



A ATUAL POSTURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PERANTE A CRISE PENITENCIÁRIA NACIONAL

THE CURRENT ROLE OF THE SUPREME FEDERAL COURT AGAINST THE
NATIONAL PENITENTIARY CRISIS

SILVA JUNIOR, Luis Otavio Sales da

Resumo

O presente artigo examina as principais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos relacionadas à proteção dos direitos fundamentais dos presos. O estudo, pautado nos métodos científicos dedutivo e indutivo, aborda a atuação jurisprudencial do Judiciário em face da crise penitenciária nacional e a legitimidade de sua intervenção para o controle e o implemento de políticas públicas a cargo do Poder Executivo, considerando, em especial, as perspectivas da dignidade da pessoa humana, da garantia ao mínimo existencial e do princípio da separação dos poderes. Contextualiza-se o tema com notícias de episódios recentes de chacinas em presídios e com dados sobre a atual situação carcerária brasileira.

Palavras-Chave: Crise penitenciária; Supremo Tribunal Federal; direitos fundamentais dos presos; mínimo existencial; ressocialização, ativismo judicial, princípio da separação de poderes.

Abstract

This article examines the main decisions handed down by the Federal Supreme Court in recent years related to the protection of prisoners' fundamental rights. The study, based on deductive and inductive scientific methods, deals with the Judiciary's case law action in the face of the national prison crisis and the legitimacy of its intervention for the control and implementation of public policies in charge of the Executive power, considering, in particular, the perspectives of the dignity of the human person, guarantee to existential minimum and the principle of the separation of powers. The topic is contextualized with news of recent episodes of slaughters in prisons and with data on the current Brazilian prison situation.

Keywords: Penitentiary crisis; Federal Supreme Court; fundamental rights of prisoners; minimum existential; resocialization, judicial activism, principle of separation of powers.

Sumário

1 Introdução; 2 Condições gerais do sistema penitenciário brasileiro; 2.1 A permanente violação dos direitos constitucionais dos presos; 3 O papel do Supremo Tribunal Federal perante a crise penitenciária; 3.1 Recurso Extraordinário nº 592581; 3.2 Cautelar na ADPF Nº 347; 4 O controle jurídico-normativo pelo Judiciário de políticas públicas penitenciárias; 5 Considerações finais; 6 Referências.

INTRODUÇÃO

Quando estouram episódios de massacre no sistema prisional brasileiro, a crise atávica das prisões entra novamente em pauta. Embora as carnificinas mais bárbaras em presídios sejam precedidas de movimentos suspeitos das facções criminosas, geralmente detectados tanto por órgãos de investigação como pelos departamentos responsáveis pelo diagnóstico e fiscalização dos estabelecimentos prisionais, a letargia do Poder Público na prevenção desses confrontos e seu desinteresse por políticas públicas voltadas à população carcerária somente aprofundam a tragédia penitenciária, que acomete a história brasileira pelo menos desde a primeira Constituição, de 1824, que já buscava enfrentar o problema ao prever: “as cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza dos seus crimes. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis”. Conforme se descreve na obra *História das prisões no Brasil*, as primeiras prisões brasileiras já nasceram “tortas e quebradas”.¹

Winston Churchill, em meados de 1910, quando ocupava um cargo ministerial responsável pela segurança da Inglaterra, vaticinou: “a moderação e o estado de espírito do povo quanto ao tratamento dado ao crime e aos criminosos são uma das provas mais irrefutáveis da civilidade de uma nação”². Embora fosse suficiente abordar a questão carcerária apenas sob um enfoque humanista, não é menos relevante a perspectiva utilitarista assentada na premissa de que as iniquidades prisionais do Brasil contribuem para levar ao paroxismo a violência. É intuitivo que prisões abjetas resultam em transtorno à vida das pessoas em liberdade. As guerras travadas pelas facções criminosas nos presídios alcançam invariavelmente as ruas, como se constata pelas alarmantes estatísticas de reincidência e de mortes violentas no Brasil. Com um tal “estado de coisas inconstitucional” cultivado por décadas sob incorrigível negligência estatal, o abismo entre a declaração formal da lei e a realidade

¹ MAIA, Clarissa Nunes et al (org.). **História das prisões no Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 9.

² LEITÃO, Leslie. Chegou a conta da barbárie. **Revista Veja**, São Paulo, 2512, ano 50/nº 2, p. 48-49, jan. 2017. p. 48.

experimentada se perpetua, reclamando das autoridades uma postura mais firme e comprometida.

Com base em um levantamento de causas paradigmáticas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos três anos, cabe analisar o papel atual do Judiciário perante o quadro penitenciário nacional degradante, e em que medida uma postura mais ativa e assertiva do órgão de jurisdição constitucional pode tirar da inércia o Poder Público (nas suas esferas municipal, estadual e federal) para superação – ainda que paulatina – da dramática realidade prisional brasileira.

O método de abordagem é dedutivo, dialético e crítico, e envolve pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e levantamento de dados.

CONDIÇÕES GERAIS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Ao tempo da elaboração deste artigo, liam-se nos jornais notícias estarrecedoras de chacinas bestiais ocorridas em Manaus/AM, no primeiro dia de 2017, em que 56 detentos do Complexo Penitenciário Anísio Jobim – Compaj foram assinados por outros presos e, quatro dias após, em Boa Vista/RR, quando 33 presos foram mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo – Pamc, fruto de disputas entre organizações criminosas rivais.³ E no dia 15 de janeiro deste ano, no rescaldo das duas selvagerias anteriores, noticiava-se o massacre mais violento ocorrido no Rio Grande do Norte, na Penitenciária Estadual de Alcaçuz (região metropolitana de Natal), com a morte de pelo menos 26 pessoas carbonizadas, esquartejadas ou decapitadas.⁴

O ocorrido reascendeu discussões sobre o problema dos presídios, havendo quem se indignasse, quem sugerisse caminhos democráticos e ainda quem defendesse a barbárie com a sugestão de omissão solene do Estado (estes, talvez, inconscientemente ancorados em uma leitura deturpada do

³ Massacre de presos em RR é o terceiro maior da história do país. **Veja On-line**, São Paulo, 6 jan. 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/massacre-de-presos-em-rr-e-o-terceiro-maior-da-historia-do-pais/>>. Acesso em: 18.01.2017.

⁴ Ao menos 26 morrem na mais violenta rebelião do RN. **Veja On-line**, São Paulo, 15 jan. 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/brasil/lideres-da-rebeliao-no-rn-sao-ligados-ao-pcc/>>. Acesso em: 18.01.2017.

utilitarismo de Bentham⁵, sob a premissa de que não haveria benefício social algum em despesar recursos públicos com presos – embora até do ponto de vista pragmático seja possível defender a humanização das prisões, ante a relação direta existente entre cárcere, reincidência e violência).

Sem entrar no mérito das razões subjacentes aos conflitos sangrentos travados intramuros entre as facções criminosas (relacionadas, no mais das vezes, ao controle do mercado de entorpecentes e à disputa por poder no crime organizado), cujo impacto é inegável sobre as políticas estatais para manutenção da ordem e da segurança pública fora dos estabelecimentos prisionais, o presente artigo problematiza a realidade do cárcere desde uma perspectiva jurídica, à luz das previsões constitucionais e infraconstitucionais próprias do Estado de Direito, reafirmadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF em casos recentes.

O sistema prisional nacional há muito não suporta o total de condenados encarcerados e seu colapso é uma tragédia para a qual não houve falta de anúncio. A superlotação carcerária encabeça o rosário de males penitenciários e responde em grande medida pelo vergonhoso ambiente em que vicejam condições precárias e sub-humanas, das quais as mais comuns são “falta de espaço, de higiene, doenças em série, profissionais mal treinados e corrupção”.⁶ É intuitivo que o estado de total falência do cárcere implique na anulação do objetivo primordial da execução penal de reabilitação social. O Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.581, a seguir analisado, afirmou que “se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela um assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio com as declarações formais de direitos”.⁷

⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**; trad. De Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 21 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. pp. 48-49.

⁶ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cidadania nos Presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 05.01.2017.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016. (voto Min. Celso de Mello).

Segundo informações divulgadas pelo Ministério da Justiça no final de 2014, o Brasil, com seus mais de 700.000 presos, tem a terceira maior população carcerária do mundo em termos absolutos (desde que computadas as prisões domiciliares), atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões) e da China (1,6 milhão)⁸. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, divulgados naquele ano, revelam que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos, alcançando o total de 711.463 detidos no ano da publicação do estudo (a população, em contrapartida, aumentou apenas 36% no mesmo período). O preocupante aumento permanente da população carcerária (em torno de 7% ao ano, aproximadamente⁹) é agravado pelo déficit de vagas no sistema, estimado no ano de 2014 em 354.244.¹⁰ Ocorre que nem mesmo com um alto índice de encarceramento o problema de violência é mitigado. Ao contrário, “o cárcere tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, por vezes, serve de combustível para facções criminosas”, conforme registrara o relatório do Infopen de 2014, que ainda vaticinou: “o encarceramento é o grande bálsamo para os males da segurança pública.”¹¹ O Conselho Nacional de Justiça – CNJ apregoa, aliás, que o modelo prisional brasileiro “alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma ambiência degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão.”¹² A realidade brutal, desumana e atentatória aos mais elementares valores

⁸ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cidadania nos Presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 05.01.2017.

⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 05.01.2017.

¹⁰ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso em: 05.01.2017.

¹¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 05.01.2017.

¹² BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cidadania nos presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em 05.01.2017.

democráticos perpetua a crise do sistema carcerário, cujo paroxismo se evidencia pelas chacinas estúpidas de que se tem notícia.

A Permanente Violação dos Direitos Constitucionais dos Presos

Não é novidade que o fundamento da dignidade da pessoa humana constitua o referencial central do ordenamento constitucional, nem há grande divergência de que os direitos fundamentais (incluídos os sociais) têm aplicabilidade imediata para promoção de seu conteúdo mínimo (CF, art. 5º, §1º). Na lição de Sarlet, o Estado Democrático de Direito “genuíno é necessariamente um Estado ‘amigo’ e não detrator de direitos fundamentais”.¹³ Tem ele, assim, compromisso permanente e irrevogável com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais de todas as pessoas. Enfim, a proteção à integridade da pessoa e ao seu patrimônio contra agressões injustas é imanente ao que se comprehende por Estado Democrático de Direito.

O “excesso de execução” da pena privativa de liberdade não só macula a legalidade, considerando que a legitimidade das penas corporais depende da observância irrestrita a esse princípio, como nega a própria dignidade humana dos condenados, fundamento maior da República (CF/88, art. 1º, III). Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, Relator no Recurso Extraordinário 641.320, abaixo examinado: “Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos”.¹⁴

A violação generalizada dos direitos fundamentais das pessoas presas (que retrata não uma exceção, mas uma regra cotidiana) escancara o descaso histórico e a mora perversa do Poder Público em tornar efetivo o projeto

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 579.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 641320. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, DJe 29.07.2016.

constitucional dirigido a todos, indistintamente, inclusive à população carcerária. Embora sob sua custódia, o Estado brasileiro não fornece condições carcerárias aos detentos compatíveis com padrões mínimos de humanidade e de civilidade, em situação de constante desrespeito à lei e de perpetuação do quadro calamitoso dos presídios. Conforme informou o Ministro Ricardo Lewandowski, no Recurso Extraordinário 592.581, analisado com mais atenção no próximo capítulo:

Abundam relatos de detentos confinados em contêineres expostos ao sol, sem instalações sanitárias; de celas previstas para um determinado número de ocupantes nas quais se instalaram diversos “andares” de redes para comportar o dobro ou o triplo da lotação prevista; de total promiscuidade entre custodiados primários e reincidentes e, ainda, entre presos provisórios e condenados definitivamente; de rebeliões em que agentes penitenciários e internos são feridos ou assassinados com inusitada crueldade, não raro mediante decapitações.¹⁵

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto na ADPF 347 MC, apontou as seguintes iniquidades típicas do sistema prisional brasileiro:

[...] superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.¹⁶

Esse panorama bestial implica em violação a diversas normas constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (art. 5º, III); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (art. 5º, XLIX); o direito à

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016. (voto do relator, p. 5).

assistência judiciária (art. 5º, LXXIV) e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º). Há também normas de natureza supralegal malferidas: o art. 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); arts. 7 e 10 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e o art. 5 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969); e normas infraconstitucionais, como os arts. 3º, 40 e 85, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP), que, em suma, tratam da preservação dos direitos não atingidos pela sentença e pela lei, proteção da integridade física e moral do preso e previsão de estabelecimentos prisionais com lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Em um tal cenário calamitoso e sem qualquer perspectiva de melhora, é inevitável que o Judiciário seja chamado a “aplicar diretamente as normas constitucionais, delas extraíndo mesmo sem lei os seus efeitos jurídicos e outorgando-lhes máxima efetividade”, como anota Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais.¹⁷

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À CRISE PENITENCIÁRIA

Nos anos últimos três anos, o Supremo Tribunal Federal – STF se ocupou em processos distintos e sob diferentes e matizados aspectos do grave problema do sistema carcerário brasileiro segundo a disciplina da repercussão geral que, como se sabe, consiste em um limitador recursal concebido para reconduzir a Suprema Corte “à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação – na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação”.¹⁸ Pela repercussão geral, afinal, as causas com controvérsia idêntica recebem igual tratamento pelos Tribunais inferiores, alcançando-se a uniformização da jurisprudência de casos relevantes sob os aspectos econômico, político ou social, que ultrapassem os interesses

¹⁷ SARLET, 2006, p. 583.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante**, Reforma do Judiciário (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 374.

subjetivos da causa¹⁹. Trata-se, então, de uma sistemática que baliza as decisões dos Tribunais inferiores e aumenta a autoridade jurisprudencial do Supremo, evitando o que parte da doutrina denomina “dispersão jurisprudencial”.²⁰

Ao julgar o Recurso Extraordinário 641320, que representou a repercussão geral do tema 423, o STF aprovou a Súmula Vinculante 56, direcionada ao Poder Judiciário, para disciplinar a alocação de presos em caso de falta de vagas em estabelecimentos prisionais.²¹ A manutenção de condenado em regime mais gravoso do que imposto na sentença caracteriza “excesso de execução”. Assim, vedou-se a custódia de presos condenados nos regimes semiaberto e aberto em locais reservados a presos em regime fechado e provisórios. Em consequência, determinou-se aos juízes de execução penal que, em havendo falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto, antecipem a saída de sentenciados prestes a progredir em favor de quem deva ainda entrar nesses regimes. Ou seja, quem já cumpriu boa parte da pena no regime que lhe foi imposto ou para o qual progrediu, deve ceder espaço a quem nele entrará. Para tanto, fixaram-se alguns critérios. Caso se determine a saída antecipada de apenado em regime semiaberto, a concessão da liberdade será eletronicamente monitorada; caso a saída antecipada seja concedida a condenado em regime aberto, a pena remanescente será convertida em restritiva de direitos e/ou estudo.

Além disso, haja vista haver pouquíssimas colônias agrícolas e industriais (regime semiaberto) e casas de albergado (regime aberto) no país, o STF decidiu também que os juízes da execução penal têm competência para avaliar, conforme o caso concreto, a adequação de estabelecimentos similares para a execução da pena em tais regimes. E, buscando tornar efetivas as teses mencionadas, o Tribunal Constitucional determinou ainda que o CNJ

¹⁹ ARRUDA ALVIM, J. M. **A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral**, Reforma do Judiciário (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 63

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 276.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 641320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, DJe 29.07.2016.

apresentasse: a) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; b) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; c) relatório com projeto para expansão do Programa Começar de Novo e adoção de outras medidas buscando o incremento da oferta de estudo e de trabalho aos condenados; b) projeto para aumento do número de vagas nos regimes semiaberto e aberto.

Na repercussão geral do tema 592, representada pelo Recurso Extraordinário 841526²², o STF fixou a tese de que caso o Estado não observe seu dever específico de proteção respeito à integridade física e moral dos presos (CF, art. 5º, XLIX), é então objetivamente responsável pela morte de detento ocorrida no ambiente penitenciário, inclusive a título de omissão, devendo indenizar a família do presidiário falecido, ante o disposto no art. 37, §6º, da CF/88. Ao assentar a responsabilidade objetiva do Estado, a Corte Suprema acolheu a teoria do risco administrativo, que embora dispense a análise da culpa da Administração, admite a alegação de excludentes de responsabilidade como caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiro, ao contrário da teoria do risco integral, conforme lições de Hely Lopes Meirelles²³ e Carlos Roberto Gonçalves²⁴.

Por sua vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5170, ainda em trâmite, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB pede interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do Código Civil relativos à responsabilidade civil do Estado (arts. 43, 186 e 927, *caput* e parágrafo único) para que se reconheça a violação de direitos fundamentais dos detentos submetidos a condições sub-humanas, insalubres, degradantes ou de

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, DJe 29.07.2016.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 563.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 171.

superlotação, além do dever de indenizar a título de danos extrapatrimoniais.²⁵ Segundo a OAB, não pode prevalecer o entendimento fixado no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual “não se pode pagar indenização a detento mantido em condições indignas, pois isto ensejaria a retirada de recursos para melhoria do sistema, o que agravaría ainda mais a situação dos próprios presos”²⁶. Argumenta a entidade que, na verdade, nem os presos são indenizados nem os presídios construídos. O julgamento desse caso ainda não foi iniciado, mas a Ministra Relatora Rosa Weber determinou a aplicação do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 para que a ação seja julgada pelo Plenário diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar.

Não obstante o impacto dessas decisões para a promoção de mudanças no cenário prisional, há três casos dignos de menção mais atenta por já terem sido julgados e por revelarem simbolicamente a tensão entre os Poderes decorrente da intervenção do Judiciário para o controle jurídico-normativo de políticas públicas a cargo do Executivo.

Recurso Extraordinário Nº 592581

Na sessão do dia 13 de agosto de 2015, ao analisar a repercussão geral do tema 220 representada pelo Recurso Extraordinário 592581, a Corte Suprema estabeleceu, por unanimidade, 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.²⁷

²⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Andamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4655662>>. Acesso em: 12.01.2017.

²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788>>. Acesso em: 10.05.2017.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016.

Assentou-se, portanto, que o Judiciário tem legitimidade para ordenar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir a integridade física e moral, o princípio da dignidade e os direitos fundamentais dos presos, haja vista a precariedade generalizada dos estabelecimentos prisionais pátrios. O Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, afirmou que o Poder Judiciário deve “fazer jus às elevadas competências que a Constituição lhe outorga”, assumindo, assim, “o *status* de um Poder do Estado, sobretudo quando os demais Poderes - sobretudo o Poder Executivo, com todo o respeito - estão absolutamente omissos no que diz respeito à questão dos presídios”.²⁸

Afastaram-se as objeções de ingerência indevida de um Poder sobre o outro e da reserva do possível. Consignou-se que a centralidade da dignidade da pessoa humana autoriza a intervenção judicial para assegurar seu conteúdo mínimo, inclusive por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que “impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário”.²⁹ Arrimou-se a decisão também na eficácia plena dos direitos fundamentais, “cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário”.³⁰ Conforme o Relator:

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.³¹

Refira-se, em complemento, a distinção trazida por Virgílio Afonso da Silva entre as noções de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º). Enquanto a eficácia diz respeito à incidência potencial dessas normas (“aptidão para produzir efeitos”), a aplicabilidade pressupõe “conexão entre fatos e normas” para a produção de efeitos no caso concreto,

²⁸ Ibid., p. 2 (antecipação do voto do Relator).

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016, p. 22-23 (voto do Relator).

³⁰ Ibid., p. 25 (voto do Relator).

³¹ Ibid., p. 37 (voto do Relator).

dependendo, por exemplo, de provimento judicial a partir de uma dada dimensão fática.³² Nas palavras do autor, “é perfeitamente possível que uma norma dotada de eficácia não tenha aplicabilidade”³³. Mesmo não sendo concebível que penas privativas de liberdade sejam executadas em desrespeito à dignidade (dada sua eficácia inequívoca), a produção de seus efeitos (aplicação) tem dependido, embora não devesse, de decisões do Judiciário.

Sem embargo, o STF consignou que caso o Judiciário não se mobilize para “corrigir tal situação, ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já antecipam as sangrentas rebeliões de presos, as quais de repetem, com macabra regularidade, em todas as unidades da federação”.³⁴ Advertiu-se, ainda, que a intervenção direta do Judiciário é excepcional, pois a implementação de políticas públicas cabe primacialmente ao Executivo. Contudo, é devido o exercício do poder “contramajoritário” para efetivá-las quando as autoridades estatais, em razão de “grave omissão”, colocam “em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”.³⁵

Finalmente, afastou-se a objeção da reserva do possível ao fundamento de que o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, que custeia as atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros, está sendo indevidamente contingenciado (bloqueado) e, portanto, subutilizado; basta que os entes federados celebrem convênios com a União para acessar as verbas disponíveis (o acordão registrou que até junho de 2015 o Fundo arrecadara a importância de R\$ 2.324.710.885,64 – dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e

³² AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A Constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 54-57.

³³ Ibid., 55.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016. p. 39 (voto do Relator).

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016, p. 41 (voto do Relator).

sessenta e quatro centavos). A crise penitenciária perene muito se deve, portanto, à falta de vontade política³⁶, como o caso examinado abaixo reforça.

Cautelar Na ADPF Nº 347

Aproximadamente um mês depois, na sessão de 9 de setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, iniciado em 27 de agosto daquele ano, estabelecendo providências para a redução do quadro carcerário ultrajante.³⁷ Aos juízes e tribunais determinou-se a implementação definitiva de audiências de custódia, enquanto à União determinou-se o não contingenciamento e a utilização do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Reconheceu-se, para tanto, o “estado de coisas constitucional” do sistema prisional brasileiro pela violação massiva de direitos fundamentais da população carcerária. Embora o mérito da ação ainda não tenha sido julgado, as manifestações dos ministros em relação às providências cautelares demonstram bem a postura assumida pelo Supremo no tratamento da chaga carcerária nacional. Vale notar que, por ora, somente a proibição de contingenciamento do saldo acumulado do FUNPEN repercute diretamente sobre deliberações políticas do Executivo.

O Ministro Marco Aurélio, relator, observou que a impopularidade do problema carcerário compromete a formulação e implementação de políticas públicas pelos Poderes cujos integrantes dependem do voto popular. Por não ser do agrado da opinião pública, Executivo e Legislativo acabam se omitindo, o que compele o Judiciário a exercer seu papel contramajoritário para “reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar”.³⁸

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016. p. 42 (voto do Relator).

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016.

³⁸ Ibid., p. 3 (voto do relator).

A execução insuficiente das normas vigentes representa uma “falha estrutural” que perpetua a calamitosa situação. O “funcionamento deficiente do Estado como um todo”, a falta de “sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo” criam um “quadro objetivo de inconstitucionalidade”. O Judiciário também tem sua responsabilidade. Denunciou o relator o uso abusivo da prisão provisória (“cultura do encarceramento”) demonstrado pela resolução da maioria dos casos penais com absolvição ou condenação a penas alternativas – a minoria de casos criminais termina com a aplicação de pena de prisão.³⁹ A “falha estatal estrutural” e histórica em relação à proteção dos direitos fundamentais dos presos caracteriza o que a Corte Constitucional Colombiana denominou de “estado de coisas inconstitucional” ou, ainda, “litígio estrutural”.⁴⁰

Segundo Campos, o chamado “estado de coisas inconstitucional” define-se pelo quadro excepcional de violação sistêmica e permanente a direitos fundamentais, em razão de constantes atos comissivos e omissivos do Poder Público, cuja solução requer transformações estruturais. Dada a especial gravidade e a inexistente expectativa de mudança, o Judiciário ganha, então, legitimidade excepcional para cobrar políticas públicas, alocar recursos orçamentários e coordenar medidas necessárias para alteração do estado de inconstitucionalidade estrutural.⁴¹ Não se trata de intervir em razão de mera proteção deficiente, mas de violação generalizada e persistente, enquanto reflexo de uma falha estrutural indelével da administração pública, a exigir correções coordenadas e dirigidas a diversos órgãos para reestruturação do sistema.

Anotou ainda o relator que ante tal quadro é necessária a atuação coordenada do Legislativo, Executivo e Judiciário em diferentes níveis federativos, não bastando a vontade política de um único órgão ou Poder. “A solução requer ações orquestradas, a passagem do concerto (com C)

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016. p. 9-10 (voto do relator).

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016. p. 9-10 (voto do relator).

⁴¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Opinião: O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**, São Paulo, 1 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 31.01.2017.

inconstitucional para o conserto (com S) do quadro inconstitucional”.⁴² Quanto à participação do Supremo, consignou-se que se justifica uma “atuação mais assertiva”, observados os limites decorrentes do princípio da separação dos poderes, pois só o Judiciário tem condições de “superar os bloqueios políticos e institucionais” ínsitos aos problemas das prisões⁴³. Nas palavras do relator, “a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisação dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático”.⁴⁴ A população carcerária é impopular e marginalizada, estando o Estado e a sociedade em débito com os direitos mais caros à promoção do mínimo existencial dos reclusos. Ainda conforme o Ministro relator, a “intervenção judicial equilibrada, inclusive quando há envolvimento de escolhas orçamentárias, não pode ser indicada como fator de afronta às capacidades institucionais dos outros Poderes, se o exercício vem se revelando desastroso”.⁴⁵

Recurso Extraordinário Nº 580252

Em 16 de fevereiro de 2017, julgando o Recurso Extraordinário 580252 representativo da repercussão geral do tema 365, o STF deu provimento ao recuso para reconhecer a responsabilidade civil do Estado devida ao preso submetido a condições carcerárias inadequadas a título de danos morais.⁴⁶ O Tribunal fixou a seguinte tese:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016. p. 11 (voto do relator).

⁴³ Ibid., p. 13 (voto do relator).

⁴⁴ Ibid., p. 14 (voto do relator).

⁴⁵ Ibid., p. 18 (voto do relator).

⁴⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 10.05.2017.

causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.⁴⁷

Trata-se de um *leading case* com impacto significativo sobre as políticas públicas carcerárias, pois se definiu o dever de indenizar em dinheiro e parcela única. O Ministro Relator Teori Zavascki (falecido) e os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármem Lúcia confirmaram a indenização no patamar de R\$ 2 mil reais, fixada nas instâncias inferiores.

Os Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio divergiram para acolher a proposta da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul de indenização no valor de um salário mínimo por mês de detenção em situação degradante.

O Ministro Roberto Barroso, seguido dos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, divergiu ao propor que o preso fosse preferencialmente indenizado com a remição da pena, ou seja, com a subtração dos dias de condenação a cumprir, a partir de uma interpretação analógica do art. 126 da Lei de Execução Penal. A fórmula proposta foi de um dia de redução de pena por 3 a 7 dias de prisão em situação de prisão em situação degradante.

O Ministro Celso de Mello, vencido, considerou que “a entrega de uma indenização em dinheiro confere resposta pouco efetiva aos danos morais sofridos pelos detentos, e drena recursos escassos que poderiam ser aplicados no encarceramento”⁴⁸.

Prevaleceu, porém, a orientação do Relator, com destaque para as ressalvas da Ministra Rosa Weber em relação à proposta de remissão, ante o temor de se criar um salvo-conduto para a manutenção das condições degradantes do sistema prisional.

O CONTROLE JURÍDICO-NORMATIVO PELO JUDICIÁRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIÁRIAS

⁴⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Andamento processual. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10.05.2017.

⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 10.05.2017.

Dotti oferece a seguinte reflexão sobre a experiência da submissão à pena privativa de liberdade:

O mundo que envolve os passageiros dos corredores, das celas e dos ambientes abertos mas fortemente policiados dos presídios é composto através de formas e do cores reais e imaginárias. Ele é, ao mesmo tempo, o universo das coisas concretas e abstratas, uma servidão de passagem entre a fé e o ceticismo. Um mural infinito onde se desenham, à imagem das antigas inscrições, o sofrimento e a angústia. Assim como foi esculpido através da pena de Dostoiewski: “Para lá do portão ficava o mundo luminoso da liberdade, que do lado de cá se imaginava como uma fantasmagoria, uma miragem. Para nós, o nosso mundo não tinha nenhuma analogia com aquele; compunha-se de leis, de usos, de hábitos especiais, de uma casa morta-viva, de uma vida a parte e de homens a parte”.⁴⁹

O direito subjetivo do preso à execução humanizada da pena e à preservação de sua incolumidade física e moral (CF, art. 5º, XLIX), aliado a outros direitos previstos na Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84, não podem ser tidos como privilégio. Enquanto as normas legais que asseguram a execução penal condigna com o Estado Democrático de Direito forem consideradas prêmio ultrajante, não há saída civilizada para o problema carcerário. A pena no regime democrático não se explica apenas como retribuição jurídica pelo mal cometido, mas por sua função primacialmente ressocializadora. A propósito do escopo da pena criminal de reintroduzir o egresso no convívio social, a lição do Claus Roxin:

[...] servindo a pena exclusivamente a fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da idéia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de reciprocas limitações.⁵⁰

⁴⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 39.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1986. p. 40.

A jurisprudência pretoriana apregoa a ressocialização como finalidade primeira da pena criminal, em reforço às elaborações teóricas e à própria previsão legal (Lei 7.210/84, art. 1º). Confira-se a ementa do *Habeas Corpus* 94.163/RS, relatado pelo então Ministro Carlos Brito, no qual a Primeira Turma do STF assentou:

[...] 1. Além de revelar o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena, o art. 1º da Lei de Execução Penal alberga um critério de interpretação das suas demais disposições. É falar: a Lei 7.210/84 institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Tanto é assim que o diploma normativo em causa assim dispõe: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança" (Art. 4º), fazendo, ainda, do Conselho da Comunidade um órgão da execução penal brasileira (art. 61). 2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como "fraterna". (...)⁵¹

A exposição de motivos da Lei nº 7.210/84, em seu tópico 22, reproduz a lição de Hilde Kaufman acerca do imperativo de uma execução penal humanizada, fixando o propósito cardeal do diploma que então passaria a viger:

la ejecución penal humanizada no solo no pone en peligro la seguridad y el orden estatal, sino todo lo contrario. Mientras la ejecución penal humanizada es un apoyo del orden y la seguridad estatal, una ejecución penal deshumanizada atenta precisamente contra la seguridad estatal.⁵²

Mas o apelo pela efetivação dos direitos fundamentais aos apenados transcende o benfazejo tratamento humano dedicado ao semelhante. A

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 94163, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 22.10.2009.

⁵² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 31.01.2017.

questão carcerária tem forte viés pragmático, pois relaciona-se com os índices de violência urbana. Conforme Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”.⁵³ Portanto, a situação carcerária deve ser encarada não apenas sob viés normativo, mas também sob o prisma da reincidência e do aumento da criminalidade.

Diante da postura enérgica do Supremo Tribunal Federal perante o caos do sistema prisional brasileiro, são inevitáveis questionamentos referentes aos limites de atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas carcerárias, por receio de indevido ativismo judicial.

Não há dúvida de que a Administração Pública está obrigada, por determinação legal, a executar a pena criminal de forma a assegurar a integridade física e moral do preso e a perseguir o fim primário de ressocialização. Ana Paula de Barcellos enfatiza que os direitos fundamentais, enquanto cláusulas pétreas (CF/88, art. 60, §4º, IV), constituem o “núcleo mínimo de decisões que deve ser observado por qualquer grupo político no poder”, não havendo nada que o “poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se”. Em consequência, não só é possível como necessário o “controle jurídico da definição das políticas públicas em geral”⁵⁴.

Haja vista a inação estatal e o desinteresse político manifesto pelos temas penitenciários, o Judiciário, provocado, investiu-se em um papel fundamental para a efetivação dos correspondentes direitos fundamentais, não por conveniência política, mas para fazer cumprir a Constituição e as leis. Ou seja, não se trata de emular atividades típicas do Executivo e do Legislativo, usurpando-os, mas de alterar o quadro de letargia estatal para garantir direitos fundamentais inadiáveis. Como antou o Ministro Marco Aurélio no julgamento

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 41, abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 01 Fev. 2017.

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42-44.

da ADPF 347 MC, “a sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento”.⁵⁵ As falhas estruturais e o vazio de políticas públicas eficientes afastam o óbice atinente à separação de Poderes. Trata-se mais de um exercício de proteção de minorias na esteira do modelo constitucional, do que de interferência indevida de um Poder sobre os demais. Conforme sustentou o Ministro Edson Fachin, no julgamento do Recurso Extraordinário 592.581:

Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia, segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis. E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, pouco vistas, sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que esses grupos minoritários – como o são os encarcerados em geral – tenham suas situações de privação expostas e que diante da violação de seus direitos o Poder Judiciário os garanta.⁵⁶

Isso não significa que a intervenção judicial não deva ser parcimoniosa, tampouco que não deva ocorrer pelo meio menos gravoso possível. De fato, não é qualquer ofensa a direito fundamental que justifica a intervenção judicial para impor obrigações de fazer aos outros Poderes. Porém, a violação sistemática, estrutural e perene de direitos fundamentais dos presos não pode contar com a omissão do Judiciário que, se silenciar perante o debacle de normas que garantem o mínimo existencial, estará se furtando às suas funções essenciais, dentre as quais a cláusula pétreia de apreciar lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV).

Quanto à garantia ao mínimo existencial, que não se confunde com “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, vale referir a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que a apresenta como “o conjunto de prestações materiais

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016. p. 15 (voto do relator).

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016. p. 15 (voto Min. Edson Fachin).

indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável)", correspondente ao "núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade".⁵⁷ Perde força, portanto, o princípio constitucional da separação de Poderes diante da proeminência da garantia ao mínimo existencial que a tutela do Judiciário visa a garantir.

A intervenção resoluta do Judiciário, de que são exemplos os casos referidos acima, consubstancia tentativa de mitigar as agruras do sistema penitenciário e de diminuir o abismo entre a lei e a realidade, cultivados por décadas de descaso do Poder Público. Os presos são minoria socialmente desprezada e, enquanto tal, necessitam de intervenção judicial em seu favor para o desbloqueio de políticas públicas impopulares. A atuação do Supremo cuida de resgatar a dignidade da pessoa humana como mecanismo de contenção à atuação do Estado e seus agentes, que ao executar a sanção nas condições das prisões brasileiras torna a pena muito mais grave do que a simples privação de liberdade aplicada na sentença, esvaziando qualquer possibilidade de ressocialização – comumente são afetados direitos não relacionados com a liberdade de ir e vir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a histórica inércia e indiferença do Poder Público em relação ao dantesco quadro penitenciário, o que implica em permanente transgressão ao direito dos apenados de receber tratamento penitenciário justo e adequado, ou seja, de não se expor a circunstâncias cruéis ou degradantes, o Supremo Tribunal Federal acabou sendo instado a resgatar da inobservância solene as regras jurídicas constitucionais pertinentes a essa minoria. Os casos examinados acima têm em comum a reafirmação e concretização de um dos mais expressivos fundamentos do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

Essas decisões em sede de repercussão geral acabam assumindo a forma de legítimos instrumentos de controle jurídico-constitucional das políticas

⁵⁷ SARLET, 2006, p. 572.

públicas, na medida em que o Judiciário, constatando a inoperância calamitosa do Poder Público, acaba por impor “aos demais Poderes Públicas o investimento nas metas constitucionais”⁵⁸, legitimado pela cláusula constitucional que o impele a apreciar lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Apesar da polêmica relacionada à interferência nas atribuições próprias do espaço político, a atuação do Judiciário se pautou no fim essencial estabelecido pela Constituição de promoção dos direitos fundamentais. Ao compelir a Administração Pública a implementar políticas públicas carcerárias que visam à concreção desses direitos, não está invadindo área reservada à deliberação política⁵⁹ ou atentando contra o princípio da separação de Poderes, mas sim, atuando para garantir o mínimo existencial e as normas constitucionais fundamentais de observância irrestrita e aplicação cogente.

Diante da notória desgraça das prisões brasileiras perpetrada por disfunções institucionais cuja correção não conta com o necessário esforço político, não prevalece a objeção do princípio da separação de poderes. Os julgados do STF representem um sinal de esperança para a paulatina superação dos inúmeros problemas carcerários, dos quais a superlotação ocupa o epicentro. O Judiciário não pode silenciar diante do desprezo solene às mais relevantes normas constitucionais, que a ação cotidiana do Poder Público, em todas as esferas, cuida de transformar em letra morta. Caso a atuação do Judiciário prestasse reverência irrestrita à opinião pública, em abdicação ao seu papel contramajoritário, sua nobilíssima função se converteria, aí sim, em “populismo judicial”.⁶⁰

Referências

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **A Constitucionalização do Direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁵⁸ BARCELLOS, 2006. p. 54.

⁵⁹ SARLET, 2006, p. 559.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016. p. 17 (voto do relator).

ARRUDA ALVIM, J. M. **A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral, Reforma do Judiciário (obra coletiva)**. São Paulo: RT, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-59.

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 39-65, abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em: 01 Fev. 2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 31.01.2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cidadania nos Presídios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 05.01.2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 05.01.2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4655662>>. Acesso em: 12.01.2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 18.01.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09.09.2015, DJe 18.02.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592581, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, DJe 29.01.2016. (voto Min. Celso de Mello).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 641320. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, DJe 29.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 30.03.2016, DJe 29.07.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 94163, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 02.12.2008, DJe 22.10.2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Opinião: O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**, São Paulo, 1 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 31.01.2017.

DIDIER JR., Freddie. **Transformações do recurso extraordinário**. In: FUX, Luiz et alii (Coords.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 982-990.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITÃO, Leslie. Chegou a conta da barbárie. **Revista Veja**, São Paulo, 2512, ano 50/nº 2, p. 48-49, jan. 2017.

MAIA, Clarissa Nunes et al (org.). **História das prisões no Brasil**. Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante**, Reforma do Judiciário (obra coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 563.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito privado: Breves Notas sobre Alguns Aspectos da Possível Eficácia dos Direitos Sociais nas Relações entre Particulares**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**; trad. De Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 21 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. pp. 48-49.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.