

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RE 592581 / RS

INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - 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.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o

RE 592581 / RS

argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, assentar a seguinte tese: *“É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”*. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki.

Brasília, 13 de agosto de 2015.

RICARDO LEWANDOWSKI – PRESIDENTE E RELATOR

Comentário de Ada Pellegrini Grinover

Mais uma decisão do STF, em tema de políticas públicas, assentando o entendimento de que o controle jurisdicional não afronta o princípio da separação dos poderes. Mas, desta feita, o STF vai além, como se vê pelos votos dos Ministros: examina-se a existência da "reserva do possível", justificando a imposição, e do "mínimo existencial", representado no caso pela vulneração à dignidade do homem. Observa-se, ainda, que o Tribunal cuida da razoabilidade da pretensão e da irrazoabilidade da conduta da Administração. E - relevante também - não avança no sentido de se substituir ao administrador, mas limita-se a fixar uma obrigação de fazer genérica. Resta saber como a obrigação de fazer deverá ser cumprida mas talvez, no caso concreto, tratando-se de obras específicas de reforma, a determinação seja tão simples, que não necessite de detalhes.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ACRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S)	: ESTADO DO AMAPÁ
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ
INTDO.(A/S)	: ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RE 592581 / RS

INTDO.(A/S)	:ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S)	:DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE): Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que, ao reformar a sentença de primeiro grau, concluiu não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida e invasão de campo decisório reservado à Administração Pública.

Tal entendimento, assentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi definido não obstante o reconhecimento, por parte deste, de que a precariedade das condições a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual de Uruguaiana, constitui violação de sua integridade física e moral, vedada, como se sabe, pela Constituição da República.

Destaco da ementa o resumo do julgado:

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

(...)

O texto constitucional dispõe sobre os direitos fundamentais do

RE 592581 / RS

preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral. A dificuldade está na técnica de efetivação desses direitos fundamentais.

(...)

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 auto-executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público.

(...)

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, sob pena de fazer as 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.

(...)” (fls. 377-378 – grifei).

Neste RE, o Ministério Público gaúcho, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, alega que houve ofensa aos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, desta mesma Carta, sustentando, em suma, que a decisão recorrida desconsiderou

RE 592581 / RS

“(...) a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de questões de ordem orçamentária impedirem ou postergarem políticas públicas vocacionadas à implementação dos direitos de natureza fundamental, assim como a vinculação do Poder Público quanto à implementação das políticas públicas necessárias à sua efetivação” (fl. 402).

Aduz, mais, o *Parquet*, que a integridade física e moral dos presos configura interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental de observância obrigatória pelo Estado, que tem como um de seus pilares constitucionais a dignidade da pessoa humana.

Por fim, requer que o Governo do Rio Grande do Sul seja obrigado a realizar, *“no prazo de seis meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana”*, em conformidade com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau (fls. 410-411).

Em 22/10/2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Esta a ementa da decisão:

“CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL” (fl. 435).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso extraordinário, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Ela Wiecko de Castilho, cuja síntese transcrevo a seguir:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Ação civil pública. Reforma de estabelecimento prisional. Direito à integridade física e

RE 592581 / RS

moral dos presos. Alegada violação aos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, da CF.

- Questão capaz de influir concretamente e de maneira generalizada numa grande quantidade de casos que dizem respeito a garantia de direito fundamental.

- A reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal. A referida cláusula apenas é aplicável em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais.

- Não contestados o péssimo estado de conservação do albergue ou a morte de um sentenciado devido às más condições das instalações elétricas, nem demonstrada a inexistência de recursos orçamentários.

Parecer pelo provimento" (fl. 420).

Deferi os pleitos de ingresso na presente relação processual, na qualidade de *amicus curiae*, dos seguintes entes políticos: União Federal, Estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Pará, bem como o Distrito Federal.

É o relatório.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL****VOTO****O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE):****1. Resumo da controvérsia**

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, XLIX¹.

2. Situação fática e jurídica sob exame

Como é cediço, uma vez submetido algum recurso extraordinário à sistemática da repercussão geral, as teses nele fixadas servirão de baliza à atuação das demais instâncias do Judiciário em casos análogos. Daí a necessidade de analisar-se a questão nele debatida de forma abrangente, abordando, tanto quanto possível, todos os seus aspectos fáticos e legais.

1 Art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.”

RE 592581 / RS

Consta dos autos, de forma incontestada, que a situação em que se acha o Albergue Estadual de Uruguaiana é efetivamente atentatória à integridade física e moral de seus detentos.

Com efeito, não foi objeto de qualquer disputa, ao longo de toda a tramitação do feito, o precário estado de conservação das instalações do referido estabelecimento prisional.

Da mesma forma não foi rebatida, em nenhum momento processual, a afirmação segundo a qual os detentos estão permanentemente expostos a risco de morte em razão das péssimas condições da fiação elétrica do citado Albergue, havendo notícia, inclusive, de que um dos presos perdeu a vida por eletrocussão.

A fim de ilustrar tal conjuntura, colho das contrarrazões à apelação, apresentadas pelo Ministério Público gaúcho, em 22/10/2007, a seguinte assertiva:

*“O quadro geral do Albergue de Uruguaiana está descrito no relatório elaborado pelo Conselho Penitenciário (doravante CP) da própria Secretaria Estadual da Justiça e Segurança, juntado no Inquérito Civil Público. O CP inspecionou o local no dia **04 de outubro de 2004**. O relatório destaca os seguintes problemas estruturais do prédio:*

- 1. O local é visivelmente inapropriado para habitação, pois possui umidade exacerbada e há grande concentração de pó, o que o torna insalubre;*
- 2. O banheiro do alojamento encontra-se em péssimo estado, necessitando de reforma urgente;*
- 3. As instalações elétricas estão visíveis, porque não existe teto;*
- 4. Parte do telhado está cedendo.*

O CP conclui que as condições estruturais do Albergue ‘não podem perdurar’ porque ‘põem em risco a vida de funcionários e apenados’.

RE 592581 / RS

Alguns desses problemas já haviam sido detectados na inspeção realizada pela Corregedoria-Geral do Sistema Penitenciário em fevereiro de 2004. No relatório dos corregedores consta a avaliação do então promotor de Justiça que atuava na Vara de Execuções Criminais a respeito de sua 'péssima impressão quanto aos aspectos físicos dos alojamentos do albergue, ocasionando precárias condições para o convívio humano', existindo inclusive menção sobre a intenção de promover a interdição da casa prisional" (fls. 353-354 – grifei).

Nesse contexto, após regular instrução do feito, o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uruguaiana/RS, em 2/7/2007, condenou 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 e umidade;*
- b) instalação de forro 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) adequação 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" (fl. 333).*

Cumprir registrar, por oportuno, que o próprio Tribunal de Justiça gaúcho, reconheceu, em seu acórdão, que a situação degradante a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual importa em patente desrespeito à sua dignidade pessoal.

Apesar de haver constatado tal atentado aos direitos dos presos, por ocasião da análise do mérito da questão, entendeu aquela Corte ser

RE 592581 / RS

“(...) 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 de direito fundamental.

(...)

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’ (...)” (fl. 377 - grifei).

Tal é a situação fática e jurídica sujeita à apreciação desta Suprema Corte.

3. Pena como medida de ressocialização

A regra geral que comanda a vida nas sociedades democráticas é a mais plena liberdade de agir dos indivíduos. Tudo aquilo que o ordenamento legal não proíbe é lícito realizar, especialmente no campo dos negócios entre particulares. Esse postulado encontra-se consubstanciado, dentre outros, no art. 5º, II, da Constituição Federal, de acordo com o qual *“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Existem, todavia, certos comportamentos que colocam em risco o relacionamento harmônico entre os membros de uma comunidade, botando em xeque a própria paz social. São ações que podem causar – e não raro causam efetivamente – lesões graves e, até mesmo, irreparáveis à vida, à incolumidade física e à honra das pessoas. Outras vezes acarretam danos ao patrimônio público ou privado. São atitudes que,

RE 592581 / RS

evidentemente, não podem ser toleradas pela sociedade sob nenhum pretexto.

Alguns desses ilícitos são, eventualmente, remediados mediante ressarcimento pecuniário ou, quiçá, por um pedido público de desculpas. Mas nem sempre isso é possível. Existem transgressões tão sérias que ameaçam a própria consecução do bem comum, fundamento último do Estado de Direito, as quais só podem ser coibidas ou reparadas com a aplicação de penas restritivas de liberdade, combinadas eventualmente com sanções pecuniárias.

Surge nesse caso o denominado *jus puniendi* estatal, que representa “a justa reação do Estado contra o autor da infração penal, em nome da defesa da ordem e da boa convivência entre os cidadãos”².

Ocorre que o direito de punir do Estado não é ilimitado e muito menos arbitrário, pois, entre nós, como nos demais países civilizados, ele se encontra circunscrito pelo princípio da reserva legal, cuja dicção constitucional é a seguinte: “*não há crime sem lei anterior, nem pena sem prévia cominação legal*”³.

Em outras palavras, uma conduta, para que possa ser considerada criminosa, precisa estar tipificada em lei formal anteriormente editada. Do mesmo modo, a sanção correspondente deve constar do preceito secundário da norma penal incriminadora, não podendo ser aplicada, em nenhuma hipótese, em limites superiores àqueles previstos pelo legislador.

Longe estamos, hoje, das teorias absolutistas do passado, que consideravam as sanções penais uma exigência de justiça, um imperativo categórico, à moda de Kant, punindo-se alguém como simples

2 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 24.

3 Art. 5º, XXXIX, da CF.

RE 592581 / RS

consequência do cometimento de um delito. A pena, então, explicava-se como mera retribuição jurídica por um mal cometido (*punitur quia peccatum est*)⁴. Ao mal do crime revidava-se com o mal da punição em escala correspondente, como uma mensagem dissuasória aos futuros delinquentes.

A pena, nos dias atuais, sobretudo no Estado Democrático de Direito sob o qual vivemos, tem uma função eminentemente ressocializadora, ou seja, tem o escopo de reintroduzir o egresso do sistema penitenciário no convívio social, de torná-lo um cidadão prestante, após ter ele saldado seu débito para com a sociedade. Veja-se o que tem a dizer Claus Roxin a propósito do tema:

“(...) 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 ideia 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 recíprocas limitações”.⁵

Da lição do mestre alemão, destaca-se não apenas a ideia de que a sanção tem como fim último a reintegração do delinquente na coletividade, mas também que ela deve conferir à retribuição pelo crime cometido um sentido de racionalidade e proporcionalidade, quer dizer, seu escopo é fazer com que a pena não passe de limites prévia e

4 NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito Penal*. 1º vol. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1970. p. 28.

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

RE 592581 / RS

expressamente previstos em lei, de modo a que as penitenciárias não sejam instituições que exacerbem o natural sentido de revolta ou mesmo de injustiça daqueles que delas saem, para logo depois – como é comum – retornarem como reincidentes na prática do mesmo ou de outros crimes.

4. Algumas notas históricas

Como se descreve na obra *História das prisões no Brasil*, que toma de empréstimo expressão de Olavo Bilac, as primeiras prisões então consideradas “modernas” já nasceram “tortas e quebradas”⁶, constituindo, pois, um problema mais do que secular no Brasil.

Muito embora a Constituição de 1824, bem como o Código Criminal de 1830, tenham introduzido uma concepção mais *aggiornata* acerca da pena de prisão em nosso País⁷, o que se percebeu ao longo do tempo foi uma completa ausência de propostas no sentido de criar-se estabelecimentos prisionais adequados, que pudessem, ainda que minimamente, dar efetividade aos comandos legais previstos naqueles textos normativos.

Interessantemente, a Constituição Política do Império já consignava, em seu art. 179, XXI, que as cadeias seriam seguras, limpas e bem arejadas e que haveria diversas casas para separação dos apenados, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes, além de ter abolido, no inciso XIX daquele mesmo dispositivo, “os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

Por sua vez, o Código Criminal do Império trouxe a previsão de pena privativa de liberdade, acrescida de atividades laborais para a maior parte dos crimes, redefinindo a função das prisões, que passariam, a

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

7 *Idem, ibidem*. p. 287.

RE 592581 / RS

partir de então, a ser

“(...) não mais um lugar de passagem à espera da sentença final, decretada geralmente em forma de multa, degredo, morte ou trabalhos públicos, mas [passariam a adquirir] um papel importante na organização da sociedade brasileira na primeira metade do século XIX”⁸.

Partindo-se da premissa de que a pena teria a função de separar temporariamente o criminoso da sociedade e, depois de cumprida, requalificá-lo para que nela pudesse regressar, foram construídas, desde a metade do século XIX, “Casas de Correção” nas principais cidades brasileiras, pensadas como estabelecimentos fechados, voltados para disciplina, educação e trabalho, “já que o desvio do indivíduo era interpretado, muitas vezes, como falta de instrução e ignorância”⁹.

Ocorre que, mesmo naquela época, os problemas carcerários já se mostravam preocupantes, porquanto as manchetes dos jornais noticiavam, com frequência, rebeliões, fugas em massa, maus-tratos de detentos, além de denúncias de corrupção por parte de administradores das prisões, escancarando a desorganização e o abandono dessas Casas de Correção.

O relatório elaborado por uma comissão designada pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores, nos idos de 1905, após visita à Casa de Correção do Estado do Rio de Janeiro, além de veicular críticas às condições físicas e de higiene daqueles estabelecimentos, explicitava ainda o seguinte:

“O que a Comissão encontrou, e denuncia a V. Ex., foi um depósito de presos, onde tudo é primitivo e desordenado, praticado sem plano, sem conhecimento do que seja sistema penitenciário que tem de

8 *Idem, ibidem.* p. 288.

9 *Idem, ibidem.* p. 310.

RE 592581 / RS

ser executado em todas as suas partes, sem discrepância, harmonicamente, para poder atingir seus elevados e humanitários fins (...) E para que fique bem firmado na memória de V. Ex. o que a Comissão pensa, em resumo, ela dirá: A Casa de Correção não tem administração, não tem sistema, não tem moralidade ou melhor: Não há Casa de Correção”¹⁰.

Essa era no passado, e continua sendo no presente, só que em escala ampliada, a situação de nosso sistema prisional.

5. Panorama atual das prisões brasileiras

Ouso assinalar, desde logo, que até o mais desinformado dos cidadãos possui algum conhecimento acerca do quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro, o que faz com que tal problema ultrapasse as fronteiras do Rio Grande do Sul, constituindo, de resto, antiga mazela nacional.

O senso comum não nega - ao contrário, reafirma - que o histórico das condições prisionais no Brasil é de insofismável precariedade.

Nesse contexto, são recorrentes os relatos 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.

Esse evidente caos institucional, à toda evidência, compromete a efetividade do sistema prisional como instrumento de reabilitação social dos detentos, a começar pela carência crônica de vagas, que faz com que os estabelecimentos carcerários sejam verdadeiros “depósitos” de pessoas.

10 *Idem, ibidem.* pp. 284-285.

RE 592581 / RS

De acordo com o relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em junho de 2014, o déficit de espaço nas prisões brasileiras ultrapassou a soma de 230 mil vagas¹¹, fato que constitui uma das principais causas que contribuem para o agravamento da crise no sistema.

Os fatores negativos acima descritos, fartamente veiculados pelos meios de comunicação, longe de representarem qualquer sensacionalismo midiático, revelam o cenário dantesco a que são submetidos os presidiários em nosso País.

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 instalam 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.

Ressalto que, longe de buscar escandalizar, o escopo dessa abordagem é apenas contextualizar a discussão travada nestes autos e evidenciar uma realidade que deve ser enfrentada com medidas efetivas, não só por esta Suprema Corte, em particular, e pelo Judiciário, como um todo, mas também pelas demais instituições públicas e mesmo privadas, direta ou indiretamente, envolvidas na questão.

6. Descida ao Inferno de Dante

Esse terrível panorama vem sendo reiteradamente realçado em documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por

11 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>>. Acesso em 12.08.15. Acesso em 29/06/15.

RE 592581 / RS

ocasião de inspeções realizadas em presídios nos distintos Estados brasileiros. A partir delas, esse cenário de horror começou a ser melhor conhecido dentro e fora do Judiciário, especialmente depois da realização dos denominados “Mutirões Carcerários”, instituídos em 2008 pelo referido órgão¹².

Permito-me extrair, a título ilustrativo, excerto do relatório de inspeções realizadas em estabelecimentos penais e socioeducativos no Estado do Espírito Santo, em maio de 2009, abaixo transcrito:

“(...) No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário. Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço.

O Centro de Detenção de Novo Horizonte, também conhecido como Cadeia Modular ou, ainda, Cadeia dos Contêineres, tampouco estabelece qualquer divisão entre os presos.

(...)

No Presídio Modular de Novo Horizonte há infestação de ratos e grande quantidade de lixo e entulho acumulados no pátio.

Em Novo Horizonte há presos que têm marca de mordidas de roedores e a quantidade de lixo é tanta que há permanente chorume no piso do estabelecimento. A caixa de água tem vazamento que inunda o local para banho de sol e mistura lixo e esgoto a céu aberto.

Em Argolas as embalagens em que são servidas as refeições servem também para depósito de fezes, pois não há vaso sanitário na cela improvisada que fica no corredor que dá acesso a outras duas celas do estabelecimento.

Na DPJ de Vila Velha há sete fileiras de redes amarradas na cela e os presos ficam apenas deitados, pois não têm espaço

12 Sobre o tema: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucaopenal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 12/8/2015.. Acesso em 12/8/2015.

RE 592581 / RS

para ficarem de pé, sendo que alguns estão nessas condições há mais de um ano, e sem espaço apropriado para banho de sol.

(...)

Na DPJ de Jardim América há tanta gente que o agente carcerário é obrigado a solicitar ajuda de outros agentes e dos próprios presos para poder trancar as celas. Literalmente os presos são socados dentro das celas.

(...)

Ainda na mesma DPJ [Vila Velha] havia um preso seriamente ferido que sangrava muito. O sangue escorria no chão por baixo dos demais presos.

(...)

No Presídio Modular, embora afirme o diretor que o direito à visitação era permitido, as visitas só ocorriam no parlatório, um espaço entre grades de segurança destinado a receber visitas para os detentos. A dificuldade, contudo, era que essas grades só permitem o contato visual, sem ao um menos (sic) um cumprimento, aperto de mão, etc.

(...)

Com tais restrições e sem acesso à televisão, rádio ou jornal, os presos não têm contato com o mundo exterior. Muitos não acompanham notícia alguma. Os presos provisórios não votam. Em nenhum estabelecimento havia biblioteca – não lêem, não estudam, não têm atividade recreativa, ficam o tempo todo ociosos.

A frase mais ouvida dos diretores dos estabelecimentos era a de que os presos apenas permaneciam presos porque eles (os presos) assim o desejavam. As condições para fugas e rebeliões são sempre renovadas”¹³ (grifei).

Relativamente aos estabelecimentos destinados à internação de menores da mencionada unidade da federação, segue o relato:

“É grave a situação das instituições sócio-educacionais, sem qualquer separação de idade e compleição física. Não há separação

13 Disponível em: <http://www.vepema.com.br/novosite/wa_files/relatrio-es-cnj.pdf>. Acesso em 12.8.2015.

RE 592581 / RS

entre educandos maiores e menores. Na Unidade de Integração Sócio-Educativa alguns deles dividiam o mesmo espaço em contêineres a céu aberto.

(...)

Duas dessas caixas metálicas estavam expostas ao sol, sem banheiros e sem água encanada. Nessas condições, eram obrigados a defecar e urinar dentro do próprio contêiner e, ao início do dia, o piso era lavado e os excrementos depositados ao lado das caixas metálicas. O cheiro é repulsivo. Uma das celas estava fora de prumo e os excrementos dos adolescentes ficavam acumulados como um córrego no canto sulcado do caixote. Alguns adolescentes vomitavam.

(...)

Falta-lhes, ainda, tratamento condigno. Vários menores estão em contêineres. Dois desses módulos estão expostos às intempéries climáticas. Sob o sol, o calor dentro da caixa chega a 50° (grifei).

A propósito, notícia de 17/11/2009, veiculada em portal da rede mundial de computadores, registrou que duas celas do Departamento de Polícia Judiciária – DPJ, de Vila Velha, tiveram de ser temporariamente interditadas, pois estavam cheias de fezes, sujeira e muito lixo¹⁴.

7. Excursionando pelo Hades

Tomo ainda como exemplo dessa verdadeira chaga institucional a situação descrita no relatório das visitas de inspeção realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, no Estado do Rio Grande do Sul, entre os dias 13 e 14 de julho e 10 e 11 de agosto de 2009¹⁵:

14 Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4106806-EI5030,00->

[Sujeira+e+superlotacao+interditam+celas+de+DP+em+Vitoria.html#tarticle](http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4106806-EI5030,00-Sujeira+e+superlotacao+interditam+celas+de+DP+em+Vitoria.html#tarticle)>. Acesso em 12.8.2015.

15

Disponível

em:

RE 592581 / RS

“(…) O Presídio Central de Porto Alegre – PCPA - destina-se à custódia de presos em regime fechado e provisórios, do sexo masculino, contendo 4.807 presos na data da inspeção (13 de julho). A capacidade do estabelecimento é de 2.069 presos, sendo que as celas possuem diferentes metragens (6 a 19,96 m²).

(…)

A estrutura predial dos estabelecimentos visitados está em péssimas condições, necessitando de reformas estruturais, hidráulicas, elétricas e sanitárias.

(…)

As infiltrações nas paredes são visíveis, inclusive nas alas recentemente inauguradas. O presídio possui extensa área onde é lançado o lixo a céu aberto, onde escorre água e esgoto o dia todo, contribuindo para a proliferação de insetos e pragas. Durante a inspeção, foram vistas várias ratazanas percorrendo o pátio e as paredes externas das galerias. Os Promotores de Justiça que nos acompanhavam relataram que o Ministério Público já propôs ação civil pública em face do Estado visando à retirada do lixo do local, mas as decisões judiciais ainda não haviam sido cumpridas. Ademais, os quatro novos pavilhões construídos no final do ano de 2008, com capacidade para 492 vagas, não resolveram a questão da superlotação carcerária. Presos provisórios e condenados dividem mesmas celas e pátio de banho de sol, em flagrante descumprimento ao disposto no artigo 84, da Lei de Execução Penal.

(…)

Visita ao Albergue Padre Pio Buck:

(…)

As condições são subumanas, constatando-se uma desagradável superlotação, péssimas instalações físicas (especialmente elétricas e hidráulicas), que, inclusive, põem em iminente risco a vida, a incolumidade física e a saúde dos que

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRIE.htm>>. Relatório de inspeção em estabelecimentos prisionais do Rio Grande do Sul na data de 24 de agosto de 2009. Acesso em 12.8.2015.

RE 592581 / RS

ali se encontram 'enjaulados'. É comum ver 'gambiarrras' em todos os alojamentos visitados, já que toda a parte elétrica está descoberta e possui ligações indevidas. Os internos têm por costume usar fogões elétricos, que além de serem ligados por fios descoberto, cruzam a cela, ficam muito próximos das colchas, toalhas e roupas, o que, por um mínimo descuido, pode ocasionar uma tragédia" (grifei).

Embora tenha pinçado como exemplos os relatórios de inspeções referentes aos Estados do Espírito Santo e do Rio Grande do Sul, é de sabença geral que a realidade do sistema prisional brasileiro, como um todo, não difere substancialmente do que neles foi constatado.

8. Olhar do Fiscal da Lei

Da mesma forma, o relatório intitulado "A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro", elaborado pelo Conselho Nacional do *Parquet*, divulgado em 2013, expõe outros dados alarmantes. Confira-se:

"Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48%. A superlotação é registrada em todos as regiões do país e em todos os tipos de estabelecimento (penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, etc). O déficit de vagas é maior para os homens. O sistema tem capacidade para 278.793 pessoas do sexo masculino, mas abrigava 420.940 homens presos em março de 2013. Para as mulheres, são 23.629 vagas para 28.029 internas.

Separações

As inspeções verificaram que a maior parte dos estabelecimentos não faz as separações dos presos previstas na Lei de Execuções Penais. Segundo o relatório, 1.269 (79%) estabelecimentos não separam presos provisórios de definitivos; 1.078 (67%) não separam pessoas que estão cumprindo penas em regimes

RE 592581 / RS

diferentes (aberto, semiaberto, fechado); 1.243 (quase 78%) não separam presos primários dos reincidentes. Em 1.089 (68%) locais, não há separação por periculosidade ou conforme o delito cometido; em 1.043 (65%), os presos não são separados conforme facções criminosas. Há grupos ou facções criminosos identificados em 287 estabelecimentos inspecionados (17%).

Fugas, integridade física dos presos e disciplina

Entre março de 2012 e fevereiro de 2013, foram registradas 121 rebeliões, 23 das quais com reféns. Ao todo, houve 769 mortes, das quais 110 foram classificadas como homicídios e 83 como suicídios. Foram registradas 20.310 fugas, com a recaptura de 3.734 presos e o retorno espontâneo de 7.264. Os casos em que presos, valendo-se de saída temporária não vigiada, não retornam na data marcada, são computados como fuga ou evasão. Houve apreensão de drogas em 654 locais, o que representa cerca de 40% dos estabelecimentos inspecionados.

No quesito disciplina, o relatório mostra que 585 estabelecimentos (37%) não observam o direito de defesa do preso na aplicação de sanção disciplinar. Em 613 locais (38%), o ato do diretor da unidade que determina a sanção não é motivado ou fundamentado; em 934 (5), nem toda notícia de falta disciplinar resulta em instauração de procedimento. As sanções coletivas foram registradas em 116 estabelecimentos (7%). Em 211 (13%) locais não é proporcionada assistência jurídica e permanente; em 1.036 (quase 65%), não há serviço de assistência jurídica no próprio estabelecimento.

Assistência material, saúde e educação

Quase metade dos estabelecimentos (780) não possui cama para todos os presos e quase um quarto (365) não tem colchão para todos. A água para banho não é aquecida em dois terços dos estabelecimentos (1.009). Não é fornecido material de higiene pessoal em 636 (40%) locais e não há fornecimento de toalha de banho em 1.060 (66%). A distribuição de preservativo não é feita em 671 estabelecimentos (42%). As visitas íntimas são garantidas em cerca de dois terços do sistema (1.039 estabelecimentos).

Cerca de 60% dos estabelecimentos (968) não contam com

RE 592581 / RS

biblioteca; falta espaço para prática esportiva em 756 locais (47%) e para banho de sol (solário) em 155 (10%)”¹⁶ (grifei).

Essa é a cruel realidade dos presídios confirmada, desta feita, pelo Ministério Público.

9. Fábricas de criminosos

Passada a Idade Média, em pleno Iluminismo, Cesare Beccaria, já no século XVIII, em seu clássico *Dei delitti e delle pene*, formulava a seguinte indagação:

“É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas?”¹⁷.

Desde então continua inalterada a condição das prisões tidas como “modernas”. Segundo veio a descrever, tempos depois, Michel Foucault, em sua conhecida obra *Vigiar e punir*, elas, ao invés de devolver os egressos à sociedade plenamente recuperados, na verdade contribuem para exacerbar ainda mais o seu sentimento de revolta pela existência indigna que o Estado lhes impõe para o cumprimento das respectivas penas. Nesse sentido, acrescenta o pensador francês que

“(...) ‘o sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera

16 Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/3486-dados-ineditos-do-cnmp-sobre-sistema-prisional>>. Acesso em 12/8/2015.

17 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 93.

RE 592581 / RS

contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça’”¹⁸ (grifei).

Nos dias atuais, as preocupações de Beccaria e de Foucault, lançadas em períodos históricos tão distintos, continuam plenamente válidas. Creio que, depois, a situação das prisões tenha até mesmo piorado sensivelmente, sobretudo no Brasil.

Segundo os dados constantes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen¹⁹, do Ministério da Justiça, a população carcerária, no final de junho de 2014, era integrada por mais de 600 mil detentos, expostos, em sua maior parte, às já mencionadas agruras do sistema, em colisão frontal, dentre outros dispositivos legais, com o disposto nos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, da Carta Magna, que tratam, respectivamente, da dignidade da pessoa humana e das garantias asseguradas aos presos, em especial ao respeito à sua integridade física e moral.

Buscando a origem desse fenômeno, que revela verdadeira patologia institucional, Yolanda Catão e Elizabeth Sussekind, de há muito, aventaram que ele se deve, em grande parte, a uma indisfarçável discriminação social contra os detentos em nosso País, especialmente em razão do

“(...) fato de o preso provir de meio social pobre. Como forma de descarregar tensões e agressividades sociais, ele torna-se um ‘bode expiatório’ no sentido de que todas as culpas da violência estrutural e os ódios existentes entre as classes recaem sobre essa minoria desprotegida e que não tem como se defender contra um sistema

18 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 62.

19 Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf/view>>. Acesso em 12/8/2015.

RE 592581 / RS*institucionalizado e bem organizado*²⁰.”

Isso, continuam as citadas autoras, faz com que nem os estratos sociais mais baixos e muito menos as classes médias e altas queiram identificar-se com os presos, predominando uma visão maniqueísta relativamente a eles, de maneira a dividir a sociedade entre pessoas “inofensivas” e “perigosas”. Essa perspectiva distorcida, fundada em indisfarçável preconceito de classe, leva a que ninguém se anime a dar voz às necessidades e carências desses seres humanos entregues à sua miserável sorte²¹.

10. Prisões e dignidade da pessoa humana

Sejam quais forem os motivos que deram causa a essa situação, cumpre ressaltar que o postulado da dignidade da pessoa humana, nas palavras de José Afonso da Silva, “*não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional*”²².

Ainda na lição do renomado mestre, o primeiro ordenamento jurídico a abrigar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor basilar, foi o alemão, em sua Lei Fundamental, em razão de haver o Estado Nazista protagonizado gravíssimos delitos contra a humanidade invocando, com desabrido despudor, fatídicas “razões de Estado”.

No caso brasileiro, os conhecidos abusos e crimes cometidos contra cidadãos e estrangeiros durante o regime de exceção, que durou aproximadamente de 1964 a 1985, ensejaram a inclusão da dignidade da

20 FRAGOSO, Heleno et al. *Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 81.

21 Idem, *loc.cit.*

22 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38.

RE 592581 / RS

pessoa humana no corpo da denominada “Constituição-Cidadã” como um dos pilares do Estado Democrático de Direito que ela institui e consagra²³.

Na precisa síntese de J. J. Gomes Canotilho:

“Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”²⁴.

Com efeito, a partir das incontáveis barbáries cometidas em nome do Estado, especialmente no século passado, indelevelmente tisonado por duas terríveis guerras mundiais, que resultaram em milhões de pessoas mortas, feridas, mutiladas e desenraizadas de seus locais de origem, realizou-se um enorme esforço da comunidade internacional para elevar o princípio da dignidade humana à estatura de um paradigma universal a ser observado por todos os Estados civilizados.

Na precisa recapitulação de Ingo Sarlet, ele consubstancia

“(...)a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais

23 Idem, ibidem. p. 37.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p. 225.

RE 592581 / RS

seres humanos”²⁵.

Nessa linha, erigiu-se a dignidade da pessoa humana à categoria de um “sobreprincípio” justamente para impor limites expressos à atuação do Estado e de seus agentes, com reflexo direto no *jus puniendi* que ele detém como *ultima ratio* para garantir a convivência pacífica das pessoas em sociedade.

Mas o que se verifica, hoje, relativamente às prisões brasileiras, é uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra. Trata-se de um processo de verdadeira “coisificação” de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras “masmorras medievais”, que indica claro retrocesso relativamente a essa nova lógica jurídica.

O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação da liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização.

Sim, porque tais pessoas, muito embora submetidas à guarda e vigilância do Estado, devem merecer dele a necessária proteção, inclusive e especialmente contra violências perpetradas por parte de agentes carcerários e outros presos.

O tratamento dispensado aos detentos no sistema prisional brasileiro, com toda a certeza, rompe com um dogma universal segundo o qual eles conservam todos os direitos não afetados pelo cerceamento de

25 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

RE 592581 / RS

sua liberdade de ir e vir, garantia, de resto, expressa, com todas as letras, no art. 3º de nossa Lei de Execução Penal²⁶.

11. Inafastabilidade da jurisdição

A centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem.

Basta lembrar, nesse sentido, que uma das garantias basilares para a efetivação dos direitos fundamentais é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, abrigado no art. 5º, XXXV, de nossa Constituição, segundo o qual *“a lei não subtrairá à apreciação do poder judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”*.

A partir dessa cláusula, é possível deduzir, de forma complementar, o direito à plena cognição da lide pelo Estado-juiz, definido como um *“ato de inteligência, consistente 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”*²⁷.

No juízo criminal, convém ressaltar, a cognição é a mais ampla possível, pois nele se busca a “verdade real”, bem distinta daquela “verdade formal”, que, muitas vezes, basta para encerrar um litígio cível.

Outro aspecto a sublinhar é que os juízes são adotados do poder geral de cautela consistente em uma competência, mediante o qual lhes é

26 LEP - Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

27 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 58-59.

RE 592581 / RS

permitido conceder medidas cautelares atípicas, que não estão explicitadas em lei, sempre que estas se mostrarem necessárias para assegurar, nos casos concretos submetidos à jurisdição, a efetividade do direito buscado. Em outros termos, elas são cabíveis, no dizer de Vicente Greco Filho, “quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação”²⁸.

O postulado da inafastabilidade da jurisdição é um dos principais alicerces do Estado Democrático de Direito, pois impede que lesões ou ameaças de lesões a direitos sejam excluídas da apreciação do Judiciário, órgão que, ao lado do Legislativo e do Executivo, expressa a soberania popular.

Trata-se de um verdadeiro marco civilizatório, que prestigia a justiça contra o força, sobretudo a moderação diante do arbítrio, na solução dos litígios individuais e sociais. Resulta de uma longa evolução histórica, em que se superou a concepção bíblica resumida na expressão “olho por olho, dente por dente”, materializada já no vetusto Código de Hamurabi.

A autotutela dos pretensos direitos dos ofendidos imperou durante séculos, até que se passou a entender que o exercício arbitrário das próprias razões constitui um ilícito quicá mais grave do que aquele que se pretende remediar pela força.

Já na época dos antigos romanos, os litígios privados passaram a ser resolvidos pelos pretores, agentes do Estado especialmente preparados para tal função, tendo em conta a lei, a tradição e a jurisprudência.

Mesmo na Idade Média, os senhores feudais chamaram para si a solução dos litígios, de maneira a impedir que os envolvidos buscassem fazer “justiça” com as próprias mãos, causando a ruptura da paz social.

28 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume 3. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 171.

RE 592581 / RS

Mas a noção da inafastabilidade de uma jurisdição estatal independente surgiu apenas na Idade Contemporânea, momento em que se percebeu que o poder, inclusive o de dizer o direito, não é mais exercido em nome do monarca, segundo seus desígnios e interesses pessoais, por intermédio de aristocratas ou agentes reais, discricionariamente escolhidos.

Os magistrados, a partir de então, legalistas e independentes, escolhidos por processos mais transparentes, que se foram objetivando com o passar do tempo, começam a dizer o direito em nome do povo, aplicando, aos casos concretos, normas legais aprovadas *in abstracto* pelos representantes deste nos Parlamentos.

Desde esse momento os juízes passam a exercer, com exclusividade, *“a função jurisdicional, sendo o seu compromisso ético somente com a justiça, envolvida por seus escopos e voltada para o bem comum”*²⁹.

12. Eficácia dos direitos fundamentais

Sabe-se hoje, que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e *“positivamente vinculantes”*, como ensina Gomes Canotilho³⁰.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com

29 RULLI JÚNIOR, Antônio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 141.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 352.

RE 592581 / RS

a carga de normatividade que encerram.

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro³¹.

Assim, **contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido**, penso que **não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.**

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

Nesse contexto, **não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas** na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.

13. Regras infraconstitucionais violadas

31 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 177.

RE 592581 / RS

As condições escandalosamente degradantes em que se acham os presos em nosso País, não apenas revelam situação incompatível com diversos preceitos da Carta Magna, em especial os contidos nos arts. 1º, III, e 5º, XLIX, conforme já aponteí acima, como também se contrapõem a dispositivos legais específicos sobre o assunto, a saber: os arts. 3º, 40, e 85, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal - LEP). Confira-se:

“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.

(...)

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

(...)

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 a sua natureza e peculiaridades” (grifei).

Como se vê, a LEP, por meio dos dispositivos acima referidos, assegura aos condenados e internados em geral todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Impõe, ademais, a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos custodiados, inclusive, dos presos provisórios.

De outra banda, a Lei de Execução Penal prescreve, no *caput* de seu art. 88, que o condenado será alojado em cela individual integrada por dormitório, aparelho sanitário e lavatório. E, em seu parágrafo único, estabelece os requisitos mínimos de cada alojamento prisional, quais sejam: salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, compreendendo uma área mínima de 6,00 m² (seis metros quadrados).

RE 592581 / RS

Mas não é só!

A LEP prevê, ainda, que os estabelecimentos prisionais deverão ter lotação compatível com a respectiva estrutura e finalidade, assentando, mais, que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP/MJ estabelecerá o limite máximo da capacidade destes.

Além disso, existem normas regulamentares constantes da Resolução nº 14 de 1994, do CNPCP/MJ, cuja competência encontra-se definida no art. 64 da LEP³², as quais devem ser obrigatoriamente

32 Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária;

III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País;

IV - estimular e promover a pesquisa criminológica;

V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor;

VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados;

VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal;

VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento;

IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à

RE 592581 / RS

respeitadas quanto aos presos.

A mencionada Resolução fixa as regras mínimas para o tratamento de presos no Brasil em seus arts. 1º, 3º, 7º, 8º, 9º, 10 e 13. Eis a sua redação:

“Art. 1º. As normas que se seguem obedecem aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais de que o Brasil é signatário devendo ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem.

(...)

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

(...)

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume

execução penal;

X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal (grifei).

RE 592581 / RS

de ar, calefação e ventilação.

Art. 10. O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade;

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

(...)

Art. 13. A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso” (grifei).

Essas regras, como se sabe, jamais foram cumpridas.

14. Normas internacionais

Não se ignora, por outro lado, que o art. 5º, § 2º, da Carta Magna consigna que os direitos e garantias nela previstos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados em seu texto, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Isso porque o sistema normativo de proteção aos direitos humanos contempla a complementariedade entre direito interno e o internacional. Conforme explica Fábio Comparato,

RE 592581 / RS

“(...) o sistema integrado de direitos humanos, nacional e internacional, comporta dois níveis: o do direito positivo e o do direito suprapositivo.

No primeiro, situam-se os chamados direitos fundamentais, isto é, os direitos humanos declarados pelos estados, seja internamente em suas Constituições, seja internacionalmente por via de tratados, pactos ou convenções. A integração ao ordenamento nacional dos direitos fundamentais, declarados em tratados ou convenções internacionais, tende hoje a generalizar-se. A Constituição brasileira de 1988, como sabido, seguiu essa tendência, com a disposição constante de seu art. 5º, § 2º.

No nível suprapositivo, encontramos os direitos humanos que ainda não chegaram a positivar-se, mas que vigem, efetivamente, na consciência jurídica coletiva, nacional ou internacional”³³.

Nesse ponto, observo que tampouco os direitos assegurados aos presos pelas normas internacionais são respeitadas.

Cito, brevemente, a título exemplificativo, algumas delas, a saber:

“DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de dezembro de 1948.

(...)

Artigo 5

Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6

Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

(...)

Artigo 8

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

33 Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-papel-do-juiz-na-efetiva%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12/8/2015.

RE 592581 / RS

constituição ou pela lei” (grifei).

“PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS de 19 de dezembro de 1966, internalizado pelo DECRETO 592 de 6 julho de 1992

(...)

Artigo 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

(...)

Artigo 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana” (grifei).

“CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, de 22 de novembro de 1969, internalizado pelo DECRETO 678 DE 6/11/1992

(...)

Artigo 5

Direito à Integridade Pessoal

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 tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (grifei).

Convém lembrar que **essas normas**, conforme decisão desta Suprema Corte, tomada no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e 349.703/RS, Rel. Min. Ayres Britto, e dos *Habeas Corpus* 87.585/TO e 92.566/SP, ambos de relatoria do Min. Marco Aurélio, **possuem natureza supralegal**. Do trecho da ementa de um desses acórdãos consta peremptoriamente o seguinte:

RE 592581 / RS

“(...) 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”³⁴.

Menciono, ainda, a existência das Resoluções 663 C (XXIV) e 2076 (LXII)³⁵, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1957 e 1977, respectivamente, após a realização, em Genebra, do Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, em 1955, que estabelecem Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, dentre as quais:

“(...)”

9.

1) As celas ou locais destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um recluso. Se, por razões especiais, tais como excesso temporário de população prisional, for necessário que a administração penitenciária central adote exceções a esta regra, deve evitar-se que dois reclusos sejam alojados numa mesma cela ou local.

(...)”

10. As acomodações destinadas aos reclusos, especialmente dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e especialmente a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação.

11. Em todos os locais destinados aos reclusos, para viverem ou trabalharem:

34 RE 349.703/RS.

35 Íntegra do documento disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos-Protecao-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>> Acesso em 12/8/2015.

RE 592581 / RS

a) As janelas devem ser suficientemente amplas de modo a que os reclusos possam ler ou trabalhar com luz natural, e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco, haja ou não ventilação artificial;

b) A luz artificial deve ser suficiente para permitir aos reclusos ler ou trabalhar sem prejudicar a vista.

12. As instalações sanitárias devem ser adequadas, de modo a que os reclusos possam efetuar as suas necessidades quando precisarem, de modo limpo e decente.

13. As instalações de banho e ducha devem ser suficientes para que todos os reclusos possam, quando desejem ou lhes seja exigido, tomar banho ou ducha a uma temperatura adequada ao clima, tão frequentemente quanto necessário à higiene geral, de acordo com a estação do ano e a região geográfica, mas pelo menos uma vez por semana num clima temperado.

14. Todas as zonas de um estabelecimento penitenciário usadas regularmente pelos reclusos devem ser mantidas e conservadas sempre escrupulosamente limpas.

15. Deve ser exigido a todos os reclusos que se mantenham limpos e, para este fim, ser-lhes-ão fornecidos água e os artigos de higiene necessários à saúde e limpeza.

16. A fim de permitir aos reclusos manter um aspecto correto e preservar o respeito por si próprios, ser-lhes-ão garantidos os meios indispensáveis para cuidar do cabelo e da barba; os homens devem poder barbear-se regularmente.

17.

1) Deve ser garantido vestuário adaptado às condições climatéricas e de saúde a todos os reclusos que não estejam autorizados a usar o seu próprio vestuário. Este vestuário não deve de forma alguma ser degradante ou humilhante.

2) Todo o vestuário deve estar limpo e ser mantido em bom estado. As roupas interiores devem ser mudadas e lavadas tão frequentemente quanto seja necessário para manutenção da higiene.

(...)

19. A todos os reclusos, de acordo com padrões locais ou nacionais, deve ser fornecido um leito próprio e roupa de cama

RE 592581 / RS

suficiente e própria, que estará limpa quando lhes for entregue, mantida em bom estado de conservação e mudada com a frequência suficiente para garantir a sua limpeza”.

Da mesma maneira como ocorre com as regras internas, nenhuma dessas normas internacionais às quais o Brasil aderiu no exercício de sua soberania vem sendo observadas pelas autoridades penitenciárias em nosso País.

15. Sanções da CIDH contra o Brasil

Recordo, ainda, que, em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁶. Dentre eles, o de maior repercussão é aquele que envolve a denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como “Urso Branco”, situado em Porto Velho/RO.

Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte³⁷. Lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias

A Corte Interamericana apreciou também a situação do Complexo do Tatuapé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da

36 Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 12.08.2015.

37 IF 5.129/RO.

RE 592581 / RS

integridade física dos reclusos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos³⁸.

Vale sublinhar, nesse passo, que, a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo.

Quanto a tal ponto vale trazer à baila a seguinte lição de Flávia Piovesan:

“(...) os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional. Como leciona Louis Henkin: ‘A separação dos poderes no plano nacional afeta a forma de responsabilização do Estado? No que se refere à atribuição de responsabilidade, não faz qualquer diferença se o órgão é parte do Executivo, Legislativo ou Judiciário. Não importa ainda se o órgão tem, ou não, qualquer responsabilidade em política internacional.

(...)

Estados Federais, por vezes, têm buscado negar sua responsabilidade em relação a condutas praticadas por Estados ou Províncias. Um Estado Federal é também responsável pelo cumprimento das obrigações decorrentes de tratados no âmbito de seu território inteiro, independentemente das divisões internas de poder. Exceções a esta regra podem ser feitas pelo próprio tratado ou em determinadas circunstâncias’”³⁹ (grifei).

38 Para informações mais detalhadas ver:

<<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia>>.

39 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 299-300.

RE 592581 / RS

A própria possibilidade de federalização de violações aos direitos fundamentais, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45/2004⁴⁰, tem como escopo evitar a impunidade no combate às ofensas mais graves a esses valores, ao mesmo tempo em que reafirma o primado da dignidade humana como um dos pilares da República⁴¹.

16. Sujeição da matéria ao Judiciário

Forçoso é concluir, que, diante do panorama até aqui exposto, o arcabouço normativo interno (Constituição Federal, Lei de Execução Penal e demais atos normativos legais e regulamentares) e internacional (tratados e pactos assinados e internalizados pelo Brasil), na prática, configuram letra morta, ao menos com relação àqueles infelizes trancafiados nos cárceres de todo o País.

Assim, mostra-se no mínimo paradoxal a assertiva que consta do acórdão proferido pelo TJRS abaixo reproduzida:

“(...) fundado no princípio da discricionariedade, o Estado tem liberdade de dispor das verbas orçamentárias, de escolher onde devem ser aplicadas e quais obras deve realizar.

E o Poder Judiciário, pergunto, cabe intrometer-se nas questões de governo, de programa de governo, de gestão, e impor ao Poder Executivo obrigação de fazer que importe gastos sem previsão

40 “Art. 109 – (...)”

§ 5º - Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

41 Sobre o tema vide: CAZETTA, Ubiratan. *Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência*. São Paulo: Atlas, 2009.

RE 592581 / RS

orçamentária?

Respondo pela negativa”.

Ora, salta aos olhos que, ao contrário do que conclui o mencionado aresto, existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado.

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 internacionais⁴².

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.

Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se *“se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”*⁴³.

42 SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 51, p. 90, jun. 2007.

43 ADPF 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Confira-se, a propósito, a ementa dessa decisão monocrática:

RE 592581 / RS

Nessa senda, entendo ser de todo imprópria a alegação – no mínimo bizarra - veiculada pela União, na petição de fls. 455-485, segundo a qual

“(...) 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”.

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)’.

RE 592581 / RS

Essa assertiva, penso, dispensa maiores comentários. Felizmente, as minorias, nas sociedades democráticas, embora nem sempre contem com adequada representação política para a tutela de seus direitos e interesses, têm assegurado, em maior ou menor extensão, o acesso ao Judiciário, em que possam torná-los efetivos.

17. Intervenção judicial impostergável

Como acredito haver exposto, ainda que em singelas pinceladas, o nosso histórico de inércia administrativa com relação à caótica situação dos estabelecimentos prisionais, bem como o lastimável desinteresse ou, até mesmo, a franca hostilidade da sociedade quanto a essa temática, permanentemente insuflada por uma mídia sensacionalista, permitem concluir que, se não houver uma decisiva ação judicial 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.

Aqui vale consignar a pertinente provocação lançada por Rogério Greco, em obra destinada à reflexão acerca do assunto:

“Quando os telejornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos, amontoados em celas superlotadas, suplicando por melhora no sistema, será que essas cenas não têm o mesmo efeito espetacular que os suplícios que eram realizados em praça pública? Agora os locais públicos das execuções fazem parte do nosso lar. Não precisamos nos aprontar para sair de casa, a fim de assistir à execução do condenado. Podemos fazer isso sentados, confortavelmente, em nossos sofás”⁴⁴.

Na verdade há uma grande maioria de pessoas, *soi-dissant* “de bem”,

44 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação da liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

RE 592581 / RS

que simplesmente não deseja o regresso de tais indivíduos na sociedade.

Olvidam-se, contudo, que esse retorno, um dia, fatalmente ocorrerá. Por isso, não é mais possível adiar o necessário debate consistente em antecipar as medidas para que os egressos do sistema prisional tenham a efetiva possibilidade de reinserção na vida social, seja ele travado por simples pragmatismo, quer dizer, baseado em considerações de segurança pública, seja ainda por mero espírito humanitário, isto é, motivado pelo benfazejo amor ao próximo.

18. Limites à prestação jurisdicional

Nesse ponto, cumpre esclarecer que, 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, transmudando-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”*⁴⁵.

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contra-majoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a

45 Idem, ibidem. p. 256.

RE 592581 / RS

opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana.

Conforme bem observado pelo representante do *Parquet* gaúcho (fls. 420-423), o recorrido jamais contestou o péssimo estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, o qual, inclusive, cumpre lembrar, acarretou a morte de um de seus detentos devido à deterioração de suas instalações elétricas.

19. Pretensa falta de verbas

Clara está, a meu sentir, a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Aponto, nesse sentido, que verbas para melhorá-lo não faltam. Apenas para ilustrar, registro que consta do sítio eletrônico do Ministério da Justiça, que, no âmbito federal, a principal fonte de recursos para financiamento das atividades de modernização e aprimoramento dos presídios brasileiros é o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN/MJ⁴⁶.

Segundo dados do próprio DEPEN, até 2013, por exemplo, foram

46 Esse fundo é constituído por recursos da União arrecadados dos concursos de prognósticos, recursos confiscados ou provenientes da alienação de bens perdidos em favor da União Federal, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, fianças quebradas ou perdidas, e rendimentos decorrentes da aplicação de seu patrimônio. O programa perdeu importante uma fonte de custeio, as custas judiciais, devido à aprovação da Emenda Constitucional 45/2004. Informações disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={C0BE0432-C046-47D6-916A-9A3CF77E3AF5}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B962415EA-0D31-4F48-ACAF-D9ED8FB27E6E%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 12.08.2015.

RE 592581 / RS

investidos cerca de R\$ 1.583.640.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e três milhões e seiscentos e quarenta mil reais) em construções, reformas ou ampliações em estabelecimentos penais, o que representaria, na projeção por ele realizada, a disponibilização de 52.340 (cinquenta e duas mil, trezentos e quarenta) novas vagas nos sistemas estaduais⁴⁷.

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)⁴⁸. 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 federados⁴⁹.

A título ilustrativo, menciono, por oportuno, reportagens veiculadas nos portais de notícias “IG” e “G1”, as quais traziam, respectivamente,

47 Dados obtidos junto à Coordenação de Engenharia e Arquitetura do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – Depen/MJ, em 30/6/2015.

48 Sobre as políticas penitenciárias capitaneadas pelo Depen/MJ, ver, especificamente, <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2>. Acesso em 30/6/2015.

49 Dados obtidos junto à Coordenação de Engenharia e Arquitetura do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – Depen/MJ, em 30/6/2015.

RE 592581 / RS

em 16/11/2013 e 30/1/2014, as seguintes manchetes: “*Estados perdem R\$ 135 milhões destinados a investimentos em presídios*”⁵⁰ e “*Estados deixam de construir prisões e devolvem R\$ 187 milhões à União*”⁵¹, corroborando as impressões acima expostas.

Vê-se, pois, que, embora complexo, o problema prisional tem solução, especialmente quanto à disponibilidade de verbas, bastando que a União e os Estados conjuguem esforços para resolvê-lo, superando a sua histórica inércia ou, quem sabe, a persistente ausência de vontade política para atacá-lo de frente.

20. *Prison reform* cases nos EUA

Em que pesem as diferenças entre o Brasil e os Estados Unidos no tocante ao tipo de federalismo adotado e, conseqüentemente, aos modelos de organização judiciária, trago à colação, por oportuno, ainda que de forma panorâmica, os denominados *prison reform cases* norte-americanos, a saber, a série de intervenções pretorianas que gradualmente alteraram o sistema penitenciário daquele país⁵².

Nos Estados Unidos, até meados da década de 1960, vigorava a política do *hands off era* (ou *doctrine*) com relação ao *writs* impetrados pelo

50 Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-11-16/estados-perdem-r-135-milhoes-destinados-a-investimentos-em-presidios.html>>. Acesso em 12.08.2015.

51 Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/estados-deixam-de-construir-prisoas-e-devolvem-r-187-milhoes-uniao.html>>. Acesso em 12.08.2015.

52 Sobre o tema ver: FEELEY, Malcolm e RUBIN, Edward. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998. Confira-se também GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 173 e ss.

RE 592581 / RS

presos que alegavam a inadequação de suas condições de encarceramento⁵³.

Diante disso, diferentes entidades de defesa de direitos humanos passaram a ajuizar ações coletivas (*class actions*) para enfrentar os graves problemas dos presídios norte-americanos.

Em resposta a elas, e tendo em conta o comando genérico contido na Oitava Emenda, que veda penas cruéis ou incomuns, diversas medidas saneadoras foram determinadas pelo Judiciário para a melhoria das condições carcerárias, não obstante a detecção de um óbice inicial, consistente na

“(...) ausência de padrões bem definidos para as prisões, havendo de desenvolver-se um conceito de estabelecimento prisional adequado, minudenciando-se em sede judicial desde o espaço mínimo das celas, passando-se pelos banhos diários, até a potência mínima da luz interna(...)”⁵⁴.

Obviamente, não foi simples o processo em que se deu essa mudança de paradigma judicial, visto que envolveu discussões sobre a estrutura federal e o princípio da separação de poderes.

Lá, como cá, enveredou-se igualmente pelo debate sobre a possibilidade de o Judiciário imiscuir-se em temas relativos a políticas públicas. Mas essa última questão foi superada, valendo trazer à baila as inovadoras ponderações feitas por Malcolm Feeley e Edward Rubin, professores da Berkeley’s School of Law, da Califórnia, em obra específica sobre o tema:

53 Postura de resistência quanto à intromissão do Judiciário dos EUA em matéria que considerava sujeita à discricionariedade da Administração.

54 GALDINO, Flávio. *Estudos sobre a adequação do sistema de litigância dos prison reform cases norte-americanos ao direito brasileiro*. In: *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro, v. 6, 2006. p. 73.

RE 592581 / RS

“Cortes desempenham três interrelacionadas, mas distinguíveis funções: determinam fatos, interpretam textos legais de grande autoridade, e realizam novas políticas públicas. As duas primeiras funções são familiares, porém a terceira é carregada com a força da blasfêmia”⁵⁵.

O que se verificou foi que, em determinado momento, o Judiciário norte-americano, quando confrontado com a prática de violações aos direitos dos presos, lançou mão de princípios morais e constitucionais genéricos para, ante a ausência de lei ou de precedentes judiciais, criar uma nova doutrina para solucionar os problemas das prisões⁵⁶.

Como relatado pelos referidos especialistas:

“De repente, os abusos físicos dos prisioneiros, as miseráveis condições e a intolerável superlotação, a carência de cuidados médicos (...) forçou uma ação decisiva. Todas essas condições existiram por um século, claro, o que mudou de repente, em 1965, foi a percepção do judiciário sobre elas”⁵⁷ (grifei).

Mais recentemente, em 2011, a orientação traçada na jurisprudência formada a partir de tal doutrina também pôde ser percebida no caso *Brown v. Plata*. A Suprema Corte americana, em votação majoritária, tendo igualmente por fundamento a Oitava Emenda, assentou o seguinte entendimento, consubstanciado na opinião do Justice Kennedy:

“A assistência médica e mental fornecidos pelas prisões da Califórnia cai abaixo do padrão de decência que é inerente à Oitava Emenda. Esta extensa e contínua violação constitucional exige um remédio, e um remédio não será alcançado sem uma redução na superlotação. O alívio ordenado pelo tribunal de três juízes é exigido

55 FEELEY, Malcolm e RUBIN, Edward. *Op. cit.* p. 1 (tradução livre).

56 GOUVÊA, Marcos Maselli. *Op. cit.* p. 181.

57 FEELEY, Malcolm e RUBIN, Edward. *Op. cit.* p. 160 (tradução livre).

RE 592581 / RS

pela Constituição e foi autorizado pelo Congresso no PLRA [Prison Litigation Reform Act]. O Estado deve implementar a ordem, sem mais delongas”⁵⁸.

Assim começou a reforma do sistema prisional dos EUA, que continua até os dias de hoje, com base em determinações judiciais, amparadas apenas em princípios de natureza moral e numa vaga proibição constitucional que proíbe sanções atroz.

21. Bases para as decisões judiciais

Vali-me acima do direito comparado como um estímulo à ação do Judiciário pátrio, pois, no caso dos EUA, muito embora inexistisse qualquer legislação que desse amparo aos encarcerados, lá operou-se toda uma revolução no sistema prisional a partir de decisões pretorianas.

No Brasil, contudo, é importante salientar, temos uma clara vantagem em relação àquele histórico: há toda uma sorte de instrumentos normativos aptos a assegurar essa proteção.

Em outras palavras o Judiciário, aqui, não precisa partir do zero, construindo uma doutrina com base em princípios morais ou valores abstratos, eis que temos, repito, um robusto conjunto normativo, tanto no âmbito nacional como no internacional, que dá ampla guarida à ação judicial voltada à proteção dos direitos dos presos.

Ainda que elas não existissem, bastaria para autorizar a intervenção do Judiciário, nessa seara, a sistemática violação ao princípio da

58 *“The medical and mental health care provided by California’s prisons falls below the standard of decency that inheres in the Eighth Amendment. This extensive and ongoing constitutional violation requires a remedy, and a remedy will not be achieved without a reduction in overcrowding. The relief ordered by the three-judge court is required by the Constitution and was authorized by Congress in the PLRA. The State shall implement the order without further delay”.*

RE 592581 / RS

dignidade humana, somada ao conceito mais do que assentado na criminologia de que a finalidade das sanções penais consiste primacialmente em promover a ressocialização do cidadão que violou a lei.

Transcrevo, a título ilustrativo, trecho da ementa do HC 94.163/RS. Rel. Min. Carlos Brito, na qual a Primeira Turma desta Corte deixou assentado que

*“(...) 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.***

(...)

*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’ (...)**” (grifei).*

Em face desse julgado, creio que mais não é preciso acrescentar sobre esse candente tema.

22. Parte dispositiva

Ante o exposto e o mais que consta dos autos, sobretudo tendo em conta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, dou provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau.

RE 592581 / RS

A tese de repercussão geral que proponho seja afirmada por esta Suprema Corte é a seguinte: “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”.

É como voto.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

APARTE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O que Vossa Excelência expõe, Senhor Presidente, **constitui** típica hipótese que se traduz em *desvio ou excesso de execução*, **que configura**, em face de sua *patente ilicitude*, situação **desautorizada** pela própria Lei nº 7.210/84 (LEP), cujo art. 185 **prescreve** que “*Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares*” (grifei).

Não é por outro motivo que o Poder Judiciário **tem reagido a tal situação**, *garantindo ao condenado* o direito de permanecer em regime penal **menos gravoso até que sobrevenha** vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime **definido** em decisão judicial, **como resulta** da jurisprudência dos Tribunais (**RT** 609/325 – **RT** 613/319 – **RT** 645/285 – **RT** 669/371 – **RT** 672/312 – **RT** 679/332 – **RT** 728/552 – **RT** 735/516 – **RT** 759/627, v.g.), **inclusive** daquela emanada do Supremo Tribunal Federal:

“CRIMINAL. Regime prisional. Constrangimento ilegal consistente na permanência no regime fechado, mesmo após beneficiado com a progressão para o regime semi-aberto. Ordem concedida para que seja providenciada a imediata remoção do paciente para estabelecimento penal destinado ao regime semi-aberto.”
(**RTJ** 129/1153, Rel. Min. CARLOS MADEIRA – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’ – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSEGURA AO RÉU O DIREITO AO REGIME PENAL SEMI-ABERTO – IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, POR PARTE DE ÓRGÃO COMPETENTE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO, DE VIABILIZAR A

RE 592581 / RS

EXECUÇÃO DESSA MEDIDA – DETERMINAÇÃO, PELO MAGISTRADO LOCAL, DE RECOLHIMENTO DO CONDENADO A QUALQUER ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO, MESMO ÀQUELE DE SEGURANÇA MÁXIMA, ATÉ QUE O PODER PÚBLICO VIABILIZE, MATERIALMENTE, O INGRESSO DO SENTENCIADO NO REGIME PENAL SEMI-ABERTO (COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA E/OU INDUSTRIAL) – INADMISSIBILIDADE – AFRONTA A DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO – HIPÓTESE CONFIGURADORA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO – PEDIDO DEFERIDO.

– O inadimplemento, por parte do Estado, das obrigações que lhe foram impostas pela Lei de Execução Penal não pode repercutir, de modo negativo, na esfera jurídica do sentenciado, frustrando-lhe, injustamente, o exercício de direitos subjetivos a ele assegurados pelo ordenamento positivo ou reconhecidos em sentença emanada de órgão judiciário competente, sob pena de configurar-se, se e quando ocorrente tal situação, excesso de execução (LEP, art. 185).

Não se revela aceitável que o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos – como o de iniciar, desde logo, porque assim ordenado na sentença, o cumprimento da pena em regime menos gravoso – venha a ser impossibilitado por notórias deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por crônica incapacidade do Estado de viabilizar, materialmente, as determinações constantes da Lei de Execução Penal.

– Consequente inadmissibilidade de o condenado ter de aguardar, em regime fechado, a superveniência de vagas em colônia penal agrícola e/ou industrial, embora a ele já reconhecido o direito de cumprir a pena em regime semi-aberto.

– ‘Habeas corpus’ concedido, para efeito de assegurar, ao sentenciado, o direito de permanecer em liberdade, até que o Poder Público torne efetivas, material e operacionalmente, as determinações (de que é o único destinatário) constantes da Lei de Execução Penal.”

(HC 93.596/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

RE 592581 / RS

Vale lembrar, Senhor Presidente, *ante a terrível realidade cotidiana que afeta* nosso sistema penitenciário **e compromete, até mesmo, a própria função ressocializadora da pena**, que os Tribunais em geral, **na hipótese** que venho de referir, **têm reconhecido** que, “*concedido o regime inicial semi-aberto, não é dado impor a permanência do condenado em regime fechado, à espera de vaga em estabelecimento adequado àquele menos severo que lhe foi deferido na sentença*” (**HC 76.930/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei).

É nesse sentido que se tem orientado o magistério jurisprudencial **desta Suprema Corte** (**RTJ 127/926**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – **RTJ 133/793**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RTJ 167/185-186**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **HC 87.985/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RHC 65.127/SP**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA) **e**, ainda, *do Superior Tribunal de Justiça* (**RT 669/371** – **RT 735/516** – **HC 13.526/SP**, Rel. Min. VICENTE LEAL, “in” Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 34/309 – **HC 13.897/SP**, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, “in” Boletim IBCCRIM nº 99/517, Ano 8, fevereiro/2001 – **HC 48.629/MG**, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO – **HC 66.806/MG**, Rel. Min. GILSON DIPP – **REsp 574.511/SP**, Rel. Min. PAULO MEDINA – **RHC 18.802/MG**, Rel. Min. NILSON NAVES, v.g.).

Em uma palavra, Senhor Presidente: **a criação pretoriana** da progressão “*per saltum*” **exprime** a posição do Poder Judiciário **em face do crônico descumprimento, pelo Poder Executivo**, do que estabelece e determina a Lei de Execução Penal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - É verdade.

Eminente Decano, eu agradeço a Vossa Excelência. Vossa Excelência está trazendo um argumento preciosíssimo, que não havia considerado em meu voto. Quer dizer, a intervenção judicial, segundo Vossa

RE 592581 / RS

Excelência muito bem coloca, neste caso, vai além de simplesmente determinar obras para garantir a incolumidade física. Está mesmo é impedindo um excesso de execução, porque é claro o excesso de execução.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O **excesso de execução**, *na realidade*, Senhor Presidente, **nada mais** é do que a expressão do inaceitável comportamento ilícito do Estado na execução da pena.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Agradeço a Vossa Excelência.

Então, salto essa parte da ressocialização, porque Vossas Excelências conhecem muito bem todas essas teorias que foram desenvolvidas ao longo de, pelo menos, dois séculos nesse sentido.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu gostaria de fazer uma indagação, se Vossa Excelência me permitir, à Advogada, só para efeito de informação.

O Ministro Celso de Mello, nosso Decano, chama a atenção, não poucas vezes, para o art. 203 da Lei de Execução Penal. Apenas para lembrar, essa legislação, que é de 1984, estabelece que:

"No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados. (...)

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança".

O Ministro Celso de Mello cansa de citar isso, inclusive fazendo remissão ao que constava dos motivos desse projeto.

A minha pergunta, Senhora Advogada, é, basicamente, pelo menos nesses últimos tempos em que Vossa Excelência comparece, com tanta eficiência, como Secretária de Contecioso da Advocacia-Geral da União, se há notícias do cumprimento desse artigo; e se, em algum momento, a União deu cumprimento a esse § 4º.

A SENHORA GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA (ADVOGADA) - Há notícia, sim, Senhora Ministra. Eu não teria os dados, mas poderia me comprometer a repassá-los. O Ministério da Justiça, inclusive, informa que, basicamente, os recursos são repassados através

RE 592581 / RS

de convênios. Em algumas hipóteses, os convênios efetivamente são cumpridos; em outras, não - especificamente para reforma, ampliação. Todas as medidas a cargo do Ministério da Justiça são tomadas quando não há o cumprimento desses convênios, inclusive, com a suspensão de transferências de novos recursos. Eu poderia depois até apresentar os dados, mas o Ministério da Justiça promove, sim, o cumprimento do comando legal. E o que há - aproveitando até a pergunta para esclarecer - é que especificamente, até quando do cumprimento, suspendendo outras transferências de recursos em torno exatamente desse tema, muitas unidades da Federação obtêm decisões liminares que autorizam que elas sejam excluídas de qualquer tipo de restrição, mesmo quando a violação se dá por não se aplicar aquele recurso que foi apresentado, que foi destinado para a ampliação e reforma de presídios, e houve um desvio do recurso, aplicando-o em outras áreas de atuação do Estado que não essa específica que foi objeto do convênio.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Muito obrigada. Estou satisfeita, Presidente.

*

*

*

*

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu, embora não estivesse fisicamente presente, estava na sala ao lado e assisti às sustentações orais. Gostaria de cumprimentar a Doutora Grace, como sempre tem um desempenho extraordinário na tribuna do Supremo e cumprimentar também o Doutor Luis Carlos Kothe Hagemann.

Digo, como todo respeito, antes de iniciar o meu voto, que eu tenho viajado por este Brasil, conheço praticamente todas as unidades prisionais dos entes federados, e mesmo várias federais, e posso afirmar de público a minha perplexidade absoluta no sentido do péssimo estado de conservação que estão esses presídios, essas unidades prisionais. Eu lamento dizer que vejo que não há qualquer política, seja ela por parte do Governo federal, seja por parte dos entes federados. Já houve uma importante autoridade, do próprio Executivo, que designou a situação dos presídios brasileiros como verdadeiras masmorras medievais. Portanto, a situação é caótica. Nós temos hoje seiscentos mil presos no Brasil, dos quais quarenta por cento são presos provisórios. Nós somos o quarto país que mais prende pessoas no mundo, depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Nós realmente temos uma situação, nesse aspecto, insustentável, porquanto temos uma falta de cerca de duzentas e cinquenta mil vagas. Nada, absolutamente nada é feito para melhorar esta questão. Os nossos presídios são verdadeiros depósitos de seres humanos.

Quero dizer que trago dados no meu voto, que distribuí - mas não vou ler, porque vou fazer aqui um resumo -, que, segundo informações hauridas no *site* do Ministério da Justiça, até junho de 2015, o Fundo

RE 592581 / RS

Penitenciário havia arrecadado 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). Esse dinheiro, pasmem as senhoras e os senhores, está contingenciado - não pode ser usado. Existe a previsão de que os entes federados podem celebrar convênios com a União para executar projetos, mas não há projetos, não há convênios. Essa verba não é utilizada; ou seja, não há vontade política para resolver este problema.

E já adiantando a direção do meu voto, ou o Judiciário, impulsionado pelo Ministério Público ou pela sociedade civil, mediante ações civis públicas, começa a intervir de modo, ainda que modesto, nessa realidade trágica que nós enfrentamos. E aliás trago também no meu voto aqui condenações da Corte Internacional de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, em que nós somos instados, por uma Corte Interamericana, portanto, supranacional, a promover medidas corretivas urgentes em vários presídios do País, e nada é feito.

Então, penso, *data venia*, com o máximo respeito, que é chegada a hora de o Poder Judiciário realmente fazer jus às elevadas competências que a Constituição lhe outorga e, realmente, assumir 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.

O caso aqui sob análise é singelíssimo. O juiz foi modestíssimo no que diz respeito à determinação que fez ao Governo do Estado do Rio Grande do Sul, porque o albergue estadual de Uruguaiana está em situação de absoluta de inabitabilidade; e um preso inclusive morreu por eletrocussão; uma situação, os telhados caindo, umidade, esgoto a céu aberto; o juiz deu prazo de seis meses para corrigir essa situação. Se tivesse sido mais drástico, ele teria interditado o presídio, aí, sim, é que a situação ficaria insustentável.

RE 592581 / RS

Então, feitas essas considerações, que faço até com certo ar de desabafo, porque, eu, como Presidente do CNJ, tenho acompanhado essa situação. Nós estamos minorando esses problemas na medida que estamos instituindo - já instituímos em dez Estados, e até outubro instituiremos nos vinte e sete Estados da Federação, vinte e seis mais o Distrito Federal - as audiências de custódia em que, pela primeira vez, desde de 1992, quando o Pacto de São José da Costa Rica foi internalizado no Brasil, nós estamos fazendo com que o Estado cumpra aquele dispositivo, desse Pacto, que obriga que qualquer cidadão preso em flagrante seja apresentado ao juiz em 24 horas. E, com isso, nós temos conseguido já uma média de 50% de decisões que determinam a liberdade provisória daqueles apresentados no prazo de 24 horas. Com um bônus adicional, porque o juiz vê *ictu oculi* se o flagranciado foi torturado, se sofreu sevícias, se foi maltratado. Então, o Judiciário está começando a assumir as suas responsabilidades. E eu, *data venia*, entendo que, neste caso, também é chegada a hora de nós, enfim, cumprirmos com os nossos deveres constitucionais.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Relator, ilustres Pares, quero inicialmente cumprimentar Vossa Excelência pelo exame que fez de uma questão tão candente e relevante, especialmente à luz da Constituição, fruto de um pacto político e jurídico de uma comunidade de pessoas livres e iguais, que também devem preservar por todos os seus Pares, inclusive por aqueles que se encontram encarcerados.

Nesse sentido, ao cumprimentar o voto, subscrevo as premissas das quais Vossa Excelência partiu e, em relação ao caso concreto, não tenho dúvida alguma em acompanhar o desfecho pelo provimento do recurso, até porque - se Vossa Excelência me permite - eu estou a notar que a sentença de 02.07.2007 da Comarca de Uruguaiana fixou em seis meses para a realização daquelas obras. É bem verdade que o termo inicial fixado na decisão foi do trânsito em julgado, mas eu estou certo de que os Poderes Públicos não estão apenas esperando trânsito em julgado para cumprir a Constituição. E em relação ao caso em si mesmo, passados oito anos, espera-se que a situação de fato tenha realmente se alterado.

Faço apenas uma consideração em sentido amplo a partir da tese proposta, Senhor Presidente, eminente Relator. O final da tese proposta se refere à reserva do possível com um argumento que não obstará decisão judicial, nem mesmo o princípio da independência dos Poderes. Tenho para mim que o juiz não legisla, não é executor de políticas públicas, mas não há de ser omissor. O equilíbrio entre a omissão e o ativismo se encontra precisamente na direção do voto que Vossa Excelência aponta. Nada obstante, colho, da própria manifestação do Ministério Público Federal, que, em determinadas condições, sob motivos justificáveis e objetivamente expostos, a cláusula da reserva do possível há de ter a sua dignidade jurídica ponderada. Ademais, afastar o princípio da separação dos Poderes numa tese de enunciação de repercussão geral, parece-me

RE 592581 / RS

uma hipertrofia.

Se Vossa Excelência me permite, do ponto de vista da enunciação da tese, entendo que, à luz do que sugere o Ministério Público, a cláusula ou a reserva do possível somente seria oponível se objetivamente verificado o justo motivo que tenha sido suscitado. Sugeriria, na redação da tese, quando esse debate chegar no momento oportuno, mas me permito - se Vossa Excelência adentrar à própria formulação da tese, que reputo extremamente pertinente e coerente com as premissas do voto - na dicção, tal como proposto: é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública a 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 a sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal - até aí acompanhamos a proposição de Vossa Excelência -; e a frase a seguir, Vossa Excelência formulou dizendo: não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível, nem o princípio de separação dos Poderes. Eu tomaria a liberdade de suscitar uma redação nos termos afirmativos, ou seja: sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível somente em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido, colocaria um ponto e não me referiria ao afastamento do princípio da reserva dos Poderes. E por que estou a dizer isso e concluo a minha breve intervenção?

Acompanho, como já disse, reiterando todas as premissas e a direção do voto de Vossa Excelência. Por outro lado, é preciso também termos presente que o magistrado não pode, nem pretende, nem deve pretender substituir o gestor público, mas pode compelir, através de medidas eficazes, à luz das escolhas políticas do gestor público, seja cumprido o programa constitucional vinculante, que compreende precisamente a dignidade dos que estão encarcerados.

Dessa forma, com essa singela sugestão, tenho a honra em acompanhar o voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

RE 592581 / RS

(PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Fachin, Vossa Excelência enriquece, com suas ponderações, o meu modesto voto, e, desde logo, quero dizer que não tenho nada a opor a essa formulação. Creio que essa formulação é mais adequada realmente. Eu imaginei que, quando estava no início da formulação da tese, referindo-me apenas a medidas emergenciais, essa minha parte final poderia eventualmente ser tolerada dentro do contexto do voto. Mas eu acredito que a formulação de Vossa Excelência, no que diz respeito à parte final da tese, é perfeitamente compatível com aquilo que eu penso.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa se transcreve:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. DECABIMENTO. 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 quanto 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 (sic).

RE 592581 / RS

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 auto-executável, apenas traça linha geral de ação ditada ao poder público.

Para além (sic) 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 sabe 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."

No Recurso Extraordinário, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, preliminarmente, alega a repercussão geral da matéria, tendo em vista a violação dos direitos fundamentais do preso e do princípio da dignidade humana. Também afirma o prequestionamento do disposto no artigo 5º, XLIX e art. 1º, III, ambos da Constituição Federal.

RE 592581 / RS

No tocante ao mérito, requer a reforma da decisão colegiada, pois teria sido desconsiderada a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Acrescenta que impossibilidade de ordem orçamentária não pode servir de justificativa para a não efetivação desses direitos, assim como deve ser observada a vinculação do Poder Público quanto à implementação de políticas públicas nesta seara.

Pondera que não há ofensa ao princípio da separação de poderes na apreciação da questão pelo Poder Judiciário, pois esse Poder também seria “Estado” e o texto constitucional garante o acesso à prestação jurisdicional como direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Disto decorre que a atuação do Judiciário - como Estado na espécie - apenas tornaria efetivo o dever constitucional de garantir a integridade física e moral dos presos.

Pede, por fim, a reforma integral do acórdão, provendo o recurso extraordinário a fim de compelir o Estado do Rio Grande do Sul a realizar, no prazo de seis meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana.

Não foram apresentadas contrarrazões (doc. 4).

Foram admitidos como *amici curiae* os Estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e o Distrito Federal (doc. 05), Rio de Janeiro (doc. 06), São Paulo (doc. 12), Pará (doc. 14).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou memorial (doc. 20) a fim de contribuir para o deslinde do feito. Alega que o quadro verificado no sistema prisional brasileiro deve-se à ausência de vontade/conveniência política e pelo senso coletivo de “justiça” que “coloca ao sopé das listas de prioridades a implementação de condições minimamente dignas para o cumprimento de penas privativas de liberdade”. (pág. 5, doc. 20). Afirma, ainda, a existência de recursos financeiros dos fundos penitenciários para implementação das obras necessárias. Conclui que a falta de opção política para tanto abre a possibilidade de atuação do Poder Judiciário “em suplementação ao Executivo quando esse não age em atenção a postulados de observância

RE 592581 / RS

obrigatória derivados da Carta Magna por razões injustificada”. (pág. 6, doc. 20)

Em parecer (doc. 18), o Procurador-Geral da República opina pelo provimento do recurso extraordinário. Por didática e elucidativa, transcrevo a ementa da mencionada peça:

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

1. A designação do problema como ‘controle judicial de políticas públicas’ pode levar à conclusão da ilicitude de intervenção judicial no caso, sem se demonstrar antes a premissa de que o tema não é jurídico, mas político, e, portanto, entregue apenas aos órgãos de representação popular. Existência de direito fundamental eventualmente desrespeitado por ação ou omissão estatal torna jurídica a questão.

2. É impossível adotar soluções absolutas em todas as questões atinentes a direitos fundamentais. A diferença de densidade dos programas e dos domínios normativos dos direitos fundamentais brasileiros é obstáculo à generalização de conclusões para sua concretização, por meio da transposição de precedentes. É necessário construir casuística graduada e adequada à espécie de direito fundamental em causa.

3. Há equívoco em subsumir o direito à integridade física e moral dos presos, previsto no art. 5º, XLIX, da Constituição da República, à categoria dos direitos sociais, a cuja realização se opõem restrições discricionariades política e de reserva do possível. Esse direito fundamental é direito de defesa, malgrado eventualmente uma

RE 592581 / RS

de suas consequências jurídicas- secundárias- seja o deferimento de prestação estatal. Deve preponderar o critério material, em detrimento do formal, na classificação dos direitos fundamentais brasileiros: direito de defesa visam à garantia jurídica da liberdade, mediante omissões do Estado, ao passo que direitos sociais promovem igualdade de fato entre pessoas, para que as menos aquinhoadas possam desfrutar de liberdade jurídica, por meio de prestações jurídicas ou materiais do Estado.

4. Uma vez que os presos não possuem, por definição, liberdade de fato, mas apenas limitado raio de liberdade jurídica, sua integridade recai no âmbito dos direitos de defesa.

5. Ao contrário dos direitos a prestações, cuja implementação estatal se satisfaz por qualquer das opções adequadas adotadas pelo legislador ou pelo administrador, direitos de defesa somente são respeitados caso o Estado se abstenha de todos comportamentos capazes de suprimi-los ou de lesá-los. Não cabe falar, aí, de discricionariedade legislativa ou executiva no fornecimento de condições materiais que atendam ao art. 5º, XLIX, da CR.

6. Possui aplicabilidade imediata o direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos cidadãos presos (art. 5º, XLIX e § 1º). O estado do sistema carcerário brasileiro fere a ordem constitucional e deveres convencionais e legais do Brasil.

7. Não cabe aplicação da cláusula da reserva do possível que resulte em negativa de vigência de núcleo essencial de direito fundamental. O Estado deve garantir proteção do mínimo existencial do direito fundamental de respeito à integridade física e moral dos presos. Núcleo essencial intangível a ser assegurado, independentemente de condições adversas, limites financeiros ou colisão com outros direito fundamentais.

8. Tem legitimidade o Poder Judiciário para determinar adoção de políticas públicas que garantam intangibilidade do mínimo

RE 592581 / RS

existencial do direito fundamental ao respeito à integridade física e moral dos presos, como reforma, ampliação e construção de estabelecimentos prisionais, em caso de omissão dos entes estatais. Precedentes.

9. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário.”

É, em suma, o relatório. Voto.

- **Premissa: o que é uma Constituição? / o que uma Constituição constitui?**

A promulgação da Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova ordem político-jurídica no Brasil. A partir de 05 de outubro de 1988, a Constituição deixou de ser compreendida apenas como mero documento político organizador do estado e repartidor de competências, passou a ser compreendida como um projeto de construção nacional, com princípios (art. 3) e objetivos (art. 4) expressos, prevendo um rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5 ao art. 17), redefinindo a organização e separação entre os Poderes. Dessa forma, a questão central a partir de 1988 deixou de ser “o que é uma constituição”, e passou a ser “o que uma constituição constitui”. E a Constituição de 1988 não mais um mero documento organizador do poder do Estado, mas sim o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais¹. Uma comunidade que deve, portanto, se preocupar inclusive com seus concidadãos presos, encarcerados, mas não por isso menos dignos de igual respeito e consideração.

1 NETO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – A produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 19-20.

RE 592581 / RS

- O direito fundamental de proteção à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX)

Partindo dessa premissa e cotejando-a com o presente caso, a questão central a ser analisada no presente Recurso Extraordinário diz respeito ao conteúdo normativo do direito à integridade física e moral do preso, consoante o disposto no art. 5º, XLIX, da Constituição da República, bem como aos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes insculpido no art. 2º do Texto Constitucional.

O conteúdo normativo do artigo 5º, XLIX, consiste na proteção e garantia da saúde física e moral do preso. Vale dizer, é dever do Estado garantir que as condições de encarceramento sejam dignas, de tal forma que suas condições de saúde física e moral sejam bem protegidas. Tal previsão é densificada e pormenorizada em normas infraconstitucionais que não são novas e de há muito conhecidas pelos Estados.

Nesse sentido, é de se destacar que as condições em que a execução penal deve transcorrer encontram-se expressas na Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, cujos art. 1º e 3º bem sintetizam seu conteúdo:

“Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

“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.”

Ao dispor sobre o alojamento do preso em cela individual em penitenciária, diz o art. 88, da LEP:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

RE 592581 / RS

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados)."

Esses parâmetros devem ser observados ainda na penitenciária feminina (art.89), na Colônia Agrícola, Industrial ou Similar (art. 92), em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (art. 99, parágrafo único), bem como na hipótese de isolamento como sanção disciplinar (art. 53, IV) e cadeia pública (art. 104).

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal assim explica sua essência:

"19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola a medida da proporcionalidade como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminógenos que propicia.

(...)

65. Tornar-se-á inútil, contudo, a luta contra os efeitos nocivos da prisionalização, sem que se estabeleça a garantia jurídica dos direitos do condenado.

67. A norma do art. 39, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios, reedita a garantia constitucional que integra a Constituição do Brasil desde 1967.

68. No estágio atual de revisão dos métodos e meios de execução penal, o reconhecimento dos direitos da pessoa presa configura exigência fundamental.

(...)

74. A declaração desses direitos não pode conservar-se,

RE 592581 / RS

porém, como corpo de regras meramente programáticas. O problema central está na conversão das regras em direitos do prisioneiro, positivados através de preceitos e sanções.

75. O Projeto indica com clareza e precisão o repertório dos direitos do condenado, a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos: alimentação suficiente e vestuária; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, quando compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal reservada com o advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; igualdade de tratamento; audiência com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade em defesa de direito; contato com o mundo exterior através de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação (art. 40).

76. Esse repertório, de notável importância para o habitante do sistema prisional, seja ele condenado ou preso provisório, imputável, semi-imputável ou inimputável, se harmoniza não somente com as declarações internacionais de direitos mas também com os princípios subjacentes ou expressos de nosso sistema jurídico e ainda com o pensamento e idéias dos penitenciaristas (Jason Soares de ALBERGARIA. Os direitos do homem no Processo Penal e na execução da pena. Belo Horizonte, 1975).” (portal.mj.gov.br. Acesso em 13.08.2015)

Paralelamente, por meio da Resolução 09, de 18 de novembro de 2011, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária/Ministério da Justiça estabeleceu diretrizes básicas para arquitetura penal, das quais se destacam as seguintes recomendações gerais:

RE 592581 / RS***“3.1. Capacidade dos Estabelecimentos Penais***

O Conjunto Penal tem capacidade ilimitada, desde que os diversos estabelecimentos que o compõem respeitem as capacidades para ele fixadas anteriormente e sejam independentes entre si ou estanques.

Em nenhuma hipótese um módulo de celas poderá ultrapassar a capacidade de 200 pessoas presas.

Em todas as penitenciárias e cadeias públicas que possuam celas coletivas, deverá ser previsto um mínimo de celas individuais (2% da capacidade total), para o caso de necessidade de separação da pessoa presa que apresente problemas de convívio com os demais por período determinado (Portaria Ministério da Justiça/DEPEN nº 01, de 27.01.2004, anexo) e pelo menos uma cela com instalação sanitária, por módulo, obedecendo aos parâmetros de acessibilidade (NBR 9050/2004).

3.2. Parâmetros Arquitetônicos para a Acomodação de Pessoas Presas

A cela individual é a menor célula possível de um estabelecimento penal. Neste cômodo devem ser previstos cama e área de higienização pessoal com pelo menos lavatório e aparelho sanitário, além da circulação. O chuveiro pode ser configurado fora da cela em local determinado. Podem ainda ser projetados: mesa com banco, prateleiras, divisórias, entre outros elementos de apoio. Caso se opte também pode ser incluído o chuveiro dentro da cela. A área mínima deverá ser de 6 metros quadrados, incluindo os elementos básicos – cama e aparelho sanitário – independentemente de o chuveiro localizar-se fora da cela ou não. A cubagem mínima é de 15 metros cúbicos. O diâmetro mínimo é de 2 metros.

No caso da cela acessível, as dimensões do mobiliário dos dormitórios acessíveis devem atender às condições de alcance manual e visual previstos na NBR 9050/2004 e serem dispostos de forma a não obstruírem uma faixa livre mínima de circulação interna de 0,90 m de largura, prevendo área de manobras para o acesso ao sanitário, camas e armários. Os armários devem atender ao item 7.4.2. da NBR 9050/2004. Deve haver pelo menos uma área com diâmetro de no

RE 592581 / RS

mínimo 1,50 m que possibilite um giro de 360°. A altura das camas deve ser de 0,46 m.

Os parâmetros da cela acima descritos devem ser aplicados para salas e celas de saúde.

A cela coletiva é qualquer cômodo com a mesma função de uma cela individual, porém com capacidade para abrigar mais de uma pessoa presa simultaneamente.

(...)

No caso do uso de três camas superpostas (beliches de três camas) deverá ser previsto um pé-direito mínimo de três metros e meio, independentemente de exigir-se uma cubagem menor.

No caso de o chuveiro localizar-se fora da cela coletiva, poderão ser subtraídos 0,96 m² da área em relação ao valor mínimo fixado no quadro acima, sem prejuízo do parâmetro de diâmetro equivalente.

3.10. Conforto ambiental (ventilação e iluminação naturais)

Para paredes e coberturas deverá ser usado material adequado de acordo com as peculiaridades de cada região, prevendo-se a conveniente ventilação, e proteção, com a adoção de esquemas técnicos especiais que atendam às condições climáticas regionais (...)

As aberturas dos compartimentos deverão obedecer a um mínimo de 1/8 a 1/6 da área de seu piso, dependendo da zona Bioclimática em que o estabelecimento está inserido, por questões de aeração dos ambientes, atendendo ainda as normas da NBR 15220/2003 para as condições de ventilação natural por região bioclimática. Excluem-se dessa obrigatoriedade os compartimentos que servem de corredores e passagens com área igual ou inferior a 10m². Quando a iluminação/ventilação for zenital deverá atender também ao mínimo de 1/6 da área do piso.

Os ambientes deverão possuir ventilação cruzada. Para isso, a relação entre aberturas de entrada e de saída deverá corresponder ao mínimo de 0,5 para a circulação de ar.

3.12. Iluminação artificial

A iluminação artificial externa deverá ser executada da periferia

RE 592581 / RS

para o interior ou da parte superior para a inferior. Neste caso, os postes de iluminação deverão ter altura mínima equivalente ao dobro da cumeeira da cobertura dos telhados e permitir total iluminação das fachadas, pátios e coberturas.

Todos os serviços das celas, como iluminação artificial, descarga dos vasos sanitários, água nos chuveiros, poderão contar com comando externo centralizado (de acordo com as peculiaridades de cada estabelecimento), devem contar com dispositivos de aquecimento de água quando a unidade estiver em região de baixas temperaturas e devem ser oferecidos de forma que atendam às necessidades humanas com conforto e higiene.

As luminárias das celas e dos corredores podem ficar embutidas no forro e protegidas por materiais que lhes vedem o acesso por parte do usuário, sendo sua manutenção feita através de alçapão situado sobre a carceragem ou por outra solução arquitetônica.

3.13. Recomendações técnicas

(...)

As edificações devem ser projetadas de modo a atender aos quesitos necessários quanto ao custo da construção, considerando-se também o material a empregar, objetivando a redução das despesas que venham a demandar com a manutenção e o funcionamento, sem, contudo, acarretar prejuízo das condições mínimas de comodidade, indispensáveis para a segurança e a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

As edificações devem ser projetadas, preferencialmente, considerando as características necessárias ao sistema de distribuição, reservação e utilização de água potável do prédio, assim como as condições necessárias para aparelhos sanitários, tubulações de água e de esgotos, sistema de drenagem, reuso de águas e aproveitamento de águas pluviais.

(...)

As partes externas deverão ser convenientemente drenadas, permitindo o perfeito escoamento das águas pluviais, protegendo, assim, as construções; recomenda-se que as tubulações devem ter no máximo 200 mm de diâmetro por linha.

RE 592581 / RS

(...)

As edificações devem ser projetadas de modo a atender aos quesitos necessários para obtenção da Etiqueta Nacional de Conservação de Energia “A”, emitida pelo Ministério de Minas e Energias através do Programa Pracional de Eficiência Energética em Edificações, o PROCEL EDIFICA.

A fiação elétrica, os quadros e caixas de passagem enterradas, caixas de incêndio e reservatórios d’água devem ser especialmente protegidos com trancas de segurança e cadeados, e situados em locais de difícil acesso às pessoas presas.

Deve-se primar por aspectos de harmonização do ambiente com a vida humana, de forma a favorecer o equilíbrio, a saúde e a tranquilidade, considerando itens como a pintura (cores), acabamento, configuração espacial que minimize a sensação de opressão, respeito ao espaço pessoal, layout dos ambientes obedecendo aos princípios da ergonomia etc. Tais cuidados são necessários para minimizar os efeitos da prisionalização, nocivos à saúde mental, não só dos presos, mas também dos funcionários que vivenciam os espaços prisionais.”

Revisitando a jurisprudência da Corte, verifica-se que em inúmeros julgados, entendeu-se, também com fulcro na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), rechaçar ofensas à integridade do preso, bem como conceder indenização diante de ofensa, consoante se extrai das ementas colacionadas:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. AMEAÇA DE VIOLÊNCIA FÍSICA, MORAL E SEXUAL EM PRESÍDIO. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM ADOÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS CABÍVEIS. ALEGADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora tenha negado seguimento ao habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça determinou ao juízo das execuções penais que garantisse a segurança e integridade física do paciente no presídio

RE 592581 / RS

em que se encontra recolhido.

2. Constrangimento ilegal não configurado.

3. Ordem denegada.” (HC 102.309, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 30.09.2010)

“EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Morte de detendo por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 272.839, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 08.04.2005)

Nesse ponto, é mister levar em consideração a finalidade da pena. Não obstante inúmeras teorias tentem explicá-la, há certo consenso quanto ao seu fim ressocializador. Nesse sentido, é de grande valia resgatar a marcante decisão no HC 71.179, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

“PENA- CUMPRIMENTO- TRANSFERÊNCIA DE PRESO- NATUREZA. Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando à indispensável assistência pelos familiares. Os óbices ao acolhimento do pleito devem ser inafastáveis (sic) e exsurgir ao primeiro exame, consideradas as precárias condições do sistema carcerário pátrio. Eficácia do disposto nos artigos 1º e 86 da Lei de Execução Penal- Lei 7.210, de 11 de julho de 1984- Precedente: habeas corpus nº 62.411-DF, julgado na Segunda Turma, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, tendo sido o acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência nº 113, à página 1.049.” (Segunda Turma, DJ de 03.06.1994)

Isso demonstra que, além do direito fundamental do preso previsto no art. 5, XLIX, há também sólida legislação infraconstitucional e

RE 592581 / RS

entendimento consolidado desta Corte que esmiúçam e detalham o conteúdo normativo, bem como o âmbito de proteção do direito à integridade física e moral do preso. O direito previsto no art. 5º, XLIX impõe uma conduta ao Estado. Conduta essa que possui parâmetros legais infraconstitucionais nítidos, precisos e não são novos. Não há razão, portanto, para que o Estado se escuse de protegê-lo.

- O papel do Poder Judiciário

É de se destacar que ao Poder Judiciário não cabe se substituir ao legislador ou ao gestor. Mas, contra uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma antiquada compreensão sobre a separação dos Poderes, é possível, sim, conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária². É possível, assim, uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta o direito fundamental do preso à sua integridade física e moral durante sua custódia pelo Estado. 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.

Nesse sentido, o jurista português Jorge Miranda aduz o seguinte no

2 GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia*: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

RE 592581 / RS

tocante aos dois sentidos de funções do Estado:

“I- São dois os sentidos possíveis de função do Estado: como fim, tarefa ou imperativo ou opção para agir, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, passagem a ação, modelo ou comportamento.

No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim, como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado- da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do ambiente- decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder.

No segundo sentido, a função - agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado - entronca nos atos e atividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública.

No primeiro sentido, a função não tem apenas que ver com o Estado enquanto poder; tem também que ver com o Estado enquanto comunidade. Tanto pode ser prosseguida só pelos seus órgãos e serviços através das chamadas políticas públicas como ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil, em formas variáveis de complementariedade e subsidiariedade (tudo dependendo das concepções dominantes e da intenção global do ordenamento).

No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação qualificada do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder, e carece de ser apreendida numa

RE 592581 / RS

tríplice perspectiva-material, formal e orgânica.

No primeiro sentido, a função traduz-se depois em incumbências quer para a proteção e a promoção de direitos fundamentais, quer para conformação de setores da vida coletiva (cfr., por exemplo, na Constituição portuguesa, os arts. 38º, nº 4, 59º e segs. ou 80º e segs.; e na Constituição brasileira, os arts. 5º-LXXIV, 21 ou 134 e segs.).

No segundo sentido, a função é o modo específico como o Estado procura atingir os fins prescritos na Constituição e na lei, o modo como se desincumbe das imposições que delas recebe.” (Teoria do Estado e da Constituição. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.355-356)

Em assento contínuo na doutrina portuguesa, é possível concluir que a diversidade de funções não é algo a ser visto de forma estanque, mas deve-se considerar o momento de sua concretização. Confira-se:

“A separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considera-lo como um dogma de valor intemporal. Devemos perspectiva-lo como princípio histórico (K. Hesse) ‘em contacto’ com uma ordem constitucional concreta. Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação articula-se e combina-se com outros princípios constitucionais positivos (princípio de governo semipresidencialista ou de regime misto parlamentar-presidencial, princípio da conformidade dos actos estaduais com a Constituição, princípio da participação).

(...)

As várias funções devem ser separadas e atribuídas a um órgão ou grupo de órgãos também separados entre si. Isto significa não uma equivalência total entre atividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída principal ou prevalentemente uma determinada função.” (CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 2. Reimp. Coimbra:Almedina. p. 556-558)

RE 592581 / RS

No estágio atual de democracia em que o Brasil se posiciona, não há espaço para a negativa de direitos fundamentais positivados no Texto Constitucional. A Constituição é fruto de uma opção política que adota a proteção desses direitos como única escolha possível na construção de uma sociedade justa e democrática.

- Constituição Dirigente e Vinculação dos direitos fundamentais

A Constituição dirigente, que não esgota em si mesma o seu conteúdo direcional, é também política³. Ela só se realiza plenamente através da atuação do Poder Legislativo (produção de leis) e do Poder Executivo (criação e execução de políticas públicas). Mas, ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia.

A agenda de políticas públicas nasce de pesquisa realizada no seio do grupo social e da definição das prioridades, a partir dos recursos financeiros existentes. Todavia, o não atendimento dessas necessidades coletivas pelos demais Poderes autoriza a atuação do Poder Judiciário no sentido de tornar efetiva a proteção aos direitos fundamentais. Ou seja, a atuação judicial sobressai da inércia ou insuficiência dos demais Poderes em cumprir as diretrizes e determinações da Constituição de efetivar direitos, especialmente os direitos fundamentais.

Comunga-se da ideia de que é preciso manter uma íntima ligação entre a Constituição e as circunstâncias sociais que se mantêm em constante mutação. A dinâmica social exige um acompanhamento contínuo e incessante do Texto Constitucional, sob pena de o texto positivado não mais refletir os valores e princípios fundamentais

3 BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*. Nº 61. 2004. p. 5-24. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>

RE 592581 / RS

adotados pela sociedade destinatária.

De nenhuma valia teria a previsão de um direito fundamental se ele não puder ser tutelado pelo Estado, principalmente quando todos os contornos normativos encontram-se definidos na legislação vigente, tal como ocorre na hipótese do direito à integridade física e moral do preso. E nesta expressão – Estado – entende-se contida a tripartição Executivo, Legislativo e Judiciário. Nessa perspectiva, tem razão aqueles que afirmam que o poder é uno e a repartição em três funções diversas – executiva, legislativa e judiciária – dá-se como instrumento de otimização de resultados.

A separação de Poderes, conforme anotado alhures por Canotilho, é apenas técnica de repartição organizatória funcional. Não há proibição de um Poder agir para tutelar direitos caros em determinada ordem normativa. A forma como cada Poder exerce esta tutela é que diverge. Veda-se, na verdade, que um possa imiscuir-se totalmente na função primordialmente exercida pelo outro. O sistema de freios e contrapesos, por si, já denota que todos devem, na medida da função que lhe foi atribuída, tornar efetivas as escolhas do constituinte originário.

Nesta senda, ressalta-se que:

“Não é possível a invocação do princípio da separação dos poderes para a não apreciação da pretensão do titular do direito fundamental social. Como já ressaltado, o Poder Judiciário, durante o exercício do controle de constitucionalidade, não interfere na esfera exclusiva de atribuição das demais formas de expressão do poder estatal, porque atua exclusivamente no âmbito jurisdicional.

Por outro lado, o princípio da separação de poderes não pode ser utilizado para justificar a violação dos objetivos do Estado aos quais todas as formas de expressão do poder estatal estão vinculadas.

A atuação jurisdicional reflete, portanto, atividade corretiva do Estado-juiz, com o precípua propósito de atender aos objetivos estatais, mediante a satisfação integral dos direitos fundamentais sociais, fator que assegura a unidade do sistema.” (CANELA JR,

RE 592581 / RS

Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94-95)

Exatamente por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, em ocasiões distintas, posicionou-se pela inexistência de ofensa ao princípio da separação de poderes nas hipóteses de direitos ou políticas públicas expressamente previstas na Constituição e não efetivadas, conforme se verifica dos acórdãos colacionados:

“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO,

RE 592581 / RS

QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO”. (ARE 745.745-AgR, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 02.12.2014)

“Ementa

SAÚDE – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde.” (ARE 744.170-AgR, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 31.01.2014)

“Ementa

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4.

RE 592581 / RS

Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 860.979-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 05.05.2015)

No mesmo sentido: ARE 768.825 (rel. min. **Ricardo Lewandowski**, Segunda Turma, DJ de 20.08.2014); RE 820.910 - AgR (rel. min. **Ricardo Lewandowski**, Segunda Turma, DJe de 03.09.2014); RE 850.215-AgR (rel. min. **Cármem Lúcia**, Segunda Turma, DJe de 28.04.2015); ARE 740.800-AgR (rel. min. **Cármem Lúcia**, Segunda Turma, DJe de 11.12.2013); RE 669.635-AgR (rel. min. **Dias Toffoli**, Segunda Turma, DJe de 10.04.2015); RE 642.536-AgR (rel. min. **Luiz Fux**, Primeira Turma, DJe de 26.02.2013); AI 739.151-AgR (rel. min. **Rosa Weber**, Primeira Turma, DJe de 10.06.2014); RE 628.159-AgR (rel. min. **Rosa Weber**, Primeira Turma, DJe de 14.08.2013); ARE 649.600 (rel. min. **Teori Zavascki**, DJe de 18.09.2013) e ARE 761.127-AgR (rel. min. **Roberto Barroso**, Primeira Turma, DJe de 15.08.2014).

- A impossibilidade de se invocar a Reserva do Possível como argumento retórico e escusa indevida

Contraproducente se revela a alegação da reserva do possível, pois o Estado não pode se furtar a garantir, minimamente, o conteúdo normativo dos direitos especificados ao longo do Texto Constitucional e exaustivamente regulamentado pelas normas infraconstitucionais, sob pena de incorrer em ilegitimidade.

Quer dizer, nas palavras de Paulo Bonavides, “o poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida,

RE 592581 / RS

coesa e solidária”⁴. E prossegue afirmando que a legitimidade deste poder relaciona-se à justificação e aos valores do poder legal. Confira:

“A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. E o critério que busca menos compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.

No conceito de legitimidade entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência.

A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada; sua legitimidade será sempre o poder contido naquela constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.”⁵ (op. cit. p. 121)

De tudo se conclui que o descompasso entre os direitos positivados na Constituição e sua efetivação – mínima, que seja – pelo Estado, primariamente pelo Executivo, Legislativo ou, por fim, pelo Judiciário, torna letra morta o Texto Constitucional e esvazia o sentido da decisão política tomada pela sociedade a que ela se destina.

A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais. Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental. A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia.

Destarte, a inexistência de recursos no orçamento vigente -

4 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 115.

5 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 121.

RE 592581 / RS

demonstrável objetivamente – não afasta a possibilidade de atendimento do direito em tela. Nesta perspectiva, é possível a inclusão da respectiva dotação no orçamento do ano seguinte (art. 165, § 5º, c/c art. 167, I, ambos da Constituição da República). Contudo, uma ressalva deve ser feita. O orçamento possui caráter apenas autorizativo, isto é, apenas permite que, caso se pretenda utilizar o recurso financeiro, este uso estará permitido na peça orçamentária proposta pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo. Não possui, entretanto, caráter obrigatório para a execução daquela dotação. Tendo essa premissa como base, é imperativa a determinação da inclusão no orçamento seguinte, bem como o início da execução da reforma, em certo prazo, após essa inclusão. Tais medidas visam dar concretude ao direito violado e, em última análise, concretizar a força normativa da Constituição, sem que, no entanto, tal determinação judicial signifique uma substituição indevida do Juiz aos atos do gestor. No presente caso, silenciar ou decidir pouco não contribui para a superação da situação de negação de direitos. Por outro lado, atuar e garantir o direito do preso à sua integridade física e moral não precisa ser atividade de substituição ao gestor, mas exigir que este, de acordo com suas escolhas políticas, orçamentárias, técnicas, cumpra a exigência constitucional.

- **Conclusão**

Diante do exposto, acompanho o voto do Ilustre Relator Ministro Ricardo Lewandowski para dar provimento ao presente Recurso Extraordinário.

É como voto.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, Vossa Excelência me permite? Vou empunhar a bandeira inicial de Vossa Excelência e explico o porquê: examina-se situação concreta, e, no tocante a essa situação concreta, que é notória, a das penitenciárias, e também tendo em conta a carga tributária brasileira, conclui-se que a reserva do possível não é evocável, tampouco o princípio da separação e harmonia dos Poderes.

Por isso, não devemos deixar uma brecha para, simplesmente, não se cumprir a decisão do Supremo, dando-se a esse elemento, que é reserva do possível, polivalência maior. Desde que me conheço, o Estado sempre esteve às voltas com o caixa, em que pese à receita. E não será amanhã que não estará, principalmente diante do contexto que verificamos, em especial, no Estado do Rio Grande do Sul.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Presidente, também pela ordem, eu gostaria de, pedindo vênias ao Ministro Fachin, entender que realmente Vossa Excelência deveria tolerar a sua tolerável proposição. Quer dizer, no primeiro aspecto, Vossa Excelência realmente explicitou a hipótese de obras emergenciais. Então, numa ponderação entre a reserva do possível e obras emergenciais, que vão atentar para o centro de gravidade da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, há de preponderar efetivamente essa proteção à dignidade com realização de obras emergenciais que não possam ser obstadas por uma vã alegação de reserva do possível - isto, em primeiro lugar.

Em segundo lugar, da forma como a tese foi exposta na repercussão geral e que aqui está sendo discutida, o que Vossa Excelência concluiu - com o quê eu concordo - é que, nesse particular, o ativismo judicial não implica violação à cláusula pétrea da separação de Poderes. Então, obras emergenciais e a atividade judicial, nesse caso, não há nenhuma violação à separação de Poderes, porque, por exemplo, no mandato de injunção, o

RE 592581 / RS

Judiciário provê especificamente. E o Supremo Tribunal Federal já legitimou a possibilidade de mandado de injunção de caráter coletivo, ou seja, a decisão tem uma eficácia **ultra partes**.

De sorte que eu tolero essa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, deixemos para a segunda parte, provido o extraordinário, a tese a ser proclamada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas nós estamos sempre discutindo tese antes dos votos. Talvez conviesse votar e depois discutir a tese.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: **Tem razão** a eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA quando observa que se impõe votar, *primeiro*, **para**, somente após, tal seja o resultado do julgamento, discutir e firmar a tese concernente ao “*thema decidendum*”.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Depois de concluído o julgamento.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL**V O T O**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu penso que Vossa Excelência enfrentou, e eu equacionaria, três questões. Há três perguntas envolvidas neste caso. A primeira é se o Judiciário pode ou não intervir em situações como essa. A segunda é qual é o papel da cláusula da reserva do possível em situações como esta. E a terceira é: em se entendendo que o Judiciário possa intervir, que tipo de intervenção é legítima ao Judiciário nessas situações.

Passo a responder a primeira pergunta, em linha de concordância com Vossa Excelência, quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Nós todos aqui estamos de acordo que decisão política em uma democracia deve ser tomada, como regra geral, por quem tem voto. Portanto, as decisões políticas devem ser tomadas pelo Poder Legislativo, e, na medida em que legitimado, também pelo chefe do Poder Executivo. Assim, eu gostaria de deixar bem claro que a judicialização, quando ela ocorre – e este é o caso –, ela não substitui a política, e acho que a política tem preferência quando ela consiga produzir consensos e quando ela consiga atuar. Porém, penso que Vossa Excelência assentou no voto, e de maneira muito feliz, em que hipóteses por exceção o Judiciário pode e deve atuar. E acho que este é um caso típico dessa exceção.

Em primeiro lugar, porque nós estamos atuando para proteger os direitos de uma minoria, de uma minoria invisível e de uma minoria que não tem voto, porque não tem direitos políticos. Portanto, nós estamos lidando com um conjunto de pessoas que ficou à margem da vida pela incapacidade de vocalizar os seus interesses e as suas pretensões, porque não há quem as represente. Logo, quem tem que ser o intérprete daqueles que não podem falar é evidentemente o Poder Judiciário. Acho que essa primeira razão já seria suficiente.

A segunda razão já apontada – e o Ministro Marco Aurélio acabou

RE 592581 / RS

de reiterar isso – é que este é um problema estrutural, sistêmico e que vem de longe assinalado por uma inércia contínua e permanente dos Poderes Públicos, notadamente, do Executivo, porque legislação frequentemente há – como lembrava o Ministro Celso de Mello, e Vossa Excelência lembrava no seu voto. Dessa forma, eu acho que o Judiciário tem a legitimidade de intervir para superar um quadro crônico, histórico, atávico de omissão do Poder Executivo nessa matéria.

Por fim, para legitimar essa intervenção, os presos só estão presos, porque o Estado assim o determinou. Se o Estado se arroga no poder de privar essas pessoas de liberdade, tem evidentemente que exercer – lembrava o Procurador-Geral, Doutor Rodrigo Janot – os seus deveres de proteção dessas pessoas que estão sob a sua guarda por decisão sua. De modo que, se há uma hipótese clássica de intervenção legítima do Poder Judiciário, é precisamente esta.

Como o Ministro Fux lembrou, e o Ministro Fachin também, eu abandonei um pouco o uso da expressão "ativismo judicial", porque ela passou a ser utilizada mais ou menos como "neoliberalismo". Quando alguém quer desclassificar ou desqualificar uma posição, diz: "isso aí é ativismo". Mas há situações em que o Judiciário deve ser *autocontido* em respeito às decisões políticas dos outros Poderes, e há situações em que ele tem que ser proativo, em nome da Constituição e dos valores que nos cabe resguardar.

Desse modo, Presidente, eu entendo que o Judiciário não só pode como deve, na linha do que decidiu Vossa Excelência, interferir para determinar a realização de obras em presídios cuja situação seja atentatória à dignidade da pessoa humana.

Passo a responder a segunda pergunta: que papel a cláusula da reserva do possível deve desempenhar nessas situações, na linha da preocupação manifestada pelo Ministro Luiz Edson Fachin, e, em mais de uma ocasião, manifestada em votos emblemáticos do Ministro Celso de Mello. A primeira coisa a dizer é que a cláusula da reserva do possível não pode ser um artifício retórico, uma válvula de escape para o Estado deixar de cumprir a sua obrigação em situações em que ele

RE 592581 / RS

evidentemente tem o dever jurídico de atuar. Agora, afastada essa incidência ilegítima da reserva do possível, ela tem um papel importante numa democracia por duas razões: primeiro, a reserva do possível traz em si o respeito a princípios orçamentários mínimos de quem decide fazer as alocações de recursos, além da lógica elementar de que "dinheiro não nasce em árvores" – para utilizar uma expressão do Cass Sunstein –, e, portanto, é preciso saber como acudir a todas essas demandas sociais que existem. Até porque – eu penso isso, e o Ministro Gilmar já manifestou essa posição – a ideia de responsabilidade fiscal é uma conquista importante da vivência brasileira, e responsabilidade fiscal não tem ideologia: não gastar mais do que se arrecada não é uma posição nem de esquerda, nem de direita; é uma posição que apenas atende à natureza das coisas. E acho que uma revolução progressista que nós faríamos no Brasil seria vivermos sob responsabilidade fiscal, porque o déficit público e as consequências que ele traz penalizam sobretudo as pessoas mais pobres, que dependem da atuação do Estado. Progressista é utilizar o superávit para fins socialmente legítimos; e não gastar o dinheiro que não se tem, gerando consequências extremamente negativas. Portanto, eu gostaria de dizer que a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite o Estado não cumprir direitos fundamentais; é um elemento importante de autocontenção nas matérias em que estejamos lidando com escolhas legítimas de alocação de recursos.

Presidente, eu gostaria de dizer que ouvi com interesse a defesa do Estado do Rio Grande do Sul pelo Procurador do Estado, Doutor Luís Carlos Kothe Hagemann, com a solidariedade de quem já defendeu o Estado em situações difíceis nesta vida. O Estado lida com esse drama de ter que alocar recursos escassos entre fins alternativos que são crescentes em uma sociedade como a nossa. O Estado, como eu disse, tem de alocar recursos escassos, e a reserva do possível é uma variável importante. Porém, o Estado, ao alocar recursos escassos, tem de observar pelo menos as prioridades impostas pela Constituição. Assim, a ideia de reserva do possível se aplica às escolhas políticas, mas não às escolhas que já tenham sido feitas pela Constituição. E aqui, Presidente, na linha também do voto

RE 592581 / RS

de Vossa Excelência, preservar aspectos mínimos da dignidade da pessoa humana não é uma escolha política, é uma imposição da Constituição, e que não está sujeita à reserva do possível, igualmente na linha do que sustentou o Procurador-Geral, Doutor Rodrigo Janot. De modo que, embora a reserva do possível possa ser um fundamento legítimo para postergar obrigações quando elas dependam de decisão política, não é a reserva do possível um aspecto suficiente para postergar obrigações que envolvam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aos quais corresponde a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, também aqui, Presidente, estou acompanhando Vossa Excelência no tocante à exclusão da tese de que a reserva do possível pudesse obstar a interferência do Judiciário ou legitimar a inércia do Estado.

E aqui eu chego à terceira e última fração do meu voto, que é a que considero mais importante, porque traz um componente para reflexão, embora não destoe da conclusão, nem da tese de Vossa Excelência. E aqui eu gostaria de dizer isso de uma forma bem explícita: eu não acho – e penso que nenhum de nós ache – que o Poder Judiciário tem melhores capacidades institucionais para reformar o sistema penitenciário do que o Poder Executivo, porque nós não temos, o Judiciário não tem a visão sistêmica das demandas e o Judiciário normalmente é preparado para fazer micro-justiça, a justiça do caso concreto, com muita dificuldade de avaliar impactos sistêmicos das suas decisões pontuais. Em um modelo ideal, quem tem que tomar essas decisões e implementá-las é o Poder Executivo. Portanto, gostaria de deixar claro que a decisão do Ministro Lewandowski, à qual estou aderindo, não significa uma pretensão do Judiciário de governar o mundo, nem de ser ele próprio o elaborador de políticas públicas, não só porque seria problemático do ponto de vista da legitimidade democrática, como também porque nós não somos melhores do que os técnicos do Executivo para lidar, por exemplo, com questões penitenciárias.

Presidente, diante dessa premissa, que considero relevante, e que diz respeito à separação dos Poderes e às capacidades institucionais de cada Poder, o Judiciário pode atuar quando haja inércia inconstitucional,

RE 592581 / RS

quando haja omissão inconstitucional do Executivo, mas eu penso que, como regra geral – que excepciono neste caso para acompanhar Vossa Excelência –, a melhor intervenção do Judiciário, em situações como esta, é a seguinte: o Judiciário pode impor ao Poder Executivo que realize o diagnóstico da situação e que apresente um plano adequado para sanar aquela omissão sob monitoramento do Poder Judiciário – isso como regra geral e não no caso concreto, porque o caso concreto tem uma situação específica. Acho que essa é a forma adequada de convivência entre os Poderes e de um certo diálogo institucional, em que o Judiciário diz: "há uma inércia prolongada, a competência é sua, apresente um plano, e eu vou monitorar este plano"; porque a ideia de, como regra geral, determinar-se a apresentação de um plano, permite, naturalmente, a realização de um cronograma, a estimativa de custos e um exame de como se vai custear aquela demanda social, inclusive com recursos estaduais ou com recursos federais.

Portanto, eu gostaria de dizer, Presidente, que a minha visão, em situações como esta, é que a regra geral – que não aplico neste caso pela razão que direi na minha conclusão – é que a decisão do Judiciário não deve ser a de ele se sobrepor ao Executivo e determinar como deve ser feito. O Executivo é que tem que apresentar o seu plano para reforma ou do presídio, ou do sistema estadual, fazer um diagnóstico, um plano, um cronograma, uma estimativa de custos, como ele pretende obter o dinheiro, e aí o Judiciário monitora. Acho que em situações-limite o Judiciário pode até determinar a inclusão de verba em orçamento, mas o Judiciário não pode ele próprio dizer como é que deve ser a obra do presídio, porque acho que nós não somos capacitados para isso. Esta fórmula que eu proponho – diagnóstico, projeto e monitoramento da execução –, no entanto, a meu ver, pode e deve ceder diante de situações excepcionais, que reputo ser este caso, porque, neste caso, Presidente, já havia sido feito o diagnóstico, já havia sido apresentada a proposta adequada para a superação do problema, e, ainda assim, o Executivo não atuou. Dessa forma, aqui não faltava propriamente uma política pública, porque o Executivo já tinha definido o que que era preciso fazer, qual

RE 592581 / RS

obra era preciso fazer. Eles apenas não executaram o que já estava pré-traçado. Assim, considero que esta era uma situação excepcional, uma situação emergencial para a realização de uma obra pontual e não para uma reforma sistêmica. E, então, neste caso, penso que a solução proposta por Vossa Excelência é a solução totalmente adequada. Já havia laudo dizendo qual era o problema e o que era preciso fazer para saná-lo, e quanto custaria.

Portanto, aqui nós não precisamos intervir, nem é isso que Vossa Excelência fez, para elaborar uma política pública. Nós estamos mandando fazer o que já se sabia que deveria ser feito, porque já estavam pré-prontos o laudo e o projeto a ser executado.

Como resultado, nesta hipótese, acho que não é o caso de uma reforma mais ampla do sistema - há uma ação recentemente distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que é uma ação mais ambiciosa e mais complexa, que, aí, acho que, possivelmente, quando chegar o momento de discutirmos, não comporta soluções imediatas e pontuais. Mas o caso que Vossa Excelência trouxe comporta uma exceção pontual a essa regra geral que eu aqui imagino.

Então, eu pediria vênias ao eminente Ministro Luiz Edson Fachin, para, na linha do que já verbalizaram o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Luiz Fux, também me apegar ao teor da proposta original de Vossa Excelência. O que Vossa Excelência faz é dizer que, nesta situação concreta, que exigia uma obra emergencial, não é legítima a invocação da reserva do possível, nem da separação dos poderes. Portanto, não é um afastamento genérico em todo e qualquer caso, mas pontual, e Vossa Excelência se refere expressamente à execução de obras emergenciais. De modo que, diante da formulação limitada da tese, eu acho que é legítima a exclusão da reserva do possível e da separação dos Poderes.

Eu tive chance de passar, Presidente, os olhos na integralidade do voto de Vossa Excelência, que gostaria aqui de louvar pela profundidade, pelo fôlego, pela oportunidade de trazer a matéria em discussão agora e por vir sendo o porta-voz, em nome do Supremo, do enfrentamento dessa questão do sistema penitenciário, e por ter difundido essa prática, que vai

RE 592581 / RS

ser transformadora no País, da audiência de custódia, que não apenas vai diminuir a demanda pelo sistema carcerário, mas vai aumentar o respeito pela dignidade dos presos, porque o juiz poderá verificar, como Vossa Excelência bem expôs, se eles foram tratados com integridade. Como disse o Ministro Celso de Mello: "o preso, por decisão legítima do Poder Judiciário, tem privada a sua liberdade de ir e vir, mas não os outros direitos inerentes à sua condição humana e à sua dignidade humana."

Eu cumprimento, com muita sinceridade, a atuação de Vossa Excelência nas situações em geral e nesse caso em particular e estou acompanhando o voto de Vossa Excelência.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu vou começar parabenizando Vossa Excelência pela beleza do voto. Ontem quando eu o recebi à noite, na versão integral, passei algumas horas em leitura atenta, e hoje poderia resumir o meu voto, dizendo que acompanho integralmente Vossa Excelência.

Mas gostaria - e procurando ser o mais objetiva possível - de tecer algumas considerações. Todos nós sabemos, foi dito e redito, que estamos diante de uma ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, contra o Estado do Rio Grande do Sul, visando à realização de algumas obras de reforma em unidade prisional de Uruguaiana, que é Município da fronteira oeste do Rio Grande do Sul. E nos foi dito da tribuna que hoje esse albergue estadual de Uruguaiana conta com 152 detentos, e que a situação hoje não seria exatamente a existente à época do ajuizamento da ação, que ocorreu em 2006.

Eu observei que a Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi muito célere, atendeu com presteza essa ação, proposta que foi em 2006. Foi uma juíza de direito que a julgou, Presidente. A juíza de direito - não sei se ainda continua lá -, a Doutora Cristina Lopes Nogueira, da 2ª Vara Cível da Comarca de Uruguaiana, enfrentou essa ação em julho de 2007. Veja bem, um ano depois, a ação estava sentenciada, e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio de sua 21ª Câmara Cível, julgou a apelação do Estado do Rio Grande do Sul em fevereiro de 2008; sete meses depois, ele julgou, apreciou a apelação. E, na verdade, reformou a sentença, como Vossa Excelência bem colocou.

E observei - lendo, também com toda a atenção -, o acórdão estadual, que o fundamento para a reforma, como também muito bem destacado por Vossa Excelência, não foi que a situação não fosse degradante e que não merecesse reparo, e sim que ela, na verdade, atendia a um princípio de discricionariedade da atividade do

RE 592581 / RS

Administrador público. E concluiu, o acórdão, ou melhor, o Relator, acompanhado por unanimidade pelos demais desembargadores: "*Tenho, pois, que 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 as vezes de administrador, imiscuindo-se indevidamente em seara reservada à Administração.*"

Na sequência, depois de citar jurisprudência, ainda aduziu: "*Por último, tenho dito reiteradas vezes, 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.*"

Assim, deu provimento à apelação, julgando improcedente a ação.

Presidente, eu comungo de todas as premissas do voto de Vossa Excelência, e dou provimento ao Recurso Extraordinário para restabelecer a sentença da Doutora Cristina. Assento brevemente a tese - porque essa tese espelha a minha convicção -, de que, quando estão em jogo direitos fundamentais - no caso temos o art. 5º, inc. XLIX da Constituição Federal, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral; e o art. 1º, inc. III, também da nossa Lei Maior, que consagra como princípio fundante da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana -, diante de uma omissão injustificada do Administrador público, pode, sim, o Poder Judiciário impor a implementação de políticas públicas asseguradas pela Constituição Federal e não efetivadas pelo Estado.

É assim que voto, Senhor Presidente, sem prejuízo do debate da tese, como bem destacou o Ministro Luiz Edson Fachin, que, pelo menos da ótica da reserva do possível, poderia comportar alguma atenuação. Acompanho Vossa Excelência.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, ilustre representante do Ministério Público, senhores Advogados e estudantes presentes, também não poderia deixar de iniciar o meu voto não só louvando a profundidade do voto de Vossa Excelência, como também a capacidade de síntese que Vossa Excelência teve. O voto original de Vossa Excelência tem 72 laudas muito bem fundamentadas; Vossa Excelência conseguiu ainda trazer aqui um resumo de metade dessas páginas e conseguiu, verbalmente, reduzir ainda mais. De sorte que, realmente, Vossa Excelência merece todos os nossos elogios e cumprimentos pelo fato de viabilizar um julgamento tão árduo e tão complexo pela Corte nesta tarde.

Senhor Presidente, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, adota a postura de um tribunal de apelação reiterada, e que não é exatamente essa a nossa função. A nossa função é a apreciação da questão federal, com todas aquelas interdições de conhecimento de matéria fática e provas, e a fixação, então, dessa tese jurídica na repercussão geral. Qual foi a questão posta para a apreciação no Supremo Tribunal Federal? Saber se essa atuação do Poder Judiciário, numa ação civil pública, determinando ao Poder Executivo a realização de obras em presídios, fere a cláusula pétrea de separação de Poderes, ainda que o Judiciário assim aja para garantir a integridade física e moral dos presos conforme prevê a Constituição Federal.

Então, aqui, é cediço que, num recurso especial com repercussão geral, há uma dicotomia: temos um lado subjetivo, que é o julgamento da causa; e temos o aspecto objetivo, que é a fixação da tese. Pelo que eu pude entender, Vossa Excelência fixou uma tese para obras de caráter emergencial, porque, se a tese fosse fixada para obras em geral, a posição do Ministro Luís Roberto Barroso é uma posição incontestável, uma vez

RE 592581 / RS

que o Judiciário não tem capacidade institucional para poder programar que determinados presídios têm que ter esses compartimentos, essas áreas, etc. .

Então, cinjo-me à tese da atuação judicial nas hipóteses em que o Judiciário atua para determinar ao Poder Público a realização de obras emergenciais, no afã de proteger a integridade física e psíquica do preso. Essa questão hoje é uma questão desde 1988. A Constituição Federal tem como centro de gravidade a dignidade da pessoa humana e, numa especificação desse núcleo da dignidade, estabelece que nenhum preso pode ser tratado em situação degradante e que é assegurada a integridade física, psíquica e moral do preso pelo Estado-custodiante.

Pois bem, se não admitíssemos a intervenção judicial, recairíamos naquele velho questionamento do Professor Eurico Lima, que dizia: "direito sem tutela jurisdicional fica sujeito à boa vontade dos homens; e tutela jurisdicional sem direito permite ao juiz decidir no vácuo". Então, aqui, evidentemente que, em primeiro lugar, admitimos - digamos assim - essa tutela de caráter transindividual para que, todas as vezes em que houver a necessidade de realização de obras emergenciais, seja cabível a atuação do Judiciário, que é provocada pelo Ministério Público por uma ação civil pública. Então, essa atuação judicial é inerente à própria necessidade da tutela dos direitos fundamentais.

E, hoje, os direitos fundamentais não podem ser tratados como os direitos civis, onde uma parte tem direito, outra tem deveres; os direitos fundamentais assumem uma dimensão objetiva, que pressupõem, inclusive, a irradiação de seus efeitos para outras relações jurídicas - e, aí, está a decisão de Vossa Excelência, que pode ser aplicada como tese de repercussão geral a todos os casos em que se fazem necessárias obras emergenciais. E esses direitos fundamentais, nessa dimensão objetiva, reclamam também a existência de procedimentos, de instituições, de mecanismos de tutela, para que eles, efetivamente, sejam considerados Direitos Fundamentais.

E Vossa Excelência, nesse particular, no meu modo de ver, propôs a melhor solução para os casos em que os presídios necessitam de obras

RE 592581 / RS

emergenciais. É possível, efetivamente, ao Poder Judiciário impor essa determinação, sem qualquer violação constitucional da cláusula de separação de Poderes.

Por outro lado, com relação ao mínimo existencial, o Ministro Luís Roberto Barroso aqui já timbrou, com sua doutrina clássica de Direito Constitucional, que essa alegação da existência da reserva do possível não pode infirmar um direito fundamental, tanto mais quando se está diante de um confronto com o mínimo existencial. Essa é uma velha batalha doutrinária entre Otto Bachof e Cass Sunstein; um, preconizando o mínimo existencial, e o outro, a reserva do possível, porque o Direito não nasce em árvores, mas há determinadas prestações que, mesmo que o Direito não nasça em árvore, devem ser efetivadas.

Se não me falha a memória, inclusive, teve acento no Gabinete do Ministro Marco Aurélio, o Professor Felipe de Melo Fonte, não foi Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ele foi assessor no meu Gabinete, e reconhecemos que a UERJ é um grande celeiro de grandes quadros.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Se for falar bem, eu quero lembrar que foi meu aluno.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, o Doutor Felipe de Melo Fonte tem obra sobre Políticas Públicas de Direitos Fundamentais. E, exatamente, ao abordar a questão dos presos, em relação ao mínimo existencial, ele assenta que, nesses casos, a regra constitucional que veda a submissão à tortura e ao tratamento desumano ou degradante é exatamente aquela que deve ser observada quando se tem em mente o mínimo existencial; ou seja, o mínimo existencial é não deixar que o preso seja tratado de forma desumana ou degradante, tal como prevê a Constituição Federal.

E diz ele:

"A vedação constitucional a tratamento desumano e

RE 592581 / RS

degradante serve de fundamento às pretensões de amparo aos indigentes de modo geral, já que permitir pessoas dormindo ao relento" - como Vossa Excelência destacou - "ou sem o suprimento das necessidades mais básicas (como acesso a sanitários e água potável para higiene pessoal) não é compatível com o conteúdo mais essencial do princípio da dignidade da pessoa humana."

E afirma ele:

"(...) Com fundamento no próprio texto constitucional, é possível extrair um direito individual a um instrumento de situações flagrantemente desumanas e degradantes, tais como presos encarcerados em celas superlotadas, em condições precárias de higiene, bem como as pessoas vivendo na rua debaixo de vias públicas."

Então, eu repito aqui: o Doutor Felipe de Melo Fonte assenta essa percepção do mínimo existencial em confronto com os direitos fundamentais nessa obra "Políticas Públicas de Direitos Fundamentais".

E a grande verdade, Senhor Presidente, é que, num primeiro momento, eu imaginei que nós estivéssemos realmente sindicando a possibilidade de o Judiciário exigir judicialmente as políticas públicas prometidas na Constituição Federal. Mas, ainda assim, hoje, há alguns países, como África do Sul, a Índia, até a Venezuela, que admitem essa exigibilidade. Eu tenho ainda um pendor muito grande de fazer com que o legislador cumpra a promessa constitucional que ele fez; e até admitiria, pelo menos num controle fraco de inconstitucionalidade, como o Professor Tushnet afirma, eu admitiria até um direito a uma política pública, exigir em juízo o direito a uma política pública.

Mas, de toda maneira, Senhor Presidente, concluindo aqui que os votos de Vossa Excelência, de ontem à noite e esse de hoje de manhã, extremamente instigantes, nos levam a essas digressões, que fazem parte, às vezes até do nosso dever de ofício, motivar as decisões judiciais, eu, então, concluiria acompanhando integralmente o voto de Vossa Excelência, antecipando também que o acompanhamento na sua tese, por ela

RE 592581 / RS

não ser uma tese voltada a permitir ao Judiciário que determine ao Executivo realizar obras no sistema prisional que o Judiciário entender cabível, porque esbarraríamos nessa falta de capacidade institucional. Mas entendo que a tese de Vossa Excelência é aplicável a todos os casos em que haja uma ação proposta, pleiteando a adoção de medidas emergenciais para a manutenção da integridade física e psíquica do preso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - É exatamente isso. É bem minimalista a tese, quer dizer, a intervenção judicial se faz na estrita medida de defender os direitos fundamentais do preso, que estão consignados na Constituição.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também não posso deixar de acompanhar os merecidos elogios não apenas ao voto de Vossa Excelência, mas também por ter trazido matéria que aflige a todos, exatamente pelas condições carcerárias.

Citei, num *paper*, uma frase que poderia ser do voto de um dos juízes ou de um juiz brasileiro, no qual se tem o seguinte:

“...os dolorosos gemidos do fraco, sacrificado à ignorância cruel e aos opulentos covardes; os tormentos atrozes que a barbárie inflige por crimes sem provas, ou por delitos quiméricos, o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes — a incerteza, tantos métodos odiosos, espalhados por toda parte, deveriam ter despertado a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que dirigem as opiniões humanas.

Esta frase não é de juiz, é de Beccaria, no tratado "Dos Delitos e das Penas", escrito em 1764. E pareceria perfeitamente aproveitável por um de nós para falar das condições dos presos e das prisões brasileiras, o que me parece trágico.

Não tenho nenhuma dúvida, Presidente, em afirmar a competência do Supremo Tribunal Federal, ou do Poder Judiciário, para determinar a adoção das medidas necessárias e garantidoras dos direitos constitucionais à dignidade e à integridade dos presos, das pessoas, portanto, custodiadas.

E foi citado da tribuna pelo advogado um precedente meu, como se eu não tivesse reconhecido esse poder. Não é esse o meu encaminhamento, e vou citar, dentre outros que poderia citar, um julgado de 29 de maio deste ano, o Agravo em Recurso Extraordinário nº 832.823, em cuja ementa se tem:

"7. O acórdão recorrido..." - no caso, era de um tribunal que havia reformado uma sentença que tinha extinto uma ação civil pública do

RE 592581 / RS

Ministério Público. Portanto, aqui, no sentido oposto: o Tribunal de Justiça reconheceu e determinou que o juiz prosseguisse para julgar as condições daquele presídio - "...harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que assentou a possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, máxime quando se cuida, como na espécie, de adoção de providências específicas, garantidoras dos direitos constitucionais fundamentais à vida e à integridade física daqueles sob a custódia do Estado: "

Portanto, o meu encaminhamento e os meus julgados são exatamente no sentido do reconhecimento da competência do Poder Judiciário para adotar todas as medidas que sejam necessárias para fazer valer os direitos fundamentais dos presos.

Digo, Senhor Presidente, que acolho integralmente o que foi dito por Vossa Excelência e pelos que votaram antes de mim quanto à situação de descalabro da questão penitenciária no Brasil. E faço brevíssimas observações, como chega a um voto que não precisaria, de jeito nenhum, disso.

Mas, lembraria que, primeiro: há um problema no Brasil, porque a parte externa das penitenciárias e das cadeias é do Executivo. A interna é do Poder Judiciário, porque é o juiz que determina a prisão e acompanha o cumprimento da pena. Esse é um dos dados que tenho notado e anotado que vamos ter que repensar.

Outro dado sobre o qual já ouvimos muitas discussões no Tribunal Superior Eleitoral é aquele de que algumas "políticas" não dão voto. Uma delas é construir penitenciárias.

Houve um político em Minas Gerais que, estando em muito má situação, década de sessenta, talvez de cinquenta, recebeu a seguinte notícia: olha, o senhor precisa fazer alguma coisa que seja de maior contentamento... Ao que ele teria respondido ao Secretário: indignos, eu já pensei várias vezes em fazer umas penitenciárias; o povo não quer, o povo depois nem nota.

Quer dizer, na verdade, não se investe nisso, como disse Vossa Excelência, por falta de vontade política. E, convenhamos, não é assim

RE 592581 / RS

que haverá de ser o exercício da democracia, senão que as políticas públicas haverão de ser adotadas segundo o que a Constituição determinar e para o cumprimento daquilo que seja necessário para o Estado Democrático de Direito, o que significa cumprir o direito; o que significa, ter, inclusive, que fazer presídios. Aliás, deveriam fazer mais escolas, porque talvez não precisássemos de tantos presídios. Mas, de toda a sorte, é preciso que o Brasil repense isso.

Também queria dizer que Vossa Excelência tem toda razão, e agora falo como cidadã... Só para se ter uma idéia das condições de prisões e cadeias em geral, dou um exemplo sempre claro quando temos reuniões na Pastoral Carcerária, que é o seguinte: a cidade, onde mora meu pai, foi criada há noventa anos, com quatro mil habitantes. Construiu-se uma cadeia, e havia um juiz, um promotor e um delegado de polícia. Hoje há quase quarenta mil habitantes, o tráfico de drogas é um problema grave - porque essa cidade faz fronteira com a Bahia -, e se tem a mesma cadeia de noventa anos atrás, um juiz, um promotor e um delegado, ou seja, aumentaram os problemas, mudou a sociedade, e nada se fez em relação a essa matéria. É o que talvez ocorra em muitos dos 5.664 municípios brasileiros.

Enfim, com todas as *tragic choices*, haverá de se dizer que temos recursos e que eles estão disponíveis exatamente para isso. E tenho dúvidas se a adoção das políticas necessárias para tanto, neste caso, são discricionárias, ou, se não são vinculadas, pelo menos para garantir a integridade dos custodiados.

Considero alguns elementos dessa decisão discricionários: o local, por exemplo, mas não considero discricionária a opção do número suficiente de vagas para garantir os direitos constitucionais. Aliás hoje não se fala mais em ato discricionário, mas em variantes do ato administrativo, que são discricionárias. Este é um dos casos.

Apenas uma última referência, Presidente, sobre a reserva do possível e o mínimo existencial: é que aqui não se trata do mínimo existencial; nós estamos falando de existência. E a Constituição, no artigo 1º, faz referência à dignidade da pessoa humana, e, no artigo 170, refere-

RE 592581 / RS

se, expressamente, à existência digna, o que vale para todos, e, em especial, para quem está sob a custódia do Estado.

Também concordo com Vossa Excelência e com os votos que me antecederam no sentido de que aqui não há que se falar em ausência de recurso, porque foi criado o Fundo Penitenciário exatamente para se fazer face a essa demanda que, há algumas décadas, é acentuada, pontuada, denunciada e, nem por isso, faz-se alguma coisa para prover.

Por todas as razões, Presidente, e pelos fundamentos apresentados no voto de Vossa Excelência, dou provimento ao Recurso.

E, quanto à tese, eu acompanharia, mas, como ficou decidido que votamos e depois voltamos a essa questão, vou aguardar.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também começo por cumprimentar Vossa Excelência pelo brilhante e cuidadoso voto que proferiu e também cumprimentar os colegas que estão a acompanhá-lo.

Sem dúvida nenhuma, como já foi amplamente ressaltado, estamos mais uma vez nos defrontando com tema que desafia amplamente a atividade do Poder Judiciário.

De um lado, sabemos, como vem sendo apontado aqui em vários julgamentos, que o número de vagas existentes no sistema penitenciário revela-se insuficiente. Temos declaradas cerca de trezentos e sessenta mil vagas e já temos uma população carcerária de seiscentos mil presos, o que, portanto, excede significativamente o número de vagas e explica inclusive esse quadro de superlotação carcerária, com todas as mazelas apontadas no voto de Vossa Excelência. Isso, por si só, já é preocupante e tem consequências inclusive no que concerne a aspectos sérios de segurança pública, as condições de sobrevivência no presídio, a atuação das chamadas organizações criminosas chega a ponto que não conseguimos imaginar.

Não faz muito tempo, Presidente, recebi, em meu Gabinete, a visita de um grupo de pessoas engajadas na causa - a Pastoral Carcerária, na defesa de situações dignas nos presídios, a pedido do ministro Peluso, inclusive um sacerdote que se engaja nessa defesa - padre Agostinho, muito conhecido em São Paulo, atua em Ribeirão Preto -, acompanhado de pessoas que advogam para essa instituição e, também, de uma senhora que é mãe de um preso e ela relatava, então, essa realidade. Todas as dificuldades, as exigências que se fazem para que essas pessoas, que são presas, às vezes acusadas de tráfico de droga, tenham, por exemplo, uma defesa, que é paga pela organização criminosa. Isso, em princípio, não sabíamos. Mas ela deu uma outra informação que me pareceu relevante:

RE 592581 / RS

também, o transporte para a visita, é o caso de São Paulo - Vossa Excelência o sabe muito bem -, presídios localizados no interior, esse transporte, também, ou as condições de transporte, muitas vezes, são difíceis e os ônibus pertencem, também, ao PCC. Portanto, o Estado está desorganizado e o crime organizado.

Portanto, quando falamos de todas essas más condições dos presídios, também não estamos discutindo apenas a questão de direitos humanos, estamos discutindo a questão de segurança pública. Condições adequadas dos presídios vão permitir um policiamento adequado, vão permitir um monitoramento da situação, dificultar, talvez, a organização ou a fortaleza, o fortalecimento dessas organizações criminosas. Portanto, esse é um ponto relevante que precisa de ser colocado. E acredito que ele é extremamente importante, Presidente, porque a sociedade com muita justeza, talvez, não compreende, muitas vezes, a colocação do tema numa perspectiva de defesa dos direitos humanos, cansada que está do quadro de impunidade e de violência. Mas esse tema está associado, inexoravelmente, à ideia de segurança pública. Na medida que tenhamos presídios com condições dignas, também, o tema de segurança pública estará sendo devidamente contemplado.

Também, não entendo que aqui se possa invocar, ao contrário do que se fez na tribuna, especialmente no caso trazido, a tese da reserva do financeiramente possível. De qualquer sorte, é bom assentar isso, ainda quando nós aceitamos essa tese e há casos em que pelo menos isso é possível de fazer, não se trata de uma fórmula meramente metafísica, ela existe para o Estado e também para os cidadãos. Em nossa vida, temos essa reserva e também na vida do Estado. Mas aqui de que se cuida? Nós não estamos mandando executar, primeiro, não estamos determinando a formulação de uma política pública. Estamos determinando que atos administrativos e atos concretos sejam tomados para corrigir excessos, inclusive, no que diz respeito - como já foi apontado aqui, até no voto, na manifestação do ministro Celso - ao próprio excesso de execução. É disso que se cuida, quer dizer, a melhoria das condições prisionais. E temos, inclusive, lei sobre o assunto, a Lei de Execução Penal, a começar por ela,

RE 592581 / RS

que estabelece regras básicas que vêm sendo, talvez desde seu início, sistematicamente descumpridas.

Veja, por exemplo, Presidente, o artigo 88 da Lei nº 7.210, a LEP, a Lei de Execução Penal:

"Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que contará dormitório, aparelho sanitário e lavatório."

E o parágrafo único, então, fala sobre requisitos de salubridade, área mínima de seis metros quadrados, portanto, regras que estão estabelecidas de forma muito clara desde 1984. Há no final, inclusive, uma cláusula de transição:

"Art. 203. No prazo de 06 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis."

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei."

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados" - que era novidade no texto para o regime aberto."

"§ 3º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação" - veja a responsabilidade do legislador, entendendo que essa cláusula de transição poderia ser estendida -, "instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos."

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará a suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança."

RE 592581 / RS

Portanto, veja que a Lei já trouxe inclusive uma cláusula de transição e permitia que o Conselho Penitenciário estendesse esse prazo, respeitando a reserva do financeiramente possível. Não obstante, nós sabemos qual foi o resultado.

Por outro lado, também, sabemos que a responsabilidade pela execução da pena, a despeito da responsabilidade administrativa do Poder Executivo quanto à construção dos presídios, é do Poder Judiciário. Veja, Presidente, que há um capítulo sobre a atuação do juízo, da execução na Lei de Execução Penal. Diz o artigo 66:

"Art. 66. Compete ao Juiz da execução:"

E aí vem a descrição de suas competências e responsabilidades. E o inciso VII desse artigo diz o seguinte:

"VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;"

Veja, portanto, uma responsabilidade direta do juiz da execução.

Eu me lembro, Presidente, que, quando - acho que não narrei isso aqui ainda - vice-presidente do Tribunal, recebi a visita, em nome da ministra Ellen, da senhora ex-Presidente da Corte Suprema canadense, que visitava o Brasil, naquela época, muito focada nesses temas de direitos humanos, especialmente das condições dos presídios. E ela, claro, não demorou a chegar ao tema, talvez o móvel imediato de sua visita, o episódio lamentável de Abaetetuba, em que aquela moça foi colocada num cárcere onde havia homens e foi brutalmente violentada, com a ausência da juíza da comarca, em suma, com todas aquelas ocorrências lamentáveis. Eu, então, expliquei que nós, enquanto juízes, não tínhamos controle da administração do presídio, em sentido amplo, e das dificuldades, das más condições dos presídios e tudo mais. E essa senhora, com uma frieza e uma ponta de ironia anglo-saxônica, disse-me

RE 592581 / RS

que entendia que abusos ocorriam em todos os lugares, mas me questionou se eu não considerava demasiado que nós tivéssemos levado trinta dias para descobrir o fenômeno. Um questionamento irrespondível. Só restou a mim mesmo dizer-me que eu, pelo menos, nunca mais ouviria um repto dessa índole sem ter feito algo nessa seara e, daí, ter me motivado para discutir o tema no âmbito do CNJ, dando ensejo, então, ao debate sobre os mutirões carcerários.

Mas veja Vossa Excelência que isso é dever do juiz: fiscalizar, estar mensalmente no presídio. No CNJ, nós descobrimos que muitos juízes da execução, Presidente, nunca tinham visitado um presídio; portanto, descumprindo claramente o que estava no texto legal base, o Estatuto da Execução Penal. E, por isso, resoluções do CNJ passarem a exigir, inclusive, relatórios específicos dessa visita. Mas o dispositivo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não apenas a prisão açodada, temporã, sem a culpa formada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, o dispositivo, o art. 66, diz mais:

"Compete ao Juiz da execução:

(...) VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;"

Portanto, uma medida extremamente grave. Mais grave até do que a determinação de aperfeiçoamento, construção, reparo de uma unidade prisional. O ministro Celso lembrava que, muitas vezes, essas medidas são tomadas, mas os tribunais, em função do próprio escarcéu, da própria repercussão desse tipo de medida, em geral, acabam por cassar a interdição que é determinada legalmente.

Lembremo-nos do episódio do juiz de Contagem, Minas Gerais, que acabou sendo até punido em função de uma determinação semelhante.

RE 592581 / RS

Vejam, também, que a Lei de Execução Penal confere responsabilidade, competência específica ao Ministério Público. Agora já no art. 68, Presidente, que diz:

"Art. 68 - Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;"

A isso se referia, também, o ministro Celso de Mello: competência específica...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Incumbe ao Ministério Público, **dentre** as suas inúmeras atribuições **no curso** do processo de execução penal (**LEP**, arts. 67 e 68), **proceder**, ao menos uma vez por mês, *a visitas correcionais* dos estabelecimentos penitenciários, **em ordem a velar** pela integridade dos direitos dos sentenciados **e a fiscalizar** o adequado cumprimento do título penal condenatório.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E, aí, diz mais no parágrafo único:

"Parágrafo único - O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio."

Portanto, o legislador desde 84, uma lei cuidadosa; tomou uma série de cautelas, normas de organização e procedimento com todas essas tessituras, com o objetivo de regular fiscalização para evitar o excesso de execução.

RE 592581 / RS

Portanto, Presidente, a rigor, há base legal farta que indica que, na situação descrita no Recurso Extraordinário, nós temos uma rotunda sistemática violação, que demanda correção de forma bastante clara.

Então, não se há de falar, aqui, em qualquer abuso, ou desvio, ou violação eventual da separação dos poderes na espécie. A legislação da execução penal já define as condições básicas dessa execução. Está evidente, portanto, a sistemática violação.

O art. 186 diz quem pode suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

"Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

I - o Ministério Público;

II - o Conselho Penitenciário;

III - o sentenciado;

IV - qualquer dos demais órgãos da execução penal."

E o art. 185 diz que:

"Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares."

Portanto, a mim me parece que não se pode invocar de forma longínqua a reserva do financeiramente possível para impedir ou bloquear uma determinação judicial no sentido do reparo que se exige, para que se deem condições mínimas de funcionalidade, de funcionamento à unidade prisional.

Mas há outros argumentos legais que podem ser mencionados e que reforçam a competência de órgãos que integram o Judiciário. A Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009, cria, Presidente, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Portanto, também, nesse âmbito. E veja que aqui

RE 592581 / RS

no § 1º já se diz:

"Art. 1º (...)

§ 1º Constituem objetivos do DMF, dentre outros correlatos que poderão ser estabelecidos administrativamente:

I – monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho Nacional de Justiça em relação à prisão provisória e definitiva, medida de segurança e de internação de adolescentes;

II – planejar, organizar e coordenar, no âmbito de cada tribunal, mutirões para reavaliação da prisão provisória e definitiva, da medida de segurança e da internação de adolescentes e para o aperfeiçoamento de rotinas cartorárias;

III – acompanhar e propor soluções em face de irregularidades verificadas no sistema carcerário e no sistema de execução de medidas socioeducativas;

IV – fomentar a implementação de medidas protetivas e de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e do egresso do sistema carcerário;

V – propor ao Conselho Nacional de Justiça, em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas, a uniformização de procedimentos, bem como de estudos para aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria;

VI – acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema carcerário e ao sistema de execução de medidas socioeducativas;"

Portanto, ao lado do que já está claramente previsto desde 1984 na Lei de Execução Penal e que é competência do próprio juízo da execução e de todos aqueles que supervisionam, inclusive das corregedorias, temos hoje o departamento de monitoramento do sistema prisional, encartado no âmbito do CNJ. Logo, não se trata de fazer nada de extravagante ou que pudesse de alguma forma malferir - como já foi aqui apontado em tantos votos e no voto de Vossa Excelência - o princípio da

RE 592581 / RS

divisão de poderes. O Judiciário não está assumindo as tarefas típicas do Poder Executivo, da Administração Pública, mas está determinando que se tomem medidas no sentido de estabelecer aquilo que decorre ou está previsto no Texto Constitucional - como já foi largamente apontado a partir do voto de Vossa Excelência -, mas que foi amplamente densificado na legislação infraconstitucional. Portanto, a rigor, o que nós temos aqui são atos concretos ou omissões manifestas que desviam claramente da política que foi estabelecida de forma inequívoca por quem tem legitimidade democrática para fazê-lo, o próprio legislador.

Então, a meu ver, não se há de falar, aqui, de violação à divisão dos poderes, invocar reserva do possível ou, muito menos, de se cogitar de uma intervenção indevida por parte do Judiciário.

Também, não gosto - como disse o ministro Barroso - da expressão ativismo judicial, porque traduz, em certa medida, a ideia de uma censura, não é? Quando se usa a expressão, o que se está a dizer é que houve um excesso; quando o que nós estamos a dizer, de forma muito clara, é que, se houve excesso, foi quanto à falta de cuidados elementares com os direitos fundamentais.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Estamos dizendo que houve escassez.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. Portanto, não se trata de nada que se possa enquadrar, pelo menos nesse conceito de ativismo. Quer dizer, o Judiciário está sendo chamado a reparar uma situação que é extremamente gravosa a direitos fundamentais.

E, também, não há nenhuma surpresa em o poder público invocar agora, em 2015, o princípio da reserva do possível em relação a uma decisão enunciada em 2007, se nós ficássemos só na sentença; veja que estamos a falar do direito positivo, toda a legislação, que é amplamente conhecida. E não se faz nenhum esforço para demonstrar que se envidaram esforços, engendraram-se medidas para atenuar a situação. Não! Simplesmente, usa-se essa expressão como uma fórmula de

RE 592581 / RS

imunidade. E esse ponto, acho que é extremamente importante.

Eu tenho até a responsabilidade, talvez, de ser um dos primeiros a discutir o tema da reserva do financeiramente possível entre nós, louvando-me num célebre acórdão da Corte Constitucional alemã que tratava do tema das vagas para estudantes de medicina nas universidades, nas faculdades públicas alemãs. E a Corte, então, lançou mão disso e examinou isso em detalhe. Mas é claro que isso não se pode transformar numa fórmula metafísica, ou numa *Floskel*, num “abre-te sésamo” para isentar o poder público de responsabilidades. A gente sabe que existem situações que demandam decisões progressivas, mas não pode o poder público, simplesmente, dizer que, tendo em vista as decisões políticas que ele próprio tomou, que ele fez alocação de recursos para aquela finalidade e não para aquela outra, que ele agora pode invocar simplesmente a reserva do financeiramente possível para se isentar de responsabilidades tão elementares.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Talvez como válvula de escape.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Fácil. Por isso precisamos de dimensionar isso de forma muito clara, quanto se puder aceitar, haverá situações em que isso se coloca, mas é preciso que seja apresentado com a devida seriedade, não como fórmula de escape, como acaba de dizer o ministro Marco Aurélio.

O ministro Barroso, inclusive, também, ressaltou, chamando a atenção até a um posicionamento meu, a necessidade de que haja de fato responsabilidade fiscal. E nós sabemos hoje, quer dizer, a grande modernização dos nossos tempos é a ideia do chamado estado-fiscal, do Estado que depende, fundamentalmente, dos tributos e por isso tem de agir em consonância com as receitas, que normalmente são obtidas mediante a tributação da comunidade. Mas é preciso, inclusive, quando se invoque aí o limite do financeiramente possível, que haja a própria noção de transparência desses números.

RE 592581 / RS

Sua Excelência também destacou e de forma bastante importante, que esse tema nada tem a ver com perfis ideológicos. Isso não é nem de direita, nem de esquerda, trata-se simplesmente de não gastar mais do que se arrecada. Daí, a ideia desse equilíbrio. Mas há alocações de recursos que são compulsórias, que têm de atender a esses princípios básicos e nós estamos a ver que isso não está a ocorrer.

Vossa Excelência trouxe, inclusive, dados impressionantes sobre este fundo, FUNPEN, e o contingenciamento, o que é altamente constrangedor, porque se fala de falta de recursos ou dificuldades.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Contingenciamento que pressupõe frustração da receita.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E os recordes são batidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ou uso desses recursos para outra finalidade, inclusive, para ajudar no superávit primário, colocando que é emergente isso, mas que não é emergente reparo nos presídios. Portanto, é uma questão delicada essa.

Por outro lado, o Texto Constitucional traz fórmulas - estava me lembrando aqui -, inclusive, aquela prevista, pouco usada, mas prevista no Texto Constitucional, a partir da Emenda nº 45, Presidente, que precisa de ser lembrada, o § 5º do artigo 109, que diz:

"Art. 109 -

§ 5º - Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça

RE 592581 / RS*Federal.”*

Neste caso nem se cogitou, porque agiu bem a própria Justiça do Rio Grande do Sul. Decidiu nesse sentido, como nós vimos. Mas veja que o Texto Constitucional tem preocupações notórias com a tutela dos direitos humanos e cria mecanismos que precisam de ser utilizados em caso de possível violação, até mesmo pelo Judiciário, que é o de que se cuida aqui, deslocando-se para a Justiça Federal determinados temas, permitindo esse deslocamento para evitar eventuais manipulações políticas desse tipo de processo.

De modo que, Presidente, por todas as razões elencadas, acompanho integralmente o belíssimo voto proferido por Vossa Excelência, considerando que, ao contrário do temor, que até Vossa Excelência manifestou, não há nenhum excesso perpetrado pelo Poder Judiciário ao determinar que se cumpram as normas constitucionais e essa ampla pletora de disposições legais, para não falar dos tratados internacionais já aqui refeitos.

Cumprimento Vossa Excelência.

13/08/2015**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, pego um gancho nas palavras do ministro Gilmar Mendes: legislação, temos o suficiente; o que falta é a observância do arcabouço normativo.

Presto, também, esclarecimentos. Disse o ministro Luiz Fux que Felipe Melo Fonte trabalhou em meu gabinete; realmente, trabalhou e bem. E não se pode, no fato, vislumbrar qualquer resquício de nepotismo, mesmo porque, quando fui Presidente do Tribunal, apenas trouxe um parente para ser meu secretário: o jornalista Renato Parente – Secretário de Comunicação!

Presidente, reconheço que há um efeito positivo na distribuição antecipada dos votos. Essa distribuição evita o pedido de vista. No dia de ontem, fui Relator de dois casos, e não conseguimos concluir o julgamento, mas revelo a razão de, há 36 anos, não receber antecipadamente o voto: sou um juiz facilmente sugestionável! Cedo, de imediato, a tudo que se mostra de inteligência maior. E é o caso do voto proferido por Vossa Excelência. Caminhamos para o consenso unânime.

Qual é a situação das nossas penitenciárias, Presidente? Vossa Excelência trouxe o testemunho, desassombrado, do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, no que assentou que as penitenciárias no Brasil são verdadeiras masmorras medievais e que preferiria morrer do que ser recolhido a uma delas. A situação é notória, no que coloca, em segundo plano, direitos fundamentais. Constatamos que a população carcerária hoje é composta em 40% de presos provisórios – e digo: não sei como os Colegas que determinam tanto prisões provisórias dormem; alguns devem ter pesadelos, no que invertem a ordem natural, que é apurar-se para, selada a culpa, ante o princípio da não culpabilidade, que é um princípio constitucional, prender-se – e 60% de presos que estão cumprindo pena imposta, considerado título condenatório precluso na via da recorribilidade.

Vem-nos da Carta Federal – e Vossa Excelência ressaltou isso muito

RE 592581 / RS

bem, não vou tomar o tempo do Plenário, repetindo o que já se contem no proficiente voto que Vossa Excelência acaba de resumir e entregar – cumprir ao Estado, é garantia constitucional, preservar a integridade física, moral do preso, daquele que se diz custodiado pelo próprio Estado.

Tem-se mais. As penitenciárias devem viabilizar a separação dos presos pelo delito cometido. Prevê-se, também, a separação considerada a idade. Não vou falar naquele episódio do Pará – que foi um aborto – em que se inobservou o gênero e colocou-se uma custodiada junto de presos homens.

Há cláusula – e também Vossa Excelência a trouxe à balha – a assegurar o acesso ao Judiciário – e nem mesmo a lei pode afastá-lo – para ter-se, em segundo plano, ameaça de lesão a direito ou lesão a direito.

Fico muito contente quando vejo, como neste processo, o Ministério Público atuando não apenas como Estado-acusador, mas na defesa de interesses que são coletivos, ajuizando ações cíveis públicas.

Presidente, o chavão de que não cabe ao Judiciário imiscuir-se em se tratando de política pública, que a política pública é um ato simplesmente discricionário, não pega.

Há pouco, julgamos – há pouco, digo, há dois anos –, na Primeira Turma, o Recurso Extraordinário nº 440.028. A Turma, a uma só voz, proclamou a possibilidade de determinarem-se providências ao Setor Público, assentando a necessidade de ter-se algumas premissas: primeiro, a natureza constitucional – e é o caso – da política pública reclamada; em segundo lugar, a correlação entre ela e os direitos fundamentais – e vamos ao rol dos principais direitos dos cidadãos e notaremos, quanto aos custodiados, aqueles que mencionei há pouco; e a prova – e o fato é notório, não depende de prova – de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo – e não vem de hoje a problemática – justificativa, que digo, socialmente aceitável, para o comportamento. Essa decisão, repito, foi unânime e envolveu, pasmem os Senhores, um Estado que é um Estado-país dentro do País, o de São Paulo. Chegamos ao provimento do recurso em processo revelador de ação cível pública ajuizada, também, pelo Ministério Público, já então do

RE 592581 / RS

Estado de São Paulo, para determinar ao Estado de São Paulo a feitura de obras em escolas públicas, visando ao acesso de portadores de necessidades especiais. Chegou-se a alegar, inclusive, que não haveria aluno-cadeirante.

Presidente, cumprimento e digo que o trabalho na ADPF, que está sob a minha relatoria e foi mencionada pelo ministro Luís Roberto Barroso, está facilitado em muito pelo conteúdo do voto de Vossa Excelência. O caso reclama a atuação deste Poder, que tem a última palavra sobre o direito posto – o Supremo, um poder que se diz moderador.

Cumprimentando-o, acompanho Vossa Excelência no voto que nos apresentou e com o qual nos brindou, sem colocação de qualquer vírgula.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O substancial e brilhante voto proferido por Vossa Excelência, Senhor Presidente, *com o qual estou de inteiro acordo*, torna prescindível que me estenda sobre o tema ora em exame.

Desejo destacar, *por oportuno*, tal como Vossa Excelência o fez, **a situação precária e caótica** do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, **ao longo** de décadas, **vem subvertendo** *as funções primárias da pena*, **constituindo**, *por isso mesmo*, expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, **cuja omissão** tem absurdamente propiciado **graves ofensas** perpetradas contra o direito fundamental, *que se reconhece ao sentenciado*, **de não sofrer**, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, **lesivo** à sua incolumidade moral e física **e**, *notadamente*, à sua essencial dignidade pessoal.

A questão penitenciária, *em nosso País*, já há muitos anos, **transcendendo** a esfera **meramente** regional, **tornou-se** um problema *de dimensão eminentemente nacional*, **tal a magnitude** que *nesse campo* assumiu **o crônico** (e lesivo) inadimplemento das obrigações estatais, **de que tem derivado**, **como efeito perverso**, **o inaceitável desprezo** pelas normas que compõem a própria Lei de Execução Penal.

Não hesito em dizer, *por isso mesmo*, Senhor Presidente, **a partir** de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte **e**, *também*, como **antigo** representante do Ministério Público paulista, **tendo presente** *a situação dramática e cruel constatada* no modelo penitenciário nacional, **que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo**

RE 592581 / RS

de ficção **que revela** um *assustador universo de cotidianas irrealidades* **em conflito e em completo divórcio** com as declarações formais de direitos que – **embora** contempladas no texto de nossa Constituição **e, também,** em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas, **notadamente** aquelas emanadas de seu Conselho Econômico e Social – **são**, *no entanto,* **descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar** a implementação **do que prescreve e determina,** *entre outros importantes documentos legislativos,* **a Lei de Execução Penal.**

O fato preocupante, Senhor Presidente, é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, **tem permitido,** em razão de sua própria inércia, **que se transgrida o direito básico** do sentenciado **de receber tratamento penitenciário justo e adequado,** **vale dizer,** tratamento **que não implique** exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, **fazendo-se respeitar, desse modo,** um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: **a dignidade da pessoa humana** (CE, art. 1º, III).

O Poder Executivo, **a quem compete construir** estabelecimentos penitenciários, **viabilizar a existência** de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, **além de propiciar** a formação de patronatos públicos **e** de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, **forjando** condições que permitam a consecução dos **fins precípuos** da pena, **em ordem a possibilitar** “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), **não tem adotado** as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, **muito embora** a Lei de Execução Penal **preveja**, em seu art. 203, **mecanismos destinados a compelir** as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, **inclusive** fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.

RE 592581 / RS

*Assim sendo, **acompanho**, integralmente, Senhor Presidente, o primoroso voto **proferido** por Vossa Excelência. Em consequência, **conheço e dou provimento** ao presente recurso extraordinário, **acolhendo**, inclusive, **a tese segundo a qual se revela lícito** ao Poder 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”.*

É o meu voto.

13/08/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 RIO GRANDE DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Fachin, Vossa Excelência, como um grande jurista, um eminente Professor, sugeriu alguma alteração na tese. Eu vejo que o Plenário se encaminhou no sentido de confirmar a tese; inclusive, o Ministro Fux, que teve que abandonar o Plenário por motivos de trabalho, e também a Ministra Cármen Lúcia, aqui pela *intranet*, também apoiam a tese. Eu pergunto se Vossa Excelência ficaria vencido na tese, mas não no resultado; ou se a aderiria à minha tese sem restrições. Vossa Excelência fica totalmente à vontade. E eu consignaria isso em ata sem o menor problema.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente e eminente Relator, a hora já vai longe, mas não tão tarde a ponto que não me permita reiterar meus cumprimentos. A Sessão de hoje está se revelando uma Sessão histórica neste Tribunal. E, em homenagem às premissas e às preocupações aqui externadas, sem embargo de me permitir juntar uma declaração de voto explicitando a minha posição, eu estou aderindo também à tese de Vossa Excelência e acompanhando o Plenário.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RORAIMA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

INTDO.(A/S) : ESTADO DO AMAPÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTDO.(A/S) : ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou



na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes". Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário