



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Ano 9, nº1
(Jan./Jun. 2017)

Possibilidade de Intervenção Judicial na Crise do Sistema Penitenciário¹

Aureliano Rebouças Júnior²

RESUMO

O atual cenário caótico do sistema prisional brasileiro vem trazendo consequências extremamente danosas à sociedade. A omissão do Estado em implementar políticas públicas eficientes visando a reforma e a construção de estabelecimentos prisionais é causa determinante para a violação de inúmeros direitos fundamentais sociais insculpidos na Magna Carta. A suposta escassez de recursos financeiros, manifestada através da famigerada “reserva do possível”, não pode ser utilizada como escudo protetor a albergar a desídia contumaz de gestores públicos. O neoconstitucionalismo nos revela que a discricionariedade no exercício do poder não é absoluta, haja vista ser limitada pela Constituição, notadamente pelos direitos fundamentais. O Estado Democrático e Social de Direito demanda uma atuação positiva do Poder Público para efetivar direitos sociais, assegurando as condições básicas de sobrevivência para resguardar a dignidade da pessoa humana. O Estado deve proteger e fomentar os direitos fundamentais sociais, sob pena de sua omissão ser objeto de intervenção judicial com o escopo de assegurar uma proteção adequada e eficiente.

Palavras-chave: *Sistema prisional. Discricionariedade. Direitos*

¹ Data de recebimento: 18/05/2017. Data de aceite: 02/06/2017.

² Membro do Ministério Público do Estado do Ceará. Promotor titular da Promotoria de Justiça do Juri da Comarca de Juazeiro do Norte. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ESMP. Especialista em Direito Público pela UGF. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professor Universitário. E-mail: aureliano.junior@mpce.mp.br.

fundamentais sociais. Constituição. Estado Democrático e Social de Direito.

1 INTRODUÇÃO

A crise do sistema penitenciário brasileiro, decorrente da superlotação dos presídios, das condições precárias dos estabelecimentos prisionais, da ausência de recursos humanos e materiais, e de inúmeras outras mazelas, vem produzindo consequências extremamente perniciosas á sociedade, despertando o ajuizamento de diversas demandas no Poder Judiciário.

Esse cenário desastroso vem sendo objeto de intensos debates no âmbito político e jurídico acerca das possíveis soluções que podem ser adotadas com o escopo de amenizar esse problema.

Porém, dentre as várias soluções debatidas, algumas parecem desvirtuar o verdadeiro foco do problema.

A superlotação dos presídios não é resultado de uma política de encarceramento desarrazoada encetada pelos órgãos de segurança pública e pelo Poder Judiciário, sob o pretexto de ocorrerem muitas prisões ilegais, mas decorre sim da falta de interesse político em investir no sistema prisional.

A competência para a implementação dessas políticas públicas é do Poder Executivo, que vem descurando de um dever constitucional de maneira sistemática e constante.

A partir da constatação dessa ineficiência do Estado em efetivar direitos fundamentais sociais albergados na Constituição, surge a controvérsia do presente trabalho, atinente a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de políticas públicas com a finalidade de preservar a dignidade dos presos e a própria segurança da sociedade.

Para uma corrente mais conservadora, essa possibilidade deve ser rechaçada de imediato sob o argumento de que violaria a separação de poderes, estando a decisão sobre a efetivação de políticas públicas no âmbito da discricionariedade reservada ao gestor público. Ademais, sustentam que o Estado não dispõe de recursos financeiros para prover todas as necessidades da sociedade (reserva do possível) e que os direitos sociais não passam de meras normas programáticas, despidas de eficácia, configurando apenas compromissos dirigidos ao legislador e ao executivo.

Esse posicionamento deve ser visto com ressalvas, ainda mais no atual contexto de superação de paradigmas encetado pelo neo-constitucionalismo, com a ruptura de dogmas encardidos no Estado Liberal e no positivismo, passando a lei a ser interpretada à luz da Constituição, denotando a passagem para um Estado Democrático e Social de Direito.

Com a ascensão do Estado Democrático e Social de Direito, as funções do Estado devem ser dirigidas à concretização dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões com o escopo de realizar os fins insculpidos na Constituição.

A patente omissão do Estado em implementar políticas públicas eficientes para garantir os direitos fundamentais sociais deve estar sujeita ao controle judicial, de maneira a assegurar o respeito aos preceitos constitucionais, notadamente àqueles destinados a assegurar o mínimo existencial.

As liberdades protegidas pelo ordenamento jurídico só podem ser efetivamente gozadas com a observância do direito à segurança, não podendo ser toleradas omissões flagrantemente inconstitucionais perpetradas pela desídia de gestores públicos, fato que não se coaduna com a exigência do Estado Democrático e Social de Direito de observância dos valores mais caros à sociedade.

2 A OMISSÃO ESTATAL DIANTE DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O ordenamento jurídico pátrio consagra inúmeros dispositivos normativos que visam garantir direitos básicos dos presos, em respeito à dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral como direito fundamental. A Lei de Execução Penal dispõe acerca de uma série de instrumentos que tem por escopo precípua resguardar direitos e garantias dos presos, de maneira a promover a adequada reinserção dos mesmos ao convívio social.

Porém, o atual cenário de total falência do sistema carcerário brasileiro retrata a omissão contumaz do Estado em promover as políticas públicas exigidas pela Carta Política e pelo arcabouço normativo pátrio, imprescindíveis à ressocialização dos presos.

Esse evidente colapso do sistema penitenciário é resultado de uma política desastrosa e completamente ineficiente do Estado, onde não são realizados os investimentos necessários para construção, ampliação e reforma dos estabelecimentos prisionais.

A superlotação, as condições precárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros, as deficiências relativas à infraestrutura de pessoal e das diversas assistências previstas na Lei de Execução Penal, são fatores que contribuem para o alto índice de reincidência delitiva, afetando diretamente a segurança pública. Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pedido do Conselho Nacional de Justiça revela que a cada quatro ex-condenados, um volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%³.

³ Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em 25, mar. 2017.

Nessa esteira, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) elaborou, em 2014, um relatório que informa ter o Brasil a quarta maior população prisional do mundo, com um total de 607.731 presos distribuídos nas penitenciárias Estaduais / Federais e carceragens de Delegacias. O retrocitado estudo relata também um déficit de mais 230 mil vagas nas prisões brasileiras, com uma taxa de ocupação de 161%, a quinta maior do mundo, denotando a patente omissão do Poder Executivo em realizar investimentos para a construção de presídios⁴.

O Conselho Nacional do Ministério Público também elaborou em 2016 um minucioso relatório que aponta as inúmeras carências do sistema prisional brasileiro, destacando a superlotação carcerária e as condições desumanas de custódia, informando que as cadeias públicas brasileiras possuíam em 2015 70% de presos a mais que a capacidade de lotação⁵.

Por outro lado, importa salientar que a população carcerária brasileira poderia ser ainda bem maior caso fossem devidamente cumpridos os mais de 566.000 mandados de prisão em aberto⁶.

Considerando os alarmantes números da população carcerária brasileira, a realização de mutirões carcerários foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça em 2008⁷, como forma de garantir o devido processo legal através da revisão das prisões de presos definitivos e provisórios, evitando a permanência indevida no cárcere dos sujeitos que possam ser contemplados com algum benefício previsto na Lei de Execução Penal, relaxamento, revogação de prisão preventiva, ou quaisquer outras benesses.

4 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 20. , mar.2017.

5 Disponível em: <http://www.cnmmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em 19, mar. 2017.

6 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>>. Acesso em 25, mar. 2017.

7 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 21, mar. 2017.

Em que pese o esforço dos órgãos da justiça na realização dos referidos mutirões carcerários, o caos no sistema penitenciário brasileiro não arrefeceu, sendo agravado ainda por uma tensão entre os poderes constituídos, onde parcela dos representantes políticos insiste em atribuir ao Poder Judiciário a “culpa” pela superlotação dos presídios, em virtude de uma suposta presença maciça de presos em situação de ilegalidade.

Assim, ao invés de políticas públicas serem realizadas para a construção de presídios, desviam o foco do real problema da falta de investimentos no sistema prisional, buscando pensar meios de diminuir a população carcerária, como, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 513/2013, que discorre que toda vez que o estabelecimento penal atingir a capacidade, deve ser instaurado um mutirão para verificar a situação dos presos ali recolhidos. Se, ainda assim, a lotação não for normalizada, aquele que está mais próximo de cumprir a pena tem a liberdade antecipada⁸.

Tal proposta legislativa é completamente dissociada dos interesses da sociedade, olvidando-se que o atual cenário de violência e insegurança que acomete o Brasil não decorre do excesso de prisões, ainda mais num contexto em que significativa parcela dos crimes não se chega nem a elucidação da autoria⁹, pelo contrário, entremostrasse cada vez mais necessário uma repressão e combate eficientes às práticas delituosas.

Com efeito, a edição de diplomas normativos que dificultam a manutenção dos infratores da lei no cárcere vem crescendo nos últimos anos, na contramão do aumento da criminalidade. Nessa esteira, a *Lei nº 12.403/11 trouxe inúmeras inovações atinentes às prisões e medidas cautelares no processo penal, inserindo a prisão como ultima ratio em*

8 Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/05/projetos-alteram-lei-de-execucao-penal-para-solucionar-problemas-dos-presidios>>. Acesso em 23, mar. 2017.

9 “O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%.” Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em 25, mar. 2017.

matéria de acautelamento da prestação jurisdicional penal, devendo o juiz privilegiar as outras diversas medidas cautelares em detrimento da prisão, só utilizando-se desta quando todas as demais forem ineficazes. A realização da audiência de custódia é outro mecanismo que visa em princípio coibir a manutenção de prisões ilegais. A pretexto de se observar o devido processo legal e o princípio da presunção de inocência obscurecesse a verdadeira preocupação com o advento das referidas medidas, qual seja, resolver o problema da superlotação dos presídios e das cadeias públicas.

Ademais, em que pese a frequente alegativa utilizada pelo Poder Executivo de falta de recursos financeiros para a reforma e construção de presídios, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 580.252 no dia 16/02/2017, decidiu que o preso submetido à situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos morais. A tese aprovada pelo Plenário da Suprema Corte considera que é dever do Estado manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, ressaltando inclusive a obrigação de ressarcir os danos causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, com supedâneo no artigo 37, §6º da Magna Carta¹⁰.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal pode gerar consequências nefastas para os cofres públicos, com a proliferação de demandas indenizatórias manejadas em face do Estado por praticamente todos os presos, já que o mencionado panorama caótico do sistema prisional é uma realidade que atinge todo o país.

Tal fato reflete um paradoxo inaceitável, na medida em que o Estado alega não ter recursos para investir no sistema penitenciário, mas será obrigado a indenizar o preso por essa omissão.

10 Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 22. mar. 2017.

Além das condições precárias e da superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, outro problema merece registro, o número insuficiente de colônias agrícolas/industriais, casas de albergado e estabelecimentos similares.

O artigo 33, §1º, alíneas “b” e “c”, do Código Penal estabelece que a execução da pena imposta em regime semiaberto deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e em regime aberto deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Em virtude da falta de estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento da pena em regime semiaberto e aberto, o Supremo Tribunal Federal editou recentemente a súmula vinculante nº 56, no sentido de determinar a prisão domiciliar do apenado nesses casos por não ser possível a sua manutenção em regime prisional mais gravoso, o que constituiria grave violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade¹¹.

Essa soltura antecipada do sentenciado pela falta de vagas em estabelecimento prisional adequado compromete a segurança pública, inserindo no convívio social condenados que não cumpriram integralmente sua pena, bem como demonstra o abismo que separa o plano legislativo da realidade fática, revelando uma síndrome de inefetividade legislativa aguda. Acrescente-se ainda que este entendimento desvirtua as finalidades retributiva, ressocializadora e principalmente a preventiva da pena, servindo de estímulo para a perpetração de crimes ante a impunidade latente.

Portanto, resta clarividente que o retrocitado cenário caótico do sistema prisional demonstra a patente omissão do Estado em efetivar direitos fundamentais estampados na Constituição, desrespeito este que não se revela pontual e isolado, pelo contrário, a ausência de investimentos nessa área é um problema que assola todas as unidades da federação e se prolonga por décadas.

¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>>. Acesso em 22, mar. 2017.

3 UMA ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

A dignidade dos presos e a segurança pública são direitos fundamentais sociais materializados na Constituição, mas que são constantemente negligenciados sob o pálio de constituírem meras normas programáticas despidas de eficácia, que não vinculariam o Poder Executivo.

As normas programáticas inseridas no texto constitucional estampariam princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social, sendo a relevância delas de caráter essencialmente político, como forma de exercer pressão política sobre os órgãos competentes (CANOTILHO, 2002, p. 470).

Essa linha de entendimento parece descurar da força normativa da Constituição, tornando letra morta direitos fundamentais consagrados no texto normativo que visam preservar o mínimo existencial. A Constituição adquire força normativa na medida em que lograr êxito em realizar sua pretensão de eficácia, imprimindo ordem e conformação à realidade social e política (HESSE, 1991, pp. 15-16).

Nesse diapasão, entremostrasse necessário traçar um histórico acerca da evolução dos direitos sociais, para posteriormente discorrer sobre sua eficácia, obtemperando que a reserva do possível não pode ser justificativa apta a ensejar a inobservância de preceitos constitucionais que visam assegurar à segurança da sociedade.

3.1 A origem e a evolução dos direitos sociais

Primeiramente, urge destacar que o surgimento do Estado de Direito está atrelado à ideia de um ordenamento jurídico talhado com base na vontade soberana do povo, capitaneado por uma ideologia liberalista, que apregoava uma menor intervenção estatal para possibilitar um prestígio maior às liberdades individuais, com a elevação de direitos fundamentais intangíveis e inegociáveis perante o Esta-

do. Direitos negativos são alavancados para coibir as investidas do Estado, devendo este se abster de interferências abusivas na esfera privada, são os chamados “direitos de defesa”. O Estado Liberal de Direito proclama o respeito à lei como valor supremo a ser cumprido. Bonavides (2004, p. 32).

Ora, a perspectiva liberal do ordenamento jurídico no século XIX fora concebida sob o viés de uma contraposição entre Estado e Sociedade, com a conseqüente preocupação na valorização de direitos fundamentais individuais moldados com o objetivo precípua de proteger o cidadão dos abusos estatais. Porém, o modelo de Estado liberal-absenteísta é reformulado no século XX, com o surgimento de novas formas de Constituição, reconhecendo a função social do Estado, a partir do modelo de *Welfare State* (STRECK, 2017, on-line).

Com efeito, as vigas mestras do liberalismo que sustentavam o Estado de Direito são relativizadas no início do século XX, após a Revolução Industrial e outros fatos históricos relevantes, na medida em que ganha relevo a exigência de prestações positivas do Estado para atenuar as desigualdades e garantir direitos sociais (COMPARATO, 1999, p. 147). O Estado Liberal de Direito de matiz individualista, avesso a pujante carência de condições materiais dignas caras ao ser humano, já não atende as novas exigências da sociedade, notadamente de realização de uma justiça social e de integração política de todas as classes sociais (MIRANDA, 2016, p. 71).

Esse Estado Liberal, com a estigmatização da intervenção estatal mínima nas liberdades do indivíduo, considerado como centro do universo antropocentrista, sofre uma releitura. Vários movimentos sociais eclodem, conjuntura na qual surgem inúmeras constituições impregnadas de dispositivos que não só exigem do Estado uma proteção das liberdades individuais, numa atuação negativa, como também exigem do Estado uma atuação proativa com o escopo de resguardar direitos sociais, considerados estes revestidos da natureza de direitos fundamentais (CASTRO, 2012, p. 241).

Uma corrente constitucionalista de cunho social se manifesta de maneira mais explícita e velada com a promulgação da Constituição do México em 1917 e da Constituição de *Weimar* em 1919 na Alemanha (NUNES JÚNIOR, 2009, pp. 52-53), documentos estes que serviriam de base ideológica para a formatação de inúmeras outras constituições cunhadas com o enfoque de transformação da realidade social.

Os direitos sociais ganham ainda mais relevo após a 2ª Grande Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a nova concepção de dignidade da pessoa humana idealizada com o objetivo de assegurar as condições mínimas para o desenvolvimento das capacidades e liberdades do indivíduo (NUNES, 1988, p.54).

Nessa toada, o advento de Constituições recheadas de amplos catálogos de direitos fundamentais de cunho social tem reflexos diretos nos desenhos da sociedade moderna, com a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, considerada enquanto um cabedal de bens básicos para que o ser humano possa desenvolver livremente sua personalidade, de modo a possibilitar uma máxima igualdade (Sampaio, 2014, p. 318).

A concepção de Estado de Direito evoluiu da base ideológica liberal original, passando pelo Estado Social, chegando à atual conjuntura do Estado Democrático de Direito fundado na busca de mecanismos capazes de efetivar a justiça material com a participação do povo no controle da concretização dos direitos fundamentais que assegurem uma existência digna (SILVA, 2001, p. 122).

Assim, os direitos fundamentais sociais devem ser analisados sob o enfoque da preservação de condições mínimas de subsistência que o indivíduo deve possuir para poder desenvolver suas capacidades, sedimentado referido pensamento no princípio da dignidade da pessoa humana como mínimo existencial indisponível, a ser garantido pelo Estado através de políticas públicas (OTERO, 2016, p. 545).

3.2 A eficácia dos direitos sociais

Os direitos fundamentais sociais se revestem de um cunho prescricional, demandando uma atuação positiva do Estado, no sentido de implementar políticas públicas que possibilitem o seu real exercício concreto. Porém, a efetivação destes direitos na maioria das vezes depende de recursos financeiros, o que dificulta sobremaneira a sua viabilização.

Para uma corrente doutrinária, os direitos sociais não são autoexecutáveis, tratando-se de orientações dirigidas ao Estado, que encontrariam um entrave quase inultrapassável pela escassez de recursos financeiros, na famigerada “reserva do possível”. Ademais, sustentam que a escolha na alocação de recursos públicos e investimentos em determinadas áreas revelasse como uma típica decisão política, não sujeita a controle pelo Poder Judiciário (MENDES, 2012, p. 465).

Canotilho aborda a problemática da eficácia dos direitos sociais em três eixos centrais: 1. O problema relativo aos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; 2. O problema relativo aos direitos sociais derivados, que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais, sob pena de omissão inconstitucional; 3. O problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos, no sentido de obrigarem estes à políticas sociais ativas que resultem na criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações. Assevera o ilustre doutrinador português que com relação à última questão é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas (CANOTILHO, 2002, p. 406).

De acordo com Luis Pereira Coutinho (2014), os direitos sociais, diferentemente dos direitos de liberdade, seriam meros compro-

missos, despidos de força jurídica. Nessa senda, os direitos sociais gozariam apenas de uma força política, devendo ser atribuída a responsabilidade pela sua implementação aos representantes políticos democraticamente eleitos para exercer tal mister.

Ora, a concepção de que os direitos sociais seriam meras normas programáticas, sendo orientações e projeções a serem perseguidas pelo Estado, despidas de força vinculativa, desprestigia o caráter imperativo das disposições constitucionais sobre tal matéria, característica que é inerente à própria natureza da norma, conclusão não compatível com o Estado de Direito moderno.

O reconhecimento de que os direitos sociais representam na verdade um direito subjetivo do cidadão em face do Estado é realçado pela necessidade de conferir efetividade às normas constitucionais. Assim, a observância dos direitos sociais de envergadura constitucional é uma imposição que vincula o Poder Público á uma realização otimizada de seu conteúdo.

De acordo com Carlos Bernal Pulido, o objeto das posições jusfundamentais de defesa é uma abstenção estatal, porquanto o sujeito ativo (particular) pode exigir uma omissão do Estado que se situa no lugar do sujeito passivo. Já, o objeto das posições jusfundamentais de prestação é uma conduta positiva do Estado, onde o sujeito ativo tem um direito fundamental a que o Estado realize determinado comportamento (PULIDO, 2005, p. 83).

Os direitos fundamentais sociais estampados na Constituição foram concebidos para garantir um mínimo de existência digna, vinculando todos os poderes constituídos, sendo considerados autênticos deveres de proteção, podendo ser exigidos do Estado. Em que pese o Poder Executivo e o Poder Legislativo serem os responsáveis pela determinação dos meios orçamentários e financeiros necessários para a implementação dos direitos sociais, as disposições constitucionais relativas às políticas públicas essenciais aos interesses da coletividade restringem sensivelmente as suas respectivas margens

de liberdade, ao passo em que as opções políticas devem ser realizadas de acordo com os ditames impostos pela Constituição, sob pena de inconstitucionalidade por omissão¹².

Ora, as diversas liberdades garantidas pela Constituição ao indivíduo não possuem valor quando dissociadas da efetivação dos pressupostos fáticos necessários para o seu exercício, devendo ser assegurado o direito subjetivo a um mínimo existencial (ALEXY, 2015, p. 437).

De fato, os recursos financeiros a disposição do Estado são limitados, afetando diretamente a efetivação dos direitos sociais, porém a reserva do possível não pode ser utilizada como escudo protetor a albergar e justificar a inércia do Poder Público em cumprir com as imposições constitucionais, principalmente aquelas destinadas a garantir o mínimo existencial.

Essa frequente alegativa do Poder Executivo de falta de verbas para investir no sistema penitenciário contrasta com a abundante presença de recursos financeiros existente no Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, que não são devidamente utilizados em virtude de uma inércia dos gestores públicos em apresentar os projetos necessários a liberação dos recursos.

Importa acentuar que a principal fonte de recursos financeiros para a construção /ampliação de estabelecimentos penais, promoção das atividades de aprimoramento dos presídios brasileiros é oriunda do FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ. Em que pese o FUNPEN ser um fundo gerenciado pela União, é de bom alvitre registrar que as Unidades da Federação podem utilizar seus recursos através da celebração de convênios¹³.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 592.581, que discute a possibilidade do Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, o ministro Ricardo

12 QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra, pp. 188-193.

13 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>>. Acesso em 25.03.2017.

Lewandowski relatou em seu voto a gravidade no que tange á deficiência do Estado em investir no sistema carcerário, mesmo com a latente disponibilidade financeira, senão vejamos:

Causa perplexidade que o referido Fundo tenha arrecadado, até junho de 2015, a considerável importância de R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos). E mais, saber que basta aos entes federados, para acessar essas verbas, que celebrem convênios com a União para executar projetos por eles mesmos elaborados e submetidos ao DEPEN.

O que, porém, causa verdadeira espécie é que o emprego dessas verbas orçamentárias mostrou-se decepcionante: até 2013, foram utilizados pouco mais de R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). De um lado, em virtude do contingenciamento de verbas do Fundo, e, de outro, em face da inconsistência, mora ou falha na execução dos projetos concebidos pelos entes federados.¹⁴

Assim, resta clarividente que a ausência de recursos financeiros não pode justificar a sistemática e contumaz violação de direitos fundamentais sociais que resultou na crise do sistema penitenciário, revelando uma omissão inconstitucional do Poder Executivo em cumprir com os ditames impostos pela Constituição em uma matéria de vital importância para toda a sociedade relativa à segurança pública.

4 CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ESTATAL

4.1 Uma discricionariedade regrada no contexto do neoconstitucionalismo

O controle judicial das omissões do Estado no que pertine a ausência ou deficiência de políticas públicas encerra em si um problema

¹⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em 24.03.2107.

de intenso debate na doutrina e jurisprudência brasileiras, uma vez que tais medidas encontram-se no âmbito da discricionariedade da atuação administrativa.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o juízo de conveniência e oportunidade na implementação de políticas públicas é delimitado por um campo reservado à liberdade de atuação por parte do administrador público, sendo vedada a intervenção judicial, sob pena de indesejada violação ao princípio da separação de poderes. Pontua ainda a existência de um ativismo judicial que atua indevidamente em matérias de competência do Poder Executivo, justificando tal medida através da pretensa roupagem de um “constitucionalismo da efetividade” (CARVALHO FILHO, 2016, p. 115).

Ora, em que pese a existência de uma margem de liberdade conferida ao Poder Executivo na tomada de decisões políticas, o poder discricionário deve ser utilizado nos limites delineados pela lei e em conformidade com o interesse público (DI PIETRO, 2015, p. 241).

O Estado de Direito impede o exercício do poder discricionário divorciado dos imperativos legais, haja vista que a discricionariedade deve ser regrada, cabendo ao Poder Judiciário o controle dos limites impostos à atuação administrativa pela Constituição e pelas leis, ainda mais quando se tratar de limites decorrentes de direitos fundamentais, como a segurança pública.

Assim, a pretensa impossibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas deve ser vista com reservas, porquanto não encontra guarida no novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo), uma vez que a discricionariedade do Poder Executivo deve ser pautada pelas balizas insertas na Constituição, sendo limitada pelos direitos fundamentais.

Impende gizar que o neoconstitucionalismo, concebido como um movimento ideológico e jurídico que surgiu no contexto do pós-positivismo, traduz uma nova roupagem na aplicação do direito, sobretudo pela mudança de paradigma na interpretação do direito,

realçando ser a Constituição o filtro para a intelecção do real conteúdo das normas jurídicas na constante busca da concretização de direitos fundamentais (SAMPAIO, 2014, p. 331). A ordem jurídica já não pode ser concebida de maneira estática, mas sim sob um aspecto dinâmico, eminentemente transformador da realidade social.

Com efeito, o neoconstitucionalismo tem como uma de suas características mais marcantes a concretização das prestações materiais prometidas à sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático e Social de Direito. Nessa toada, o Poder Judiciário assume um papel de extrema relevância na busca de mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais, de maneira a zelar pelo cumprimento das normas constitucionais. Dessa feita, destaca-se a aplicação direta do postulado da dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional essencial para a concretização dos direitos fundamentais à vida, à integridade físico-psíquica, à saúde, educação e segurança, revelando a necessidade do Poder Público assegurar o respeito a um rol de direitos mínimos que devem ser garantidos para todas as pessoas, incluindo os presos, em todas as situações (AGRA, 2008, p. 31).

Destarte, infere-se que a convivência harmônica dos valores da liberdade e igualdade, com a garantia do respeito aos direitos fundamentais sociais, notadamente a segurança pública, são fundamentos do neoconstitucionalismo, que visa estabelecer mecanismos institucionais democráticos que concretizem a dignidade da pessoa humana, enquanto preceito basilar do Estado Democrático e Social de Direito (SARLET, 2015, p.63).

O direito à segurança pública vem estampado em vários dispositivos da Constituição Federal, decorrente do Estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais da República, sendo considerado dever do Estado. Mister destacar a importância de que se reveste o efetivo respeito ao direito à segurança, com o objetivo de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e o patrimônio,

revelando-se assim como meio essencial de garantir da inviolabilidade dos direitos fundamentais do cidadão, resguardando valores imprescindíveis para uma convivência social tranquila e pacífica (SANTIN, 2004, p. 45).

A prestação administrativa de encarceramento possui os contornos de um poder-dever, na medida em que a pacificação social e a segurança pública são valores tutelados pela ordem constitucional, não cabendo ao Estado, sob o manto do exercício de um irretocável poder discricionário, a escolha entre realizar ou não realizar a política pública impositiva de manter sob sua custódia, de maneira eficiente, com segurança para a população e garantia da dignidade da pessoa humana, aqueles que estejam submetidos ao sistema de justiça criminal.

Portanto, a construção e manutenção de presídios/cadeias públicas integra as atividades referentes à segurança pública, sendo uma obrigação do Estado promover políticas públicas eficazes, visando não só resguardar a dignidade dos presos, mas também a própria segurança da sociedade.

4.2 O princípio da proibição de proteção deficiente e a omissão do estado

Numa perspectiva liberal, os direitos fundamentais foram idealizados para proteger o cidadão contra os ataques do Estado, porém esse pensamento cunhado sob um viés de uma atuação negativa cedeu espaço para o reconhecimento da necessidade de uma atuação positiva do Estado, notadamente na efetivação de direitos fundamentais sociais.

Os direitos de proteção em sentido amplo externam uma pretensão *prima facie* de que se desenvolvam diversos deveres de atuação por parte dos poderes públicos, destinados a garantir o desfrute efetivo das liberdades, provendo os meios para a satisfação das necessi-

dades básicas e dispondo sobre os mecanismos indispensáveis para que o Estado possa tutelar adequadamente os direitos fundamentais (PULIDO, 2005, p. 802).

É exatamente do dever de proteção que se extrai o princípio da proibição de proteção insuficiente, possibilitando o controle judicial de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em promover determinado direito fundamental, ou mesmo em decorrência da insuficiente medida de proteção adotada.

Nessa senda, o princípio da proibição de proteção deficiente tem origem na Alemanha, representando um desdobramento do princípio da proporcionalidade, revelando ser o reverso, a outra face, da proibição de excesso (SARLET, 2017, on-line).

A adoção pelo constituinte de um complexo sistema de deveres de proteção atribuídos ao Estado, como seu fiel garantidor, conduz a proibições de insuficiência da ação estatal.

Assim, conforme as precisas lições de Canaris, deve-se considerar os direitos fundamentais como imperativos de tutela, o que justifica sua aplicação diferenciada, dizendo respeito ao déficit no cumprimento do dever de proteção do Estado atinente aos direitos fundamentais, uma vez que o Poder Público tem a obrigação de adotar medidas suficientes de natureza normativa e material, visando uma proteção adequada e eficiente dos direitos fundamentais (CANARIS, 2003, p.12).

Mister acentuar que a finalidade primordial do Estado Democrático e Social de Direito é a tutela de direitos fundamentais, que não é restrita a não intervenção estatal decorrente do princípio da proibição de excesso, mas inclui também o dever de promover e de proteger direitos decorrente do princípio da proibição de proteção insuficiente, tendo este aplicação especial no âmbito dos direitos sociais (MENDES, 2012, p.477).

A liberdade de conformação legislativa e da atuação administrativa fica sobremodo restringida, porque vinculada materialmente

ao texto constitucional, desaguando na sensível diminuição da discricionariedade. O Estado tem a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais. A proibição de proteção deficiente pode ser utilizada como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode-se determinar se um ato ou omissão estatal viola um direito fundamental de proteção (STRECK, 2017, on-line).

O direito à segurança deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas de prevenção e repressão a práticas delitivas, devendo o Poder Judiciário avaliar as omissões estatais atinentes a tal matéria, sob o risco de promovê-las. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser plenamente possível a intervenção judicial em matérias tradicionalmente inseridas no âmbito da discricionariedade estatal quando se revelar hipótese de proteção insuficiente, senão vejamos:

“(…)Parece lógico, portanto, que a efetividade do direito ao ensino, especialmente para crianças e adolescentes, não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. (...)” (STA 318/RS, on-line).

Diante do já retrocitado caos do sistema penitenciário brasileiro, com a clara não efetivação de inúmeros direitos fundamentais sociais, resta cristalinamente demonstrado que o Estado se omite diante de um dever de proteção cuja suficiência e efetividade não são alcançadas, sendo salutar um controle judicial eficaz para que a conformação da proteção encartada no arcabouço jurídico-normativo corresponda às exigências mínimas necessárias ao bem-estar da sociedade.

5 CONCLUSÃO

As condições precárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros importam em graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição Federal, destacadamente a integridade dos presos e a segurança da própria sociedade.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais que asseguram um mínimo existencial não pode ser deixada ao alvedrio da boa vontade política dos gestores públicos, albergados pelo manto de uma discricionariedade quase absoluta na implementação de políticas públicas e de um pretense respeito ao princípio da separação de poderes.

A concepção iluminista de lei, idealizada apenas como limitação ao arbítrio dos soberanos, foi superada na medida em que é exigida do Estado a elaboração de diretrizes de conformação para que sejam realizados os fins insculpidos na principiologia fundamental de concretização de direitos fundamentais. Nessa senda, nos revela a nova dogmática constitucionalista moderna que as leis devem ter como parâmetro o filtro normativo da Constituição, de modo a atingir os seus objetivos, encetando valores que devem ser resguardados no plano fático-social através de uma atuação positiva, não apenas como garantias e limites impostos aos poderes constituídos, como no Estado Liberal.

Em virtude dessa vinculação dos poderes aos direitos fundamentais, surge não só uma obrigação negativa do Estado de abster-se de ingerências no âmbito daqueles direitos que protegem, mas também uma obrigação positiva de envidar todos os esforços necessários à realização dos direitos fundamentais, principalmente àqueles que visam garantir as condições materiais básicas à população imprescindíveis ao respeito da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático e Social de Direito pressupõe uma atuação do poder público para além da não violação de direitos fundamentais, destinada a sua proteção e promoção, cabendo ao Poder Judiciário assegurar o respeito e a efetividade destes direitos.

Para o Estado cumprir com o seu dever de proteção relativo à dignidade dos presos e a segurança da sociedade, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que conduzam a uma proteção adequada e efetiva, sob pena de violação ao princípio da proibição de proteção deficiente.

Conforme já exaustivamente demonstrado no presente trabalho, as medidas encetadas pelo Poder Executivo na implementação de políticas públicas carcerárias não são suficientes para uma proteção adequada e eficiente, sendo necessária a intervenção judicial para corrigir eventuais omissões estatais inconstitucionais.

No Estado Democrático e Social de Direito, a discricionariedade administrativa é regrada, ainda mais quando se trata da implementação dos direitos fundamentais sociais que visam preservar o “mínimo existencial”. Portanto, a omissão do Poder Público em garantir os direitos fundamentais dos presos e o direito à segurança da sociedade viola frontalmente a Constituição Federal, devendo ser objeto de controle judicial.

POSSIBILITY OF JUDICIAL INTERVENTION IN THE CRISIS OF THE PENITENTIARY SYSTEM

ABSTRACT

The current chaotic scenario of the Brazilian prison system has brought extremely damaging consequences to society. The failure of the State to implement efficient public policies for the reform and construction of prisons is a determining factor for the violation of numerous fundamental social rights inscribed in the Constitution. The supposed scarcity of financial resources, a manifestation of the notorious “reserve of the possible,” can not be used as a protective shield to house the persistent debauchery of public managers. Neo-constitutionalism shows that discretion in the exercise of power is not absolute, since it is limited by the Constitution,

notably by fundamental rights. The Democratic and Social State of Law demands a positive action from the Public Power to effect social rights, ensuring the basic conditions of survival to safeguard the dignity of the human person. The State must protect and promote fundamental social rights, failing which it will be subject to judicial intervention with the aim of ensuring adequate and efficient protection.

Keywords: *Prison system. Discretion. Fundamental social rights. Constitution. Democratic and Social State of Law.*

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 5ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Editora Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª Edição, Editora Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 30ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2016.

CASTRO, Raquel Alexandra Brízida, **As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português**, Almedina, Coimbra, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

COUTINHO, Luís Pereira. **Os Direitos Sociais como Compromissos**, Número 3, 2014, ISSN 2183-184X, E-Publica Revista Eletrônica de Direito Público.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 28ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2015.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional Volume 1**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**, Editora Verbatim, São Paulo, 2009.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais Volume I**, 2ª Reimpressão da Edição de Setembro de 2007, Editora Almedina, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral**, 2ª edição, Coimbra: 2010.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais**, 1ª Edição, Coimbra Editora, 2014.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**,

12ª Edição, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15113-15114-1-PB.htm>>, acesso em 05 de abr. de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberalindividualista-clássico.** Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

SÍTIOS ELETRÔNICOS

Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em 25 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2017.

Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/Livro_sistema_prisional_web_7_12_2016.pdf>. Acesso em 19 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 21 de mar. 2017.

Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/01/05/projetos-alteram-lei-de-execucao-penal-para-solucionar-problemas-dos-presidios>>. Acesso em 23 mar. 2017.

Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em 22 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>>. Acesso em 22 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/funpen-origem>>. Acesso em 25 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/592581.pdf>>. Acesso em 24 de mar. 2107.

Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136105/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-318-rs-stf#!>, Acesso em 06 de abr. 2017.

<http://www2.planalto.gov.br/>