-se em conta que a gravidade dos fatos se dá em virtude de notória omissão dos Poderes Públicos. A indispensabilidade da intervenção judicial nessas hipóteses decorre diretamente do princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional, em estrita consonância com a ideia de força normativa da Constituição.

Cumprido lembrar que a moderna concepção do direito fundamental à Inafastabilidade da Jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) assegura não só o acesso à Justiça, mas também o direito a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada. Sobre o tema, vale conhecer preciosa lição de Luiz Guilherme Marinoni, *verbis*:



(...) o direito à tutela jurisdicional não só requer a consideração dos direitos de participação e de edição de técnicas processuais adequadas, como se dirige à obtenção de uma prestação do juiz. Essa prestação do juiz, assim como a lei, também pode significar, em alguns casos, concretização do dever de proteção do Estado em face dos direitos fundamentais. A diferença é que a lei é resposta abstrata do legislador, ao passo que a decisão é resposta do juiz diante do caso concreto. Ou seja, há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção. Mas o Estado-Juiz também possui dever de proteção, que realiza no momento em que profere a sua decisão a respeito dos direitos fundamentais (2007, p. 26).

Assim, detém legitimidade o Poder Judiciário para determinar adoção de políticas públicas que garantam intangibilidade do mínimo existencial do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, na hipótese de comprovação de falta de condições mínimas de habitabilidade e salubridade em estabelecimento prisional, pois é necessária a observância do direito de defesa do preso em não ser encarcerado em condições lesivas quando caracterizada a omissão estatal, sendo cabível a intervenção do Poder Judiciário para garantia de direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal.

## **5. A CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O VALOR SUPREMO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Antes de tecer considerações sobre o inegável estado de crise estrutural do sistema presidiário brasileiro, o que demanda uma atuação proativa do Judiciário pátrio, faz-se necessária uma rápida incursão sobre o instituto da execução penal. A doutrina e a jurisprudência não são unânimes quanto a natureza da execução penal, apontando, em sentido oposto, divergências reinantes acerca da temática.

Nesse sentido, entende-se que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo, participando dessa atividade dois Poderes estaduais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais (GRINOVER, 2004, p.7).



Segundo escólio da lavra de NOGUEIRA (1996, p.5-6) “a execução é de natureza mista, complexa e eclética”, no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual, enquanto outras pertencem ao direito administrativo.

Para Julio Fabbrini Mirabete:

[...] a natureza jurídica da execução penal não se confina no terreno do direito administrativo e a matéria é regulada à luz de outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito penal e o direito processual penal. Há uma parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução. (2007, p. 20).

No entanto, as disfuncionalidades do processo penal de execução gera um “sistema em que a prisionização modela valores e interesses opostos àqueles cuja ofensa determinou a condenação” (MIRABETE, 2007, p. 27), o que ocasiona uma inelutável crise da execução penal, a qual, por sua vez, demanda uma urgente necessidade de elaboração de uma política criminal que vise reduzir os índices alarmantes da criminalidade violenta.

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, portanto, não apenas punir, mas também humanizar (MARCÃO, 2010, p. 31-32), o que está diretamente correlacionado ao primado do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pontue-se que apesar de a segregação social provocada pelo cárcere ser incompatível com o ideal normativo ressocializador, esta não furta o Estado de sua obrigação legal e constitucional de reinserir o agente que praticou o delito novamente no seio social.

Já não bastam as consequências da condenação e os direitos atingidos pela sentença<sup>5</sup>, o preso tem, diuturnamente, sua dignidade tolhida. Assevere-se, no entanto, que a integridade física e moral do preso, como sinônimos de dignidade que são, não é atingida pela sentença penal condenatória<sup>6</sup>.

A consagração da dignidade implica em considerar o homem como centro do universo social e jurídico. Esse reconhecimento abrange todos os seres humanos,



considerando-os individualmente, de modo que a projeção dos efeitos da ordem jurídica, não há de se manifestar, a princípio, ante a duas ou mais pessoas.

<sup>5</sup> Podemos citar, exemplificativamente: *a.* Lançamento do nome do réu no rol dos culpados (art. 393, II, do CPP), providência que após a Constituição Federal de 1988, por imposição do art. 5º, LVII, só é possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; *b.* Prisão do réu (cf. Art. 393, inc. I, do CPP, arts. 321 e s., e 594, do mesmo *Codex*); *c.* Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, do CP e art. 63, do CPP); *d.* Perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa fé: dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, alínea “a”, do CPP); do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso (art. 91, II, alínea “b”, do CP); *e.* Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I, do CP); a incapacidade para o exercício do prático poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP); a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para prática de crime doloso (art. 92, III, do CP); *f.* Constitui obstáculo à naturalização do condenado (art. 12, II, alínea “b”, da CF); *g.* Suspensão dos direitos políticos enquanto perdurar os efeitos (art. 15, III, da CF); *g.* Induz reincidência (art. 63, do CP); *h.* Formação de título para execução de pena ou, no caso de semi-imputabilidade, medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial ou internação (arts. 105 e 171, da LEP).

<sup>6</sup> Aliás, muitos outros direitos não são. Cite-se, nesse rol, exemplificativamente: *a.* Inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prioridade, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, *caput*, da CF); *b.* De igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (art. 5º, I, da CF); *c.* De sujeição ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); *d.* De integridade física e moral, não podendo ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III e XLIX, da CF; Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997); *e.* Liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV, da CF; Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, alterada pela Lei nº 7.300, de 27 de março de 1985); *f.* Direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V, da CF; Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, alterada pela Lei nº 300 de 27 de março de 1985); *g.* Liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, da CF); *h.* De não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII, da CF); *i.* Expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX, da CF); *j.* Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X, da CF); *k.* Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII, da CF); *l.* Plenitude da liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar (art. 5º, XVII, da CF); *m.* O direito de propriedade (material ou imaterial), ainda que privado, temporariamente, do exercício de alguns dos direitos a ela inerentes (art. 5º, XXII, da CF); *n.* O direito de herança (art. 5º, XXX, da CF); *o.* O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, e obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situação de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, alíneas “a” e “b”, da CF); *p.* Direito a individualização da pena (art. 5º XLVI, da CF); *q.* Ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, da CF); *r.* Relacionados ao processo penal em sentido amplo (art. 5º, LIII a LVIII, entre outros, todos da CF); *s.* Direito de impetrar *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas data* (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXXI e LXXII, da CF), com gratuidade (art. 5º, LXXVII, da CF); *t.* À assistência jurídica integral gratuita, desde que comprove insuficiência de recursos (art. 5º LXXIV, da CF); *u.* Indenização por erro judiciário, ou se ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, da CF).



Daí importar na consequência de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne na elaboração da regra de direito (igualdade na lei), quanto em relação a sua aplicação (igualdade perante a lei).

A interferência do princípio da dignidade da pessoa humana requer reverência à igualdade entre os homens, uma vez que a titularidade deste direito se estende a todos aqueles que se encontrem vinculados à ordem jurídica brasileira; impede a consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal e execução penal; e sempre demanda um patamar existencial mínimo.

Diante do crescimento da criminalidade, questionar a dignidade do apenado, talvez cause repulsa a uma sociedade sobressaltada, constituída de famílias amedrontadas por ataques criminosos, de pessoas que já sofreram algum tipo de violência ou mesmo um de seus familiares. Porém, o nosso propósito é mostrar a esta sociedade e as autoridades responsáveis pela custódia do preso de que é preciso tratá-lo, ainda que seja de forma desigual aos “homens de bem”, mas de maneira que o tratamento a ele dispensado não modifique a sua condição humana, não o despoje de seus direitos em razão do cumprimento de uma sentença condenatória.

Como preleciona Mirabete:

O tratamento degradante só ajudará a embrutecê-lo contribuindo, para que ao sair do cárcere retorne em condições piores, trazendo mais mal a todos nós, pois, não havendo prisão perpétua a pena de morte em nosso país, todos os que se encontram cumprindo pena, retornarão a conviver entre nós, e repito, muito pior do que antes. Porém em plena época de redemocratização, onde o país assegura em sua Carta Magna os direitos fundamentais da pessoa humana, presenciemos todos os tipos de arbítrio contra a pessoa do prisioneiro. (2007, p. 135).

Dignidade do homem e direitos humanos não são contrapontos de sistema penal. É um equívoco colocar, como se tem feito, o paradigma humanitário como inimigo da persecução punitiva, já que essa função do Estado pode se realizar plenamente, e alcançar sua finalidade, sem ofensa aos valores jurídico-políticos máximos, que, na realidade são seus fundamentos.





## 6. CONCLUSÃO

A crise do sistema penitenciário é uma realidade diária e chocante. Os servidores públicos, independentemente da hierarquia funcional, são mal remunerados; não há equipamentos adequados às necessidades do trabalho; não há verbas para pesquisa; não há programas e muito menos apoio de pesquisa acadêmica que vise melhorar o funcionamento do sistema. O quadro de carências e anomia é até mesmo surreal.

O rádio, a televisão, os jornais e as revistas têm mostrado que em todas as rebeliões de presos existem duas denúncias absolutamente iguais: a superlotação dos cárceres e a violação de direitos fundamentais. A crise carcerária constitui um antigo problema penal e penitenciário, com acentuado cariz criminológico. Ela é determinada, basicamente, pela carência de estruturas humanas e materiais.

Sem sombras de dúvidas, deve-se investir na humanização, na melhoria do sistema prisional, como exigência do Estado de Direito, mesmo porque, não se justifica que ao cumprimento da pena, seja acrescentado um sofrimento a mais, não previsto em lei, a degradação do ser humano.

É nesse contexto que se insere o traço característico do Recurso Extraordinário 592.581/RS, do qual resultaram as sobreditas Teses Jurídicas do PGR, ao considerar que o direito insculpido no artigo 5º, inciso XLIV, é um direito fundamental de defesa, o que autoriza a intervenção proativa do Poder Judiciário no sentido de determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais, com vistas a salvaguardar núcleo essencial de direito dotado de fundamentalidade formal e material e, na maior medida possível, atenuar a crise penitenciária que assola o Brasil.

Desse modo, entendeu o PGR que o Poder Judiciário detém legitimidade para determinar adoção de políticas públicas que garantam intangibilidade do mínimo existencial do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, na hipótese de comprovação de falta de condições mínimas de habitabilidade e salubridade em estabelecimento prisional, pois é necessária a observância do direito de defesa do preso em não ser encarcerado em condições lesivas quando caracterizada a omissão estatal, sendo



cabível a intervenção do Poder Judiciário para garantia de direitos fundamentais explícitos na Constituição Federal. (Tese 17).

E mais: entendeu não ser cabível a aplicação da cláusula da reserva do possível na hipótese de resultar em negativa de vigência de núcleo essencial de direito fundamental, pois o Estado deve garantir proteção do mínimo existencial do direito fundamental de respeito à integridade física e moral dos presos, núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direitos fundamentais (Tese 18).

Por fim, no dia 13 de agosto de 2015, referendando o entendimento do PGR consubstancia- do nas teses jurídicas em destaque, o STF, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial 592.581/RS, em sede de repercussão geral, pois entendeu que é lícito ao Judiciário determinar ao Executivo que realize obras emergenciais para garantir a dignidade e o respeito à integridade física dos presos<sup>7</sup>.

Em seu voto, o presidente da Corte fez um relato da situação das penitenciárias brasileiras, que encarceram atualmente mais de 600 mil detentos, revelando situações subumanas, violadoras do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, além de revoltas, conflitos, estupros e até homicídios, incluindo casos de decapitação. No caso do Albergue de Uruguaiana, discutido no recurso em julgamento, o presidente revelou que um preso chegou a morrer eletrocutado, em consequência das péssimas condições do estabelecimento. O próprio TJ-RS, lembrou o ministro, apesar de reformar a decisão do juiz de primeiro grau, reconheceu a situação degradante dos presos.

Com efeito, conforme noticiado no site oficial do STF, o Plenário acompanhou a proposta de tese de repercussão geral apresentada pelo relator. Restou consignado que “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 artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes<sup>8</sup>”.



<sup>7</sup> Informação disponível no site: [stf.jus.br/](http://stf.jus.br/)

<sup>8</sup> Idem.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 8a ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. Vol. 1. 2ª ed. – Bahia: *Juspodivm*, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 10. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 15ª edição. São Paulo, Atlas, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. ampl. e atual – *Juspodivm*, 2014.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentário à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang



(Org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. STF, Notícias. **Judiciário pode impor realização de obras em presídios para garantir direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>> Acesso em 15 de agosto de 2015.