

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO**

WANDERLEY BAPTISTA DA TRINDADE JÚNIOR

DIREITO PENITENCIÁRIO CONSTITUCIONAL

**RIBEIRÃO PRETO
2015**

WANDERLEY BAPTISTA DA TRINDADE JÚNIOR

DIREITO PENITENCIÁRIO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania, sob a orientação do Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

RIBEIRÃO PRETO

2015

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

T833f Trindade Júnior, Wanderley Baptista da, 1960-
Direito Penitenciário Constitucional/ Wanderley Baptista da Trindade

Júnior. - - Ribeirão Preto, 2015.

115 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos. Ribeirão Preto, 2015.

1. Constitucionalismo. 2. Direitos Humanos. 3. Direitos Fundamentais.

I. Título.

CDD 340

WANDERLEY BAPTISTA DA TRINDADE JÚNIOR
DIREITO PENITENCIÁRIO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Data da defesa: 03 de setembro de 2015

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso
Faculdade de Direito - USP

Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2015

*Desejo ser um sujeito, e não um objeto.
(...). Desejo ser alguém, e não ninguém.*

Isaiah Berlin

RESUMO

O escopo da presente dissertação é promover um contraponto entre a realidade das leis, da sociedade e da hermenêutica jurídica no universo do direito penitenciário com enfoque nos direitos humanos, considerando Teorias do Direito e Sociológicas e com isso promover mudanças através das ações coletivas. Diante disso, impõe-se o estudo evolutivo dos instrumentos processuais direcionados à garantia dos direitos fundamentais, especialmente os relacionados aos direitos metaindividuais e sua respectiva titularidade coletiva. Foi dado destaque à ação civil pública como instrumento para a garantia dos direitos supracitados e a participação ética e efetiva do Estado, da sociedade e dos órgãos da execução penal. No desenvolvimento deste estudo a discussão focou sobre toda a teorização dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, dos novos direitos, novos instrumentos de tutela como forma de criar a base para a inserção das discussões envolvendo o Direito Penitenciário Constitucional. Os valores mais caros à humanidade, decorreram de conquistas históricas, sendo a dignidade da pessoa humana consagrada como núcleo intangível dos direitos humanos e fundamentais. Com o constitucionalismo, a Constituição passou a ser o documento político-jurídico mais importante de um Estado, com força normativa superior e irradiante às demais espécies normativas. A evolução dos valores que tangenciam a dignidade humana fez florescer o ambiente de discussão para a proteção, efetivação e ampliação dos direitos fundamentais. No entanto, o que se vê é uma maciça e generalizada violação dos direitos humanos, tornando-se o Poder Público o protagonista da violação aos valores caros à coletividade, como, por exemplo, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça de uma sociedade fraterna e a harmonia social. O plano concreto, muito diferente do plano contrafactual, demonstrou que os alicerces sob os quais se funda a República Federativa do Brasil estão em ponto de ruptura, demandando a formulação de novas ideias e posturas proativas dos agentes públicos. Estando a Constituição no cimo do sistema jurídico, figurando como a norma hipotética fundamental, seus valores constitucionais, traduzidos em postulados, princípios e regras que devem ser integralmente obedecidos, não podendo ser contidos, restringidos ou limitados a uma função ortográfica, gramatical ou puramente filosófica de um mundo do dever ser. Valendo-se de toda sistematização da teoria geral dos direitos fundamentais, o presente trabalho inaugura o tema “Direito Penitenciário Constitucional”, por ser mais consentâneo com o estágio de maturidade que se pretende ao ordenamento jurídico alcançar, num futuro próximo.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Direito Penitenciário.

ABSTRACT

The most expensive values to humanity, resulted from historical achievements, and to human dignity enshrined as intangible core of human and fundamental rights. To constitutionalism, the Constitution became the most important political-legal document of a state, with higher legal force and radiating to other normative species. The evolution of values that tangent human dignity did flourish discussion environment for protection, execution and expansion of fundamental rights. However, what you see is a massive and widespread violation of human rights, the Government becoming the protagonist of the violation of the values dear to the community, for example, well-being, development, equality, justice of a fraternal society and social harmony. The concrete plan, very different from the counterfactual plan showed that the foundations upon which is based the Federative Republic of Brazil are at breaking point, requiring the formulation of new ideas and proactive attitudes of public officials. Being the Constitution at the top of the legal system, appearing as the fundamental hypothetical norm, their constitutional values, translated into postulates, principles and rules must be fully obeyed, and can not be contained, restricted or limited to a spell function, grammatical or purely philosophical of one of the world should be. Taking advantage of all systematization of the general theory of fundamental rights, we present this study, inaugurating the topic "Right Constitutional Penitentiary", to be more in line with the stage of maturity that is intended to law achieve in the near future.

Keyword: Constitutionalism. Human rights. Fundamental rights. Penitentiary law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2 DIREITOS HUMANOS	17
2.1 INTRODUÇÃO	17
2.2 “DIREITOS HUMANOS” E “DIREITOS FUNDAMENTAIS”	19
2.3 GERAÇÕES (DIMENSÕES) DE DIREITOS HUMANOS	19
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
3.1 INTRODUÇÃO	21
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
3.4 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO (<i>EFEITO CLIQUET</i>)	24
3.5 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
3.6 DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3.7 TEORIA DOS QUATRO “STATUS” DE GEORGE JELLINEK	28
3.8 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
3.9 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
4 DIREITOS SOCIAIS	32
4.1 INTRODUÇÃO	32
4.2 SUJEITO PASSIVO DOS DIREITOS SOCIAIS	34
4.3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA)	34
4.4 RESERVA DO POSSÍVEL	36
5 MÍNIMO EXISTENCIAL	37
6 A TUTELA DOS “NOVOS DIREITOS”: DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	40
6.1 INTRODUÇÃO	40
6.2 MICROSSISTEMA COLETIVO E DIÁLOGO DAS FONTES	41
6.3 SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA CLÁSSICA DO DIREITO	43
6.4 O PROCESSO COLETIVO E A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	44
6.5 PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO	45
6.5.1 Princípio da Indisponibilidade Mitigada da Ação Coletiva	45

6.5.2 Princípio da Indisponibilidade da Execução Coletiva	46
6.5.3 Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento Do Mérito	46
6.5.4 Princípio da Prioridade na Tramitação	47
6.5.5 Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva.....	47
6.5.6 Princípio da Ampla Divulgação do Ajuizamento Da Ação Coletiva	48
6.5.7 Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo	48
6.5.8 Princípio da Integratividade do Microsistema Processual Coletivo.....	50
6.5.9 Princípio da Representação Adequada Presumida.....	51
6.6 TUTELA COLETIVA TRIPARTITE CONGLOBANTE.....	52
7 AÇÕES COLETIVAS	53
7.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	53
7.2 AÇÕES INDIVIDUAIS SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS.....	54
7.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	55
7.4 AÇÕES AFIRMATIVAS OU DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS (<i>AFFIRMATIVE ACTIONS</i>)	55
7.5 TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	56
7.5.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 347	57
7.5.2 SENTENÇA N.º 153/98 DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA: PRECURSORA DA ADOÇÃO DA TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	59
8 SISTEMA PENITENCIÁRIO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	62
8.1 O VALOR JURÍDICO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	63
8.2 DIREITO DAS PESSOAS PRESAS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	65
8.3 ACIONAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS....	67
8.4 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE CAUTELARES.....	69
8.5 ACIONAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	71
8.6 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: “COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS” E “PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”	72
8.6.1 Caso “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”	72
8.6.2 Caso “Presídio Central de Porto Alegre”	75

9 DIREITO PENITENCIÁRIO CONSTITUCIONAL	78
9.1 DA REDUÇÃO DA IDADE PENAL	85
9.2 DA EFETIVIDADE DAS LEIS E PRINCÍPIOS	85
9.3 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA ESTÉTICA E FUNCIONAL	88
9.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DOS JUIZADOS DAS GARANTIAS	88
9.5 DO PRINCÍPIO DO <i>NUMERUS CLAUSUS</i>	90
9.6 DA MULTIDISCIPLINARIEDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	91
9.7 SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL HUMANITÁRIO	92
9.8 RESGATE HUMANISTA DA PENA.....	93
9.9 DOS ENCARCERADOS	94
9.9.1 Das Convenções e Tratados	94
9.10 PODERES/DEVERES JURISDICIONAIS E CORRECIONAIS DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL E DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO.....	98
9.11 DO PODER/DEVER CORRECIONAL E DO CONTROLE EXTERNO	99
9.12 DO PODER/DEVER JURISDICIONAL.....	99
9.13 DA SINDICÂNCIA, DO INCIDENTE DE EXCESSO DE EXECUÇÃO E DOS COLEGITIMADOS	100
9.14 INSTRUMENTOS PARA APURAÇÃO	101
9.15 DO COLEGITIMADOS	101
9.16 DOS DEVERES DO JUIZ E DOS PODERES DOS COLEGITIMADOS.....	102
9.17 DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	104
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Os valores mais caros à humanidade decorreram de conquistas históricas de luta, sendo o constitucionalismo um movimento revolucionário que reconheceu e internalizou tais valores dignos de absoluta proteção.

A partir do constitucionalismo ocidental, tornando a Constituição o documento mais importante dentro de um ordenamento jurídico, com força normativa superior às demais espécies normativas, estruturou-se a proteção dos direitos fundamentais como ponto de maior dignidade.

Aliás, a evolução dos valores com dignidade constitucional que se revelaram caros aos seres humanos fez com que o núcleo de proteção dos direitos fundamentais fosse o ponto de efetivação da própria dignidade da pessoa humana.

Sendo o ponto de efetivação a dignidade da pessoa humana, a Constituição cuidou ainda de garantir tais direitos através de ações constitucionais, políticas públicas e da própria organização do Estado mediante a adoção da teoria da divisão orgânica dos Poderes (separação de poderes) pensada por Montesquieu.

Na Constituição brasileira de 1988 o constituinte originário alocou os direitos fundamentais logo no início do texto constitucional, antes mesmo da estruturação do Estado, a fim de destacar a importância de tais conquistas históricas.

Aliás, não é demasiado lembrar que, muito embora o Preâmbulo não tenha densidade normativa, este elemento formal de aplicabilidade revela os dogmas que inspiraram o constituinte quando da elaboração do texto constitucional.

O Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 proclama que o Estado Democrático, doravante instituído pelo povo, através de seus representantes, tem por escopo assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na

harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Sobre o Preâmbulo o Supremo Tribunal Federal decidiu que devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais, onde se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988.

Referidos valores devem ser perseguidos não apenas pelo Estado, mas, também, pela sociedade com vista à assegurar a efetividade material, ou seja, o exercício do bem-estar, à igualdade e à justiça em relação a todo corpo social, isonomicamente, em atendimento, inclusive, ao princípio jurídico da solidariedade.¹

A cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º da Constituição abriu caminho para a ampliação do rol de direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Aliás, logo no artigo 1º da Constituição foram estabelecidos os alicerces sobre os quais a República Federativa do Brasil se apoia, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Outro signo da mais alta relevância encontra-se no parágrafo único do artigo 1º, ao reconhecer a Lei Maior que todo poder emana do povo. Se todo poder emana do povo, é este quem confere legitimidade à existência do Estado. Vejamos o que diz o dispositivo em comento: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Nesse passo, a Constituição encontra-se no cimo do sistema jurídico, figurando como a norma hipotética fundamental. Assim sendo, os valores constitucionais, traduzidos em postulados, princípios e regras devem ser integralmente obedecidos, não podendo ser contidos, restringidos ou limitados a uma função retórica.

¹ ADI 2.649, voto da Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008.

Não fosse assim, os elementos constitucionais, como a República, o Estado Democrático de Direito, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a separação de poderes, a soberania popular, o voto, os direitos e garantias fundamentais restariam desprovidos de conteúdo e o texto constitucional seria mero conjunto de signos ortográficos e gramaticais.

A Lei Maior não se trata de uma declaração de intenções e de pensamentos filosóficos. É mais do que isso. É resultado da história e reflete um compromisso com a Nação, pois foi exteriorizada pelo titular do poder: o povo brasileiro.

É por este motivo que o constituinte originário sedimentou nas primeiras linhas do texto constitucional os fundamentos (CF, art. 1º) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º) ao informar que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

O artigo 3º da Constituição da República revela ainda as metas a serem perseguidas pelo Estado de forma concreta, direta e imediata em prol do titular do poder: o povo. O dispositivo em comento é a prova de que a nossa Constituição é dirigente ou compromissária ao estabelecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Rodrigo César Rebello Pinho, ao tratar da Constituições Dirigentes, leciona: “A Constituição, além de estruturar e delimitar o poder do Estado, inscreve um plano de evolução política, diretrizes a serem seguidas por ele.”²

² PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. V.17. 6ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006 (Coleções Sinopses Jurídicas), p. 15.

Como veremos em rubrica específica, por todos estes motivos não se concebe a ideia de possibilidade de invocação da reserva do possível pelo Poder Público.

Sobre o tema a Corte Suprema informa que a cláusula da reserva do possível não tem por escopo fraudar, frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na Constituição. Seu alicerce está na efetividade do mínimo existencial, essencial para a garantia constitucional da existência digna da pessoa humana, mediante prestações positivas do Estado, a teor do art. 1º, III, e art. 3º, III, da Carta Magna.

Portanto, segundo a Suprema Corte, o mínimo existencial se traduz em denso corpo de concessões, vantagens e prerrogativas do cidadão, indispensável para garantir a concretude da existência digna, através de prestações positivas do Estado, com vista ao pleno exercício da liberdade e dos direitos sociais fundamentais, tais como o direito à saúde, à educação, à proteção integral da criança e do adolescente e ao idoso, à assistência social, à segurança pública, à moradia e à alimentação.³

Nesta linha de raciocínio, a Suprema Corte teve a oportunidade de exercer o controle judicial de políticas públicas ao determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas com vista à melhoria e eficiência da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública (Pleno do STF na SL 47-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, *DJ* de 30-4-2010). Na oportunidade, na confrontação dos princípios do 'mínimo existencial' e da 'reserva do possível', decidiu-se que o Poder Judiciário não estaria inovando na ordem jurídica, mas exercendo o controle judicial da política pública já definida pelo constituinte.⁴

Encerrando este capítulo introdutório, sobreleva notar que em 05 de outubro de 1988, a República Federativa do Brasil assumiu um compromisso perante a sociedade brasileira e esta se tornou credora da atuação estatal com vistas a realização do interesse público.

Valendo-se de toda sistematização da teoria geral dos direitos fundamentais, apresentamos o presente trabalho, inaugurando o tema "Direito Penitenciário

³ ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, *DJE* de 15-9-2011.

⁴ RE 642.536-AgR, Rel. min. Luiz Fux, julgamento em 5-2-2013, Primeira Turma, *DJE* de 27-2-2013.

Constitucional”, por ser mais consentâneo com o estágio de maturidade que se pretende ao ordenamento jurídico alcançar num futuro próximo.

A metodologia da pesquisa limitou-se a levantamentos de legislações, estatísticas, teorias, leituras da doutrina, jurisprudência e do direito comparado. Priorizou-se o método interpretativo teleológico e sociológico para se extrair a essência humanística das normas jurídicas com força de efetividade dos direitos fundamentais.

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Revolução Francesa foi o ponto de partida para a evolução do Estado Absolutista para o Estado Liberal, assim entendido como a primeira faceta do Estado de Direito, tendo por alicerce a divisão orgânica do poder de Montesquieu e a oferta ao cidadão de direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (direitos civis e políticos), também chamados de liberdades negativas.

O Estado Liberal se caracteriza pela não intervenção. Em outras palavras, neste momento histórico, para que os direitos civis fossem obedecidos o Estado deveria abster-se de agir a fim de que os indivíduos pudessem exercer a sua autonomia de vontade e densificar as suas potencialidades.

Com o surgimento do comunismo pela revolução socialista soviética (1848), inspirado por Karl Marx, o Estado Liberal evoluiu para o de Estado Social (segunda faceta do Estado de Direito) ao reconhecer os direitos sociais, vale dizer, os de segunda geração ou dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), também chamados de liberdades positivas.

Ao contrário do Estado Liberal, o Estado Social se caracteriza pelo intervencionismo, pois a concretização isonômica dos direitos sociais depende da atuação estatal com vistas à realização de uma verdadeira Justiça Social.

As atrocidades praticadas durante a 2ª Guerra Mundial, pela Alemanha Nazista, fez florescer no pós-guerra um novo modelo de Estado de Direito, precisamente o Estado Democrático de Direito, fundado nos valores de igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana.

O surgimento dessa faceta democrática do Estado de Direito motivou o constitucionalismo no sentido de humanizar as relações do Estado com o cidadão.

O eminente Rodrigo César Rebello Pinho informa que, como movimento político, o constitucionalismo está intrinsecamente relacionado com os valores do liberalismo político, através da limitação do poder do governante e valorização dos

direitos do indivíduo. Cita a importância traçada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada após a Revolução Francesa, em 1789, em que se estabelece a matriz constitucional da separação de poderes e a declaração de direitos individuais.⁵

Atendendo a evolução do constitucionalismo o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil adotou o modelo político de Estado Democrático de Direito: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Portanto, de suma importância o respeito à separação de poderes e à ordem constitucional com vista a tutela dos direitos individuais, especialmente na implementação de políticas públicas definidas na Constituição, especialmente voltadas aos direitos humanos, como vemos a seguir.

⁵ PINHO, 2006, p. 10.

2 DIREITOS HUMANOS

2.1 INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 representa o início do processo de internacionalização dos direitos humanos, baseando-se na proteção da dignidade dos seres humanos.

Nas lições de Cançado Trindade, o processo de internacionalização dos direitos humanos “trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”.⁶

De todo modo, a preocupação com a internalização desses direitos ao sistema jurídico de cada país ocorreu um pouco antes, influenciada pelo constitucionalismo decorrente da Revolução Francesa (1789) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1793).

Até a Segunda Grande Guerra, os direitos humanos eram assunto interno dos Estados, porquanto os direitos dos indivíduos eram internacionalmente relevantes apenas quando um Estado desejava proteger seu cidadão em face de outro Estado igualmente soberano.

As atrocidades praticadas pela Alemanha Nazista fez surgir, no âmbito internacional, a preocupação em afirmar a necessidade de todos os Estados aderirem a um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Aliás, o artigo 26, da Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos na Convenção de Viena, ressalta a importância da codificação dos instrumentos de

⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V. I. Porto Alegre: Fabris. 1999, p. 20.

direitos humanos e a ratificação universal dos tratados internacionais, ante a grave violação dos direitos inerentes à condição humana.

Assim, a comunidade internacional buscou preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, criando um sistema de segurança coletivo, precisamente, a Organização das Nações Unidas. Concluiu-se, na época, que os Estados deveriam cooperar estreitamente na proteção dos direitos humanos.

A partir de então a dignidade da pessoa humana foi reafirmada como núcleo intangível e irradiador dos direitos humanos, posto que é ela que impede a “coisificação” do ser humano.

Atenta a esta realidade, a Constituição de 1988 reconheceu a dignidade da pessoa humana como um dos alicerces fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, ao dispor que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

Além disso, o constituinte originário destacou a importância da matéria ao tratar os direitos fundamentais antes mesmo da Organização do Estado.

E mais, na cláusula de abertura do § 2º, artigo 5º, o constituinte internalizou os direitos humanos decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais subscritos pelo Brasil ao dispor que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste passo, verifica-se que o constituinte recepcionou outros direitos fundamentais, ainda que não incorporados ao texto da Constituição.

Em mais um salto de avanço, o constituinte derivado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, estabeleceu a cláusula de equivalência, acrescentando o § 3º ao artigo 5º da Constituição, onde prescreve que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Conclui-se, portanto, que o ordenamento constitucional tem como núcleo intangível a dignidade da pessoa humana isso em relação aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, inclusive universais.

2.2 “DIREITOS HUMANOS” E “DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Não há propriamente uma diferença ontológica entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, sendo ambas tomadas como termos sinônimos. Isso porque tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos possuem como núcleo intangível, a dignidade da pessoa humana.

No entanto, a doutrina aponta que entre as expressões há uma diferença no plano de seu reconhecimento, uma vez que, os direitos humanos são identificáveis no plano da abstração, sem normatividade, exigíveis no plano do Direito Internacional, enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados e providos de força coativa, própria da norma jurídica, exigíveis no plano do Direito Interno do Estado.⁷

A evolução dos direitos humanos com lastro na dignidade da pessoa humana é identificável através das gerações, ou dimensões históricas.

2.3 GERAÇÕES (DIMENSÕES) DE DIREITOS HUMANOS

A doutrina tem preferido a expressão “dimensões”. Isso porque o termo “gerações” pode causar impressão (equivocada) de substituição, ou seja, de que o reconhecimento de uma nova geração faria extinguir a anterior. Noutro giro, o

⁷ MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 190.

vocábulo “dimensões” traz ínsita a ideia de acumulação, o que corrobora, inclusive, com a característica da historicidade dos direitos humanos.

Diante da realidade fática cambiante, os direitos humanos estão em constante processo de evolução, construção, reconstrução e acumulação.

Nada obstante a controvérsia terminológica, é nítida a existência de quatro gerações de direitos humanos:

(I) A primeira geração representa as liberdades públicas (liberdades negativas), assim entendidas como os direitos civis e políticos, tendo origem na Revolução Francesa (1789).

(II) A segunda geração representa as liberdades positivas, vale dizer, os direitos sociais, econômicos e culturais, tendo origem na Revolução Socialista Soviética (1917) e densificação a partir dos nefastos problemas sociais decorrentes da Revolução Industrial (1820 a 1840).

(III) A terceira geração designa os direitos de solidariedade, contemplando os direitos transindividuais orientados para o progresso da humanidade, tendo origem a partir do pós-segunda guerra mundial (1945).

(IV) A quarta geração se relaciona com o direito dos povos, orientados à preservação dos seres humanos, como, por exemplo, o direito à paz, ao patrimônio genético, à biossegurança, a proteção contra a globalização desenfreada e a inclusão digital (“direito de internet”).

Sob a perspectiva do sistema jurídico interno, os direitos fundamentais classificam-se em: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direito de nacionalidade; direitos políticos; direitos dos partidos políticos, sendo certo que no Título II da Constituição Brasileira é dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional estabelecida em 1988 entendeu que o indivíduo é um fim em si mesmo, sendo o Estado um instrumental para que aquele atinja as suas potencialidades individuais e sociais.

A Constituição de 1988 inovou em diversos aspectos com relação às anteriores, pois foi a primeira a fixar os Direitos Fundamentais antes da organização do próprio Estado, realçando a importância deles na nova ordem democrática estabelecida no País após longos anos de autoritarismo.

A Constituição fala em “Direitos” e “Garantias”. Direitos são normas que declaram interesses (normas declaratórias), ou seja, confessam posições jurídicas necessárias à satisfação de uma necessidade individual ou coletiva. Garantias, por outro lado, são normas que asseguram o exercício dos direitos (normas assecuratórias), revelando-se em verdadeiros instrumentos de atuação. As garantias são, portanto, meios de proteção aos direitos, como, por exemplo, a lei, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação popular, o mandado de injunção, a ação civil pública.

Interessante notar a opção do constituinte originário em utilizar o termo “fundamentais”. Isso ocorreu porque a Constituição reconheceu que tais direitos possuem tal envergadura que sem eles a pessoa não se realiza, não convive e, muitas vezes, sequer sobrevive.

O núcleo dos direitos fundamentais é exatamente a dignidade da pessoa humana, assim entendida como um sobreprincípio pré-estatal, porquanto não é a Constituição que nos dá a dignidade. A dignidade é inerente à condição humana.

Neste passo, podemos conceituar os direitos fundamentais como as posições jurídicas essenciais, necessárias à concretização da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais.

Para a efetivação dos direitos fundamentais, tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal os elencou em Capítulos próprios, sistematizando-os em: Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Direitos Sociais, Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, dentro da sistemática adotada pela Constituição, o termo “Direitos Fundamentais” é gênero que abrange cinco espécies, tratadas em cinco Capítulos, quais sejam: Capítulo I - art. 5º - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – art. 6º - Dos Direitos Sociais; Capítulo III - art. 12 - Da Nacionalidade; Capítulo IV – art. 14 - Dos Direitos Políticos; e Capítulo V – art. 17- Dos Partidos Políticos.

Os Direitos e deveres individuais e coletivos são aqueles orientados à proteção dos indivíduos e da coletividade, representada por titulares indeterminados.

Já os Direitos sociais objetivam a realização da Justiça Social, demandando uma atuação do Poder Público na formulação de políticas públicas e de programas governamentais para corrigir as nefastas discrepâncias que vulneram o indivíduo no seio coletivo.

A Nacionalidade trata-se do vínculo político-jurídico que liga o indivíduo a um determinado Estado, podendo exigir proteção estatal e devendo cumprir os seus deveres inerentes à condição de nacional nato ou naturalizado.

Os Direitos Políticos tratam da própria Democracia enquanto poder originário e imanente do povo. São um conjunto de regras e princípios previstos na Constituição que regulamentam a participação do cidadão na formação da vontade estatal. Dito de outro modo, os direitos políticos são um conjunto de direitos que

asseguram ao cidadão acesso à condução da coisa pública, ou melhor, participação na vida política.

Os Partidos Políticos representam do veículo e instrumento para o proselitismo de ideias políticas, através do qual se alcança ou se mantém no Poder. Noutros termos, os partidos políticos são o instrumento de divulgação de ideais políticos, cuja finalidade é alcançar ou se manter no Poder ou, ao menos, influenciar na gestão da coisa pública.

Além da sistematização supracitada, os direitos humanos fundamentais apresentam características próprias. Vejamos a seguir.

3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais apresentam características próprias e tem por esteio o valor ético da dignidade humana e a não interferência estatal na esfera de individualidade. São elas:

(a) **Universalidade.** Esta característica indica que os titulares dos direitos fundamentais são todas as pessoas, independentemente de sua condição social, raça, cor, gênero, religião, etc.

(b) **Historicidade.** Essa característica indica que os direitos fundamentais são fruto de lutas e conquistas históricas, sendo angariados e reconhecidos ao longo do tempo. Assim sendo, diante da realidade fática cambiante, os direitos fundamentais estão em contínuo processo de aperfeiçoamento.

(c) **Indivisibilidade.** Por esta característica, os direitos fundamentais são indivisíveis, compreendendo um conjunto harmônico e indissociável.

(d) **Imprescritibilidade.** Os direitos fundamentais são imprescritíveis, na medida em que não se sujeitam a prazos e, portanto, não se extinguem pelo decurso do tempo. Aliás, esta constatação parece ser bastante óbvia, porquanto o

instituto da prescrição incide apenas sobre os direitos patrimoniais, mas nunca os direitos personalíssimos.

(e) **Atipicidade.** Não há falar em rol taxativo de direitos fundamentais. Tais direitos estão espalhados pelo corpo constitucional, pela legislação supralegal, infraconstitucional e internacional.

(f) **Relatividade.** Os direitos fundamentais são relativos, porquanto não existem direitos absolutos. Assim sendo, não é difícil perceber que, eventualmente, os direitos fundamentais podem entrarem em conflito, podendo ter seu âmbito de aplicação restringido pela técnica da ponderação, sem que sua efetividade seja suprimida. Pela técnica da ponderação de valores constitucionais fundamentais o intérprete deve conjugar a máxima eficácia com a mínima restrição.

(g) **Inviolabilidade.** Pela característica da inviolabilidade, os direitos fundamentais (por serem os mais caros ao indivíduo e à coletividade) não podem ser violados pelo Estado (eficácia vertical) nem por outros indivíduos (eficácia horizontal).

(h) **Efetividade.** Por não serem um conjunto retórico, o Estado deve atuar de maneira direta, concreta e imediata na proteção e realização dos direitos fundamentais.

3.4 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO (*EFEITO CLIQUET*)

Outra marcante característica dos direitos humanos refere-se ao princípio implícito da proibição do retrocesso, decorrendo do sistema constitucional.

Os direitos humanos estão em constante atualização e representam um acúmulo histórico. Uma vez reconhecidos sob esta adjetivação não podem retroceder, sob pena de violação a historicidade dos direitos humanos.

A vedação do retrocesso representa um princípio e uma característica dos direitos humanos, no sentido de que, uma vez reconhecidos, o Estado não pode retroceder em relação ao estágio em que a tutela se encontra.

Em outras palavras, alcançada a concretização da norma constitucional definidora de direito fundamental, fica o Estado proibido de suprimir ou mitigar essa concretização sem a criação de instrumento equivalente ou ampliativo substitutivo.

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet que a proibição de retrocesso guarda a noção de segurança jurídica com a noção de dignidade da pessoa humana, pois o cidadão esta não terá a devida proteção diante da instabilidade jurídica que não lhe confere grau mínimo de segurança e tranquilidade, por ineficiência das instituições sociais e estatais, inclusive no campo normativo e hermenêutico ⁸. [...] Portanto, a desobediência do princípio da proibição de retrocesso representaria o arbítrio nas decisões dos órgãos estatais dos três níveis contra a vontade expressa do Constituinte.⁹

Seguindo a mesma esteira José Joaquim Gomes Canotilho nos ensina que o princípio da democracia econômica e social tem por suporte a proibição do retrocesso social, também designada proibição de 'contrarrevolução social' ou da 'evolução reacionária'. Significa dizer que os direitos sociais e econômicos conquistados e efetivados passam a categoria de garantia institucional e um direito subjetivo público, em obediência ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. ¹⁰

O Supremo Tribunal Federal já adotou o princípio da vedação do retrocesso na ADI 1.946/DF, em 03 de março de 2003¹¹. Na ocasião, o Supremo entendeu que

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 436-437. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.32, n.1, p. 9-50, jan./jun. 2006.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 162.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 1998. Portugal, Editora Almedina, p. 320- 321, item 3.

¹¹ EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

o salário maternidade qualifica-se como um direito social e, portanto, uma cláusula pétrea. Aplicou a proibição do retrocesso, entendendo não ser possível a revogação total de lei que assegure direitos fundamentais sem que haja a substituir por outra de igual natureza e eficácia.

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal vem dando mostras da eficiência da adoção do princípio da vedação do retrocesso em diversos outros julgados: ADI 3.104, ADI 3.105-8, ADI 3.128-7, ADI 2065-0, MS 24.875-1 e RE 351.750.

Além do princípio implícito do não retrocesso, os direitos fundamentais funcionam como escudo protetor contra os desvios e abusos de poder do Estado, daí a importância de tratarmos das funções dos direitos fundamentais.

3.5 FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sobreleva notar que não é somente o Estado o potencial violador dos direitos fundamentais. Eventualmente, outros indivíduos que se encontram em posição de igualdade podem ser protagonistas de desrespeitos a tais direitos.

Podemos dividir as funções em **Função de defesa ou de liberdade**, **Função de prestação** e **Função de proteção perante terceiros**. Passemos a analisar sucintamente cada uma delas:

(I) **Função de defesa ou de liberdade**. Os direitos fundamentais funcionam como um muro de proteção contra eventuais abusos praticados pelo Poder Público. Em outras palavras, os direitos fundamentais nos protegem contra práticas arbitrárias do Estado.

(II) **Função de prestação**. Os direitos fundamentais são posições jurídicas indispensáveis para que o indivíduo possa se realizar em suas potencialidades, motivo pelo qual o Estado deve atuar no palco social, visando superar

desigualdades materiais para atingir uma verdadeira Justiça Social.

(III) **Função de proteção perante terceiros.** O Poder Público tem o dever de proteger os titulares dos direitos fundamentais frente à ação de terceiros. Dito de outro modo, o Estado tem a obrigação de adotar medidas positivas necessárias à proteção dos direitos fundamentais. Assim, o Poder Público deve sempre nortear-se pelo princípio da proteção eficiente, dando máxima efetividade aos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que lhe é vedado atuar de forma deficiente (proteção deficiente). É por este motivo que os indivíduos e a coletividade podem cobrar uma atuação positiva (*facere*) do Poder Público.

Hodiernamente, portanto, fala-se em aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares. É o que se convencionou chamar de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Tratando da questão a doutrinadora Nathalia Masson leciona que o Direito Constitucional contemporâneo vem reconhecendo a expansão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e não apenas na relação verticalizada do particular frente ao Estado, com base na visão do cidadão enfraquecido diante do Estado forte, mas no plano horizontal de interesses entre particulares, a partir de uma relação de coordenação, pois se situam de modo similar/equilibrado na estrutura de forças do ordenamento.¹²

Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal já enfrentou a questão ao afirmar que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas nas relações entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado, razão pela qual os direitos fundamentais também as vinculam diretamente.¹³

¹² MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 201.

¹³ RE 201819, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

3.6 DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina orienta haver duas dimensões de direitos fundamentais, o que significa dizer que tais direitos podem ser analisados sob duas perspectivas. Vejamos:

(I) **Dimensão subjetiva.** Os direitos fundamentais são analisados como instrumentos de defesa frente ao Estado. Noutros termos, os direitos fundamentais são direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público. Assim sendo, o Estado não pode invocar um direito fundamental contra o cidadão.

(II) **Dimensão objetiva.** Os direitos fundamentais correspondem à pautas e diretrizes para a atuação do Estado no plano concreto. Os direitos fundamentais devem ser não só respeitados, mas, sobretudo, concretizados.

Sobre o tema, Nathalia Masson orienta que, enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais conferem aos titulares a prerrogativa de compelir os órgãos ao cumprimento de seus interesses e dar efetividade às suas obrigações. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais instrumentalizam o ordenamento jurídico como princípios de um Estado de Direito Democrático. Passam os princípios a serem considerados valores a serem perseguidos e preservados.¹⁴

3.7 TEORIA DOS QUATRO “STATUS” DE GEORGE JELLINEK

Cabe aqui trazer lições de Georg Jellinek, publicista alemão, que formulou, à partir da perspectiva da dimensão subjetiva, que os direitos fundamentais cumprem quatro diferentes funções (chamados de *status*): *status* passivo; *status* negativo; *status* positivo; e *status* ativo. Daí o nome “teoria dos quatro *status* de Jellinek”.

¹⁴ MASSON, 2015, p. 197.

Vejamos a dimensão de cada um dos *status*:

(I) **Status passivo**. Significa que os indivíduos possuem deveres frente ao Estado, em razão de uma relação de subordinação. Há, portanto, uma supremacia do interesse público sobre o particular.

(II) **Status negativo**. Significa que, em algumas situações, para assegurar direitos fundamentais, o Estado deve se abster de interferir nas escolhas dos indivíduos, permitindo que estes gozem de um espaço para que se realizem em suas potencialidades. Estão aqui compreendidos, por exemplo, os direitos fundamentais de primeira dimensão (geração), também chamados de liberdades negativas.

(III) **Status positivo**. Significa que, em outras situações, os indivíduos estão em posição de exigir que o Estado atue em seu benefício, visando atingir, ao menos, um mínimo vital, a fim de que seja cumprida verdadeira Justiça Social. Estão aqui compreendidos, os direitos fundamentais de segunda dimensão (geração), também denominados de liberdades positivas.

(IV) **Status ativo**. Significa que os indivíduos possuem prerrogativas jurídico-políticas que permitem a sua participação na formação da vontade estatal, compreendendo os direitos políticos ativos (direito ao voto) e passivos (direito de ser votado).

Sobre a teoria de George Jellinek, Nathalia Masson esclarece que, no final do século XIX, o autor traçou o processo evolutivo do indivíduo frente aos poderes públicos. O indivíduo, na primeira fase, era detentor de deveres para com o Estado, enquanto este vinculava o indivíduo, em seu status passivo, através de mandamentos, proibições e consequentes sanções. Na segunda fase o Estado passou a não se intrometer na livre escolha do indivíduo, que passou a gozar de liberdade, sem ingerências dos poderes públicos. Nesse caso, fala-se em status negativo. Uma terceira fase o indivíduo, ocupando o status positivo, passou à posição de exigir do Estado que atue positivamente em seu favor com oferta de bens e serviços, especialmente em relação à sobrevivência sadia e a qualidade de vida coletiva. Tem-se, assim, o status positivo. Finalmente, fala-se em status ativo. O

indivíduo passa a concorrer na formação da vontade estatal através do sufrágio e exercício dos direitos políticos.¹⁵

3.8 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consagra o artigo 5º da Constituição que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A expressão “Todos” é um signo da universalidade que é característica dos direitos fundamentais. Assim sendo, todas as pessoas – brasileiros natos e naturalizados, estrangeiros residentes ou não no País, bem os apátridas – são destinatários dos direitos fundamentais.

A doutrinadora Nathalia Masson, ao tratar do tema, informa que mesmo os estrangeiros não residentes no país, assim como os apátridas, devam ser considerados destinatários dos direitos fundamentais.¹⁶

Nesta linha de raciocínio, quanto ao âmbito de incidência do *caput* do artigo 5º da Constituição da República, devemos fazer uma interpretação extensiva, a fim de assegurar os direitos e garantias individuais a todas as pessoas que estejam no território nacional, sob pena de violarmos o princípio da dignidade da pessoa humana, definido como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

A interpretação extensiva quanto aos destinatários dos direitos e garantias individuais tem reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que é firme no sentido de que a condição de estrangeiro, ainda que sem domicílio no Brasil, não inibe, por si só, o acesso aos instrumentos jurídicos que o ordenamento jurídico brasileiro assegura a pessoa humana.

¹⁵ MASSON, 2015, p. 197.

¹⁶ *Ibid.*, p. 198.

A título de exemplo, a Corte Suprema proclamou que a condição jurídica de estrangeiro não domiciliado no Brasil não o desqualifica como sujeito de direitos e titular de garantias constitucionais e legais, pois, mesmo sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do "status libertatis" e a observância, pelo poder público, da cláusula constitucional do "due process".

Portanto, os órgãos de controle têm plena legitimidade para se utilizar das ações constitucionais, constituindo abuso de poder qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório, a ser reparado através do controle jurisdicional. Tal direito traduzir expressão do direito de defesa garantido, inclusive, através de convenções internacionais.¹⁷ No mesmo diapasão Recurso Extraordinário, de Relatoria da Ministra ELLEN GRACIE.¹⁸

3.9 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante se extrai do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Dito de outro modo, os direitos fundamentais independem de normatização futura para que tenham imediata operatividade, podendo ser exercitados independentemente de integração por lei ordinária ou complementar.

Ao tratar do assunto, Nathalia Masson advertiu que existem normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que não são autoaplicáveis e demandam atuação legislativa para a eficácia plena, encontráveis em temas sobre direitos fundamentais de índole social. Tais normas têm eficácia condicionada a complementação legislativa e/ou atuações estatais, mediante políticas públicas.¹⁹

¹⁷ HC 94016, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702.

¹⁸ RE 215267, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 24/04/2001, DJ 25-05-2001 PP-00019 EMENT VOL-02032-05 PP-00977 RTJ EMENT VOL-00177-002 PP-00965.

¹⁹ MASSON, 2015, p. 200.

4 DIREITOS SOCIAIS

4.1 INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são os direitos fundamentais de segunda geração, concretizáveis por meio de políticas públicas, pois normalmente estão descritos em normas programáticas.

Os direitos sociais são compreendidos como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, constitucionalmente garantidas e que conferem a isonomia de tratamento em situações sociais desiguais, proporcionando condição compatível com o exercício efetivo da liberdade, conforme, resumidamente, leciona José Afonso da Silva.²⁰

No mesmo sentido Jorge Miranda ao traçar os direitos sociais na promoção do aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, corrigido os rumos das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento.²¹

A título de exemplo, podemos citar os seguintes direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição da República: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Importante destacar que os direitos sociais não estão somente dispostos nos artigos 6º e 7º da Constituição, porquanto existem outros espalhados no texto constitucional, como, por exemplo, os relativos à ordem econômica, cultura, inovação etc. Há, inclusive, outros decorrentes do sistema constitucional, de

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 331ª ed. Atual. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 286-287.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 31ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

princípios e de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, porquanto o rol dos direitos sociais não é taxativo.

Os direitos sociais são essencialmente prestacionais, o que impõe ao Poder Público o dever de agir para a realização direta, concreta e imediata de tais interesses.

De acordo com Fábio Konder Comparato os direitos sociais "se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente".²²

A implementação de tais direitos materiais são indispensáveis para a redução das desigualdades sociais, mas por dependerem de disponibilidade orçamentária, sua efetividade torna-se mais complexa.

De todo modo, insta deixar claro que o Poder Público não pode relegar a concretização de tais direitos, uma vez que estes decorrem da dignidade da pessoa humana e possuem um caráter de mínimo existencial imprescindível para que os indivíduos vivam, convivam e sobrevivam em sociedade com as mesmas oportunidades.

Como visto, normalmente, os direitos sociais vem estruturados em normas programáticas, porém, estas espécies de normas não podem ser encaradas como promessas constitucionais inconsequentes pelo Poder Público, uma vez que a Constituição não é uma carta de intenções recheada de retórica.

Por estarem intrinsecamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Poder Público deve assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais, através da tutela de um mínimo existencial.

Em razão do reiterado descompromisso do Poder Executivo e do Poder Legislativo, abriu-se campo para o que se denomina Judicialização da Política e o Ativismo Judicial.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 71ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

4.2 SUJEITO PASSIVO DOS DIREITOS SOCIAIS

Inegavelmente, o sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado, porquanto incumbe a ele a atribuição de assegurá-los. No entanto, alguns direitos sociais como o direito à educação, devem ser assegurados por outros atores, como a família e a sociedade, ao lado do Estado, como lecionada Nathalia Masson.^{23 24}

4.3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA)

As origens do ativismo judicial remontam a jurisprudência norte-americana, produzidas a partir da década de 50, cujas decisões emblemáticas são: *Brown v. Board of Education* (1954); *Miranda v. Arizona* (1966); *Richardson v. Frontiero* (1973); *Griswold v. Connecticut* (1965); *Roe v. Wade* (1973).

O Poder Judiciário tem como função típica aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes e resolvendo o conflito de interesses com força definitiva.

Hodiernamente, é inegável também que o Poder Judiciário assume outras funções igualmente típicas, como a tutela de direitos fundamentais (ativismo judicial e judicialização da política), resolução de conflitos entre os poderes e o controle de constitucionalidade, assegurando a supremacia da Constituição.

Pela judicialização, questões de repercussão política ou social relegadas durante anos pelas instâncias políticas tradicionais (Poder Executivo e Legislativo), passaram a ser objeto de decisão dos órgãos do Poder Judiciário, sempre com vistas a assegurar a Supremacia da Constituição da República.

²³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 620.

²⁴ MASSON, 2015, p. 283.

À frente da judicialização da política deve estar o juiz ativo (ativismo judicial), atuando de um modo proativo, a fim de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior.

O espaço para a judicialização da política se deu, sobretudo, em razão da retração política, legislativa e administrativa em se conferir efetividade aos interesses assegurados pelo constituinte, impedindo que as demandas sociais fossem efetivamente atendidas.

A Corte Suprema já assentou que, apesar das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo de construir e executar as políticas públicas, a omissão de tais Poder confere ao Poder Judiciário, como guardião da Constituição, determinar, de modo excepcional, que as políticas públicas definidas pela Constituição sejam implementadas.²⁵

Em razão da importância e da densidade teórica expressa pela Corte Suprema já teve oportunidade de exercer o controle judicial de políticas públicas ante a omissão estatal injustificável.²⁶

Como requisitos para o ativismo judicial, levando-se em conta inúmeros julgados sobre o tema, pode-se verificar a existência de certos requisitos para a realização da judicialização da política, a saber:

(I) as decisões judiciais devem buscar fundamento de validade em valores expressos ou implícitos na Constituição, a fim de evitar qualquer ambiente para a propagação de vontades políticas próprias;

(II) as decisões judiciais devem ser razoáveis;

(III) as decisões judiciais devem ser calcadas no sentimento de realização de Justiça Social, desejando expressar a vontade do povo, pois este é o único titular do poder. Neste ponto, em específico, não se pretende juízes populistas, porquanto, eventualmente, deverão atuar de modo contramajoritário, a fim de garantir direitos fundamentais.

(IV) a política pública reclamada deve ter natureza constitucional;

²⁵ RE 436.996-SP, 21 Turma, Rel. Min. Celso de Mello, noticiado no Informativo 410.

²⁶ ARE 639337 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJE-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

(V) correlação entre a política pública e os direitos fundamentais;

(VI) demonstração da injustificável omissão ou proteção deficiente pelo Poder Público em face da tutela do direito fundamental.

Preenchidos tais requisitos, não há falar em violação a separação de poderes, tampouco o Poder Público pode invocar a teoria da reserva do possível.

4.4 RESERVA DO POSSÍVEL

Criada na Alemanha, originalmente, a teoria da reserva do possível não se relacionava com as restrições orçamentárias do Estado como um obstáculo para a concretização dos direitos fundamentais.

Em sua concepção originária, referida teoria se relacionava com a razoabilidade da pretensão reclamada ao Judiciário.

No entanto, no Brasil, a teoria assumiu contornos próprios, onde o Poder Público passou a justificar a não realização de políticas públicas em razão de restrições orçamentárias.

Segundo Nathalia Masson transformou a teoria da cláusula da "reserva do possível", na teoria da reserva do financeiramente possível", considerando a insuficiência de recursos públicos um limite à efetivação de direitos fundamentais sociais.²⁷

Sobre a reserva do financeiramente possível, Dirley Cunha Júnior, em síntese, leciona que as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos não são de ordem discricionária, mas de ordem vinculada à observância de direitos fundamentais, de modo que a possibilitar o exercício do controle judicial na sua efetivação.²⁸ Na mesma linha Nathalia Masson.²⁹

²⁷ MASSON, 2015, p. 289.

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 785. Apoiado em HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**, p. 56-57.

²⁹ MASSON, op. cit., p. 293.

A título de exemplo, recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de o Poder Judiciário impor a obrigação da Administração Pública em manter estoque de medicamentos específicos para o tratamento de doença grave, no intuito de impedir interrupções no tratamento dos pacientes.³⁰

Conclui-se, portanto, pela inaplicabilidade da reserva do possível quando a demanda envolver questões relacionadas ao mínimo existencial, núcleo mínimo de proteção dos direitos sociais.

Neste sentido, entendeu a Corte Maior, em caso de omissão inconstitucional imputável ao município em afronta à constituição e à sua autoridade, rechaçou a tese da reserva do possível e seu reconhecimento sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197).

Portanto, a teoria da reserva do possível não tem lastro para invocar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público na consecução dos direitos fundamentais, considerando a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”), que ostenta caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive de conteúdo programático dirigido às diretrizes de políticas públicas, especialmente na área do direito à saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197).³¹

Por fim, na linha dos ensinamentos de Nathalia Masson “a alegação da cláusula da reserva do possível passa a ser um ônus a ser demonstrado pelo Poder Público para demonstrar a não há possibilidade orçamentário-financeira de se o direito fundamental”.^{32 33}

³⁰ BASIL. STF, RE 429.903.

³¹ ARE 745745 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014.

³² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

³³ MASSON, 2015, p. 293.

5 MÍNIMO EXISTENCIAL

Para que a proteção da dignidade da pessoa humana seja efetiva, não basta somente a proteção dos direitos da personalidade, é preciso também que o direito assegure a realização de um mínimo existencial para que a pessoa viva, conviva e sobreviva com dignidade.

A proteção de um mínimo existencial é imprescindível para que se efetive o princípio da dignidade humana.

Cunhada pela doutrina alemã, a teoria do mínimo existencial delimita um conjunto básico de direitos fundamentais essenciais a uma vida com dignidade. A realização de tais núcleos mínimos não podem ser negados pelo Estado.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido da impossibilidade de invocação da referida cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.³⁴

De acordo com Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial pode ser conceituado como sendo o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.³⁵

Com propriedade, Ana Paula de Barcellos orienta que o mínimo existencial envolve, além do direito à educação fundamental, o direito à saúde, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

³⁴ RE 482.611-SC, STF, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

[...] a meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir.³⁶

³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 245-246.

6 A TUTELA DOS “NOVOS DIREITOS”: DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

6.1 INTRODUÇÃO

A preocupação com interesses que transcendem a um único ser humano inicia a partir da idealização do Estado Social, assim entendido como aquele que deve intervir no mundo fático para assegurar a concretização direta, concreta e imediata dos direitos sociais (direitos fundamentais de 2ª geração), garantindo igualdade de oportunidades.

São marcos dessa fase a Revolução Industrial, a Revolução Russa Socialista Soviética, as Constituições Mexicanas de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919.

A preocupação com tais direitos se intensificou após o mundo assistir as atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial pela Alemanha Nazista, motivando o surgimento da Organização das Nações Unidas e de diversos pactos internacionais, com vistas a assegurar a paz mundial, evitando conflitos armados (inegavelmente um direito difusamente considerado).

No Brasil, a densificação dos novos direitos (transindividuais) ocorreu a partir da década de 60.

A primeira legislação prevendo tutela coletiva foi a Lei n.º 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).

Após, veio a Lei n.º 6.368/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), prevendo a ação civil pública para a tutela do meio ambiente e, posteriormente, a Lei n.º 7.347/85, estabelecendo a ação civil pública para a tutela de uma série de interesses transindividuais.

Entretanto, os novos direitos só foram sistematizados em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que classificou, no artigo 81, a tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso, os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do Código de Defesa do Consumidor, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema de proteção dos interesses transindividuais, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

6.2 MICROSSISTEMA COLETIVO E DIÁLOGO DAS FONTES

Os artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985) e 90 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), como normas de envio (diálogo das fontes), possibilitaram o surgimento do denominado microsistema de proteção dos interesses transindividuais, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Estatuto da Igualdade Racial, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança, e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos possam ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

É chamado de microsistema porque possui princípios e regras próprios. Dito de outro modo, a tutela dos direitos transindividuais é realizada por uma integração normativa (microsistema), onde o Código de Processo Civil tem apenas aplicação subsidiária.

O Código de Defesa do Consumidor, chamado de “Código” diante de uma suposta autossuficiência legislativa, abriu o que se denomina de microcosmo jurídico.

Diante do microcosmo jurídico, ganhou prestígio no Brasil a teoria do diálogo das fontes de Erik James e muito bem tratada por Cláudia Lima Marques.

A premissa fundamental da teoria em comento é o de que as normas jurídicas não se excluem, mas se complementam, havendo um diálogo de fontes, um diálogo de complementariedade.

De acordo com Cláudia Lima Marques:

Reconstruir a coerência do sistema de direito ou de uma ordem jurídica nacional, em tempos pós-modernos, de fragmentação, internacionalização e flexibilização de valores e hierarquias, em tempos de necessária convivência de paradigmas e de métodos, de extrema complexidade e pluralismo de fontes, não é tarefa fácil e exige muita ciência e sensibilidade dos juristas. Como afirma Erik Jayme, no que tange à teoria, 'o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (Dialog der Quellen)'. Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais. É justamente a ausência de coerência que cria antinomias e conflitos de leis no tempo (direito intertemporal ou transitório); é a divisão em ordens jurídicas autônomas e nacionais que cria conflitos de leis no espaço, a necessitar da coordenação do direito intertemporal privado.³⁷

Conclui-se que o microsistema do processo coletivo é um sistema integrativo aberto, vez que uma série de leis esparsas se comunicam, interagem entre si para que se possa extrair delas a verdadeira vontade do sistema coletivo.

As leis com vocação coletiva se aplicam em caráter integrativo, exatamente pelo efeito de integratividade.

³⁷ MARQUES. Cláudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *In* **Diálogo dos fontes**: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-20.

6.3 SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA CLÁSSICA DO DIREITO

O processo civil tradicional sempre foi utilizado para a tutela dos bens públicos e privados.

Com o surgimento dos direitos transindividuais, a dicotomia clássica do Direito público e privado se tornou insuficiente. A despersonalização desses interesses necessitava de uma nova forma de tutela jurisdicional.

O sistema voltado à tutela dos direitos individuais não se mostrou adequado à tutela dos denominados "novos direitos" (transindividuais), assim entendidos como os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

Insta salientar que, dentre os motivos que levaram o legislador a criar um sistema de tutela coletiva estão: (I) razões de política legislativa; (II) economia processual; (III) redução de custos; (IV) prevenção de decisões conflituosas; (V) tutela padronizada; (VI) ampliação do acesso à justiça; (VII) molecularização do litígio.

O processo coletivo foi concebido em virtude da constatação fática da incapacidade de o processo civil clássico tutelar as seguintes situações: (I) direitos e interesses de titularidade indeterminada (direitos difusos e coletivos); (II) direitos e interesses economicamente desinteressantes do ponto de vista individual ou cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade (direitos individuais homogêneos).

Nesta linha de raciocínio, passamos a traçar as linhas gerais da sistematização dos direitos coletivos em sentido amplo e do processo coletivo.

6.4 O PROCESSO COLETIVO E A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O processo coletivo é o instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade, classificados em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, conforme o parágrafo único, do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos a redação do dispositivo em comento, que dispõe em seu parágrafo único, que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O conceito de direito material coletivo é legal, extraído do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, sendo composto pelos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Vejamos:

(I) **Difusos.** São os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.

(II) **Coletivos.** São os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Os titulares são pessoas indeterminadas, porém, são passíveis de determinação quando da liquidação e execução da sentença, pois eles pertencem a um grupo, categoria ou classe de pessoas.

(III) **Individuais homogêneos.** São os transindividuais, de natureza divisível, com titulares determinados, decorrentes de uma origem comum. Em realidade, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que, por questão de política legislativa, podem ser tutelados coletivamente, fazendo com que os direitos individuais padronizados (ações repetitivas) ou antieconômicos recebessem

tratamento coletivo. Muito embora os titulares sejam indeterminados na fase de conhecimento, serão passíveis de determinação na fase de liquidação e execução.

Os direitos difusos e coletivos em sentido estrito são genuinamente coletivos, na medida em que pertencem a um número indeterminado de pessoas.

No caso dos difusos, o direito pertence de maneira indivisível a toda coletividade.

Já nos coletivos em sentido estrito, o direito pertence de maneira indivisível a grupo, classe ou categoria de pessoas.

Por outro lado, os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, porquanto são considerados coletivos apenas em razão de que se sujeitam à tutela coletiva, via processo coletivo. Dito de outro modo, os interesses individuais homogêneos são direitos individuais, mas que, por serem homogêneos, podem ser tutelados coletivamente.

6.5 PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO

6.5.1 Princípio da Indisponibilidade Mitigada da Ação Coletiva

O objeto do processo coletivo é indisponível, na medida em que ele não pertence ao autor da ação coletiva. Com efeito, a desistência injustificada ou o abandono da ação coletiva não gera a extinção do processo, mas sim a sucessão processual por qualquer outro colegitimado. A indisponibilidade é mitigada, uma vez que, no caso de desistência fundada (motivada), a autoridade judiciária do juiz poderá homologar o pedido e extinguir o processo sem conhecimento do mérito.

No entanto, o art. 5º, Lei 7.347/1985, em seu parágrafo § 3º, dispõe que em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

6.5.2 Princípio da Indisponibilidade da Execução Coletiva

Transitada em julgado a ação coletiva, a execução coletiva é obrigatória. Caso o autor não promova a execução, qualquer outro colegitimado poderá fazê-lo e o Ministério Público deverá. Diferentemente do princípio anterior, aqui a indisponibilidade não admite temperamentos, a teor do art. 15, da Lei 7.347/1985, ao assentar que decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

6.5.3 Princípio do Interesse Jurisdicional no Conhecimento do Mérito

Em razão do interesse social que norteia o processo coletivo, o juiz está autorizado a flexibilizar os rigores processuais dos requisitos de admissibilidade da ação coletiva, a fim de que haja, efetivamente, uma resposta de mérito (o juiz deve tentar evitar que o seja extinto sem julgamento do mérito).

No processo coletivo, referido princípio não tem previsão legal, decorrendo de interpretação do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública.

Interessante notar que o Novo Código de Processo Civil prevê expressamente o chamado “princípio da primazia da solução de mérito”, em seu artigo 4º, que assim dispõe: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Pelo princípio da primazia da solução de mérito, agora expressamente previsto no Novo Código de Processo Civil e aplicável subsidiariamente ao sistema coletivo, as partes têm o direito a uma solução integral do mérito.

Noutros termos, a solução de mérito é sempre prioritária em relação a decisão que não examina o mérito.

No Novo Código de Processo Civil, várias regras concretizam o princípio em comento, como, por exemplo, o artigo 139, inciso IX, o qual prevê que o juiz tem o dever de determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de vícios processuais sanáveis, para evitar que o processo seja extinto sem o exame do mérito.

Outro importante exemplo é o artigo 485, parágrafo 7º, do Novo Código de Processo Civil, o qual prevê que a apelação contra a sentença que extingue o processo sem o exame do mérito possui juízo de retratação.

6.5.4 Princípio da Prioridade Na Tramitação

Em razão do interesse social que norteia o processo coletivo, respeitadas as preferências legais (p. ex.: mandado de segurança, ação de *habeas corpus*, ação de *habeas data*), entre um processo individual e um processo coletivo, prefere-se o julgamento dos processos coletivos, porquanto o que está em jogo é o interesse social. Trata-se de princípio implícito, que decorre do sistema coletivo.

6.5.5 Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional Coletiva

A coisa julgada coletiva só pode beneficiar o indivíduo nunca prejudicá-lo, de modo que se for improcedente a ação coletiva, nada impede o ajuizamento de ação individual.

Ao revés, no caso de procedência da ação coletiva, o indivíduo poderá executá-la individualmente, ou seja, o indivíduo que se beneficia pode transportar a coisa julgada coletiva. Trata-se do que a doutrina denomina de transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva (transporte da coisa julgada no que for útil).

Referido princípio tem previsão expressa no parágrafo 3º, do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor ao dispor que os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Portanto, a teor do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, por tal princípio, qualquer ação individual pode ser coletivizada.

6.5.6 Princípio da Ampla Divulgação do Ajuizamento da Ação Coletiva

Decorrendo expressamente do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, o presente princípio só se aplica às ações coletivas de tutela dos direitos individuais homogêneos, uma vez que, proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes.

6.5.7 Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo

Em razão do interesse social que norteia o processo coletivo, o juiz conserva mais poderes-deveres do que no processo individual. Trata-se de um princípio implícito que decorre da interpretação e coerência do sistema.

Em outros termos, pelo princípio da máxima efetividade, em razão do interesse social em jogo, há no processo coletivo um incremento dos poderes do órgão judicial, como, por exemplo: poderes instrutórios mais acentuados;

possibilidade de flexibilização procedimental; dever de comunicar o Ministério Público a respeito de fatos que autorizem a propositura da ação coletiva; possibilidade de controle judicial de políticas públicas etc.

Abrindo um parênteses, de acordo com o artigo 7º, da Lei de Ação Civil Pública, quando a autoridade judiciária tiver conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura de ação coletiva, deverá remeter as peças ao Ministério Público para que este possa ajuizar ação civil pública ou instaurar inquérito civil para a apuração do fato e seus autores.

No processo coletivo, abre-se a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle de políticas públicas asseguradas na Constituição e não implementadas pelo Poder Executivo ou Legislativo. Trata-se do chamado ativismo judicial (*definning functions*), cujo conceito e diretrizes já foram traçados em momento anterior deste trabalho.

A título de encerramento, importante destacar novamente que o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça são pacíficos em admitir o ativismo judicial em caso de injustificável retração das instâncias políticas originárias, impondo-se, inclusive, o custeio da prestação de serviços de por particular, para atender os direitos fundamentais do cidadão, a exemplo da decisão da Corte Suprema, no Recurso extraordinário com agravo (Lei n.º 12.322/2010).³⁸

Quanto às políticas públicas, importa traçar novamente algumas considerações que serão úteis no decorrer deste trabalho.

Políticas públicas são promessas constitucionais relativas à proteção de um direito fundamental individual ou coletivo.

As políticas públicas são delineadas pelo constituinte, devendo ser observadas de modo vinculante pela Administração Pública.

O ativismo judicial não viola a separação de poderes, porquanto a política pública não foi eleita pelo órgão jurisdicional, mas pela própria Constituição da República, norma hipotética fundamental. Destarte, o Poder Judiciário nada mais faz do que determinar o cumprimento do conteúdo da Constituição, garantindo a sua supremacia normativa.

³⁸ BRASIL.STF, ARE 727864 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, j. em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

Do mesmo modo, o ativismo judicial não viola a conveniência e a oportunidade do administrador público, porquanto não há discricionariedade no que concerne à implementação de políticas públicas necessárias ao exercício pleno dos direitos fundamentais.

Ora, a implementação das políticas públicas é um ato vinculado do administrador, sem margem para a conveniência e oportunidade. O Poder Legislativo e o Executivo não têm escolha, a não ser cumprir o que determina a Lei Maior.

Aqui, importante levantar uma discussão bastante em voga. Na implementação de políticas públicas, como fica a questão das “escolhas trágicas”? Em outras palavras, como fica a questão nas situações em que os recursos públicos não são suficientes para atender a todas as políticas públicas previstas pelo constituinte originário e derivado?

Diante das escolhas trágicas é inegável que o administrador não poderá deixar de implementar, ao menos, o núcleo mínimo existencial da política pública.

Frise-se que, no caso de comprovada falta de disponibilidade orçamentária para implementação integral da política pública, o administrador não pode deixar de atender, ao menos, o núcleo essencial da garantia fundamental.

6.5.8 Princípio da Integratividade do Microssistema Processual Coletivo

A presente norma jurídica decorre da interpretação dos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e do 90 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõem que aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor e as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil.

Diferentemente de outros países, no Brasil, não existe a legislação codificada de processo coletivo, mas legislações esparsas sobre o tema. Em caráter subsidiário, aplica-se o Código de Processo Civil.

Daí a relevância do princípio da integratividade do microsistema processual coletivo, na nova ordem constitucional, que estabeleceu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais com coletivamente legitimados que podem atuar isoladamente, ou em litisconsórcio. Tanto a Ação Civil Pública com a Ação Popular fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos. No mesmo sentido o STJ.³⁹

6.5.9 Princípio da Representação Adequada Presumida

Diferentemente dos Estados Unidos da América do Norte – que adota o sistema da *class actions for damages*, em que, qualquer pessoa pode ajuizar ação coletiva, cabendo ao juiz controlar, conforme critérios legais, a adequada representação –, no Brasil, apenas os legitimados do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública podem propor ações coletivas.

No Brasil, a representação adequada da coletividade decorre de escolha feita pelo próprio legislador ordinário, sendo certo dizer que adota-se o sistema *ope legis* de controle da adequada representação para as ações coletivas.

A única exceção em que o controle é *ope judicis* diz respeito à legitimação das associações, porquanto a própria Lei de Ação Civil Pública estabelece o controle judicial da pertinência temática e da constituição ânua.

³⁹ REsp 406.545/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 292.

6.6 TUTELA COLETIVA TRIPARTITE CONGLOBANTE

Diz-se que a tutela coletiva deve ser tripartite e conglobante.

Tripartite porque a tutela coletiva deve proporcionar benefícios aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conglobante, porque a tutela coletiva, sempre que possível, com vistas a maximizar a proteção aos direitos transindividuais, deve ser tomada numa mesma ação (tentativa de se tutelar, numa mesma ação, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, concomitantemente).

7 AÇÕES COLETIVAS

7.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública possui *status* constitucional e, sem dúvida, é o instrumental, por excelência, de tutela dos direitos transindividuais.

A Lei n.º 7.347/85 regulamenta a ação civil pública, porém, esta ação coletiva tem previsão em uma série de normas infraconstitucionais, integrantes do chamado Microsistema Coletivo: Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei n.º 7.853/89 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei n.º 10.257/01 (Estatuto da Cidade); e Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Podem propor ação civil pública os legitimados concorrentes disjuntivos previstos no artigo 5º da Lei n.º 7.347/85, a saber: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e os Municípios); a Administração Pública indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e as associações constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil e incluam, dentre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Neste passo, sempre que os direitos metaindividuais forem ameaçados ou violados por ação ou omissão do Estado, da sociedade ou por qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, caberá o manejo da ação civil pública pelos entes legitimados.

Em especial, o Ministério Público é o órgão com vocação constitucional para instaurar o inquérito civil e promover a ação civil pública para a proteção dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis.

Consoante o artigo 129, da Constituição Federal, dentre outras, são funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Por fim, destaca-se que, não sendo parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica, nos termos do § 1º, do artigo 5º, da Lei n.º 7.347/85.

7.2 AÇÕES INDIVIDUAIS SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS

O Ministério Público tem legitimidade para, também, promover a tutela de direitos individuais indisponíveis, não se restringindo às ações que tutelam os interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Basta a constatação da incapacidade física ou mental e correlação com o objeto da demanda para legitimar a intervenção ministerial. No mesmo sentido Hugo Nigro Mazzili.⁴⁰

Ressalte-se ainda que a Defensoria Pública também é o órgão vocacionado para promover este tipo de ação quando a tutela compreender direitos das pessoas econômica ou juridicamente hipossuficientes, a teor do artigo 134 da Constituição, uma vez que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal e artigo 1º da Lei Complementar n.º 80/1994.

⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 26ª edição. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 716.

7.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Trata-se o mandado de segurança coletivo de ação constitucional de índole mandamental para a tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (CF, artigo 5º, LXX).

Tem a ação constitucional o escopo de proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

7.4 AÇÕES AFIRMATIVAS OU DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS (*AFFIRMATIVE ACTIONS*)

Entende-se por ação afirmativa ou discriminação positiva o conjunto de ações e políticas públicas que busquem reduzir ou minimizar os efeitos intoleráveis de quaisquer formas de discriminação em razão da deficiência, cor, sexo, religião, idade ou qualquer outro fator.

Este conjunto de ações tem por objetivo a inclusão de setores marginalizados historicamente num patamar de igualdade de oportunidades sociais, valendo-se de mecanismos compensatórios e provisórios.

Costuma-se apontar o precedente norte-americano *Brown vs. Board of Education of Topeka, Kansas* (1954) como o precursor das políticas de ações afirmativas no mundo. No julgamento do emblemático caso, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu pela erradicação da dessegregação racial nas escolas públicas.

Pelo seu próprio conceito, as ações afirmativas não têm conteúdo discriminatório, pois não visam a exclusão, mas a inclusão.

Neste ponto, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência previu expressamente o uso das ações afirmativas como forma de inclusão social ao dispor no artigo 5º, § 4º. que não serão consideradas discriminatórias as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência.

Demonstradas em poucas linhas o instrumental jurídico para a tutela coletiva dos direitos aqui tratados, cabe ainda tratarmos das questões envolvendo o caótico sistema penitenciário, reprodutor das masmorras de outrora, sob a ótica de novas teorias e novos instrumentos jurídicos ainda em processo evolutivo.

7.5 TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A teoria do estado de coisas inconstitucional tem origem na Corte Constitucional Colombiana à partir de três situações: saúde pública, estabelecimentos carcerários (sentença 153 de 1998) e deslocamentos internos de refugiados de guerra.

A teoria se aplica para casos estruturais que apresentem três características: a) fracasso de políticas públicas; b) bloqueio do processo político ou institucional; e c) violação maciça e generalizada de direitos humanos, a demonstrar que o problema decorre de uma deficiência estrutural de uma autoridade pública.

O que caracteriza a teoria é o ativismo dialógico que, diferentemente do ativismo judicial tradicional, não tem a peculiaridade de descrever a política pública e o seu detalhamento a ser implementada pelo Poder Público.

A teoria tem por pressuposto a prolação de uma decisão meio, de uma ordem judicial de execução complexa, a ser implementada gradualmente com a

participação de diferentes atores (poderes públicos dos diversos níveis federativos e a sociedade).

A partir disso serão formados instrumentos para a fiscalização da implementação da política pública, como, por exemplo, autos de acompanhamento e audiências públicas.

Toda essa dinâmica permite a implementação da política pública de modo gradual e participativo.

A teoria está sendo discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.º 347, que trata da responsabilidade civil do Estado em face da insuficiência do sistema carcerário e da generalizada violação dos direitos humanos das pessoas humanas presas.

7.5.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347

Em setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental onde se discute o “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema prisional brasileiro.⁴¹

O Plenário reconheceu a notória falência do sistema prisional brasileiro, onde são praticadas violações de direitos fundamentais dos presos, especialmente em relação à dignidade da pessoa humana, à saúde física e mental, ao acesso à justiça, à terapêutica ressocializadora eficiente, dentre outros.

Houve críticas severas quanto à interpretação e aplicação da lei penal pelos operadores do direito, especialmente pelos Magistrados, ante a alta taxa de presos provisórios, em torno de 41% da população carcerária, quando, ao final, a maioria é absolvida, ou se reconhece a pena alternativa. E mais, as decisões cautelares seriam precárias de fundamentação e fruto de padronização. Apontou-se a

⁴¹ Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

necessidade da implantação das audiências de custódia para minimizar a deficiência. Tais fatores, também, apontavam para a ineficiência do princípio ao acesso à justiça pela inadequada assistência judiciária e/ou jurídica.

Em razão dos fatores supracitados e outros, o Plenário considerou que a custódia, seja provisória e/ou definitiva, nos moldes do atual sistema prisional, representa estado de coisas inconstitucional ante a patente ilegalidade, desvio de poder e de finalidade, pois os presos são constrangidos a cumprir penas cruéis e desumanas, em afronta aos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), Pactos e Tratados internacionais que tutelam os direitos humanos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e Leis Ordinárias, a exemplo da LEP e da LC 79/1994.

Reconheceu ainda o Plenário do STF que o FUNPEN estaria com recursos contingenciados pela União, o que constituiria obstáculo à adoção de políticas públicas e fator concorrente para o caos do sistema penitenciário.

A sistemática violação dos direitos fundamentais e humanos dos presos também seria uma das causas da alta taxa de reincidência e responsável pela transformação de pequenos delinquentes em “monstros do crime”, pois passariam a praticar crimes mais graves. Com isso, a finalidade ressocializadora ficaria comprometida e a reincidência de crimes mais graves incidiria no fomento da violência e insegurança coletiva.

Pela primeira vez o Plenário reconheceu que a responsabilidade pelo caos do sistema penitenciário, comparado à masmorra, é compartilhada entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, como, também, com os Estados-Membros e Distrito Federal.

O Plenário considerou ainda a ineficiência na formulação e implementação de políticas públicas por ausência de coordenação institucional e de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias para fazer frente à falha estrutural, geradora da perpetuação e agravamento da realidade carcerária.

Destacou mais o Plenário que a constatada violação sistemática de direitos fundamentais atingiria à dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, a demandar atuação propositiva do STF com o escopo de retirar os demais poderes

da letargia. E mais, caberia ao STF catalisar esforços comuns dos entes da federação e sociedade civil, sob sua coordenação e monitoramento dos resultados das políticas públicas implantadas, ante a demonstrada incapacidade das instituições legislativas e administrativas.

Ressalte-se, porém, que o Plenário deixou consignado que não substituiria o Legislativo e o Executivo na consecução de tarefas próprias, mais precisamente nas escolhas e detalhamento das políticas públicas, mas fomentaria o diálogo com os Poderes da República e sociedade para a busca da ruptura da inércia e com o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário.

Portanto, não há que se falar em substituição das funções dos órgãos e sim fomento na efetividade e eficiência da atuação de todos órgãos envolvidos, deixando ao Plenário a análise das minúcias para se atingir a ruptura das violações de direitos e a letargia das entidades corresponsáveis.

7.5.2 Sentença N.º 153/98 da Corte Constitucional Colombiana: Precursora da Adoção da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional

Como salientado acima, a teoria do estado de coisas inconstitucional tem origem na Corte Constitucional Colombiana e diante de sua pertinência e densidade teórica, transcreve-se, a seguir, alguns trechos da Sentença n.º 153/98 prolatada pela Corte Constitucional da Colômbia:

CONDICIONES DE HACINAMIENTO. PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL HACINAMIENTO. LEY DE ALTERNATIVIDAD EN LA LEGISLACION PENAL Y PENITENCIARIA. DESCONGESTIÓN CARCELARIA. ALGUNAS CAUSALES EXPLICATIVAS DE LA CONGESTIÓN. INFRAESTRUCTURA Y ADMINISTRACIÓN. CONSECUENCIAS DEL HACINAMIENTO. Las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgreño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se

puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías. En efecto, la ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos, etc. **MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA. DERECHOS DEL INTERNO. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-FUNCIÓN RESOCIALIZADORA.** La labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social. Precisamente desde la perspectiva de la dignidad de los reclusos y de la obligación del Estado de brindarles los medios necesarios para su resocialización se deben interpretar distintos artículos del Código Penitenciario que regulan las condiciones de albergue de los internos, y sus derechos al trabajo, a la educación y enseñanza, al servicio de sanidad, a la comunicación con el exterior y la recepción de visitas, a la atención social, etc. **SINDICADOS Y CONDENADOS. ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-ACTITUD REACTIVA DEL ESTADO FRENTE AL HACINAMIENTO. JUEZ CONSTITUCIONAL-ASUNCIÓN VOCERÍA DE MINORÍAS OLVIDADAS.** La racionalidad constitucional es diferente de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. **MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ. HACINAMIENTO CARCELARIO.** La remisión al recurso de nulidad no toma en cuenta las condiciones extremas de violación del derecho a la dignidad de los reclusos, y las inminentes amenazas contra su vida e integridad personal. El recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa no es eficaz en este caso. Las obras de remodelación terminarían mucho antes de que finalizara el proceso, y están en capacidad de generar un mayor ambiente de violencia en la cárcel, poniendo en grave riesgo la vida e integridad personal de los reclusos. Por otra parte, se argumenta que, dado que muchas de las situaciones descritas constituyen una clara violación de la ley, se ha debido recurrir a la acción de cumplimiento. Al respecto debe recordarse que esta Corporación ha señalado que en los casos extremos de omisión de sus obligaciones por parte de las autoridades - situación que se expresa también cuando se presenta un craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley -, los afectados pueden también recurrir a la tutela, siempre y cuando la actitud negligente de la administración vulnere o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales. En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas, y a pesar de las muchas solicitudes y críticas elevadas con respecto al sistema penitenciario no se percibe ninguna política oficial para modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país. **ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL. ALCANCE.** Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan

en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional. **ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO. HACINAMIENTO.** Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema. **DERECHOS DEL INTERNO. ALOJAMIENTO EN CONDICIONES DIGNAS. PLAN DE CONSTRUCCIONES Y REFACCIONES. PRINCIPIO DE PRESUNCION DE INOCENCIA. APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA EXTREMA. PROCESO PENAL. MEDIDAS IDÓNEAS PARA LA RESOCIALIACIÓN DEL CONDENADO.** La Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio. Igualmente, estima fundamental recordar que en cada proceso penal es importante reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones. Al respecto, cabe mencionar que las mismas reglas de Tokio recomiendan que antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración, "las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima. [...]."⁴²

⁴² Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

8 SISTEMA PENITENCIÁRIO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Tendo realizado considerações acerca do desrespeito aos direitos humanos de pessoas privadas de liberdade, passa-se agora à análise da possibilidade de acionamento das instâncias internacionais como forma de possível solução do problema.

Não se busca aqui analisar todo o sistema de proteção de direitos humanos da ONU ou mesmo da OEA. Visa-se, no presente trabalho, pontuar a existência de dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos que resguardam a vida e a integridade física das pessoas privadas de liberdade para, depois, analisar a possibilidade de acionamento das instâncias internacionais do Sistema de Proteção existente na Organização dos Estados Americanos.

Com isso em mente, pretende-se discorrer brevemente o funcionamento dos dois principais órgãos do Sistema Interamericano, a saber: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para, após, estudar a possibilidade e alguns casos em que elas foram acionadas com o intuito de se resguardar a integridade física e a vida das pessoas privadas de liberdade.

A partir daí será possível tecer algumas considerações críticas sobre os casos em que o sistema penitenciário brasileiro foi colocado à prova perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, constatando-se a efetividade (ou não) das medidas tomadas.

Por fim, nota-se que tal estudo é de suma importância no contexto da presente tese, uma vez que a violação de direitos das pessoas privadas de liberdade representa violação grave de direitos humanos e que, por isso, merece atenção do sistema internacional. Afinal, tal sistema é instrumento jurídico que pode e deve ser utilizado na tentativa de salvaguardar direitos de tais pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade social.

8.1 O VALOR JURÍDICO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Durante o período compreendido entre 1988 e 2008 o Supremo Tribunal Federal, conforme lembra André de Carvalho Ramos, decidiu a favor da tese de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo, teriam a mesma hierarquia da legislação ordinária.⁴³

É possível observar tal entendimento no emblemático acórdão do Habeas Corpus 72.131 que pacificou a matéria, informando que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico com força de lei ordinária. No entanto, não se aplica aos tratados o disposto no artigo 5º, §2º quando integrados nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, uma vez que não se admite emenda constitucional por meio de ratificação de tratado.⁴⁴

No entanto, no ano de 2004 foi aprovada a Emenda Constitucional de n.º 45 (reforma do Judiciário), introduzindo-se ao texto constitucional, no artigo 5º, com a seguinte redação: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.⁴⁵

A partir de então, Flávia Piovesan passou a defender que todos os tratados de direitos humanos, incorporados antes ou depois da Emenda Constitucional n.º 45/2004 (rito do §3º, do artigo 5º, CF), seria formal e materialmente constitucionais. Leciona Piovesan: “Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicular matéria e conteúdo essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva: São Paulo, 2014, p. 387.

⁴⁴ BRASIL. STF, HC 72.131, voto do Rel. p/o ac. Ministro Moreira Alves, Plenário, Julgamento 23-11-1995, Plenário, DJ 1º-8-2003.

⁴⁵ ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (Informativo 798, Plenário).

tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.⁴⁶

A autora acrescenta ainda que não faria sentido negar o valor constitucional aos tratados de direitos humanos em virtude de formalidades, uma vez que todos teriam sido aprovados com quórum superior ao exigido pela Emenda Constitucional para a obtenção de “status” constitucional.

Apesar de ser posicionamento bastante interessante, uma vez que consagra a importância e superioridade normativa das normas relativas à proteção de direitos humanos, tal posicionamento não prosperou, uma vez que o Supremo Tribunal Federal adotou a “Teoria do Duplo Estatuto”.

Consoante a “Teoria do Duplo Estatuto”, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio, pelo rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, teria “status” constitucional, ao passo que os outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos teriam caráter supralegal, ou seja, estariam abaixo da Constituição e acima de outros diplomas legislativos.⁴⁷

Esclarecedor se mostra o voto do Ministro Gilmar Mendes quando o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir a prisão civil por dívidas e, por consequência, o valor normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente a proíbe. Vejamos: Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11), e à Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois 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. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma,

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13ª ed. Revista e atualizada. Editora Saraiva: São Paulo, 2012, p. 139.

⁴⁷ RAMOS, 2014, p. 392.

torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.⁴⁸

Assim, tem-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, fundamento primordial para o acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se caracteriza como um diploma legislativo de extrema importância dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo hierarquicamente inferior apenas à Constituição Federal.

No entanto, não se olvida que, para parte da doutrina, encabeçada por Flávia Piovesan, a Convenção Americana de Direitos Humanos, com base no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, por tratar de direitos humanos, teria “status” de materialmente constitucional.

8.2 DIREITO DAS PESSOAS PRESAS PREVISTOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Superadas as questões relativas ao valor jurídico da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e explicitada também sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, impende, agora, trazer à baila seus dispositivos relativos à proteção da vida e da integridade física, que podem ser usados como embasamento para inúmeros pedidos de tutela de direitos de pessoas privadas de liberdade.

Com efeito, o artigo 4, da CADH, dispõe que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, que deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção e ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.⁴⁹

É de se notar que, malgrado a existência de proteção do direito à vida, admite-se, desde que não haja arbitrariedade, que esta seja suprimida, de modo que

⁴⁸ RE 466.343, Rel. Ministro César Peluso, voto Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral.

⁴⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969 – Pacto de San José da Costa Rica).

a CADH, na mesma toada do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, permite a pena de morte.

Todavia, para que haja pena de morte, deve haver previsão expressa no ordenamento jurídico e esta previsão deve ser anterior à entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, consoante artigo 4º, pontos 2 e 3 da CADH e também com base na Opinião Consultiva de n.º 03/83 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com este raciocínio é perfeitamente possível inferir que o Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos protege a vida, desde a concepção, preferencialmente, e rechaça, de modo absoluto, as execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados, como já se viu, por exemplo, no caso Vélasquez Rodriguez, que foi a primeira condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁵⁰

Ora, é inegável, conforme já se pontuou no presente trabalho e como vai se especificar quando da análise dos casos do “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” e também do “Presídio Central de Porto Alegre”, que o sistema penitenciário brasileiro conhece a realidade das execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados.

Assim, não há grandes dificuldades em se utilizar os fundamentos supracitados (proteção da vida e rechaço às execuções extrajudiciais) para o acionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica abarca também a proteção da integridade pessoal, englobando a integridade física, psíquica e moral, inclusive, por certo, das pessoas privadas de liberdade, sendo vedado tratamento cruel e degradante.⁵¹

Por certo, tais dispositivos guardam absoluta relação com o trabalho em questão, uma vez que, como já observado, no sistema penitenciário brasileiro,

⁵⁰ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁵¹ Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a 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 de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

as pessoas privadas de liberdade têm seus direitos fundamentais mais básicos completamente desrespeitados, o que caracteriza violação de direitos humanos e que comporta acionamento dos instrumentos previstos no sistema interamericano, uma vez que a vida e integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade recebem especial proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos.

8.3 ACIONAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Pelo que já expôs na presente dissertação, as pessoas privadas de liberdade têm, claramente, seus direitos à vida e à integridade pessoal amplamente violados pelo Estado Brasileiro, que mantém um sistema penitenciário inconstitucional, como já se assinalou nas discussões sobre a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Assim, natural que se permita o acesso aos órgãos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, visando à tutela de direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade. Por esse motivo, indispensável tecer alguns comentários sobre o acesso aos órgãos da Convenção, para, posteriormente, exemplificar com casos práticos relacionados com a realidade pátria.

Segundo André de Carvalho Ramos, a CADH estabeleceu um procedimento bifásico para a proteção dos direitos humanos por ela englobados.⁵²

Inicialmente, existe uma etapa obrigatória perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, posterior e eventualmente, uma segunda etapa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ou seja, sempre que se pretender acessar o Sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA) o peticionário deve se direcionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é o órgão responsável pelo recebimento de denúncias.

De acordo com a CADH, a Comissão tem a possibilidade de receber petições individuais, elaboradas por indivíduos lesados (ou associações que o representem)

⁵² RAMOS, 2014, p. 320.

e, também, as comunicações interestatais, apresentadas por Estados quando da alegação de violação de direitos humanos por parte de outros Estados.⁵³

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto na jurisdição contenciosa como na consultiva, pode ser acionada apenas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelos Estados Membros.

Percebe-se, pois, que o acesso à Corte é deveras mais restrito que o acesso à Comissão, que, repise-se, é o único órgão de proteção do Sistema Interamericano que tem possibilidade de receber petições individuais das vítimas do Estado.

Nos casos relacionados à presente dissertação, que são aqueles concernentes às pessoas privadas de liberdade, o procedimento se iniciará perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a pedido das vítimas ou seus representantes.

Assim, ao receber um pedido, a Comissão analisará tanto seus requisitos formais de admissibilidade quanto o mérito do pedido.

A Comissão só pode ser acionada por meio de petição escrita, que pode ser de autoria da própria vítima, terceiro, incluindo organizações não governamentais (que é a regra, quando se trata de pessoas privadas de liberdade) ou pelos próprios Estados.

Para que uma petição individual seja recebida deve observar os seguintes requisitos: a) esgotamento dos recursos locais; b) ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recursos internos, para apresentação da comunicação individual; c) ausência de litispendência internacional, que tem por objetivo impedir o uso simultâneo de dois sistemas internacionais de proteção ao mesmo tempo; e d) ausência de coisa julgada internacional.⁵⁴

⁵³ Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.
Artigo 45 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção, ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.

⁵⁴ Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:
a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

Tendo sido admitida a comunicação, seja ela individual ou interestatal, passe-se a fase conciliatória.

Nesta fase a Comissão tenta buscar soluções amigáveis entre a vítima e o Estado que eventualmente tenha violado direitos humanos. Em havendo conciliação, a Comissão elabora seu relatório e o remete ao peticionário, Estados e ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Não sendo possível a resolução pacífica do conflito, a Comissão apresenta o Primeiro Informe (conhecido também como “Informe 50”, uma vez que está previsto no artigo 50 da Convenção Americana de Direitos Humanos).⁵⁵

O Estado infrator possui três alternativas para solucionar a questão, a Comissão pode encaminhar o caso para a Corte, se o Estado infrator houver reconhecido a jurisdição e se a Comissão entender ser necessário o encaminhamento para proteção de direitos humanos.

Caso a Comissão entenda pela não necessidade de encaminhamento da denúncia à Corte, ela deve emitir um Segundo Informe que contempla recomendações ao Estado violador, com prazo para que as medidas sejam efetivadas.

8.4 POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE CAUTELARES

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, não há previsão expressa para a concessão de medidas cautelares por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional.

⁵⁵ Artigo 50 - 1. Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, "e", do artigo 48.

Existe apenas, desde 2013, o novo regulamento da Comissão que permite que, nos casos de gravidade e urgência, com risco de dano irreparável, a Comissão conceda medida, sem a oitiva do Estado violador de direitos, para tutelar as vítimas.

É importante salientar que, nestes casos, em sendo apresentado um caso perante a Comissão, esta, de ofício, poderá conceder medidas cautelares.

De grande valia é o artigo 25, item 3, do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que prevê a possibilidade de concessão de medidas cautelares de caráter coletivo “a fim de prevenir um dano irreparável às pessoas em virtude de vínculo com uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis”.⁵⁶

É o que normalmente ocorre nos casos em que há violação de direitos de pessoas privadas de liberdade.

Como se analisará posteriormente, as medidas cautelares têm sido frequentemente utilizadas nestes casos, sendo que o grande problema delas é a falta de efetividade, uma vez que, por não estar prevista expressamente no corpo da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados relutam em reconhecer sua força vinculante.

André de Carvalho Ramos aponta que em março de 2011, a Comissão adotou medida cautelar requerendo a suspensão da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, por violação de direitos indígenas. Após contundente resistência do Estado brasileiro, a Comissão reviu seu posicionamento e decidiu que a obra poderia continuar, desde que fossem tomadas cautelas na preservação de direitos.⁵⁷

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

⁵⁷ RAMOS, 2014, p. 323.

8.5 ACIONAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 03 de dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo 89/98.

Até a presente data a Corte já condenou o Brasil em 05 (cinco) casos, a saber: (1) no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* de 4 de julho de 2006; (2) caso *Escher e outros vs. Brasil* de 6 de julho de 2009; (3) *Garibaldi vs. Brasil* de 23 de setembro de 2009; e (4) caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* de 24 de novembro de 2010, não havendo ainda nenhum relativo ao sistema carcerário brasileiro.

De todo modo, a Corte Interamericana se apresenta como órgão indispensável para a defesa dos direitos de pessoas presas, uma vez que suas sentenças possuem caráter vinculante para o Estado Brasileiro e se imiscuem em títulos executivos judiciais, submetidos ao regramento do cumprimento de sentença.

Assim sendo, importa reiterar aqui que a legitimidade para o acionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos é bastante restrita.

Somente os Estados que tenham reconhecido a jurisdição da Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem processar Estados perante a Corte. Isso porque, nos dizeres de André de Carvalho Ramos, a Corte julga uma ação de responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos.

58

É possível, ainda, que a Comissão acione a Corte para o pedido de medidas provisórias, que possuem previsão expressa na Convenção.

Aliás, ante o não reconhecimento do caráter vinculante das cautelares concedidas pela Comissão, o pedido de provisória para a Corte tem sido utilizado com alguma frequência, com o intuito, inclusive, de proteger pessoas privadas de liberdade, como já aconteceu em relação à Penitenciária “Urso Branco”, à Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP e, também, mais recentemente, no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, caso este que será posteriormente analisado.

⁵⁸ RAMOS, 2014, p. 326.

8.6 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: “COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE PEDRINHAS” E “PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”

Após as constatações acima no sentido de ser possível o acesso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão) e também à Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte) em casos de violações de direitos de pessoas presas e considerando também a necessidade de diálogo entre as cortes (Supremo Tribunal Federal e Corte), uma vez que ambas têm competência para decidir sobre direitos humanos e a corte responsável pela interpretação da CADH, sob pena de “truque de ilusionismo.”⁵⁹

Primeiramente será realizado estudo acerca do “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, que em virtude de superlotação, execuções extrajudiciais e estupros, chegou tanto à Comissão quanto à Corte, sendo que cada uma concedeu, respectivamente, medidas cautelares e medidas provisórias.

Após, será analisado o caso do Presídio Central de Porto Alegre, em que foi concedida medida cautelar pela Comissão, determinando que o Estado Brasileiro tomasse providências no sentido de se garantir a integridade física dos internos.

8.6.1 Caso “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”

O “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” foi inaugurado em dezembro de 1965 e, desde sua fundação, contou com funcionamento de modo precário. Com o passar das décadas e também com o crescimento da população carcerária no país a situação do complexo penitenciário se agravou de modo severo, de modo que vem apresentando, desde 2000, inúmeras rebeliões.

⁵⁹ André de Carvalho Ramos explica que, se o responsável pela interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, é a Corte Interamericana, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar dispositivos da Convenção Americana, deve observar os precedentes da Corte, do contrário, criar-se-ia uma “Convenção Americana Brasileira”.

No ano de 2013, o complexo penitenciário era composto por seis unidades de detenção, localizadas na mesma área. Essas unidades eram denominadas da seguinte maneira: I) Penitenciária de São Luís; II) Centro de Detenção Provisória; III) Casa de Detenção; IV) Central de Custódia de Presos de Justiça; V) Penitenciária de Pedrinhas; e VI) Penitenciária de São Luís II.

Após procedimentos investigatórios, a Comissão Parlamentar de Investigação sobre o Sistema Carcerário e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constataram uma situação de extrema gravidade no sistema penitenciário do Maranhão, com a ocorrência de desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, tortura, estupro de parentes de detentos, tudo em decorrência de conflitos entre facções rivais existentes no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”.⁶⁰

No final de 2013, mais especificamente no mês de outubro, a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e a seccional local da OAB realizou pedido de cautelar para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que, conforme consta da decisão (Medida Cautelar 367/13), no dia 01 de outubro de 2013 três internos teriam sido assassinados na unidade denominada “Penitenciária de São Luís”, como resultado do enfrentamento de facções rivais. Neste mesmo dia, outros dois internos teriam sido assassinados na unidade denominada “Centro de Detenção Provisória”, em circunstâncias semelhantes.

Além disso, em rebelião no dia 09 de outubro, 10 internos teriam sido mortos, sendo que, contando todas as outras ocorrências do mês de outubro de 2013, 41 (quarenta e uma pessoas) teriam sido mortas ou feridas dentro das dependências do “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”.

Respondendo ao pedido de medida cautelar, o Estado Brasileiro aduziu que teria realizado inúmeros investimentos no Sistema Penitenciário do Estado do Maranhão, construindo novas prisões e comprando equipamentos.

O Estado Brasileiro alegou ainda que, especificamente em relação ao “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, as mortes teriam se dado em virtude de rebeliões, sendo certo que o Estado Brasileiro teria tomado, em virtude dos supostos investimentos, todas as medidas possíveis para evitá-las.

⁶⁰ Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/sistema-prisional/atuacao-de-outros-orgaos/relatorio_cnj_complexo_pedrinhas_dez2014>. Acesso em: 10 set. 2015.

Na oportunidade, o Conselho Nacional do Ministério Público realizou visitas ao “Complexo Penitenciário de Pedrinhas” e constatou os danos decorrentes das rebeliões que aconteceram no ano de 2013.⁶¹

Na análise do caso, a Comissão concluiu pela existência de gravidade, urgência e irreparabilidade dos fatos descritos, determinando o seguinte ao Estado Brasileiro: a) adoção de medidas necessárias e efetivas para evitar a perda de vidas e danos à integridade pessoal de todas as pessoas que se encontrarem privadas de liberdade no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”; b) redução de forma imediata dos níveis de superlotação; c) investigações dos fatos que motivaram a adoção das medidas cautelares, de modo a evitar a repetição de situação de violação de direitos humanos.⁶²

Ocorre que o Estado Brasileiro se mostrou absolutamente incapaz de controlar a situação no “Completo Penitenciário de Pedrinhas”, uma vez que a situação de violência persistiu.

Assim, a Comissão acionou a Corte, comunicando que os beneficiários de sua medida cautelar se encontravam em situação de extrema gravidade, urgência e risco de dano irreparável, motivo pelo qual se pleiteou a aplicação de medidas provisórias.

Nos primeiros meses de 2014 foram juntados ao processo relatórios sobre a situação (*shadow reports*) por parte das organizações “Conectas” e “Justiça Global”.

Em sua análise, a Corte entendeu que estavam presentes os requisitos para a concessão de medidas provisórias, uma vez que ao longo do ano de 2014, mesmo com a medida cautelar da Comissão, o Estado Brasileiro se mostrou incapaz para o gerenciamento da crise.⁶³

Em virtude disso, determinou que o Brasil: a) adotasse todas as medidas necessárias para proteger os presos, agentes penitenciário, funcionários e visitantes; b) mantivesse os representantes dos presos informados sobre as

⁶¹ Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relat%C3%B3rio_Maranh%C3%A3>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁶² Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁶³ Resolução da Corte de 14 de novembro de 2014 - Disponível em: <http://issuu.com/justica-global/docs/resolucao_pedrinhas_14_de_novembro>. Acesso em: 10 set. 2015.

medidas adotadas para implementação da medida provisória; e c) informasse a Corte a cada três meses, através de relatório, sobre a aplicação da medida.

Aparentemente, a situação não tem sido resolvida a contento, uma vez que em 2015, mesmo após a concessão de medida provisória por parte da Corte, o Ministério Público do Maranhão ofereceu denúncia por homicídio decorrente de conflito entre fações rivais que resultou, inclusive, em episódio de canibalismo.⁶⁴

Deste modo, conclui-se que o Estado Brasileiro tem sido incapaz de gerenciar a crise do Sistema Penitenciário do Estado do Maranhão, sendo possível, no futuro, vislumbrar-se a responsabilização da Federação, na Corte, por violação de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade.

8.6.2 Caso “Presídio Central de Porto Alegre”

A situação do Presídio Central de Porto Alegre também é violadora de Direitos Humanos Fundamentais e, também, já foi objeto de análise de medida cautelar da Comissão.

Segundo se observa na decisão de 30 de dezembro de 2013, que concedeu medida cautelar acerca da superlotação do presídio o “Presídio Central de Porto Alegre foi inaugurado em 1959 e, na época, contava com dois pavilhões de celas individuais”.⁶⁵

Ainda de acordo com a medida cautelar de n.º 8/13, após reformas e ampliações, no ano de 2013, contava com dez pavilhões, nos quais residiam 4591, apesar de a capacidade ser de apenas 1984 detentos, o que gerou condições absolutamente insalubres de sobrevivências.

⁶⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/10/promotor-denuncia-caso-de-canibalismo-no-presidio-de-pedrinhas.html>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁶⁵ Medida cautelar n.º 8 de 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2015.

Segundo se apurou pela Comissão, as grades das celas teriam sido retiradas para que os detentos ocupassem as galerias, de modo a ampliar significativamente o espaço útil do presídio.

Ocorre que, após tal expediente, restou inviabilizada a fiscalização do estabelecimento penitenciário por parte dos funcionários do “Presídio Central de Porto Alegre”.

Assim, o presídio passou a ser controlado por facções criminosas, dando ensejo à prática de execuções extrajudiciais.

Além disso, em virtude da superlotação e falta de manutenção de equipamentos relativos ao saneamento básico, as condições de higiene se tornaram extremamente precárias, o que era agravado ainda mais ante a falta de assistência médica mínima, causando, assim, surtos de doenças infectocontagiosas.

Por fim, constatou-se que desde a Comissão Parlamentar sobre o Sistema Carcerário de 2009, a situação de desrespeito aos direitos das pessoas privadas de liberdade se mantém.

Entendendo estarem presentes os requisitos de gravidade, urgência e irreparabilidade, foi concedida medida cautelar, com base no artigo 25 do Regulamento da Comissão.⁶⁶

Para que o Estado Brasileiro: a) adotasse as medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do “Presídio Central de Porto Alegre”; b) assegurasse condições de higiene no recinto e proporcionasse tratamentos médicos adequados para os internos; c) implementasse medidas a fim de recuperar o controle de segurança de todas as áreas do “Presídio Central de Porto Alegre”, seguindo padrões internacionais; d) implementasse um plano de contingência, disponibilizando extintores de incêndio e outras ferramentas necessárias; e e) implementasse medidas de redução substancial da lotação no interior do “Presídio Central de Porto Alegre”.

⁶⁶ Artigo 25 – Medidas Cautelares

1. Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente.

Com essas determinações, foram iniciadas obras no presídio em Canoas, Região Metropolitana de Porto Alegre. Todavia, ainda em 2015, o Estado Brasileiro estava desrespeitando os direitos das pessoas presas no Rio Grande do Sul.⁶⁷

Percebe-se, portanto, que o Brasil, reiteradamente, vem descumprindo as medidas cautelares deferidas pela Comissão. Isso porque, nos dois casos apresentados (Pedrinhas e Presídio Central) o deferimento de medidas cautelares não foi suficiente para que a latente violação de direitos humanos fosse amenizada, de modo que, infelizmente, os valiosos procedimentos de tutela de direitos fundamentais previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos têm se mostrado insuficientes para a tutela dos direitos humanos fundamentais das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

⁶⁷ Disponível em: <<http://gaucha.clicrbs.com.br/rs/noticia-aberta/presidio-de-canoas-tem-nova-previ-sao-de-atraso-152486.html>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

9 DIREITO PENITENCIÁRIO CONSTITUCIONAL

O sistema prisional serve ao Estado para segregar a pessoa cautelarmente e/ou para a execução da sentença definitiva condenatórias e absolutórias impróprias dentro de princípios e parâmetros legais em uma sociedade que se pretende civilizada, especialmente fundada em Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito, por sua vez, pressupõe rígida obediência ao princípio da legalidade em que submete o próprio Estado e seus agentes aos comandos normativos, especialmente pelo fato da sociedade conferir ao ente público o monopólio do direito de punir aqueles que descumprem o contrato social previamente estabelecido através do Poder Legislativo, a fim de garantir a segurança pública, jurídica e social.

No exercício do direito de julgar e punir não poderá o Estado inadimplir o princípio da legalidade, sob pena de ofensa ao contrato social previamente estabelecido, com o que estará, também, promovendo a insegurança pública, jurídica e social, bem como descumprindo o princípio da isonomia, pois a todos, inclusive ao Estado, cabem a obediência à lei.

O princípio da legalidade constitui, portanto, em freio ao arbítrio do próprio Estado, nas três funções do Poder da República, a ser efetivado através do controle social e jurídico pelos órgãos colegitimados.

O Direito Penitenciário Constitucional tem por escopo cumprir os princípios constitucionais, Tratados e normas que conferem ao Estado o poder da força coativa na limitação ao direito de liberdade (*jus libertatis*) do cidadão que feriu o pacto social e que, também, asseguram-lhe o respeito aos direitos fundamentais, especialmente à integridade física e mental e de outros próprios do processo de educativo postos à sua disposição com vista ao retorno ao convívio social.

Portanto, de fundamental importância que os agentes com atribuição da entrega da tutela jurisdicional e daqueles que exercem funções essenciais à distribuição da justiça se esmerem na efetividade do princípio da legalidade, sob

pena de negarem a própria existência enquanto membros em uma sociedade que se pretende civilizada.

Com efeito, a titularidade do poder/dever de punir o infrator da lei penal deverá receber do sistema prisional todos os direitos não atingidos pela privação da liberdade, dos quais, a grosso modo, estão disciplinados pela Lei de Execuções Penais (LEP), pelos princípios constitucionais, Tratados e Convenções Internacionais.

Tais garantias formam o corpo dos denominados Direitos Humanos, que pressupõe limitação no atuar do Estado soberano colocado à serviço do próprio povo, conforme regras próprias provenientes do espírito democrático.

A soberania popular em um Estado Democrático de Direito pressupõe respeito irrestrito aos direitos humanos em todas as dimensões históricas, sejam elas relacionadas às liberdades públicas, individuais, direitos civis, econômicos, sociais, culturais.

Destarte, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual se impõe não se olvidar das drásticas consequências da institucionalização do segregado nos moldes do sistema prisional hodierno.

Como dito acima, a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e se aplica ao direito em geral, não só ao direito penal, processual penal e/ou na execução penal, por onde trafegam os conflitos que deságuam na aplicação e execução da pena privativa de liberdade de indivíduos que infringiram normas de conduta legalmente pré-estabelecidas, após o devido processo penal.

Primeiramente, cabe aqui fazermos distinção entre o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1.º, III, e o princípio da humanidade das penas, a teor do art. 5.º, XLVII, ambos da Constituição Federal. O primeiro tem natureza difusa, abarcando toda a sociedade e o direito em geral, enquanto o segundo é princípio restrito ao Direito Penal enquanto norma, aplicação e execução.

O magistrado, quando da dosimetria da pena (artigo 59, CP), não pode desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana, tampouco o princípio da humanidade das penas, muito menos os princípios constitucionais expressos no art. 37, caput, da Constituição Federal. Não pode, também, desconsiderar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário.

A realidade do sistema prisional retratada por Beccaria em pouco difere da realidade do sistema nacional de hoje. Retrato de Beccaria:

[...] os gemidos dos fracos, sacrificados à cruel ignorância e à opulenta indolência; os bárbaros tormentos multiplicados com pródiga e inútil severidade; crimes não provocados ou quiméricos; a desolação e os horrores de uma prisão, aumentados pelo mais cruel verdugo dos desgraçados - a incerteza -, deveriam inquietar os magistrados que orientam as opiniões das mentes humanas.⁶⁸

Foi em decorrência da barbárie do sistema carcerário, a aplicação de penas severas e a omissão do Estado que motivou Beccaria a se rebelar e pregar a necessidade da observância dos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, seja em relação às normas, aplicação e execução das penas pelos Magistrados, bem como da necessidade de humanização das penas.

Tratando da questão, os eméritos Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sustentam que “do princípio da humanidade deduz-se a proscricção das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa”.⁶⁹

No mesmo sentido o doutrinador Luigi Ferrajoli: “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena”.⁷⁰

Portanto, a privação da liberdade do indivíduo, em qualquer de seu formato, mesmo em relação às penas restritivas e suspensivas, bem como a decorrente de medida cautelar e/ou regime disciplinar diferenciado, em hipótese alguma poderá resvalar nos princípios constitucionais da humanidade da pena e da dignidade da pessoa humana, uma vez que tais princípios limitam a atuação Estatal e de seus agentes, sob pena de violar o fundamento do Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais expressos, implícitos e universais.

Tais princípios estabelecem divisas intransponíveis e a todos são destinadas cogentemente.

⁶⁸ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 16.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.178.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 364.

No entanto, é sabido que a preocupação com dignidade da pessoa humana e humanização da pena no sistema prisional não passa de retórica, apesar de estar sempre em pauta.

A Constituição cidadã propalada por Ulisses Guimarães é marcada pela falta de efetividade de seus princípios e disposições normativas pelo Estado e seus agentes, nas três funções, o mesmo ocorrendo em relação aos Tratados, Convenções, Resoluções e legislação ordinária, em todos os ramos do direito, com acentuado menosprezo no ramo do direito penal, particularmente no ramo do direito penitenciário. O menosprezo tem respaldo social em decorrência da violência reinante e ineficiência da segurança pública.

Assim, o retrato hediondo do sistema penal e a revolta de Beccaria continuam atuais e sem solução.

Atualmente, bastaria o cumprimento da Constituição Federal e disposições das Leis ordinárias, dos Tratados de Direitos Humanos e das Convenções para resolver o problema secular do sistema prisional.

Com efeito, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida com respeito à dignidade da pessoa humana em estabelecimentos adequados, segundo a natureza do delito, da idade e sexo do apenado, assegurando-lhe o respeito à integridade física e moral e a não aflição de penas cruéis. E mais, deverão ser asseguradas às presidiárias condições dignas para a preservação da relação afetiva com a prole durante o período de amamentação. Tais direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, tampouco dos decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, a teor dos artigos 1, inciso III, e artigo 5, XLVIII, XLIX, L, XLVII, parágrafos § 1º e § 2º e § 3º, da Carta Magna.

Além das disposições constitucionais supracitadas, a Lei n.º 7.210/84, que inaugurou o ramo autônomo da execução penal, para dar efetividade ao conteúdo da sentença penal, conhecida por Lei de Execução Penal, estabelece inúmeras normas que buscam dar efetividade aos comandos constitucionais e Tratados de Direitos Humanos.

Portanto, a legislação pátria é farta e suficiente para atender os princípios da dignidade da pessoa humana e humanização da pena.

Embora desejável, a humanização do cumprimento da pena nunca foi atingida, pois o Estado não trata o preso sob sua custódia com o respeito mínimo que lhe confere a Constituição Federal, razão pela qual o sistema penitenciário não passa de masmorras medievais.

Como bem observam os eminentes doutrinadores Ricardo Alves Bento e Patrícia Stucchi Bento, “a dignidade da pessoa humana nestes estabelecimentos parece um bem inatingível e pretérito. Seres humanos tratados como animais, sem qualquer perspectiva de serem reconduzidos de forma humanitária à sociedade”.⁷¹

No plano fático o sistema penitenciário foge completamente ao escopo do legislador ordinário ao determinar que 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.

Na verdade, as prisões, há muito superlotadas em todas as unidades federativas, não passam de instrumento de degeneração do ser humano e fomento para a senda do crime como meio de subsistência.

O Projeto de Lei no Senado nº 513/2013, que propõe atualização na Lei de Execução Penal, na Exposição de Motivos que o fundamenta, consigna o preocupante e rápido crescimento do índice proporcional de 181 para 279 presos por 100 mil habitantes em menos de uma década, o que poderá representar, na próxima década, 1 milhão de presos, agravada com o cenário de violação de direitos humanos e fundamentais.

Continua a Exposição de Motivos retratando que as Secretarias de Estado responsáveis pela Execução Penal gastam, em média, 2 mil reais mensais para a manutenção de cada um dos mais de 550.000 presos no Brasil. Portanto, por mês são gastos o equivalente a 1 bilhão e 100 milhões de reais para a custear o superlotado sistema penitenciário brasileiro, considerado o quarto País do mundo em número absoluto de presos.

A superlotação das prisões revela, também, a cultura do encarceramento, fruto da visão equivocada dos operadores do direito, especialmente de Juízes

⁷¹ BENTO, Ricardo Alves; BENTO, Patrícia Stucchi. Política criminal brasileira e dignidade humana. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.744.

divorciados da realidade social e indiferentes com o estado de coisas inconstitucional.

As medidas cautelares substitutivas mal são utilizadas, apesar da obrigatoriedade da fundamentação para a não aplicação. De regra, redações prontas e destinada a todos os casos já eliminam qualquer possibilidade de criação judicial, apesar do infindável universo de possibilidades de adoção de medidas diversas da custódia provisória.

Bastaria apenas a criatividade judicial. As penas substitutivas, que deveriam ser priorizadas, passaram a ser exceção, como se o encarceramento fosse a única forma para garantir a segurança pública.

Com isso, o mal funcionamento do sistema judiciário e o desprezo da realidade carcerária quando da dosimetria da pena, contribuem drasticamente com o drama desumano da superlotação, agravada pela falta de sintonia com a administração do presídio, que acaba por receber presos acima da capacidade física e de recursos humanos.

Assim, na atualidade, o artigo 59, *caput*, do Código Penal, aplicado de forma míope, representa ofensa os princípios fundamentais aqui estudados e contribui com a efetividade do estado de coisas inconstitucional, já analisado.

Segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), divulgados em 23 de junho de 2015, o Brasil, em junho de 2014, fechou com a histórica marca de 607,7 mil presos, para 376,7 mil vagas, o que representa superlotação carcerária, com 1,6 presos por vaga.

E mais, a quantidade de presos provisórios corresponde a 41% de toda a população carcerária, sendo que existem 115,6 mil vagas para presos provisórios, mas abrigam 222 mil pessoas.

Os dados apontam ainda que são 164,8 mil vagas de regime fechado, mas 249,7 mil pessoas estão condenadas em tal regime, o que demonstra a superlotação carcerária no regime fechado e excesso de presos com condenação definitiva em unidades prisionais provisórias.

O Infopen registra ainda que apesar de metade das unidades destinarem-se a presos provisórios, 84% abrigam condenados. Portanto, presos provisórios dividem

o mesmo espaço com presos condenados, o que ofende o princípio constitucional da individualização da execução penal, nos moldes do art. 5, inciso XLVIII, da Constituição Federal.

Segundo o Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Renato de Vitto, “é preciso analisar a 'qualidade' das prisões efetuadas e o perfil das pessoas que têm sido encarceradas, para que seja possível problematizar a 'porta de entrada' e as práticas de gestão dos serviços penais, desde a baixa aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais.”⁷²

A ineficiência do sistema prisional é revelada pela alta taxa de reincidência no Brasil que chega a 70%, ou seja, para cada 10 presos 7 voltam à prática delitiva.

Retornam ao sistema prisional desprovido de assistência social, jurídica, programas educacionais, culturais e lúdicos, de trabalho e qualificação profissional, agravado pelo isolamento total da sociedade sedenta por vingança e alimentada por programas televisivos sensacionalistas que pregam o lema “bandido bom é bandido morto”.

9.1 DA REDUÇÃO DA IDADE PENAL

Para piorar a situação, corre-se o risco de ser aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República a redução da maioridade penal.

Como visto, o sistema prisional não suporta a população carcerária existente, muito menos logrará atender a nova demanda de excluídos, que, também, vive às margens da sociedade e será o forte candidato a ocupar uma das celas do sistema.

É sabido que a Justiça brasileira ostenta a cultura do encarceramento desnecessário.

⁷² Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-possui-a-quarta-maior-populacao-prisional-do-mundo-7555.html>>. Acesso em: 12 nov. 2003.

Com isso, muito jovens serão lançados sobre o colo das organizações criminosas que fazem as vezes do Estado, pois os acolhem, bem como as famílias, para transformá-los em soldados das atividades ilícitas.

Exercem as facções criminosas o conhecido estado paralelo, inclusive com organismos de atendimento social, de saúde e de disciplina (justiça), segundo suas regras estatutárias marginais.

9.2 DA EFETIVIDADE DAS LEIS E PRINCÍPIOS

Destarte, apenas com a efetividade da legislação, dos princípios constitucionais e dos Tratados Internacionais é que se atenderão os princípios máximos da dignidade da pessoa humana e da humanização das penas.

Tratando do controle da legalidade na execução penal, Castilho cita que a exposição de motivos da Lei n.º 7.210/84 refere expressamente que “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 Pena”l. ⁷³

Adverte Castilho que:

Não basta, porém, a previsão legal. De nada vale a legalidade formal. Ela precisa se traduzir no dia-a-dia da execução. Para que isso aconteça há de haver garantias, instrumentos. A maior garantia é a jurisdicionalização da execução, isto é, o controle jurisdicional de atos da execução.⁷⁴

Aliás, o controle jurisdicional da legalidade na execução penal inicia-se com a expedição da guia de recolhimento pela autoridade judiciária da fase de conhecimento, ou internamento, seja ela provisória ou definitiva, a teor dos artigos 105 e 171, da LEP.

⁷³ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal** (reflexões em torno da jurisdicionalização) Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 67-69.

⁷⁴ Ibid., p. 67-69.

Já de início verifica-se que, ao expedir a guia de recolhimento, ou de internamento, a autoridade judiciária deveria observar para qual estabelecimento penal deve encaminhar o apenado, ou internado, segundo as regras constitucionais da individualização do cumprimento da sentença, observando-se, ainda, a capacidade física e de recursos humanos da unidade.

Assim, observa Castilho que do impasse supracitado já se antevem as dificuldades da administração penitenciária, pois pode ocorrer um crescimento na taxa de decisões que concedem o regime fechado sem as respectivas vagas nos estabelecimentos de segurança máxima. Pode ocorrer ainda um crescimento na taxa de decisões que concedem o regime aberto sem que haja sequer estabelecimento para esse fim. Cria-se inevitavelmente um impasse.⁷⁵

O impasse supracitado não foi solucionado e contribui com a superlotação carcerária em ofensa aos princípios constitucionais estudados em relação aos presos e, também, aos direitos humanos dos gestores e dos servidores do sistema prisional, inclusive por colocá-los em verdadeiro barril de pólvora prestes a deflagrar rebeliões.

O Juiz da Vara das Execuções Criminais, atendendo aos princípios do art. 37 da Constituição Federal e outros aqui estudados, não poderá negar vigência ao art. 66, incisos VI a VIII da LEP que lhe impõe norma cogente (princípio da legalidade), tampouco se furtar a dar efetividade na obrigação de zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidades; interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos da lei.

A omissão do Juiz importará em ato de improbidade por omissão por ferir os princípios constitucionais expressos, a teor do art. 11, da Lei n.º 8.429/1992.

Ao tratar das atribuições e competência do Juiz da Vara das Execuções Criminais, a eminente doutrinadora Ela Wieko de Castilho cita importante ensinamento do Des. Marcos Elias de Freitas Barbosa. Vejamos: “Com a Lei de

⁷⁵ CASTILHO, 1988, p. 67-69.

7.210 surge, realmente, o juízo de execução. Sua competência é vastíssima, como se vê do art. 65 da lei específica, ainda que pressuponha a colaboração de outros órgãos da execução (art. 60). Até mesmo a autorização de saídas temporárias do condenado é de responsabilidade do juiz (art. 65, IV).⁷⁶

Citando René Ariel Dotti, Castilho espera que o Poder Judiciário dê efetividade à sua competência para dar cabo à situação caótica em que se encontra o “drama da execução”.⁷⁷

Como visto, inexistem políticas públicas voltadas ao sistema carcerário, muito menos vontade política e jurisdicional dos agentes dos três poderes da República na busca de solução.

Ademais, investimentos na área não trazem dividendos políticos. Ao contrário, acabam por comprometer o eleitorado sedento por maior aflição de castigo ao encarcerado.

9.3 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA ESTÉTICA E FUNCIONAL

O sistema de privação da liberdade deveria iniciar a reforma com a ruptura da estrutura estética celular existente no Brasil, como já ocorre na Noruega, onde as celas não possuem grades e latrinas, mas conta com toda estrutura habitacional digna.

O respeito ao preso deveria ser a porta de entrada para a sua mudança íntima. A adoção de sistema prisional humanitário, estruturado com habitação digna, por certo, serviria como instrumento de reabilitação e local apropriado para oportunizar ao preso a demonstração de progressos éticos, comportamentais, educacionais e de qualificação profissional. Com isso romperíamos com a cultura da prisão superlotada, verdadeiro depósito de gente, como instrumento de vingança,

⁷⁶ CASTILHO, 1988, p. 67-69.

⁷⁷ Ibid., p. 67-69.

crudelidade e tratamento desumano. Ai sim poderíamos atingir a finalidade ressocializadora da Lei de Execução Penal.

9.4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: DOS JUIZADOS DAS GARANTIAS

Inegável que algo de bom vem acontecendo nesse mar de caos, a exemplo do instituto da audiência de custódia.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) iniciou o projeto Audiência de Custódia para cumprir a legislação pátria, o artigo 7º., 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e o artigo 9º., 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, o que concorrerá por reduzir o déficit de vagas nas prisões cautelares e garantir direitos constitucionais e processuais aos presos provisórios.

O art. 7º., 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), promulgado pelo Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992, recomenda que o preso provisório deve ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz. E mais, mantido preso provisoriamente, passa a ter direito a julgamento em prazo razoável, ou de responder o processo em liberdade.

Já o art. 9º., 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, promulgado por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, além de reproduzir das garantias acima, acrescenta que a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral.

Referidas normas internacionais de direitos humanos incorporaram em nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992. Em setembro de 2015 a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou o Projeto de Lei (PLS.) 554/2011, que regulamenta a audiência de custódia e altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetiva prisão cautelar.

Destaca a Justificativa do Projeto supracitado que a apresentação do preso se fará no prazo de vinte e quatro horas à autoridade judicial, após efetiva prisão cautelar, resguardando-se, dessa forma, a sua integridade física e psíquica. Prevenirá ainda atos de tortura de qualquer natureza e possibilitará o controle efetivo da legalidade da custódia pelo Poder Judiciário, após oitiva do Ministério Público, da Defensoria Pública e/ou do Advogado constituído.

Na oportunidade da audiência de custódia o juiz poderá determinar a manutenção da prisão ou conceder o direito de aguardar o julgamento em liberdade com ou sem fiança e, ainda, impor alguma medida cautelar, dentre elas a imposição da utilização de equipamento de monitoração eletrônica até a data do julgamento.

Portanto, a audiência de custódia contribuirá para a redução dos presos provisórios e ainda servirá de mudança de paradigma aos Magistrados e operadores do direito quanto à desnecessidade do sistema de encarceramento para cumprir o escopo da lei de execução penal, valendo-se de medidas substitutivas.

9.5 DO PRINCÍPIO DO *NUMERUS CLAUSUS*

O princípio do *numerus clausus* nasceu da iniciativa do Deputado Gilbert Bonnemaïson, do Partido Socialista Francês, que em relatório encaminhado ao Ministro da Justiça em 1989, propôs a modernização do serviço público penitenciário da França, onde apresentou a proposta da observância do princípio *numerus clausus*, que reside na obrigatoriedade que o número de presos correspondesse ao número de vagas disponível, de modo a não ultrapassar a capacidade máxima.

Assim sendo, uma vez ultrapassada a capacidade máxima haveria a escolha do preso com o melhor diagnóstico de sociabilidade, a fim de ser mantido no convívio social, mediante vigilância eletrônica.

O princípio supracitado está intimamente ligado aos direitos humanos, uma vez que evita a degeneração do preso através da super população carcerária.

No Brasil existe legislação que prega, em termos, o princípio do *numerus clausus*, a exemplo do artigo 11 da Lei n.º 11.671/2008, ao estabelecer que a

lotação máxima do estabelecimento penal federal de segurança máxima não será ultrapassada e o número de presos, sempre que possível, será mantido aquém do limite de vagas, para atender casos emergenciais pela autoridade judiciária.

E mais, o § 2º, do art. 11, da Lei 11.671/2008, estabelece que o tribunal que julgar conflitos de competência deverá observar a vedação estabelecida no *caput* do artigo.

Buscando uma harmonização dos princípios, através do diálogo das fontes, é plenamente aplicável o espírito legislativo estampado no artigo 11 da Lei n.º 11.671/2008 no sistema de execução penal na Justiça Estadual, no que atenderá, inclusive, o artigo 88 da Lei n.º 7.210/1984 (Lei de Execução Penal).

Estabelece o artigo 88 da LEP que o condenado será alojado em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Portanto, será assegurado ao condenado habitação digna, tanto que o parágrafo único do artigo 88 da LEP descreve os requisitos básicos da unidade celular, que deverá ter salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, bem como área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

9.6 DA MULTIDISCIPLINARIEDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei de Execução Penal, considerada uma das mais modernas do mundo, vem se mostrando ineficaz como instrumento ressocializador do sentenciado devido à falta de políticas públicas e visão míope e privatista da Lei, especialmente pelo fato dos operadores do direito considerarem o sistema penitenciário um sistema acabado e fechado e não um microssistema dentro de um sistema maior e multidisciplinar. Restringem-na à exegese e aplicação do direito penal, processual penal e administrativo disciplinar e de gestão.

Os operadores do direito admitem a falência do sistema penitenciário e o abismo existente entre o texto legal e a realidade social.

No entanto, nas lides forenses, os mesmos atores, quando da exegese da lei de execução penal, afastam-se da realidade social que vivenciam. Limitam-se ao faz

de conta. Atribuem o caos à falta de políticas públicas do Estado Executivo. Esquecem-se que a questão não se limita à função do Poder Executivo, mas, também, do Poder Judiciário e Legislativo.

Portanto, esse paradoxal descompasso entre a realidade das leis e da sociedade poderá ser resolvido, ou minimizado, através do direito penitenciário constitucional, bem como pelo reconhecimento multidisciplinar da lei de execução penal com vista à ressocialização do sentenciado e efetividade do direito coletivo à segurança pública.

A Lei de Execução Penal é fruto de normas constitucionais, infraconstitucionais, Tratados, Convenções e Resoluções internacionais. No entanto, existe um divórcio entre as duas realidades, vale dizer, das leis, do sentenciado e da sociedade. São mundos distintos e desarmônicos.

Há a necessidade do estreitamento entre as três realidades, para a materialização dos direitos do preso, do egresso, da família, da vítima e da sociedade.

9.7 SÍNTESE HISTÓRICA DO DIREITO PENAL HUMANITÁRIO

Na história da humanidade o sistema celular constitui avanço no processo de humanização do cumprimento da pena. Substituiu, de certo modo, as penas cruéis e de morte e passou a ter utilidade individual e social.

O filósofo Cesare Bonesana (1764), mais conhecido por Marquês de Beccaria, foi um dos protagonistas pelo movimento de humanização das penas, especialmente com a publicação da obra “Dos Delitos e das Penas”.

Muitos dos princípios elencados na obra influenciaram a Declaração dos Direitos do Homem, dentre eles, o do utilitarismo, lastreado no critério geral de moralidade, que deve ser adotado nas ações individuais, decisões políticas, sejam elas aplicadas no campo econômico, social e/ou judiciário.

Aliás, o princípio utilitarista, seguida por Beccaria, tem esteio na ética normativa defendida pelos filósofos e economistas ingleses Jeremy Bentham e John Stuart Mill do século XVIII e XIX, que tinha por escopo a promoção da felicidade individual e coletiva dos atingidos através da ação moralmente escoreita. Portanto, o utilitarismo teve por base a política pública que deve ser seguida por todos, inclusive pelos que exercem o Poder da República, nas três funções típicas, vale dizer, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na época, Beccaria rebelava-se contra o tratamento desumano dos apenados e propunha mudanças na Justiça Penal, especialmente na atuação do magistrado, vedando-se-lhe o direito de aplicar penas não previstas em lei, mas tão somente as provenientes do contrato social. E mais, as penas deveriam ser aplicadas com moderação e proporcionalidade com vista à Profilaxia Social, ou seja, a pena deveria atender a finalidade intimidatória do infrator e a sua recuperação.⁷⁸

A realidade degradante do sistema penitenciário de hoje pouco difere da época do iluminismo. As unidades prisionais são insalubres e superlotadas. Algumas chega a encarcerar o triplo de sua capacidade.

A decorrência lógica da superlotação carcerária é o flagelo e a deflagração da agressividade humana por degeneração da dignidade e despersonalização, fatores que contribuem para a reincidência do egresso.

E mais, a superlotação gera instinto de vingança, tensões e violências entre os presos, mortes intramuros, rebeliões, tentativas de fuga, corrupção de servidores públicos, abusos de autoridade etc, ou seja, contamina-se o sistema penitenciário na totalidade.

Portanto, a superlotação carcerária desumaniza, compromete a terapêutica ressocializadora e fomenta a violência coletiva.

Para se agravar a terapêutica ressocializadora, nos estabelecimentos prisionais, menos de 14% dos presos trabalham, e menos de 8% estudam, segundo Luciano Losekann, juiz auxiliar da presidência do CNJ e coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Setor Carcerário.

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 125.

O número de presos é crescente e isso não significa menos violência. Representa que os sistemas penal e penitenciário são desumanos, inúteis e estão em crise, como em crise está o direito. Há a necessidade de novos paradigmas através de políticas públicas preventivas e reeducativas para se reduzir a reincidência e se consagrar o direito coletivo à segurança pública com envolvimento do Estado, da sociedade, dos órgãos de execução e de todos os operadores do direito.

9.8 RESGATE HUMANISTA DA PENA

Atualmente é voz corrente nos Estados Democrático de Direito que, por primeiro, deverá se buscar a aplicação das penas substitutivas no contexto da política penal de intervenção mínima do Estado, recomendadas no IX Congresso da ONU (1995) sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente. Tal providência se faz necessária, considerando a realidade das penitenciárias brasileiras e a inutilidade do sistema de segregação corporal como instrumento ressocializador e de segurança pública.

Oportuno salientar que no Japão menos de 6% das penas aplicadas são privativas de liberdade, enquanto na Alemanha 80% das infrações são sancionadas com penas alternativas ou multas.⁷⁹

No Brasil, dos 670.000 presos, mais de 40 por cento estão presos cautelarmente, segundo dados do DEPEN.

Com efeito, a privação da liberdade deve ser a última ratio legis e reservada apenas aos infratores de crimes graves que recomende o isolamento do corpo social.

⁷⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Alternativas da pena privativa da liberdade**. Disponível em: <www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo52.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.

9.9 DOS ENCARCERADOS

9.9.1 Das Convenções e Tratados

Os arts. 4, 5, 11 e 24, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, garantem à pessoa humana o direito à vida, ao respeito da integridade física, psíquica e moral, ao respeito da sua honra, ao reconhecimento de sua dignidade e igual proteção da lei, sem discriminação alguma.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, nos itens 1 e 3, do art. 10, da Resolução 2200 A (XXI), da Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, de 16 de dezembro de 1966, dispôs que: “Toda a pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; e ainda: “O regime penitenciário terá como finalidade o melhoramento e a readaptação social dos detidos”.

Os artigos 1 e 3 da Lei 7210/84 deixa claro que a lei de execução penal terá por finalidade a ressocialização do condenado e a sua reintegração social, assegurando-lhe todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

O art. 38 do Código Penal segue a mesma esteira ao dispor: “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Inspirado no respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos (art. 1, III, e art. 4, II, CF), o inciso XLIX do art. 5 da Carta Magna assegura aos presos o respeito à integridade física e moral e o tratamento isonômico.

Nos termos das normas cogentes dos arts. 10 e 14 da LEP, o Estado é obrigado a promover a assistência integral ao condenado e egresso com o escopo

de prevenir o crime e orientar o seu retorno à convivência em sociedade, bem como prestar a assistência à saúde, prevenindo-se, dessa forma, a reincidência.

Mas não é só. Deverá o Estado conferir ao egresso a assistência social, a teor do art. 22 da LEP, que dispõe: “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”.

Definindo o que vem a constituir a assistência ao egresso, o art. 25 da LEP dispõe que a assistência consistirá na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade.

A Lei de Execução Penal prevê o patronato como instrumento para a reinserção social do egresso (art. 78 LEP) e o Conselho Comunitário (art. 80 LEP) para prestar assistência direta aos condenados e às vítimas de crimes violentos (visando assegurar seus direitos constitucionais e legais), bem como auxiliar os órgãos de execução a proporcionar condições de reinserção social do sentenciado.

As normas supracitadas têm como norte as diretrizes estabelecidas pela ONU que, em 1955, no 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, adotou regras mínimas para tratamento de prisioneiros, aprovadas, depois, pelo Conselho Econômico e Social da ONU, através da resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

É sabido que os Tratados e Convenções internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil têm força de supralegalidade, enquanto não submetidos ao quorum de aprovação do parágrafo 3º, do art. 5, da CF.

Como visto, a execução da pena privativa de liberdade deverá ter um significado útil, ou seja, deve-se ter por finalidade a reinserção social do encarcerado, conferindo-lhe condições dignas de cumprimento e reflexão supervisionada por profissionais habilitados para o retorno ao convívio social, tudo com vista a atender outro postulado constitucional, o da segurança pública.

Salienta Costa Jr que “modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e

intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção. Passou-se a aplicar a pena *quia peccatum est et ut ne peccetur*".⁸⁰

Ao ser presa, a pessoa continua a preservar todos os direitos não atingidos pela perda do direito de ir e vir.

Inaceitável a manutenção do processo histórico de exclusão do sentenciado, já excluído da sociedade na origem e que compõe, em maior número, o sistema carcerário.

A Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, Tratados e Convenções são ricas em conferir direitos subjetivos públicos ao preso e egresso, os quais devem ser exigidos do Estado com a participação dos corresponsáveis citados. Dentre os direitos decorrentes da legislação pátria, de forma exemplificativa, reconhece-se o direito: de ser respeitado; ser tratado pelo nome; à assistência social própria e da família; à educação; à saúde; à assistência material e jurídica; ao trabalho remunerado (não podendo ser inferior a ¾ do salário mínimo); de receber visita da família e amigos, inclusive visitas íntimas (hetero e/ou homossexuais); ao tratamento humano, sem sofrer violência física, psicológica e/ou moral; a conversas pessoais reservadas com seu advogado etc., a teor do artigo 5º, inciso XLIX, da Carta Magna e do artigo 41 da LEP etc.

Ocorre que, considerando o elevado índice de 70% de reincidência no Brasil, verifica-se que a finalidade ressocializadora do artigo 1, da LEP não vem sendo atingida.

O cumprimento da finalidade ressocializadora da pena não cabe, tão somente, ao Poder Executivo, mas aos demais Poderes da República, vale dizer aos Poderes Judiciário e Legislativo, à Sociedade, aos órgãos de execução, aos operadores dos direitos, ao próprio encarcerado e à família.

Inegável que a política pública de ressocialização buscada pela Lei de Execução Penal demanda destinação orçamentária factível para fazer frente aos custos com a construção e reforma dos estabelecimentos, a fim de se eliminar a superlotação carcerária, para a adequação de recursos humanos suficientes para atender as demandas nas áreas: da assistência social do encarcerado e da família;

⁸⁰ COSTA JR, Paulo José da. **Direito penal curso completo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

da saúde; da educação, inclusive para o trabalho e lazer; profissionalizantes; do labor; do acesso à justiça eficaz com mais Juízes, Promotores de Justiça, Advogados, Procuradores e reestruturação das Varas das Execuções com mais pessoal e equipamentos etc.

Em razão da ausência das políticas públicas supracitadas, para atender condignamente o encarcerado, vivenciamos algumas mazelas que afrontam os direitos fundamentais e humanos. Dentre elas temos: presos dependentes químicos sem acompanhamento psicológico, médico e de enfermagem; elevado número de tuberculosos e portadores de HIV, também sem tratamento; ausência de dentistas suficientes; gestantes sem pré-natal, pós-natal e creches para deixarem seus filhos, ensejando a colocação destes em abrigo para adoção, ferindo princípio constitucional da individualização e personalidade da pena (art. 5º, XLV, CF), pois a pena passará da pessoa do condenado e atingirá a criança; deficiência na assistência jurídica, isso pela elevada demanda e falta de número suficiente de Advogados e/ou Defensores Públicos, agravada pela morosidade do Poder Judiciário na tramitação dos processos, inclusive em relação aos idosos que têm prioridade na tramitação; ausência de individualização do cumprimento da pena no ingresso e nas progressões, ensejando que presos dos regimes semiaberto e aberto cumpram as penas no regime fechado, privando-os das saídas temporárias, especialmente para participação em cursos profissionalizantes e universitários etc.

Obedecendo aos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem e daqueles inseridos nos Tratados, Convenções e regras internacionais dos quais o Brasil é signatário, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária baixou as Resoluções ns. 14/94 e 01/95.

As Resoluções supracitadas estabelecem as regras mínimas para o tratamento do preso do Brasil e recomendam às Secretarias de Estado, responsáveis pelos assuntos penitenciários e aos respectivos Conselheiros Penitenciários que implementem ações e medidas essenciais com vista a sua efetivação.

As regras mínimas para o tratamento do preso, que tratam da dignidade da pessoa humana, compõe o mínimo existencial, entendidos como signos básicos para que o ser humano viva, conviva e sobreviva.

E mais, as Resoluções reconhecem que a atuação do Poder Executivo e a assistência do Poder Judiciário, com apoio do Ministério Público, são imprescindíveis para o êxito social do cumprimento da pena ou da medida de segurança, na dinâmica do diálogo entre os seus destinatários e a comunidade.

No presente caso, impõe-se o controle externo da administração pública pelo Poder Judiciário, a fim de compeli-lo à obediência e atendimento aos comandos constitucionais e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Os minguados exemplos pinçados do universo de desrespeito aos direitos subjetivos públicos dos encarcerados bem demonstram que os direitos fundamentais e humanos elencados na Constituição Federal e na LEP são marginalizados pelo Estado, pela sociedade e pelos órgãos de execução e de controle externo.

9.10 PODERES/DEVERES JURISDICIONAIS E CORRECIONAIS DO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL E DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO

Reza o artigo 125, § 1º, da Constituição Federal, que a competência dos tribunais é definida na Constituição do Estado, enquanto a lei de organização judiciária é de iniciativa do Tribunal de Justiça.

No Estado de São Paulo o Código Judiciário do Estado de São Paulo (artigo 27, do Decreto-lei Complementar n. 3/69), recepcionado pela Constituição Estadual, dispõe que as varas especializadas serão, no ramo criminal, as Varas das Execuções Criminais e Corregedorias dos Presídios e da Polícia Judiciária.

Já os incisos I e II, do artigo 33, do Decreto-Lei n.3/69, informam que aos Juízes das Varas das Execuções Criminais compete a execução da pena e seus incidentes na Comarca da Capital e nas demais do Estado onde não houver juiz especial, bem como a correição permanente dos Presídios do Estado e da Polícia Judiciária da Comarca da Capital.

9.11 DO PODER/DEVER CORRECIONAL E DO CONTROLE EXTERNO

Ao tratar do poder/dever correcional pelo Poder Judiciário, o artigo 50, do Decreto-Lei em questão dispõe que "a correição permanente consiste na atividade fiscalizadora dos órgãos da justiça sobre todos os seus serviços auxiliares, a Polícia Judiciária e os presídios, e será exercida nos termos do regimento próprio".

A Constituição Estadual, por sua vez, estabelece em seu artigo 77 que compete ao Tribunal de Justiça, por seus órgãos, o exercício do controle sobre atos e serviços auxiliares da Justiça.

9.12 DO PODER/DEVER JURISDICIONAL

Além do Código Judiciário de cada Estado, o art. 66 da LEP dá amplos poderes ao juiz da execução penal. Dentre eles se destacam atos jurisdicionais, vale dizer, atos decisórios de adequação da sentença exequenda às exigências da lei de execução penal e administrativas, inclusive correcionais.

Dentre outras providências, ao Juiz das Execuções Criminais caberá zelar pelo correto cumprimento da pena e medida de segurança e decidir sobre a individualização da execução da pena e da medida de segurança; a aplicação da lei posterior mais benéfica; a progressão e regressão de regime prisional; a detração penal; a unificação; a remição pelo trabalho e/ou estudo; a concessão ou revogação do *sursis* e do livramento condicional; saídas temporárias; incidente de excesso de execução; e a declaração de extinção da pena.

A Lei de Execução Penal (Lei 7210/84), visando acautelar os direitos e garantias individuais dos presos, em seu art. 66, incisos VI e VII, prevê que compete

ao Juiz das Execuções zelar pelo cumprimento da pena e da medida de segurança, inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais e tomar providências para o adequado funcionamento e, quando for o caso, promover a apuração de responsabilidade.

9.13 DA SINDICÂNCIA, DO INCIDENTE DE EXCESSO DE EXECUÇÃO E DOS COLEGITIMADOS

Como visto, a Constituição Federal, a Constituição Estadual e a Lei de Organização Judiciária atribuem aos Juízes das Varas das Execuções Criminais competência para processar e julgar a execução da pena, os incidentes de excesso de execução e de instaurar sindicâncias com base na correição permanente dos Presídios do Estado, a teor do artigo 65 e 185 da Lei de Execução Penal.

Além da prática de atos próprios da jurisdição, compete ao Juiz das Execuções atos de natureza administrativa de inspeção e de *investigação*. *E mais, quando se defrontar*, por exemplo, com violação de direitos dos presos definitivos e/ou provisórios e internados, bem como com deficiências estruturais materiais e de recursos humanos, deverá interditar o estabelecimento, a teor do inciso VIII, do artigo 66.

9.14 INSTRUMENTOS PARA APURAÇÃO

Como visto, os atos investigatórios poderão ser administrativos ou jurisdicionais, seja através da instauração de sindicância e/ou de incidente de excesso de execução, mas ambos terão por finalidade a escorreita execução da pena e da medida de segurança, ou mais precisamente o cumprimento dos

princípios constitucionais expresso, da lei de execução penal e da ética da administração pública.

Portanto, haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares, a teor do artigo 185 da Lei de Execução Penal.

9.15 DO COLEGITIMADOS

Segundo o art. 186, do mesmo Diploma Legal, são colegitimados para a instauração do incidente de excesso ou desvio de execução: o Juiz; o Ministério Público; o Conselho Penitenciário; o sentenciado; o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; os Departamentos Penitenciários; o Patronato; o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública.

Além dos colegitimados mencionados na Lei de Execução Penal, temos ainda os da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85), inclusive organizações não governamentais de direitos humanos, e o autor popular (Lei 4717/65), pois têm interesse na tutela e materialização dos direitos civis e humanos e no controle do Estado no exercício da prática de seus atos omissivos e comissivos.

No caso, os colegitimados da ação civil pública e da ação popular intervirão na ação de execução através do direito constitucional de petição para a provocação da iniciativa judicial na instauração da sindicância e/ou incidente de excesso de execução, sem prejuízo da legitimidade ativa para as ações constitucionais em juízo.

Segundo o artigo 5, XXXIV, da Constituição Federal, o direito de petição constitui direito subjetivo público de qualquer pessoa, física ou jurídica, de noticiar ao Poder Público fato ilegal, abusivo e/ou de desvio de poder de servidores ou do próprio órgão público, para que providências adequadas sejam tomadas. A subscrição da petição dispensa Advogado e pagamento de custas, mas não se admitirá o anonimato.

A recusa ao recebimento da petição importará na interposição da ação constitucional de mandado de segurança, agora subscrito, necessariamente, por advogado.

9.16 DOS DEVERES DO JUIZ E DOS PODERES DOS COLEGITIMADOS

O resultado do processo do excesso de execução e da sindicância servirá ao Juiz para promover a adequação necessária dentro de seu campo de competência e atribuição, devendo, se for o caso, interditar o estabelecimento penal, total ou parcialmente; transferir preso ou internado para outro estabelecimento e/ou liberá-lo com ou sem escolta para tratamento, mesmo cautelarmente (poder geral de cautela); afastar cautelarmente servidor; determinar tratamento do preso em clínica particular se deficiente ou inexistente no Estado etc.

Apurando-se a falta funcional, sem prejuízo do afastamento cautelar do servidor da atividade, deverá o Juiz remeter cópia do processo judicial e/ou investigatório à respectiva corregedoria do servidor público para adoção, se for o caso, de medida disciplinar definitiva.

Ao se deparar o Juiz, na conclusão do processo de excesso de execução e/ou sindicância, com fatos que possam ensejar a propositura de ação civil pública *deverá* provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre os fatos, indicando-lhe os elementos de convicção, para as providências cabíveis, a teor dos artigos 6 e 7, da Lei 7.347/85.

Note-se que a norma é cogente, impõe um comando funcional e ético ao Juiz, não uma faculdade, pois deverá comunicar outro órgão da república, mais precisamente o Ministério Público que, por sua vez, sendo o caso, *deverá* promover a ação civil pública (art. 129, I e III, da CF).

Ao impor uma norma de conduta com fundamento ético desejável ao Poder Judiciário e ao Ministério Público o legislador buscou dar efetividade às conquistas

individuais e sociais do povo e com isso exigir, também, um comportamento ético no exercício das funções públicas e ao próprio Estado.

No caso, há a inter-relação entre dois órgãos do Estado na corresponsabilidade no exercício do controle externo da administração penitenciária e pela gestão ética de todos os órgãos, inclusive deles mesmos (Poder Judiciário e Ministério Público) com vista ao cumprimento dos princípios constitucionais expressos, especialmente aos da legalidade e da eficiência.

Tais princípios são autoaplicáveis e à administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, inexistindo espaço para discricionariedade do agente público, tampouco para o Juiz de Direito e/ou para o Ministério Público.

Portanto, as irregularidades levantadas nas correições e/ou nos incidentes de excesso de execução deverão ser sanadas através da ação coletiva.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello a restrita obediência à lei sem margem de discricionariedade aos agentes do Estado tem por finalidade:

O de submeter os exercentes do poder concreto - o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo - que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social - garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral.⁸¹

Ao tratar da omissão do poder público nos ensina o Professor Hely Lopes Meirelles que:

Pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal daí por que a omissão da autoridade ou o silêncio da administração quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor e autoriza a obtenção do ato omitido por via judicial [...].⁸²

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 97/8.

Aliás, o art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 consagra que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que viole o dever de legalidade, bem como os atos praticados visando a fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

O princípio constitucional da eficiência é direcionado a todos os órgãos do Estado, sejam eles dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e tem por finalidade a produção de resultados legais eficazes e úteis, para a satisfação do interesse público.

9.17 DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Tomando conhecimento dos excessos de execução, identificados através do incidente de excesso de execução e/ou sindicância, o Ministério Público deverá, enquanto os demais colegitimados da Lei 7347/85 e do autor popular da lei 4717/65 poderão ingressar com as respectivas ações constitucionais na defesa do interesse coletivo em jogo.

No entanto, há que se superar posicionamento conservador decrescente do Poder Judiciário e de alguns operadores do direito quanto à exigibilidade e aplicabilidade das normas programáticas relacionadas aos direitos sociais, embora, no caso, sejam indissolúveis dos direitos subjetivos públicos e fundamentais dos encarcerados, pois os direitos à assistência social, à saúde, à educação, jurídica, ao trabalho etc. direcionam-se ao processo de ressocialização do tutelado do Estado.

Como visto, o direito penitenciário envolve não apenas o direito penal e processual penal, mas o reconhecimento de direitos constitucionais e infraconstitucionais transindividuais, uma vez que atinge direitos metaindividuais de um macrossistema que ultrapassa direitos individuais ou coletivos stricto sensu da população carcerária, do encarcerado, da vítima e das respectivas famílias. Atinge, também, direitos a serem exigidos do Estado, da sociedade, dos órgãos de execução na implementação dos direitos fundamentais e humanos universais.

Na hipótese em estudo vê-se que o bem tutelado é de natureza transindividual e indivisível a uma classe de pessoas, mais precisamente ao direito coletivo dos presos que estão subjugados ao Estado através de uma relação jurídica base, vale dizer, sentença e custódia.

Acerca do tema, leciona Grinover que:

Os interesses ou direitos "coletivos" foram conceituados como "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base (art. 81, parágrafo único, nº II). Essa relação jurídica-base é a preexistente à lesão ou ameaça do interesse do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda, constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica-base, de modo, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica-base preexistente com a originária da lesão ou ameaça de lesão . [...].⁸³

Verifica-se que há comunhão de interesses dos presos, da sociedade, dos órgãos de execução e do Estado.

Para fazer frente a esses direitos novos a ação civil pública constitui um dos instrumentos processuais constitucionais de acesso à justiça coletivo destinado a garantir o reconhecimento, a defesa e a implementação dos direitos metaindividuais relacionados aos direitos fundamentais, coletivos lato sensu e individuais homogêneos contra o arbítrio do Estado e/ou dos particulares, a teor do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Como salientado no início do presente trabalho há a necessidade de ruptura com a hermenêutica tradicional na era dos novos direitos e em uma sociedade dinâmica e exigente.

A evolução dos direitos humanos é universal e tais direitos não poderão ficar na esfera das expectativas de implantação, especialmente em Estado arbitrário que sequer cumpre os direitos individuais já consagrados na Lei de Execução Penal, Constituição Federal e Tratados internacionais.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado.** et al. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 1995, p. 503-504.

A prevalecer a tese dos hermeneutas conservadores estaremos admitindo um Estado irresponsável e inconsequente, possibilitando ao gestor público a faculdade de cumprir ou não as normas constitucionais e legais, ferindo, dessa forma, o princípio constitucional do acesso à justiça e a implantação dos direitos fundamentais e humanos.

Hermeneutas modernos vêm considerando o direito social como norma constitucional programática de caráter vinculativo, o que vale a dizer que ao gestor público não é dado o seu descumprimento.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁸⁴

Mais recentemente, o Ministro Celso de Mello tratou da necessidade de nova hermenêutica em relação aos direitos sociais, uma vez que não são meras diretrizes a serem seguidas de acordo com a livre discricionariedade do administrador público, tampouco de simples normas de recomendação, mas demandam efetividade e direito subjetivo público.⁸⁵

No mesmo sentido o Egrégio Tribunal Regional Federal.⁸⁶

Há de se considerar ainda a hermenêutica constitucional do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, insculpido no artigo 5º, § 1º, da CF, que tem por escopo privilegiar e dar efetividade aos direitos humanos.

Tratando do princípio da máxima efetividade, Gomes Canotilho leciona que “é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas

⁸⁴ RE 594018, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-11-05, DJ de 3-2-06.

⁸⁵ BRASIL. STF, RE n. 477554 AgR/MG, Min. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 26/08/2011.

⁸⁶ BRASIL. TRF 3ª, Apelação/reexame necessário n.º 892.440. Desembargador Juiz Federal Rubens Calixto, DJ 14.01.2011.

deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.⁸⁷

Portanto, a ação civil pública constitui instrumento processual eficaz para, por exemplo, exigir do Estado o direito à creche para atender as crianças e a relação afetiva com as genitoras reclusas, seja nas dependências do estabelecimento penal e/ou particular a custas do erário; exigir do Poder Judiciário tramitação prioritária nas ações de execução dos encarcerados idosos; exigir tratamento e acompanhamento médico-hospitalar, ou ambulatorial, dos encarcerados e internados, especialmente de drogaditos, podendo ser em estabelecimento particular na hipótese de deficiência do Estado; exigir a implantação dos órgãos de execução, a exemplo dos Conselhos Penitenciário e Comunitário e Patronato; exigir implantação de equipamentos e recursos humanos que viabilizem o acesso à justiça na administração penitenciária e no Poder Judiciário; exigir a contratação de servidores (médicos, agentes penitenciários, assistentes sociais etc), para a efetivação dos direitos do art. 41 da LEP; exigir a redução do número de encarcerados à capacidade de atendimento do estabelecimento penal, considerando recursos humanos e equipamentos e não apenas ao número de vagas reservadas nas celas; coibir o ingresso de novos presos acima da capacidade de atendimento do estabelecimento penal; exigir e garantir o direito de visita, inclusive íntima hetero e homossexual; anular portaria e resoluções dos poderes públicos do Estado que, por exemplo, venham afrontar os direitos coletivos e individuais homogêneo, como fixar tempo diminuto e insuficiente para entrevista do encarcerado com advogado; anular Resolução e/ou Portaria restritiva de saída temporária de presos de determinado estabelecimento sob alegação de falta de segurança pública; coibir o ingresso de preso acima da capacidade de atendimento do estabelecimento; garantir auxílio recluso coletivo; remoção de presos para os respectivos regimes para cumprir as finalidades ressocializadoras e de individualização da pena etc.

⁸⁷ CANOTILHO, 1998, p. 227.

CONCLUSÃO

Conclui-se que é imperioso amenizar os efeitos degradantes do cárcere e buscar trazer o sentenciado para o convívio social através do respeito à dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho procurou, de forma analítica e descritiva, traçar novos paradigmas para o enfrentamento da problemática do sistema de execução penal é dar efetividade aos direitos fundamentais e humanos universais nela enraizados.

Verificou-se que a pena não cumpre a finalidade ressocializadora a que se destina, tampouco se mostra útil.

O Estado Democrático de Direito deixa de sê-lo ao não conferir os meios para a reinserção social digna do encarcerado. Com isso, passa a ser arbitrário e excludente, contribuindo com a geração do alto índice de reincidência e materialização da consciência coletiva de impunidade. Portanto, fere o direito social à segurança pública.

Verificou-se ainda que a ação civil pública representa instrumento processual eficaz para a tutela dos direitos fundamentais transindividuais e individuais homogêneos no campo do direito penitenciário e dos novos direitos do Estado Social.

As ações coletivas, através de hermenêutica moderna e consentânea com o Estado Social constituem importante instrumento do acesso à justiça por autorizar ao Poder Judiciário e demais colegitimados o controle externo dos poderes da República, de todos os níveis, sem que venha ferir o princípio constitucional da separação dos poderes, a fim de garantir a proteção do cidadão e o cumprimento da ordem Constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. O Programa Nacional de Direitos Humanos. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Consulex. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BENTO, Ricardo Alves; BENTO, Patrícia Stucchi. Política criminal brasileira e dignidade humana. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). **Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. STF, RE n. 477554 AgR/MG, Min. Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 26/08/2011.

_____. TRF 3ª, Apelação/reexame necessário n.º 892.440. Desembargador Juiz Federal Rubens Calixto, DJ 14.01.2011.

_____. STF, ARE 727864 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, j. em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos direitos humanos**. V. I. Porto Alegre: Fabris. 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 1998. Portugal: Editora Almedina, 1998.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da Legalidade na Execução Penal** (reflexões em torno da jurisdicionalização) Porto Alegre, Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Klester. À espera da lei. **Revista Veja**, São Paulo: Abril, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 71ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal Curso Completo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 785. BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Censo Penitenciário de 1995**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo00.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2003.
- DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 21ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Alternativas da Pena Privativa da Liberdade**. Disponível em: <www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo52.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- HAGE, Jorge. **Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GARCEZ, Walter de Abreu. **Curso Básico de Direito Penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.
- GOMES, Luiz Flávio. Caos e Desordem. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília: Consulex. 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado**. et al. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995
- HUMAN RIGHT WATCH. **O Brasil Atrás das Grades** [1997/1998]. Disponível em: <<http://www.hrw.org/portuguese/reports/presos>>. Acesso em: 12 nov. 2003.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, parte geral. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. **Sistema Penal Brasileiro: execução das penas no Brasil**. Revista Jurídica Consulex, ano I, 1997.
- _____. **Direito Penal**. 22ª ed. 4ª ed Ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Penas Alternativas. **Jornal da Apace**, 1998.
- _____. Penas alternativas: uma resposta eficaz. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. V. 1, n. 13, Brasília, 2000, p.23.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Fireitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARQUES. Cláudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *In* **Diálogo dos fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1961.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26ª edição. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993..

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo:Atlas, 1999.

_____. **Execução Penal: comentário à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 31ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

Penas Alternativas e o Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em: <http://www.dursonovaoabsp.com.br/artigos/ler_artigo.asp?id_artigo=31> Acesso em: 10 nov. 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. V.17. 6ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006 (Coleções Sinopses Jurídicas.)

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. Revista e atualizada. Editora Saraiva: São Paulo, 2012

Prisão Brasil. Disponível em: <<http://www.nossacasa.net/recomeco/istoe/>> Acessado em: 10/11/2003

Privatização das Prisões – A privatização das prisões sob a ótica do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Privatização dos Presídios. Disponível em: <<http://www.dursonovaoabsp.com.br/>> Acesso em: 15 nov. 2003.

Programa Nacional dos Direitos Humanos. Disponível em: www.mj.gov.br. Acesso em: 10 nov. 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva: São Paulo, 2014,

Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, nº. 18.

ROUGE, Denise de. **Panorama dos Processos de Reabilitação de Presos.** Revista Consulex, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas Notas em Torno da Proibição de Retrocesso na Esfera dos Direitos Fundamentais.** Direito & Justiça, Porto Alegre, v.32, n.1, p. 9-50, jan./jun. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 331ª ed. Atual. São Paulo. Malheiros, 2010.

SOLLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino.** Buenos Aires: Tipografia Argentina, 1970

TELES, Ney Moura. **Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 1998.

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1980-1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Notas:

[1] *Human Rights Watch* é uma organização não governamental, fundada em 1978, com sede em Nova York, EUA, cujo trabalho baseia-se na investigação a abusos aos direitos humanos em todas as regiões do mundo. Pesquisa realizada no Brasil (1997/1998) – Relatório: *O Brasil atrás das grades*, divulgado pela internet pelo site www.hrw.org/portuguese/reports/presos.

1 COMISSÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, acessado em 30 de outubro de 2003.