

**A INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS: A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA POLÍTICA CARCERÁRIA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 592.581**

PHYSICAL AND MORAL INTEGRITY OF THE PRISONERS: CRITICAL REMARKS UPON THE FEDERAL SUPREME COURT'S EXTRAORDINARY APPEAL N. 592.581 CONCERNING THE INTERFERENCE BY THE JUDICIARY IN PRISON SYSTEM

Wilson Steinmetz\*  
Cristhian Magnus De Marco\*\*

**Resumo:** Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 592.581, que assentou a tese de repercussão geral segundo a qual “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade

ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”.

\* Doutor em Direito na Universidade Federal do Paraná; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul; wilson.steinmetz@gmail.com

\*\* Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Rua Getúlio Vargas, 2125, Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, Santa Catarina, Brasil; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

## 1 Histórico processual

Trata-se do Recurso Extraordinário n. 592.581 interposto, em 25 de agosto de 2008, pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça (TJRS) que, em recurso de apelação e reexame necessário, reformou decisão de primeiro grau proferida em Ação Civil Pública contra o Estado do Rio Grande do Sul. No Recurso Extraordinário (RE), amparado no art. 102, III, a, da Constituição Federal (CF), o Ministério Público alega que houve ofensa aos arts. 1º, III, e 5º, XLIX. Em 08 de setembro de 2008, o recurso foi distribuído (relatoria) ao Ministro Ricardo Lewandowski. Em 23 de outubro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Vários Estados da Federação requereram ingresso como *amicus curiae*: Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Santa Catarina, Amapá, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Pará. Também requereu o Distrito Federal. A União atuou como terceiro interessado.

Em 13 de agosto de 2015, o Plenário do STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE), com repercussão geral, cassando o acórdão do TJRS, restabelecendo a decisão do juízo de primeiro grau. Também por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese de repercussão geral:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 2015).

## 2 O acórdão do TJRS: os fundamentos e a decisão

O acórdão, objeto do RE, foi proferido pela Vigésima Primeira Câmara Cível do TJRS (Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges) na Apelação e Reexame Necessário (Processo n. 70022363717) contra a sentença de 02 de julho de 2007, da Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Uruguaiana em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público estadual.

A sentença condenara o Estado do Rio Grande do Sul

[...] a realizar, no prazo de 06 (seis) meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana, de modo a adequá-lo aos requisitos básicos da habitabilidade e salubridade dos estabelecimentos penais, quais sejam: a) conserto dos telhados onde há infiltração de umidade; b) instalação de foro sob o telhado em todos os dormitórios; c) conserto de janelas e substituição de vidros quebrados; d) conserto das instalações hidrossanitárias, especialmente de canos com vazamentos, e dos esgotos abertos no pátio; e) adequa-

ção das instalações elétricas, especialmente dos fios e tomadas aparentes; f) revestimento das áreas molhadas (paredes dos banheiros, etc.) de maneira que fiquem lisos, laváveis e impermeáveis”.<sup>1</sup> (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Nas razões de apelação, o Estado do Rio Grande do Sul suscitou preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, argumentando que o Ministério Público fez pedido que interfere na esfera de competência constitucional atribuída ao Poder Executivo. No mérito, utiliza o mesmo argumento.

Ao enfrentar o mérito, o Relator do acórdão afirmou que “O Estado tem o dever de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral”, conforme prevê o inciso XLIX do art. 5º. Reconheceu que “[...] as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral”. (RIO GRANDE DO SUL, 2008). No entanto, objetou que “A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais”, porque é

[...] diversa a carga de eficácia quando se trata de direito fundamental prescricional proclamado em norma de natureza eminentemente programática, ou quando sob forma que permita, de logo, com ou sem interposição legislativa, o reconhecimento de direito subjetivo do particular (no caso do preso), como titular do direito fundamental [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Vê-se, então, que o pedido de obras e melhorias em presídio, com fundamento nos direitos fundamentais à integridade física e à integridade moral do preso, foi interpretado, pelo órgão fracionário do TJRS, como uma exigência que está sob o âmbito de direitos fundamentais a prestações. Esses direitos são interpretados como normas programáticas e não como normas impositivas: “Não se trata de disposição autoexecutável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público.” (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Argumentou-se, ainda, que no caso se aplica a reserva do possível,

Pois a ‘reserva do possível’ no que respeita aos direitos de natureza programática tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Por fim, argumentou-se que a realização de obras em presídios está no âmbito do poder discricionário da Administração Pública. Amparado “[...] no princípio da discricionariedade, o Estado [Poder Executivo] tem liberdade de dispor das verbas orçamentárias, de escolher onde devem ser aplicadas e quais obras deve realizar.” (RIO GRANDE DO SUL, 2008). Ao Poder Judiciário não “[...] cabe intrrometer-se nas questões de governo, de programa de governo, de gestão, e impor ao Poder

<sup>1</sup> Parte da sentença citada literalmente no voto do Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges (f. 3 do acórdão).

Executivo obrigação de fazer que importe gastos sem previsão orçamentária.” (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

A Vigésima Primeira Câmara Cível deu provimento ao recurso de apelação por unanimidade nos termos do voto do Relator.

O acórdão ficou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. DESCABIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

Preliminar:

O pedido não é juridicamente impossível, porquanto não lhe veda expressamente a ordem jurídica.

Mérito:

O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica da efetivação desses direitos fundamentais.

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

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

Vê-se às claras, que mesmo não tivesse ficado no texto constitucional senão que também na Lei das Execuções Criminais, cuida-se de norma de cunho programático. Não se trata de disposição autoexecutável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público.

Para além disso, sua efetiva realização apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada “reserva do possível”.

Pois a “reserva do possível”, no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, com o poder de disposição de parte do Administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada.

Ao Judiciário não cabe determinar ao Poder Executivo a realização de obras, como pretende o Autor Civil, mesmo pleiteadas a título de direito constitucional do preso, pena de fazer às vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração.

Falta aos Juízos, porque situados fora do processo político-administrativo, capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais, sempre dependentes de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos.

*Preliminar rejeitada. Apelo provido. Unânime.* (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

### 3 Questão nuclear da controvérsia formulada pelo Ministro relator

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto acolhido por unanimidade no Plenário do STF, assim resumiu a questão a ser decidida:

A controvérsia central deste recurso extraordinário está em saber se cabe ao Judiciário impor à Administração Pública a obrigação de fazer, consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de garantir a observância dos direitos fundamentais de pessoas sob custódia temporária do Estado.

Em palavras distintas, indaga-se a esta Suprema Corte se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos, o princípio da dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhes garante, em especial o abrigado em seu art. 5º, XLIX. (BRASIL, 2015).

Por se tratar de Recurso Extraordinário, cuja decisão é de repercussão geral – as teses enunciadas tornam-se parâmetros à atuação das demais instâncias do Poder Judiciário em casos análogos –, o Relator entendeu que a questão objeto de decisão deveria ser “[...] debatida de forma abrangente, abordando, tanto quanto possível, todos os seus aspectos fáticos e legais.” (BRASIL, 2015). Por isso que em seu voto o Relator não se limitou a mencionar elementos fáticos sobre o Albergue Estadual de Uruguaiana. Fez considerações de natureza empírica e avaliativa sobre o sistema carcerário brasileiro, citando dados colhidos em documentos ou relatórios oficiais e também colhidos em notícias veiculadas na imprensa escrita.

Aqui, interessam-nos os fundamentos jurídicos *stricto sensu* da decisão, até porque as misérias e a falência do sistema carcerário brasileiro são fatos públicos e notórios, conhecidos nacional e internacionalmente.

#### 4 Fundamentos jurídicos enunciados pelo Ministro relator

O primeiro fundamento jurídico *stricto sensu* aduzido pelo Relator é o da *pena como medida de ressocialização* (BRASIL, 2015, f. 12-15). A pena, além de uma função retributiva, deve ter uma função ressocializadora. A execução da pena não poderá ultrapassar os limites prévios e expressamente previstos em lei. A lei define a pena e seus contornos. O cumprimento de uma pena privativa de liberdade em estabelecimento carcerário em condições fáticas que violam a integridade física e a integridade moral do apenado se transforma em uma pena em desconformidade com a previsão legal e contribui para frustrar o fim último da própria pena: a reintegração do condenado à coletividade. A privação da liberdade em situação degradante provoca sentimento de injustiça e revolta, ingredientes que alimentam a reincidência delitiva. No sistema carcerário brasileiro é generalizada a prática de

[...] sevícias, torturas físicas e psíquicas, abusos sexuais, ofensas morais, execuções sumárias, revoltas, conflitos entre facções criminosas, superlotação de presídios, ausência de serviços básicos de saúde, falta de assistência social e psicológica, condições de higiene e alimentação sub-humanas nos presídios. (BRASIL, 2015, f. 19).

Nesse ponto, não se tem objeções à argumentação do Relator. De fato, no caótico sistema penitenciário brasileiro, a violação dos direitos fundamentais à integridade física e à integridade moral (CF, art. 5º XLIX) é evidente e sistemática; é conhecida das autoridades administrativas públicas diretamente responsáveis pelo sistema, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, da sociedade brasileira e da comunidade internacional. A incapacidade do sistema de reintegrar, se não todos, ao menos a maioria dos ex-apenados na sociedade também é conhecida. Como se costuma dizer, o sistema carcerário se transformou em uma escola de aprimoramento para o crime.

O segundo fundamento jurídico aduzido pelo Relator é o *princípio da dignidade humana* (CF, art. 1º, III) (f. 33-37). Aqui são desnecessárias considerações adicionais. O caso sob análise e decisão do STF é daqueles em que não há dúvidas interpretativas sobre a incidência do princípio da dignidade humana. Trata-se de situação inequívoca de grave violação da dignidade humana.

É com o terceiro fundamento jurídico *stricto sensu* que o Relator passa a enfrentar o núcleo da questão: o Poder Judiciário é competente para determinar que o Poder Executivo realize obras e/ou melhorias em presídios? Invoca o *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV), segundo o qual “[...] a lei não subtrairá à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.” (BRASIL, 1988). Desse princípio, deduz-se, entre outras implicações, a plena cognição da lide pelo Poder Judiciário, que consiste “[...] em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.” (WATANABE, 2000, p. 58-59 apud BRASIL, 2015, f. 37-38).

Assim, em situações de lesão a direitos fundamentais, como a verificada no caso, o Poder Judiciário tem legitimidade para apreciar e decidir. Não há que se falar em invasão de competência ou interferência indevida no âmbito de decisão e ação do Poder Executivo.

Ainda no plano dos fundamentos constitucionais, o Relator não acolhe o argumento do TJRS de que os direitos fundamentais em questão são normas programáticas. São direitos de aplicação imediata. No caso, “[...] está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.” (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

O Relator argumenta que no caso em questão há também a violação de normas infraconstitucionais. Cita expressamente os arts. 3º,<sup>2</sup> 40<sup>3</sup> e 85<sup>4</sup> da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Amparando-se no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, o Relator invoca como fundamentos de decisão normas internacionais, “Isso porque o sistema normativo de proteção aos direitos humanos contempla a complementaridade entre direito interno e o internacional.” (BRASIL, 2015, p. 47). No caso *sub judice*, está caracterizada a violação de normas do sistema internacional de direitos humanos sobre os direitos dos presos – normas às quais o Brasil está vinculado por decisão soberana.

O Ministro Ricardo Lewandowski cita os arts. 5º,<sup>5</sup> 6º<sup>6</sup> e 8º<sup>7</sup> da Declaração de Direitos Humanos (1948); os arts. 7º<sup>8</sup> e 10º<sup>9</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966);<sup>10</sup> e o art. 5º<sup>11</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).<sup>12</sup>

Em relação às normas internacionais de direitos humanos, o Relator cita a tese da supralegalidade adotada pelo STF no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 466.343 (SP), da relatoria do Ministro Cezar Peluso, e n. 349.703 (RS), de relatoria do Ministro Ayres Britto, e dos *Habeas Corpus* n. 87.585 (TO) e n. 92.566 (SP), ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Segundo essa tese, [...] o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.” (RE 349.703).

Sobre o argumento da reserva do possível suscitado no acórdão do TJRS, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski se pronuncia de forma contundente:

A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

<sup>2</sup> “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.” (BRASIL, 1984)

<sup>3</sup> “Art. 40 Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.” (BRASIL, 1984).

<sup>4</sup> “Art. 85 O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo à sua natureza e peculiaridades.” (BRASIL, 1984).

<sup>5</sup> Art. 5º Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

<sup>6</sup> Art. 6º Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

<sup>7</sup> Art. 8º Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

<sup>8</sup> Art. 7º Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

<sup>9</sup> Art. 10.1 Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

<sup>10</sup> Internalizado pelo Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992.

<sup>11</sup> Artigo 5.1 Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

<sup>12</sup> Internalizada pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

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. (BRASIL, 2015, f. 57-58).

Desse argumento, não resulta a conclusão geral de que o Poder Judiciário tem competência ampla e irrestrita de intervenção nas políticas públicas existentes ou na ausência delas. Segundo o Relator,

[...] não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmutando-se em verdadeiros administradores públicos.

Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados.

Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete ‘impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada’ [Rogério Greco].

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana. (BRASIL, 2015, f. 61-62).

## 5 Análise e avaliação dos fundamentos

A questão enfrentada pelo Plenário do STF nesse Recurso Extraordinário é de elevado grau de complexidade e sensibilidade. Primeiro, pela tragédia humanitária a que ela se refere. Segundo, pela incapacidade histórica de o Estado e a sociedade, desde o período colonial, enfrentar a questão. Terceiro, pela omissão das autoridades públicas e pela indiferença da maior parte da sociedade diante dessa tragédia, não obstante o que preveem a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é Estado-parte; e, por fim, pelas interpretações e argumentos de direito constitucional e engenharia institucional que a questão suscita.

Nos limites desses comentários, não cabem nem são possíveis uma análise e uma apreciação crítica exaustivas da questão enfrentada, dos argumentos suscitados pelo Relator e referendados por unanimidade pelo Plenário do STF e da tese de repercussão geral firmada e suas implicações. A apreciação limita-se a observações pontuais.

a) É surpreendente que no ano 2008 – 20º ano de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil – um órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por muitos reconhecido como um tribunal de vanguarda no Brasil, afirme que os direitos fundamentais à integridade física e à integridade



moral dos presos (pessoas sob a custódia do Estado em estabelecimentos do próprio Estado) são normas de caráter programático e, por isso, normas não autoexecutáveis. Esse argumento revela descompromisso com a força normativa da Constituição e desconhecimento do estado da arte da teoria e da dogmática contemporâneas dos direitos fundamentais. Contraditoriamente, no acórdão, são citados, entre outros, José Joaquim Gomes Canotilho e José Carlos Vieira de Andrade, autores com posições opostas às adotadas no acórdão.

b) Mais surpreende ainda é a alegação da União, como terceira interessada, nos autos do processo, transcrita, em forma de citação direta, pelo Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] a distribuição de recursos entre as diferentes ações prestacionais realizadas pelo Estado reflete não apenas a sua situação econômica em determinado momento histórico, mas também as diretrizes políticas definidas pelo governo da maioria. [...] O que se percebe é que, ao mesmo tempo em que assegurou aos presos o direito ao tratamento íntegro, a Carta Republicana negou-lhes o acesso direto ao embate democrático. Essa negativa parece assomar como o principal motivo pelo qual os condenados não conseguem influir nas decisões orçamentárias. E o alheamento desse momento decisório possivelmente está a penalizá-los com a falta de recursos para investimento na modernização do sistema carcerário. Forma-se, em torno do destino dos encarcerados, um círculo vicioso, a sentenciá-los não apenas com a segregação física, mas também com o exílio político, social e econômico. (BRASIL, 2015).

O que está em questão não são direitos quaisquer. Não se está a discutir direitos “secundários”, “acessórios”, nem privilégios ou regalias para a população carcerária. Por exemplo, se o Estado deve construir em cada estabelecimento prisional uma sala de cinema, se os presos devem ter direito a uma sala de sauna ou de massagens. No caso, estão em jogo os direitos fundamentais à integridade física e à integridade moral, o respeito à dignidade dos presos, a garantia de um padrão mínimo de vida decente enquanto estão privados de liberdade.

Uma das funções dos direitos fundamentais é precisamente esta: proteger faculdades, posições ou bens de máxima importância dos indivíduos contra violações do Estado e contra violação de terceiros (outros particulares). E nesse caso específico, ainda, proteger direitos na contracorrente da indiferença da maioria com uma minoria que não tem direito ao voto e está impossibilitada, por causa do aprisionamento, de se manifestar em comícios e em passeatas, nas ruas, nas praças ou em frente à sede dos Poderes Públicos; que está impossibilitada de fazer *lobby* com os órgãos e autoridades que hierarquizam, votam e aprovam decisões orçamentárias.

c) Digno de nota é o fato de que recursos existem para, se não solucionar globalmente a crise carcerária, ao menos atenuem-a. Há o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça. O Funpen foi criado pela Lei Complementar n. 79/1994 e regulamentado pelo Decreto n. 1.093/1994. O Fundo tem por finalidade “[...] proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização

e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.” (LC 79, art. 1º). A Lei prevê as fontes de financiamento (art. 2º) e especifica as hipóteses de destinação dos recursos (LC, art. 3º, I-XIV). O repasse dos recursos se realiza mediante convênio, acordos ou ajustes (LC, art. 3º, § 1º).

Conforme dados colhidos pelo Ministro Ricardo Lewandowski com o Ministério de Justiça (f. 64-65, acórdão), o Funpen, desde sua origem até junho de 2015, arrecadou 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). Contudo, até 2013, foram utilizados tão somente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). Segundo o Relator, “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.” (BRASIL, 2015).

Se retratarem fielmente a realidade, os dados indicam omissão da União e dos Estados – seja por falta de vontade política seja por incompetência – que importa graves consequências para o sistema carcerário, a ponto de violar a integridade física, a integridade moral e a dignidade dos presos.

Nessa hipótese, a reserva do possível é argumento fora de contexto. Especialmente se à reserva do possível se atribui o sentido que lhe atribuiu o Tribunal Constitucional Federal alemão no caso *Numerus Clausus*: a reserva do possível define ou estabelece “[...] o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.” (SCHWABE, S.d., p. 633).<sup>13</sup> Ora, é plenamente racional (razoável) que um indivíduo, cumprindo pena privativa de liberdade, sob a custódia do Estado, exija da sociedade um ambiente carcerário que não viole sua dignidade, sua integridade física e sua integridade moral. Mais: verificada a existência de recursos financeiros, é um despautério o Estado invocar a reserva do possível em casos de grave violação de direitos fundamentais provocada pelo próprio Estado.

d) O caso objeto desse Recurso Extraordinário evidencia que, em certas situações, é relativa a distinção estanque entre direitos negativos e direitos positivos. Conforme a teoria geral dos direitos fundamentais, direitos negativos são direitos do indivíduo a que o Estado não intervenha, não impeça ou não obstaculize sem justificação constitucional no âmbito de proteção das liberdades. São direitos de defesa ou de resistência contra a atuação legislativa, executiva e jurisdicional do Estado. Direitos positivos são direitos do indivíduo a que o Estado atue, fática e normativamente, protegendo direitos fundamentais contra ameaças de terceiros ou realizando prestações materiais (bens, serviços ou recursos financeiros) nos campos da saúde, da educação, do trabalho, da moradia, etc.

Em primeiro plano, os direitos fundamentais à integridade física e à integridade moral dos presos são típicos direitos negativos ou direitos de defesa. Contudo,

<sup>13</sup> BVERFGE 33, 303 (*Numerus Clausus*), 18 de julho de 1972.

no contexto fático do caso julgado pelo STF, esses mesmos direitos se apresentam como direitos positivos, como direitos prestacionais cujo destinatário é o Poder Executivo. Poderia até se afirmar que, dadas as circunstâncias definidoras desse caso, são direitos de proteção cujo destinatário é o Poder Judiciário. O que está em questão não é a violação de direitos fundamentais dos presos por *ação* de agentes do Estado (e.g., tortura), mas a violação de direitos fundamentais pela *omissão* do Estado, pela falta ou insuficiência de medidas necessárias.

Em suma, os direitos fundamentais à integridade física e à integridade moral dos presos não são exclusivamente direitos negativos. Em determinadas situações fáticas, poderão ser exigidos como direitos positivos.

e) A decisão do STF é constitucionalmente correta. Eventual crítica, colhida no catálogo de objeções ao ativismo judicial, não se aplica nem à decisão de cassar o acórdão recorrido, restabelecendo a sentença de primeiro grau de jurisdição, nem à tese de repercussão geral assentada. Reitere-se que conforme a tese, o Poder Judiciário tem legitimidade para obrigar a Administração Pública a promover medidas ou executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para assegurar o respeito à dignidade humana e à integridade física e moral dos presos (CF, art. 1º III e art. 5º, XLIX). Controverso seria se a tese afirmasse a legitimidade do Poder Judiciário para obrigar a Administração Pública a construir novos estabelecimentos prisionais ou ampliar os existentes. A imposição se limita a medidas e obras emergenciais.

Consideradas a importância dos direitos fundamentais em jogo e a gravidade das violações a esses direitos por omissão estatal, está justificada a intervenção judicial na política carcerária nos limites definidos pela tese de repercussão geral firmada pelo STF.

## Referências

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/civil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 592.581*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário n. 592.581*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 13/08/2015. Voto do relator disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297592>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Grande do Sul (Vigésima Primeira Câmara Cível). *Apelação e Reexame Necessário n. 70022363717*. Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, julgamento em 27/02/2008, publicação no Diário de Justiça (RS) em 24/04/2008. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+OBRAS+EM+PRES%C3%8DDIO.+DESCABIMENTO.+PODER+DISCRICION%C3%81RIO+DA+ADMINISTRA%C3%87%C3%83O.&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+OBRAS+EM+PRES%C3%8DDIO.+DESCABIMENTO.+PODER+DISCRICION%C3%81RIO+DA+ADMINISTRA%C3%87%C3%83O.&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 15 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Processo n. 70022363717. Relator: Desembargador Genaro José Baroni Borges. Órgão Julgador: Vigésima Primeira Câmara Cível da Comarca de Uruguaiana. Julgamento em 27 fev. 2008. Diário da Justiça, 24 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+OBRAS+EM+PRES%C3%8DDIO.+DESCABIMENTO.+PODER+DISCRICION%C3%81RIO+DA+ADMINISTRA%C3%87%C3%83O.&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=REALIZA%C3%87%C3%83O+DE+OBRAS+EM+PRES%C3%8DDIO.+DESCABIMENTO.+PODER+DISCRICION%C3%81RIO+DA+ADMINISTRA%C3%87%C3%83O.&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 15 ago. 2015.

SCHWABE, Jürgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Tradução Beatriz Henning et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, s.d.

Data da submissão: 18 de agosto de 2015  
Aceito em: 18 de agosto de 2015.