

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

LUCAS DANIEL FERREIRA DE SOUZA

**RESPONSABILIDADES DO ESTADO BRASILEIRO EM
DECORRÊNCIA DO CÁRCERE**

MARÍLIA
2016

LUCAS DANIEL FERREIRA DE SOUZA

RESPONSABILIDADES DO ESTADO BRASILEIRO EM DECORRÊNCIA
DO CÁRCERE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso.

MARÍLIA
2016

Souza, Lucas Daniel Ferreira de

Responsabilidades do Estado brasileiro em decorrência do cárcere / Lucas Daniel Ferreira de Souza; orientador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso. Marília/SP: [s.n.], 2016.

82 f.

Dissertação de Mestrado – Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP, 2016.

1. Responsabilidade. 2. Estado. 3. Direitos fundamentais sociais. 4. Cárcere.



FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Dedico este trabalho, acima de tudo, a Deus, por sempre estar presente em minha vida, protegendo-me do mal. Sem Ele, nada seria possível e não estaria aqui, hoje.

Aos meus pais Arnaldo e Luciane e aos meus irmãos Tiago e Júlia, pelo incentivo e o apoio.

E à minha futura esposa, Veridiana, que compartilhou, durante esses últimos anos, os melhores de minha vida.

Em memória do meu amado tio Luís Roberto Torres.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades que me foram dadas na vida, principalmente pelo fim de mais esta jornada.

Agradeço ao Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, que, desde a graduação, vem confiando na minha pesquisa.

Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES pela concessão da bolsa de estudo que possibilitou a elaboração da presente pesquisa; oportunidade essa em que agradeço, também, aos professores que integram a Comissão de Avaliação dos projetos para a concessão de bolsa.

Agradeço aos professores do Mestrado em Direito do UNIVEM pela sabedoria transmitida: vocês são os profissionais que me inspiram.

Agradeço a meu orientador, Professor Ricardo Pinha Alonso, pela paciência e diligência ao me conduzir: “muito obrigado” pelo conhecimento transmitido.

Agradeço à Secretária do Mestrado em Direito nas pessoas das queridas Leninha Neto Nakadaira e Taciana Soares de Oliveira pelo exemplo de profissionalismo e dedicação, muito obrigado pelo apoio.

Agradeço a meus colegas de sala que somaram suas idéias às minhas, corroborando para a melhoria deste trabalho.

Agradeço à minha família pelo amor e a compreensão de sempre. A meus pais, Arnaldo Ferreira de Souza e Luciane Christine Fabiano Torres de Souza, por terem me proporcionado condições de ser quem eu sou.

Agradeço aos meus queridos irmãos Tiago Ferreira de Souza e Júlia Christine Ferreira de Souza pela amizade eterna.

Agradeço a meu tio Luís Roberto Torres por sempre ter me incentivado.

Agradeço à minha noiva e melhor amiga, Veridiana Bassi Costa, pelo seu companheirismo indescritível e por ter me mostrado o verdadeiro significado do AMOR.

A todos, agradeço por acreditarem em mim quando nem mesmo eu acreditava; sem vocês, nada disso seria possível. Para vocês, ofereço esta página...

Muito obrigado!

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”

Theodore Roosevelt

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Responsabilidades do Estado brasileiro em decorrência do cárcere**. 2016. 82f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

Hodiernamente, percebe-se uma grande indiferença da Administração Pública com relação ao atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros, principalmente daqueles que estão cumprindo pena privativa de liberdade em estabelecimentos prisionais. Essa falta de interesse do ente estatal que, muitas vezes, alega limitação financeira, tem colocado em risco a dignidade dos administrados. Isso posto, o presente trabalho tem como escopo o estudo das responsabilidades do Estado, sempre que, em decorrência da sua desídia, houver ofensa aos direitos fundamentais sociais dos particulares, sobretudo dos presos, que se encontram em total desamparo dentro de um sistema penitenciário falido. A metodologia desenvolvida ao longo desta pesquisa, com fulcro a maximizar o planejamento e a organização no decorrer da investigação, pautou-se pelo método dialético, com o estudo, a interpretação e a discussão argumentativa de textos, tendo como base uma revisão bibliográfica criteriosa, limitando-se à análise de livros, artigos, teses, dissertações, revistas e jornais. Dessa forma, o caminho ora traçado partiu de uma abordagem bibliográfica inicial, com formulação da problemática, procura de fontes de pesquisa, análise do material selecionado, sistematização e acareação do tema com outras fontes bibliográficas, até chegar à produção desta dissertação. Sob o contexto da linha de pesquisa construção do saber jurídico, moderou-se, também, por uma análise jurisprudencial e legal da norma, valendo-se, em todos eles, de fontes diretas e indiretas, relativas à temática proposta como objeto deste trabalho. Conclui-se, pois, imprescindível que seja suprimida a desigualdade entre Administração Pública e administrado e que, especificamente, ocorra uma maior proteção aos presos nas suas relações com o Estado, sob pena de serem privados, além da sua liberdade, dos seus direitos e das garantias constitucionais e indisponíveis.

Palavras-chave: Responsabilidade. Estado. Direitos fundamentais sociais. Cárcere.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Brazilian state responsibilities as a result of prison.** 2016. 82f. Thesis (Master of Law) – University Center Eurípides de Marília, Foundation education “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

ABSTRACT

In our times we can see a great indifference of the public administration with respect to meeting the needs of the community and its members, especially those who are serving sentence of imprisonment in prisons. This lack of interest of the state entity that often claims to financial limitations, has put at risk the dignity administered. That said, this work is scoped to the study of state responsibilities, whenever, as a result of its negligence, there is injury to the social fundamental rights of individuals, especially the prisoners, who are in utter helplessness within a failed prison system . The methodology developed throughout this research, with fulcrum to maximize the planning and organization in the course of this investigation, was marked by the dialectical method to the study, interpretation and argumentative discussion of texts, based on a thorough literature review, being limited the analysis of books, articles, theses, dissertations, magazines and newspapers. Thus, the path traced by the work started from an initial bibliographic approach, formulation of the problem, demand for research sources, analysis of the selected material, systematization and theme of confrontation with other bibliographical sources, until the formulation of this thesis. In the search line context construction of legal knowledge, is guided also by a jurisprudential and legal analysis of the standard, making use them all direct and indirect sources for the proposed theme as the object of this work. It concludes that it is essential to be abolished inequality between Public Administration and administered, and specifically occurs greater protection to prisoners in their relations with the state, under penalty of being deprived, in addition to their freedom, their rights and constitutional guarantees and unavailable.

Keywords: Responsibility. State. Fundamental social rights. Prison.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Responsabilidades estatales de Brasil como resultado de la cárcel**. 2016. 82f. Dissertación (Master en Derecho) – Centro Universitario Eurípides de Marília, Fundación para la Educación “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMEN

En nuestros días podemos ver una gran indiferencia de la administración pública con respecto a la satisfacción de las necesidades de la comunidad y de sus miembros, especialmente aquellos que están sirviendo a pena privativa de libertad en las cárceles. Esta falta de interés de la entidad estatal que a menudo reclama a las limitaciones financieras, ha puesto en riesgo la dignidad administrada. Dicho esto, este trabajo tiene como alcance el estudio de las responsabilidades del Estado, siempre que, como resultado de su negligencia, no hay lesión de los derechos sociales fundamentales de las personas, especialmente a los prisioneros, que están en absoluta indefensión dentro de un sistema penitenciario fallido. La metodología desarrollada a lo largo de esta investigación, con el punto de apoyo para maximizar la planificación y organización en el curso de esta investigación, se ha caracterizado por el método dialéctico al estudio, interpretación y discusión argumentativa de los textos, sobre la base de una revisión exhaustiva de la literatura, siendo limitado el análisis de libros, artículos, tesis, tesinas, revistas y periódicos. Por lo tanto, el camino trazado por el trabajo comenzó a partir de una aproximación bibliográfica inicial, formulación del problema, la demanda de fuentes de la investigación, el análisis del material seleccionado, la sistematización y el tema de la confrontación con otras fuentes bibliográficas, hasta la formulación de esta tesis. En la construcción contexto línea de búsqueda de conocimientos jurídicos, se guía también por un análisis jurisprudencial y legal de la norma, por lo que los utilizan todas las fuentes directas e indirectas para el tema propuesto como objeto de este trabajo. Llega a la conclusión de que es esencial que abolir la desigualdad entre la Administración Pública y administrado, y se produce específicamente una mayor protección a los presos en sus relaciones con el Estado, bajo pena de ser privado, además de su libertad, sus derechos y garantías constitucionales y no disponible.

Palabras-clave: Responsabilidad. Estado. Derechos sociales fundamentales. Prisión.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg.: Agravo Regimental

AREsp.: Agravo em Recurso Especial

Art.(s): Artigo(s)

BVerfGE: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Decisões do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha)

CF: Constituição Federal

CPP: Código de Processo Penal

DJe.: Diário da Justiça Eletrônico

E.C.: Emenda Constitucional

N.º(s): Número(s)

P.(s): Página(s)

§: Parágrafo

Rel.: Relator

R.T.J.: Revista Trimestral de Jurisprudência

REsp.: Recurso Especial

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

TAC: Termo de Ajustamento de Conduta

U.T.I.: Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – NOÇÕES SOBRE AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO.....	16
1.1 As fases históricas da responsabilidade patrimonial do Estado.....	17
1.1.1 Evolução e aplicação da responsabilidade patrimonial no Brasil.....	22
1.2 Responsabilidade Política do Estado: suas Dimensões e sua Incidência nas Constituições Brasileiras.....	26
CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO POR DANOS ORIUNDOS DO CERCEAMENTO DA LIBERDADE.....	32
2.1 Decretação de prisão indevida em virtude de erro judicial.....	33
2.2 Restrição da liberdade além da dosimetria da pena.....	37
2.3 Violação ao direito de ir e vir por excesso de prazo.....	39
2.4 atentado à incolumidade do encarcerado.....	41
2.5 O Estado tem responsabilidade pelo suicídio do preso?.....	43
2.6 Falecimento de detento por problemas de saúde.....	45
CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO ESTADO PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO SISTEMA PRISIONAL.....	48
3.1 Teoria da reserva do possível: Origem e aplicação <i>a la brasileira</i>	48
3.1.1 Relação entre a teoria da reserva do financeiramente possível e o mínimo vital.....	54
3.2 Ativismo judicial.....	60
3.2.1 Estado de coisas inconstitucional.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

A temática abordada neste trabalho tem por objetivo principal o exame e a análise da relação jurídica entre Estado e particular, com destaque especial para a situação do preso, tema que, há tempos, tem gerado debates acalorados entre a doutrina e a jurisprudência, não apenas nacional, como também a estrangeira. Dessa forma, a partir do método hermenêutico, procedeu-se a uma revisão bibliográfica de cunho analítico de textos, considerando-se o pensamento dos autores quanto às temáticas colocadas em análise.

A atual Carta Magna brasileira estabeleceu, de forma expressa, a garantia dos direitos fundamentais sociais em seu bojo, fixando objetivos e diretrizes que devem ser atendidos pelo Poder Público para que sejam implementados de forma eficiente, as chamadas normas programáticas, assegurando, assim, por meio de políticas públicas, uma vida digna aos administrados, com fulcro no princípio universal da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, frente aos inúmeros anseios e necessidades da sociedade e de seus membros, o Estado, muitas vezes, não implementa, integralmente, todos os direitos dos cidadãos determinados pelo texto constitucional, seja por completo desinteresse em realizar a medida, seja mediante a alegação de limitação financeira para fazê-lo, de forma que o particular acaba por ficar desamparado.

Nessa circunstância de descaso e limitação econômica do Estado, a violação dos direitos fundamentais sociais do indivíduo preso acaba sendo uma realidade comum, afinal, se o orçamento já é insuficiente para concretizar os direitos daqueles que se encontram em liberdade, quiçá investi-lo na reforma de presídios e na efetivação dos direitos fundamentais sociais do preso; certamente, essa não é uma prioridade da Administração Pública.

Dessa feita, foca-se nas hipóteses em que o Estado possa ser responsabilizado nos casos em que age com desídia em relação à efetivação dos direitos fundamentais sociais, com foco na caótica situação vivida pelos presos do sistema penitenciário brasileiro. Para tanto, divide-se o trabalho, que se filia à linha de pesquisa construção do saber jurídico, em três capítulos.

O primeiro capítulo coaduna noções gerais de Responsabilidade Patrimonial e Política do Estado, englobando seu conceito, evolução histórica no Brasil e no mundo e seus pressupostos. Nessa conjuntura, o objetivo proposto neste trabalho visa a pontuar as significativas mudanças que ocorreram com o passar do tempo, isso porque as pesquisas

relacionadas ao assunto proposto não têm se dedicado à compreensão da questão ventilada, que, por sua vez, vem ganhando espaço no atual momento histórico presenciado, ante o reconhecimento de que toda lesão deve ser devidamente indenizada.

Para atender ao alinhamento histórico e pragmático sobre o tema, são diversos os teóricos circunscritos: Yussef Said Cahali, José Joaquim Gomes Canotilho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Washington de Barros Monteiro, José dos Santos Carvalho Filho, entre outros.

No capítulo seguinte, o segundo, abordam-se os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilização patrimonial do ente estatal nos casos de violação à integridade física e moral do preso durante o cumprimento de sua pena; ou seja, enquanto sujeito de direito, o Estado é considerado responsável pelos atos que forem praticados no exercício das funções públicas, devendo arcar com os ônus experimentados por todo membro da sociedade que sofra algum tipo de encargo excessivo proveniente de serviços públicos.

Posteriormente, no terceiro e último capítulo, discorre-se a respeito da limitação financeira do Estado, comumente conhecida como teoria da reserva do financeiramente possível, bem como sobre a efetivação do mínimo existencial de cada direito fundamental social, dando como ênfase o descaso com os direitos fundamentais sociais do preso, a quem nem mesmo o mínimo vital vem sendo assegurado, destacando que o objetivo maior da Administração Pública deve sempre ser a concretização integral dos direitos fundamentais sociais, pois estes são indispensáveis para uma vida digna.

Faz-se, também, uma análise a respeito do chamado ativismo judicial, da intervenção do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas que tenham como objeto os direitos fundamentais sociais. Neste seguimento, estende-se, ainda, sobre o estado de coisas inconstitucionais como forma de proteção dos indivíduos lesados em razão da inércia estatal.

Para tal análise, são tomadas como norte as seguintes obras: *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, de Elival da Silva Ramos; *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, de Luis Roberto Barroso; *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, de Fábio Konder Comparato; *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, de Daniel Souza Sarmiento; e *A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais*, de Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen.

Assim sendo, a tendência mundial, ante as celeumas levantadas, é justamente encontrar uma solução que priorize o atendimento aos direitos humanos, haja vista os inúmeros tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, dentre eles, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o chamado Pacto de São José da Costa Rica.

Portanto, acredita-se que será possível atingir o objetivo pretendido pelo trabalho, vindo, inclusive, a contribuir no desenvolvimento do acesso à justiça e aos bens e direitos essenciais para a subsistência e manutenção da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 1 – NOÇÕES SOBRE AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO

A história do homem é marcada por vários acontecimentos, muitos dos quais contribuíram para a estruturação do Direito e na percepção de Justiça. Fruto desses eventos salienta-se a responsabilidade patrimonial e política do Estado, que tem modificado, de forma notória, a aplicação do Direito pelo julgador, tornando-o mais próximo dos anseios da sociedade, concretizando-se os ideais de Justiça.

Se a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública consiste na obrigação do Estado em recompor os prejuízos causados aos particulares por meio de condutas ilícitas ou lícitas, comissivas ou omissivas, imputáveis aos agentes públicos, a Responsabilidade Política do Estado é definida como sua obrigação de implementar políticas públicas imprescindíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais dos indivíduos e, conseqüentemente, para assegurar o respeito à dignidade humana.

Em outras palavras: a Responsabilidade Política é geral, abrangente e universal, tendo como destinatário a sociedade como um todo; diferentemente da Responsabilidade Patrimonial, que prevê a responsabilização do ente estatal na reparação de um dano a que tenha dado causa ou contribuído para que ocorresse.

Quando o Estado se furta de cumprir com as suas obrigações constitucionais, deixando de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais da sociedade com a criação de políticas públicas, descumpra com a sua Responsabilidade Política, surgindo o chamado “dano social”.

A Teoria do Dano Social compreende uma nova modalidade de dano indenizável, somando-se aos danos morais, materiais e estéticos. Para Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 376), responsável pela criação desta tese, “os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”.

Assim, todas as vezes em que o Estado se omite no cumprimento de suas obrigações, deixando de praticar condutas aptas a concretizarem os direitos fundamentais, está causando um dano não a um sujeito específico, mas à sociedade de forma generalizada; a indenização que decorre do dano social será, assim, destinada a fundos de proteção ou entidades

beneficentes, salientando o caráter pedagógico da medida. Inversamente, a responsabilização patrimonial do Estado é destinada à vítima do dano.

No que concerne à realidade dos presos brasileiros, é incontestável que o Estado não está cumprindo os mandamentos legais e, com isso, não está agindo nos ditames da Responsabilidade Política, pois nota-se um completo descaso para com os direitos fundamentais dos detentos, que são habitualmente mitigados ou, até mesmo, inexistentes.

A caracterização do dano social, nesse contexto, também é clara, visto que a prisão do indivíduo, que teria como objetivo primordial a sua ressocialização para que pudesse ser posteriormente reinserido na sociedade, tornou-se uma verdadeira escola do crime.

O preso vive em condições desumanas e degradantes, em contato com todo o tipo de violência e vícios e, depois de cumprido o tempo da pena, retorna à sociedade “supostamente” recuperado. No entanto, na realidade, o Estado transmite uma falsa sensação de segurança à população, falhando no cumprimento de suas obrigações primordiais.

1.1 As Fases Históricas da Responsabilidade Patrimonial do Estado

A Responsabilidade Patrimonial do Estado, frequentemente denominada Responsabilidade Civil, resume-se na imposição da Administração Pública em reparar todos os prejuízos causados aos administrados pelas ações ou omissões provenientes de atos lícitos ou ilícitos praticados por seus agentes enquanto estiverem atuando em nome do ente estatal.

Os agentes do Estado são aquelas pessoas responsáveis por exteriorizar a sua vontade; são os servidores públicos e, mesmo, os particulares que estejam em colaboração com o poder público no momento da ocorrência do evento danoso. Logo, a Administração Pública é responsável pelos atos que forem praticados no exercício das funções públicas, devendo arcar com os ônus experimentados por qualquer membro da sociedade que sofra algum tipo de encargo excessivo proveniente de serviços públicos.

Eis a ponderação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 882):

Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.

A responsabilização do ente estatal, portanto, é intrínseca ao Estado Democrático de Direito, quando todos, sem exceção, estão sujeitos à lei. Se esta for descumprida, causando qualquer prejuízo a alguém, surge o dever de indenização por parte do causador do dano. Sobre a questão, José Joaquim Gomes Canotilho (1974, p. 13) se posiciona:

Como conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por sacrifícios autoritativamente impostos cumpre outra função ineliminável no Estado de Direito Material – a realização da justiça material.

À vista disso, quando a Administração Pública afronta a legislação vigente, por meio da prática de atos omissivos ou comissivos de seus servidores públicos que atuam em seu nome, estará obrigada a reparar os prejuízos causados aos administrados.

O instituto da Responsabilidade Patrimonial do Estado já passou por diversas etapas e fases desde o seu surgimento, sempre acompanhando e traduzindo a realidade vivida pela sociedade e seus membros em determinado momento histórico. Para que se consiga desenvolver um entendimento correto sobre o assunto, faz-se necessário acompanhar todas as fases e teorias já adotadas ao longo da história.

A primeira fase diz respeito à Teoria da Irresponsabilidade do Estado e teve início na época em que dominavam os Estados Absolutistas. Tinha como fundamento a ideia da absoluta soberania do Estado, que não poderia, em hipótese alguma, ser contestada ou abalada pelo administrado. Na explicação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 640), “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania”.

Nessa fase, prevalecia o conceito do direito divino, sendo que o monarca era considerado um representante direto de Deus e, em tal qualidade, não era concebível que qualquer de seus atos fosse contraditado. Por isso, as ordens divinas exteriorizadas pelo rei não eram passíveis de responsabilização, mesmo que viessem a causar prejuízos a outrem. De acordo com Arnaldo Rizzardo (2007, p. 355):

Especialmente quando dominava o absolutismo dos reis e o despotismo, os atos dos soberanos ou tiranos e de seus agentes não eram questionados. Os monarcas consideravam-se acima da lei, sendo que, em alguns regimes, tinham o poder sobre a própria vida e bens dos súditos, vigorando uma isonomia de restrições absoluta, revelada em expressões como a seguinte: “L’État c’est moi” (O Estado sou eu).

Desta feita, os atos do Estado prejudiciais a terceiros não eram sujeitos à responsabilização, uma vez que se aplicava a teoria de que o rei não errava. Era inexistente, na época, a submissão do monarca aos princípios da legalidade e igualdade.

Os atos comissivos e omissivos, lícitos ou ilícitos, dos agentes públicos que, agindo em nome do rei, violassem a lei e causassem dano aos administrados, não eram imputados ao Estado. Nessas condições, o agente público responderia, pessoalmente, pelo prejuízo causado ao particular. Constatava-se que, na vigência da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, monarca e funcionário eram considerados figuras distintas, sendo que os atos praticados pelo último, mesmo que em razão de seu serviço, não tinham o condão de obrigar o Estado (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 239).

Com o decorrer do tempo e com a criação de um Estado Democrático de Direito, baseado em leis e princípios, a Administração Pública passou a ser considerada como sujeito de direitos e deveres, da mesma forma que qualquer outra pessoa jurídica. Esse momento, então, marca a transição da Teoria da Irresponsabilidade do Estado para a Teoria Civilista, conduzindo à responsabilização do ente estatal.

A Teoria Civilista tomou o direito privado para possibilitar a responsabilização do ente estatal. Com essa evolução, o Estado fora equiparado ao indivíduo comum, viabilizando sua obrigação em reparar os danos causados. Todavia, caberia ao lesado o ônus de comprovar o dolo ou a culpa da Administração Pública.

Essa teoria diferenciava os atos de gestão dos atos de império, de tal modo que cada um deles gerava consequências distintas no tocante à responsabilização.

Os atos de gestão consistiam naqueles em que a Administração Pública agia em igualdade de condições com os particulares, sendo regidos pelo direito comum. Nesta hipótese, admitia-se a responsabilização do ente estatal pelos danos que causasse a terceiros, desde que comprovados os elementos de sua culpa, pois agia como se particular fosse.

Os atos de império eram aqueles praticados no exercício da soberania do Estado. O tipo de matéria de que tratavam estes atos não era regido pelo direito privado e, por essa razão, não responsabilizavam a Administração Pública, mesmo que viessem a causar prejuízos a terceiros. Entendia-se que, se o Estado age por força de sua soberania, suas condutas não poderiam ser questionadas ou contestadas, de forma que seria impossível falar em reparação de danos causados aos particulares.

Washington de Barros Monteiro (2012, p. 105) desaprova, veementemente, tal perspectiva:

[...] só se pode tachar de arbitrária a distinção entre ato praticado *jure imperii* ou *jure gestionis*. Realizando um ou outro, o Estado é sempre o Estado. Mesmo quando pratica simples ato de gestão o Poder Público age não como mero particular, mas para a consecução de seus fins. Portanto, não se pode dizer que o Estado é responsável quando pratica atos de gestão e não o é, quando realiza atos de império. Negar indenização neste caso é subtrair-se o Poder Público à sua função específica, qual seja, a tutela dos direitos.

A grande crítica levantada por juristas à época, com relação a esta teoria, baseava-se na dificuldade em diferenciar se as condutas praticadas pela Administração, causadoras dos danos a particulares, decorriam de atos de gestão ou de atos de império. Era incompreensível e injustificável responsabilizar o Estado somente no exercício dos atos de gestão, deixando-o impune com relação aos atos de império, razão pela qual tal teoria fora superada.

Surge, assim, a Teoria da Culpa Administrativa, também conhecida como Teoria da Falta do Serviço ou Teoria da Culpa Anônima. De acordo com essa teoria, a obrigação da Administração Pública em reparar os danos causados por seus atos apenas é possível se comprovada a “falta do serviço”, que engloba o seu não funcionamento, o seu mau funcionamento ou o seu funcionamento tardio.

O fundamento desta teoria consiste na culpa anônima imputada à prestação do serviço público. Caberia ao administrado prejudicado a comprovação da falha do serviço público prestado, em qualquer de suas modalidades, para que se configurasse a culpa anônima do Estado.

Ao dissertar sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 596) explana que

A falta do serviço podia consumir-se de três maneiras: a inexistência do serviço, o mau funcionamento do serviço ou o retardamento do serviço. Em qualquer dessas formas, a falta do serviço implicava em reconhecimento da existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço da Administração. Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cobia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa.

A grande falha identificada nesta teoria girava em torno do encargo do administrado lesado em comprovar a culpa da Administração Pública, devido à desigualdade que havia entre particular e Estado.

Por fim, encerrando este enredo histórico, desponta a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado baseada no risco. Distinta das outras fases e teorias, nesta hipótese, não há a necessidade de se avaliar o elemento subjetivo para delinear a responsabilidade estatal, caindo por terra a exigência de comprovação do dolo e da culpa, passando a ser suficiente a simples prova do nexos causal entre a conduta da Administração Pública e o dano por ela causado.

Vale relembrar, como já anotado, que o ente estatal, em virtude de possuir mais recursos do que os particulares, vinha causando diversos prejuízos à coletividade com suas condutas. Por essa razão, para diminuir a desigualdade instalada entre Administração e administrado, surgiu a Responsabilidade Objetiva fundada na Teoria do Risco ou, no entendimento de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 631),

Aqui não se cogita culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública.

Por conseguinte, a Teoria do Risco subdivide-se em Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo.

Nos moldes da Teoria do Risco Integral, para que a Administração Pública seja responsabilizada, faz-se necessário, tão somente, que o administrado demonstre que seu prejuízo adveio de uma conduta do ente estatal. A adoção desta teoria traria uma clara situação de desigualdade para o Estado, conforme preleciona Hely Lopes Meirelles (2005, p. 646): “Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiro, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”.

Pela Teoria do Risco Integral, o Estado passaria à qualidade de garantidor universal, devendo arcar com todos os prejuízos, inclusive aqueles em que nem sequer fora o causador; além disso, a teoria em estudo não aceitava nenhuma das causas excludentes da

responsabilidade patrimonial da Administração Pública, motivo pelo qual é severamente criticada e considerada por muitos um verdadeiro instrumento de abuso.

Sob outra perspectiva, a Teoria do Risco Administrativo exige, para a responsabilização do Estado, o nexos causal entre a conduta do agente público e o dano causado, admitindo as causas excludentes da responsabilidade patrimonial do Estado.

No tocante a isso, para Sílvio Rodrigues (2002, p. 10),

Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Outro grande avanço trazido por esta teoria é a inversão do ônus da prova. Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 18), elucida que “quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida”.

Portanto, de acordo com os ditames constitucionais em vigor, basta ao administrado que sofreu algum prejuízo apenas demonstrar o fato ocorrido, o dano experimentado e o nexos causal entre ambos.

1.1.1 Evolução e Aplicação da Responsabilidade Patrimonial no Brasil

A República Federativa do Brasil sempre demonstrou ser adepta às teorias da responsabilidade patrimonial do Estado.

As Constituições do Império de 1824 e da República de 1891 foram as primeiras a contemplarem a possibilidade de ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos particulares em decorrência do serviço público prestado pela Administração Pública. Contudo, esta responsabilização recaía, de forma direta, sobre o agente público, que agia em nome do Estado.

Já as Constituições de 1934 e de 1937 inovaram ao prever a responsabilidade solidária entre o agente público e o Estado, além de fazer ressalva ao direito de regresso do ente estatal contra o causador do dano.

Posteriormente, as Constituições de 1946 e de 1967 passaram a prever, expressamente, em seu bojo, a responsabilidade objetiva do Estado, mantendo o direito de regresso Estatal contra o funcionário público que gerou o prejuízo.

A atual Constituição Federal de 1988 continua a responsabilizar, objetivamente, o ente estatal pelos danos causados por seus agentes, assegurando àquele o direito regressivo contra este. Nessa relação jurídica entre Administração Pública e funcionário público, a responsabilidade patrimonial passa a ser subjetiva, devendo ser o dolo ou a culpa do servidor público demonstrados e provados. Note-se ao que expõe a Carta Magna em seu artigo 37, § 6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL, 2015a).

Ao se analisar o parágrafo supratranscrito, evidencia-se que a responsabilidade patrimonial do Estado pode se originar, ou de uma conduta comissiva do agente público que causa, diretamente, o dano, ou de uma conduta omissiva, em que este não causa diretamente o dano, mas deveria tê-lo evitado.

As condutas comissivas praticadas pela Administração Pública se enquadram na responsabilização objetiva, com fundamento na Teoria do Risco Administrativo, dispensando, conforme considerado anteriormente, a prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), bastando que esteja demonstrado que o servidor público praticou uma conduta, que houve um dano e que o último é consequência do primeiro. Sobre o assunto, Maria Helena Diniz (2011, p. 667) explica que: “[...] só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa”.

Por outro lado, as condutas omissivas apresentam características diferentes, pois, quando causam dano a terceiro, o Estado se iguala ao particular, devendo ser devidamente comprovados os elementos de sua culpa.

No que tange às condutas omissivas do Estado, cabe ao lesado a comprovação de que aquele faltou com seu dever de agir para evitar a ocorrência do dano, caindo nas hipóteses de negligência, imprudência e imperícia, características da responsabilidade subjetiva. É importante destacar que nem toda conduta omissiva da Administração Pública implica

descumprimento no seu dever de agir; ela somente será obrigada a reparar os danos oriundos de fatos a que tinha o dever legal de impedir e não o fez (CARVALHO FILHO, 2010, p. 613).

A responsabilidade objetiva pode fundar-se em atos lícitos ou ilícitos praticados pelos agentes públicos, ao passo que a responsabilidade subjetiva deve ter como base um ato ilícito, pois se analisa o dolo e a culpa.

Dessa forma, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 896-897):

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Ante o exposto, constata-se o quanto a responsabilidade objetiva é onerosa para o Erário, devendo ser aplicada apenas nas hipóteses taxativamente previstas em lei, não comportando interpretação extensiva. Portanto, é indispensável a diferenciação entre as modalidades de responsabilidade aplicadas aos atos comissivos e omissivos da Administração Pública, pois não seria justo que o ente estatal arcasse com prejuízos para com os quais não teve participação.

O nexo de causalidade, como já indicado, é o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado, que deixará de existir ou será atenuada em situações nas quais a conduta do ente estatal não for a causadora do dano experimentado pelo particular. Para tanto, faz-se necessário analisar se existe liame entre a conduta do Poder Público e o prejuízo do particular.

Se o Estado não teve responsabilidade alguma ou se outros eventos concorreram para o dano, não há justificativa para que ele assuma todos os encargos sozinho, devendo a sua responsabilidade ser proporcional ao seu grau de participação. Logo, cabe ao Estado provar que não deu causa ao dano ou que sua conduta não foi a única responsável pelo evento danoso; ou seja, o ônus da prova, nas hipóteses de excludentes e atenuantes de responsabilidade, é da Administração Pública.

Esclarece, pois, Hely Lopes Meirelles (2005, p. 532):

[...] a teoria do risco administrativo embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão-somente que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Por outro lado, são causas excludentes da responsabilidade patrimonial estatal a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante há a culpa concorrente da vítima. Insta salientar que o caso fortuito, em que o evento danoso é decorrente de um ato humano, não é considerado pela doutrina majoritária como causa apta a excluir ou atenuar a responsabilidade do ente estatal.

Tem-se entendido como força maior, capaz de afastar o nexos causal e, conseqüentemente, a responsabilidade do ente estatal, todo fenômeno da natureza que seja imprevisível, inevitável e totalmente independente da vontade humana. Entretanto, mesmo em ocorrências em que se configure um evento considerado força maior, o Estado poderá vir a ser responsabilizado pelos prejuízos causados a terceiros, desde que demonstrado sua omissão na realização de algum serviço tido como indispensável e, disso, sobrevier o fenômeno da natureza. Por tal ponto de vista, vislumbra-se que a conduta omissiva do ente estatal foi a responsável pelos danos causados.

Quanto a isso, discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 651):

No caso de omissão do Poder Público, os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ser evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isso significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. A dificuldade da teoria diz respeito a possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do estado para impedir o dano.

Destarte, se ficar provada a omissão do Estado na prestação de algum serviço e que essa omissão gerou algum tipo de prejuízo, o ente estatal responderá pelos danos causados.

Vale salientar que a responsabilidade do Estado será subjetiva, vez que decorre do mau funcionamento do serviço; o dano não se deu por uma ação, mas pela sua omissão.

Diante da culpa exclusiva da vítima, não há que se falar em responsabilidade patrimonial, pois a Administração Pública não pode ser responsabilizada por algo com que não contribuiu; dá-se, portanto, a quebra do nexo causal.

Outra causa excludente da responsabilidade do Estado é a culpa de terceiros. A sua configuração em nada difere das consequências jurídicas do caso de culpa exclusiva da vítima, já que o responsável pelo resultado danoso é estranho à relação. No entanto, a culpa de terceiro como excludente não é absoluta, sendo afastada na presunção de danos causados em decorrência da omissão estatal.

Outra contingência em que a culpa de terceiros não deve ser acatada é nas relações de custódia do Estado, isto é, quando este tem o dever de garantir a integridade de determinadas pessoas. Um claro exemplo revela-se quando um detento é morto por outro dentro de estabelecimento prisional, situação que poderia ser evitada se a Administração Pública não tivesse falhado em seu dever de vigilância.

Por fim, a culpa concorrente da vítima, tida como causa atenuante da responsabilidade estatal, se dá quando Estado e administrado concorrerem, simultaneamente, para o evento danoso, de maneira que cada um será responsabilizado na medida de sua participação para com o prejuízo.

À vista disso, a Teoria do Risco Administrativo, segundo evidenciado, não obriga o Estado a indenizar o membro da sociedade em toda e qualquer situação, apenas isenta-o, devido a sua posição hipossuficiente, de demonstrar a culpa da Administração Pública, cabendo a esta, com a inversão do ônus da prova, comprovar a culpa parcial ou total do administrado na produção do resultado danoso.

1.2 Responsabilidade Política do Estado: suas Dimensões e sua Incidência nas Constituições Brasileiras

A Responsabilidade Política do Estado está intimamente atrelada à proteção e concretização dos direitos fundamentais, de tal modo que, para se estudar a evolução daquele instituto, faz-se necessária a análise histórica destes ou, em outras palavras, desde o momento em que passaram a ser positivados e, conseqüentemente, exigidos.

Os direitos fundamentais surgiram gradualmente, cada um configurando uma grande conquista, consoante a realidade e as necessidades das pessoas em determinado lugar e momento da história, contra a opressão do Estado. Passaram a constituir, portanto, um meio de proteção da sociedade contra os abusos e o autoritarismo estatal.

Em Norberto Bobbio (1992, p. 05):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

No estudo histórico do surgimento dos direitos fundamentais, a Carta Magna de 1215 teve um papel de fundamental importância: embora concedesse determinados direitos somente aos nobres, foi um dos primeiros documentos aptos a limitar o poder e atuação do Estado.

Também na Inglaterra, necessário ressaltar a valia de documentos como a *Petition of Rights* de 1628, que reconhecia direitos aos súditos do rei; o *Habeas Corpus Act* de 1679, que protegia o indivíduo contra prisões arbitrárias; e a *Bill of Rights* de 1689, que submetia a monarquia à soberania popular.

A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 previu, em seu texto, os direitos à vida, à liberdade e à propriedade. Igualmente, declarou o direito à liberdade religiosa e à liberdade de imprensa, bem como o princípio da legalidade.

Os direitos fundamentais são classificados em dimensões, de acordo com o contexto histórico e social em que passaram a ser reconhecidos. Aplica-se, analogamente, na doutrina, o termo “gerações de direitos fundamentais”, ainda que não seja o mais adequado em razão do sentido de que uma geração superaria e substituiria a anterior. Já o termo “dimensões” transmite a ideia de que uma se soma e complementa a anterior.

A primeira dimensão de direitos fundamentais contempla os direitos de liberdade, civis e políticos. Tendo seu surgimento em meados do século XVIII, resultaram de diversas revoluções acontecidas pelo mundo, quando a burguesia lutava contra o absolutismo do Estado, buscando uma maior participação política e a não intervenção estatal em questões privadas, principalmente na propriedade.

Esses direitos possuem caráter subjetivo, são individualistas e exigem um comportamento negativo por parte do Estado, que, a seu turno, se deve abster e permitir que o

indivíduo exerça suas liberdades. Exemplos destes direitos são: a propriedade, liberdade de opinião, intimidade, inviolabilidade de domicílio, etc.

Celso Lafer (2006, p. 126) pontua que os direitos fundamentais de primeira dimensão “[...] se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social”.

A segunda dimensão de direitos fundamentais contempla os direitos sociais, econômicos e culturais. Seu contexto de origem remete ao fim da Primeira Guerra Mundial, momento em que houve grande violação de direitos e perda de milhares de vidas.

Como resposta àquele cenário de destruição, surge o chamado Estado Social, no qual o titular do direito deixa de ser compreendido de forma individual e subjetiva, passando a ser identificado como integrante de uma parcela da sociedade que busca sanar as desigualdades existentes. Em resumo, esta dimensão objetiva promover a Igualdade, em todos os seus sentidos.

As Constituições do México, de 1917, e de Weimar de 1919, na Alemanha, foram as primeiras a positivarem os direitos de segunda dimensão, razão pela qual serviram de modelo aos demais países.

Diversos aos direitos fundamentais de primeira dimensão, os de segunda dimensão exigem do Estado não mais uma abstenção, mas, sim, que este atue positivamente, mediante a implementação de políticas públicas para garantir que os direitos da sociedade sejam devidamente concretizados.

Nos dizeres de George Marmelstein (2008, p. 50), os direitos de segunda dimensão

[...] impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

O Estado, portanto, tem o dever de agir para garantir a igualdade social entre as partes, protegendo a mais vulnerável quando em conflito com outra considerada mais forte. Exemplos de direitos que surgiram nesta fase são: saúde, trabalho, educação, cultura e lazer.

A terceira dimensão contempla a solidariedade e a fraternidade. Em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, após os extermínios e as atrocidades testemunhadas pelo mundo e conjuntamente ao nascimento da Organização das Nações Unidas, surge a necessidade de proteção da raça humana.

Pela primeira vez, os titulares dos direitos não são os indivíduos ou uma parcela determinada da sociedade, mas o gênero humano. Percebe-se uma grande preocupação com os direitos das gerações presentes e futuras, dos quais surgiram os interesses difusos e coletivos.

Elucidativa é a afirmação de Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (2004, p. 74), para quem os direitos de terceira dimensão “[...] têm natureza de implicação universal, sendo que os mesmos alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados”. Exemplos dessa dimensão de direitos são: proteção ao meio ambiente, consumidor, paz, comunicação, autodeterminação dos povos, progresso e qualidade de vida.

O predomínio doutrinário aceita a existência somente dessas três dimensões de direitos fundamentais. No entanto, Paulo Bonavides defende uma quarta dimensão, que contemplaria os direitos decorrentes da globalização política. Nas palavras do referido autor:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (2006, p. 571)

Somando-se aos direitos indicados pelo autor, analogamente, são considerados de quarta dimensão os direitos relacionados à biotecnologia, à bioengenharia e à manipulação genética.

Ao se fazer um paralelo com as mudanças ocorridas no mundo, que culminaram no surgimento e na positivação dos direitos fundamentais, as Constituições brasileiras sempre integraram tais direitos em seu bojo, acompanhando a sua evolução.

A primeira Constituição do Brasil, chamada de Constituição Imperial de 1824, já consagrava os direitos fundamentais de primeira dimensão, as liberdades civis e políticas. Apesar de tratar tais direitos de maneira abstrata, o que dificultava o seu efetivo exercício,

esta Constituição se inspirou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Do mesmo modo, ao passo em que garantia a liberdade, a segurança e a propriedade, direitos que resultaram do movimento liberal constitucionalista da época, implementou o Poder Moderador, que concentrava todos os poderes na pessoa do Imperador, fato que configurou umas das maiores contradições do texto legal.

Após a Proclamação da República em 1889, é promulgada a Constituição Republicana de 1891, para a qual os direitos fundamentais individuais encontravam-se bem mais presentes; contudo, a falta de previsão de políticas públicas para que fossem efetivamente concretizados ainda se mantinha.

Ademais, mencionado documento marcou a separação do Estado e da Igreja Católica e, como consequência, passou a prever a liberdade religiosa. Importante salientar, também, que foi um documento essencial para a construção de um Estado democrático.

A Constituição de 1934 teve como inspiração a Constituição Alemã de Weimar e marcou a época em que Getúlio Vargas assumiu o poder. Nessa oportunidade, desenvolveram-se os direitos fundamentais de segunda dimensão, introduzindo-se o conceito de Estado Social.

Inovações relevantes advindas deste texto legal marcaram a proteção ao trabalhador, tais como: direito a férias remuneradas, determinação da jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias, salário mínimo e igualdade salarial para o mesmo trabalho, independente de sexo e idade, etc.

Fora isso, os direitos à cultura e à educação, outrossim, foram contemplados. A igualdade foi aplicada em vários ramos da vida social, o que possibilitou a garantia do direito ao voto das mulheres.

A Constituição de 1937 foi considerada um retrocesso no que tange à garantia e proteção dos direitos fundamentais. Getúlio Vargas, por meio de um Golpe de Estado, instalou uma ditadura no país, que ficou conhecida como Estado Novo.

Nessa fase, os direitos fundamentais individuais foram suprimidos de forma abrupta e o poder se concentrou nas mãos do presidente. O direito de ir e vir, de livre associação e de inviolabilidade de correspondências e comunicações sofreram fortes restrições, além da censura suportada pela imprensa.

A Constituição de 1946, em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, restaurou a democracia e os direitos fundamentais individuais que haviam sido suprimidos pela anterior.

Os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão foram ampliados nesta Constituição, com destaque para o direito à educação e para as novas garantias ao trabalhador; uma das inovações mais significativas ficou por conta do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A Constituição de 1967 foi promulgada no contexto da ditadura militar. Houve, novamente, um enorme retrocesso no campo de garantias individuais e sociais e a centralização do poder na pessoa do presidente. Comparando-se à Constituição de 1937, a de 1967 violou, de forma mais grave, os direitos fundamentais, principalmente as liberdades individuais, como a liberdade de expressão, de reunião, do direito de ir e vir, além de praticar uma forte censura a publicações e expressões de pensamento.

Os direitos sociais, em especial os direitos do trabalhador, tal qual sofreram retrocessos, como se pode ver na restrição ao direito de greve, na redução da idade mínima permitida para o trabalho e no fim da proibição de diferenciação dos salários em decorrência de idade e sexo.

Em meio a todas essas determinações, a Constituição de 1967 inovou ao prever em seu texto o respeito à integridade física e moral do detento. Mesmo não sendo esta garantia ao preso dotada de efetividade na época, foi a primeira Constituição brasileira que tratou do assunto.

Finalmente, após o término do período da Ditadura Militar e em um contexto de redemocratização do Brasil, é promulgada a Constituição Federal de 1988, admitida como aquela que mais cuidou de garantir e proteger os direitos fundamentais do homem.

Além de prever e ampliar os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões, prevê os direitos fundamentais de terceira dimensão. Em síntese: grandes inovações surgiram nesta Constituição, como a tortura e o racismo passaram a ser considerados crimes inafiançáveis, bem como a proibição de penas cruéis e de tratamentos desumanos e degradantes.

A situação dos presos, foco do presente trabalho, é deprimente. Embora a atual Constituição Federal preveja e assegure os direitos fundamentais aos detentos de modo amplo, o Estado ainda deixa a desejar no que concerne à concretização desses direitos, cunhados, ainda hoje, como meras normas programáticas.

CAPÍTULO 2 – A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO POR DANOS ORIUNDOS DO CERCEAMENTO DA LIBERDADE

A precariedade do sistema prisional brasileiro é extremamente alarmante; e, por causa dessa situação caótica, ocorrida em grande parte pela superlotação dos presídios, tornou-se comum a veiculação de notícias sobre violação à integridade física e psíquica dos detentos.

Ainda que o artigo 5º, inciso XLIX, da atual Constituição Federal brasileira e o artigo 5º, item 01, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, expressamente, assegurem o respeito aos direitos e às garantias constitucionais do preso, a realidade carcerária vigente se mostra totalmente adversa.

Em 2014, segundo o novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o país possuía cerca de 570.000 (quinhentos e setenta mil) detentos, distribuídos em 357.000 (trezentos e cinquenta e sete mil) vagas, quase o dobro da capacidade ofertada (BRASIL, 2015b). Com base nesses dados, em escala mundial, segundo notícia veiculada no Portal UOL, o Brasil tem a quarta maior população de presos do mundo, ficando atrás apenas da Rússia, com 673.800 encarcerados; China, com 1,6 milhão; e Estados Unidos, como 2,2 milhões (UOL, 2015). Esses números certamente irão aumentar devido à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal que passou a admitir a prisão de condenados em segunda instância, até então os condenados podiam recorrer em liberdade (BRASIL, 2016a).

Outro dado surpreendente é que cerca de 45% do número total de detentos brasileiros ainda não foram julgados; ou seja, quase metade da população carcerária do Brasil é composta por presos provisórios (BRASIL, 2015b).

No entanto, o número insuficiente de vagas é apenas um dos problemas das prisões no Brasil. Além disso, há falta de ventilação e água potável, proliferação de doenças e bactérias, alimentação deficitária, condições sanitárias e atendimento médico precários, distribuição e uso de drogas, corrupção dos agentes penitenciários, agressões morais, físicas e sexuais entre presos e funcionários, etc.

Na teoria, a pessoa é presa com o intuito de ser punida e ressocializada, para que retorne ao convívio social como um ser humano melhor. Contudo, em razão da falta de investimento e interesse do Estado, nota-se a ausência de projetos educativos, tampouco de

ressocialização; com isso, o objetivo primordial que deveria ser alcançado ao se cercear a liberdade do indivíduo está sendo deixado de lado.

Quando o Estado restringe totalmente a liberdade do indivíduo, retirando-o do convívio social e recolhendo-o ao cárcere, torna-se responsável pela incolumidade e guarda desta pessoa por todo o período em que esta se encontrar detida. Ora, o fato de o indivíduo ter cometido um ilícito penal, desrespeitando a sociedade e a legislação penal, não justifica que este tenha os seus direitos fundamentais sociais mitigados.

Da mesma forma que o Estado deve cumprir fielmente a legislação para recolher alguém ao cárcere, deve também cumprir e respeitar àquelas que determinam o respeito aos direitos fundamentais sociais e à dignidade da pessoa humana.

Frente a esta problemática, discute-se a responsabilidade patrimonial da Administração Pública pelos prejuízos decorrentes do cerceamento da liberdade das pessoas que estejam sob sua tutela.

2.1 Decretação de Prisão Indevida em virtude de Erro Judicial

O direito à liberdade, dada a sua importância de garantia fundamental, é consagrado em vários dispositivos legais, como a Declaração Universal sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição da República Federativa do Brasil. A regra é a liberdade, permitindo-se a prisão somente nos casos em que houver uma ordem, devidamente fundamentada, expedida pelo juízo competente ou no caso de flagrância delitiva.

Dessa forma, existem dois tipos de presos no sistema prisional brasileiro: o definitivo e o provisório. O primeiro refere-se ao cumprimento da pena pelo indivíduo que foi definitivamente condenado, por meio de sentença penal condenatória. O segundo refere-se à prisão do indivíduo durante as investigações ou no decorrer da ação penal, sendo caracterizada como medida de caráter excepcional, admitida apenas em situações de comprovada necessidade.

Quanto à temática, elucida Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 606) que

A privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena.

A prisão provisória ou processual apresenta as seguintes formas: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária.

A prisão em flagrante consiste na restrição da liberdade de alguém que está cometendo um crime ou que acabou de cometê-lo, podendo ser efetivada por qualquer pessoa, independente de ordem judicial, nos ditames do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 177), prisão em flagrante é

[...] a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da sociedade.

A partir desse conceito, resta claro que a prisão em flagrante possui caráter de medida administrativa, que tem o objetivo maior de preservar a ordem e a paz social.

Já a prisão preventiva é uma modalidade de prisão que somente poderá ser decretada por ordem escrita e fundamentada pelo juiz, como medida excepcional, no decorrer do inquérito policial ou do processo criminal, desde que existam indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime. Sobre o assunto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 580) assim se posiciona:

Não basta para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão as razões para deflagração da constrição à liberdade. Se a prisão, quanto ao seu fundamento, deve estar pautada na extrema necessidade, a legislação preocupou-se em preestabelecer quais os fatores que representam o perigo da liberdade do agente, justificando a possibilidade do encarceramento.

Os fatores que fundamentam a prescrição do encarceramento do indivíduo estão dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal; quais sejam: a garantia da ordem pública e econômica; a garantia da futura aplicação da lei penal, como forma de evitar fugas e intervenções que possam ser prejudiciais ao bom andamento da persecução penal; e o descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (BRASIL, 2015c).

No caso da prisão temporária, esta é uma medida privativa de liberdade, decretada pelo juiz, por tempo determinado, no decorrer do inquérito policial, para assegurar as

investigações de crimes considerados mais graves, nos termos da Lei n.º 7.960/89. Para que seja decretada a prisão temporária, devem ser cumpridos os pressupostos exigidos na lei. Logo, é preciso que se comprove a necessidade da aplicação da medida, bem como que seja adequada ao tipo de crime cometido (BRASIL, 2015d).

Em suma, para que se justifique a prisão do indivíduo antes da sentença penal condenatória, é determinante que estejam presentes todos os requisitos de admissibilidade da prisão, sendo a principal delas, a extrema imprescindibilidade do encarceramento do indivíduo.

O Estado não possui poder absoluto, regulando-se, pois, pelo que determina a legislação. Se extrapolar qualquer dos limites estipulados, caracteriza-se o erro judiciário, que gera o direito à reparação do dano causado, especialmente na esfera processual penal, pautada pelo princípio da correlação entre imputação e sentença.

No exercício de sua função jurisdicional, o Estado está prestando um serviço público; por essa razão, deve ser responsabilizado nos moldes do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, pelos atos lesivos que vier a praticar.

Segundo Yussef Said Cahali (2007, p. 476):

Impõe-se no Estado de Direito o reforço da garantia dos direitos individuais dos cidadãos, devendo ser coibida a prática de qualquer restrição injusta à liberdade individual, decorrente de ato abusivo da autoridade judiciária, e se fazendo resultar dela a responsabilidade do Estado pelos danos causados.

A decretação da prisão de alguém de forma indevida, por meio do poder jurisdicional, interfere, diretamente, no âmbito de direitos e garantias constitucionais dos cidadãos, que se submetem às decisões e penalidades impostas pelo Estado. Nessa conjuntura, justifica-se a responsabilidade patrimonial do Estado pelos prejuízos que vier a causar na prática de sua competência administrativa.

O direito à indenização baseado em prisão ilícita tem supedâneo no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, *in verbis*: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário [...]” (BRASIL, 2015a). Tal direito tratado em referido dispositivo engloba os danos sofridos tanto na esfera patrimonial, quanto na esfera moral, tendo em vista que a lesão atinge o *status dignitatis* do indivíduo.

É válido salientar que o erro judiciário decorrente de prisão ilícita não é somente aquele cometido contra aqueles que sofreram uma condenação penal indevida, mas também contra uma decretação de prisão provisória equivocada.

Esta tem sido a posição adotada pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - ALEGAÇÃO DE PRISÃO INDEVIDA - UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO ROUBADO, POR MELIANTE, QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO - FALHA ADMINISTRATIVA NA IDENTIFICAÇÃO QUE RESULTOU EM PROCEDIMENTO CRIMINAL - DANOS MORAL E MATERIAL - CABIMENTO. A pessoa que foi vítima de utilização de sua identidade por agente criminoso, resultando na falha administrativa, decorrente de negligência dos agentes policiais em diligenciar para fins de identificação correta quanto ao meliante detido, que tinham meios para fins de constatar possível falsidade documental praticada, tem direito a tal indenização, com fixação moderada. Arbitramento que deve operar-se com moderação ao grau de culpa, ao porte ou condições das partes, bem como o caráter pedagógico que deve representar referida indenização em situações assemelhadas. Valor indenizatório que merece manutenção ante a falha administrativa que culminou com o ato ilícito praticado contra o autor, consoante os parâmetros utilizados por esta relatoria em situações análogas. Decisão parcialmente reformada, apenas quanto aos encargos e atualização. Recurso parcialmente provido. (BRASIL, 2014a)

No caso descrito, a falha que ocasionou o dano ao indivíduo imputa-se à autoridade policial, que agiu de maneira insatisfatória na identificação do autor do crime, resultando na prisão de uma pessoa inocente, que veio a sofrer danos de difícil reparação e lesões na esfera de suas garantias e seus direitos constitucionais.

Em caso semelhante, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - REALIZAÇÃO DE PRISÃO CALCADA EM MANDADO SEM VALIDADE - ERRO JUDICIÁRIO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO - DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Demonstrado nos autos que o autor restou detido e encaminhado à Delegacia de Polícia em razão de mandado de prisão sem prazo de validade. Ordem de suspensão do cumprimento do mandado em momento posterior à condução do autor até a delegacia. Constrangimento ilegal do demandante. Falha na prestação do serviço público. Dano moral puro. 2. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor fixado na sentença mantido. Negaram provimento ao recurso. Unânime. (BRASIL, 2014b)

Aqui, o indivíduo ficou detido somente por algumas horas, nem chegando a ser encaminhado à penitenciária; no entanto, o constrangimento sofrido foi o suficiente para ensejar a responsabilização patrimonial do Estado pelo prejuízo causado em decorrência do erro de seus agentes.

Portanto, em consonância ao que foi explicitado, a configuração do erro judiciário decorrente de prisão ilícita se dá quando ausentes um ou mais pressupostos ou fundamentos indispensáveis para a validade da modalidade de prisão que se aplique ao caso concreto. Não se deve, então, confundir o erro judiciário com a prisão processual decretada em determinado momento, pretendendo possibilitar a persecução criminal, com a posterior absolvição do suposto autor do crime. Na opinião de Rui Stoco (2004, p. 1.037):

O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado, ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados.

A atuação do Estado, conseqüentemente, não ensejará a indenização por prisão ilícita quando esta for necessária para o bom andamento da *persecutio criminis* e estiver em consonância com os seus requisitos legais.

Neste seguimento, tem se posicionado a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS MORAIS. Prisão preventiva com posterior absolvição por falta de provas. Art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal que somente prevê a indenização por erro judiciário ou excesso de prisão, decorrentes de condenação. Ilegalidade do ato não configurada. Decisão fundamentada, preenchidos os requisitos legais, não consistente em ato doloso, fraudulento, praticado com abuso de poder, arbitrariedade ou com erro grosseiro. Inexistência do dever de indenizar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (BRASIL, 2013a)

Se o ente estatal agiu preventivamente, visando a viabilizar, por exemplo, a persecução processual e, ao final, tenha o suposto autor do crime sido absolvido, não há, desse modo, que se falar em indenização patrimonial ou prática de ato ilícito por parte do Estado, pois este atuou no estrito limite do exercício de sua atividade administrativa.

2.2 Restrição da Liberdade além da Dosimetria da Pena

Está terminantemente contemplada, no artigo 5º, inciso LXXV, segunda parte, da Constituição Federal, a hipótese de reparação patrimonial da pessoa que fica presa além do prazo fixado na sentença. Isso pode ocorrer nos casos em que o condenado permanece em cárcere por um tempo superior ao determinado na sentença condenatória ou quando a pena aplicada na sentença for menor que o tempo em que permaneceu preso cautelarmente.

É inegável que a restrição da liberdade de uma pessoa é uma marca impossível de ser apagada, trazendo consigo diversas consequências negativas para sua vida. Tanto é assim que a Lei n.º 4.898/65 preceitua, em seu artigo 4º, alínea “i”, que tal conduta caracteriza crime de abuso de autoridade (BRASIL, 2015e).

Por conseguinte, é inaceitável a permanência de pessoa em cárcere depois de cumprido o tempo da pena que lhe foi imposta judicialmente, devendo a Administração Pública ser responsabilizada se atuou de forma contrária.

Aliás, esta tem sido a posição adotada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - REPARAÇÃO DE DANOS - CONCESSÃO DE BENEFÍCIO (SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA) EM RECURSO NO STJ - ERRO JUDICIÁRIO NÃO CONFIGURADO - ATO ILÍCITO INEXISTENTE - PRISÃO POR TEMPO SUPERIOR AO FIXADO NA SENTENÇA - ATO ILÍCITO CONFIGURADO - ART. 5.º, LXXV, E ART. 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 109 DA LEI N.º 7.210/84 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DANOS MATERIAIS - LUCROS CESSANTES - CERCEAMENTO DO POTENCIAL DE TRABALHO - DANOS MORAIS – ARBITRAMENTO - APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE - SENTENÇA REFORMADA. Tendo a sentença criminal e o acórdão da respectiva apelação negado benefício à condenada (sursis), a posterior concessão pelo STJ, em decorrência do exercício do direito recursal, não caracteriza erro judiciário ou ato ilícito capaz de autorizar indenização pelo período em que esteve privada de tal benefício. Entretanto, no caso, além deste fato, constata-se que a autora permaneceu na prisão por tempo superior ao fixado na sentença, por mau funcionamento do sistema judiciário que deveria ter garantido sua imediata liberdade (art. 109 da Lei 7210/84; arts. 673 e 685 do CPP; e art. 5º, LXV da CF). Configurada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º da CF), sem possibilidade de escusa na inércia ou inadequada atuação da condenada na defesa de seus direitos, impõe-se a indenização prevista no artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal. Devida, então, a indenização por danos morais (arbitrados, para o caso, em R\$ 10.000,00) e materiais, estes referentes à impossibilidade de trabalho da autora, com correção monetária e juros legais, além da condenação sucumbencial. Apelação provida em parte. (BRASIL, 2005)

No caso em tela, ficou retratada a falha no funcionamento da máquina estatal, o que acarretou na indevida manutenção prisional da autora do crime, ferindo, diretamente, o seu direito fundamental à liberdade.

Assim sendo, deve o ente estatal proceder de forma cautelosa diante de cada caso concreto, com o escopo de controlar os prazos prisionais, colocando em liberdade todo o indivíduo que já teve o seu tempo de prisão cumprido, sob pena de ser responsabilizado.

2.3 Violação ao Direito de Ir e Vir por Excesso de Prazo

Fica caracterizado o excesso de prazo quando o Estado, de forma injustificada, demora na prestação da atividade jurisdicional ao indivíduo que está preso provisoriamente. Pelo caráter de excepcionalidade da prisão provisória, todos têm o direito de serem julgados em um prazo razoável; do contrário, evidencia-se completo descaso do Estado para com a situação do detento.

Na análise de Rogério Schietti Machado da Cruz (2006, p. 107),

[...] ninguém pode ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido por lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos têm o direito de ser julgados em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo irrazoável.

Para a definição do prazo razoável, devem-se levar em consideração diversas variantes, tais como a complexidade da causa, a multiplicidade de réus ou de vítimas, a demora na manifestação por parte do advogado de defesa, etc. Entretanto, existem limites que não podem ser desrespeitados, sob risco de ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da razoável duração do processo penal.

Em relação a esse aspecto, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal esclarece:

"HABEAS CORPUS" - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO - O

EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 - RTJ 157/633 - RTJ 180/262-264 - RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu - O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional, inclusive a de não sofrer o arbítrio da coerção estatal, representado pela privação cautelar da liberdade por tempo irrazoável ou superior àquele estabelecido em lei - A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa, considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III), significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo - Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII) - EC 45/2004 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6) - Doutrina - Jurisprudência - O indiciado e o réu, quando configurado excesso irrazoável na duração de sua prisão cautelar, não podem permanecer expostos a tal situação de evidente abusividade, sob pena de o instrumento processual da tutela cautelar penal transmutar-se, mediante subversão dos fins que o legitimam, em inaceitável (e inconstitucional) meio de antecipação executória da própria sanção penal. (BRASIL, 2009)

Nas situações de excesso irrazoável de prazo na prisão cautelar, o preso provisório deve, pois, ser colocado em liberdade de forma imediata; a pessoa não pode ter a restrição de sua liberdade mantida de forma indeterminada por culpa da máquina estatal.

Assevere-se que a prisão processual não pode, de maneira alguma, assumir o caráter definitivo de cumprimento adiantado de pena, uma vez que não houve uma prévia formação de culpa; todavia, não é qualquer demora no trâmite processual que pode ser imputada ao Estado. Existem peculiaridades processuais que podem contribuir para a morosidade da ação penal, não ensejando, assim, nenhum tipo de responsabilidade estatal.

Mediante tal perspectiva, eis recente decisão da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

HABEAS CORPUS - FORMAÇÃO DE QUADRILHA, RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEICULO - PRISÃO

PREVENTIVA ANALISADA EM IMPETRAÇÃO ANTERIOR - REITERAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA, POR EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - PROCESSO COMPLEXO, COM VÁRIOS RÉUS, RAZOÁVEL NÚMERO DE TESTEMUNHAS E NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - ORDEM CONHECIDA EM PARTE, COM DENEGAÇÃO NA PARTE CONHECIDA. (BRASIL, 2013b)

Note-se que, no caso ilustrado, a morosidade da Administração Pública, na formação da culpa dos suspeitos, é justificada pela presença dos elementos que foram citados na decisão, tendo o condão de demandar um tempo maior para a conclusão do processo.

2.4 Atentado à Incolumidade do Encarcerado

A situação atual dos estabelecimentos prisionais brasileiros é crítica. Os detentos vivem em total desamparo, o que faz com que retomem seus instintos mais básicos de sobrevivência, como a briga por território. Nesse cenário, a violência ocorre de forma exacerbada; e a condição desumana em que se encontram os presos gera diversos tipos de agressão, física, moral e sexual, levando-os a sobreviver num ambiente de constantes conflitos.

Conforme anotado anteriormente, a Administração Pública é responsável por todo e qualquer dano que seus agentes venham a causar a terceiros, sejam estes decorrentes de conduta comissiva ou omissiva. Sobre isso, nas palavras de Rui Stoco (2004, p. 1.319):

O preso, a partir de sua prisão ou detenção, é submetido à guarda, vigilância e responsabilidade da autoridade policial, ou da administração penitenciária, que assume o dever de guarda e vigilância e se obriga a tomar medidas tendentes à preservação da integridade física daquele, protegendo-o de violências contra ele praticadas, seja por parte de seus próprios agentes, seja por parte de companheiros de cela ou outros reclusos com os quais mantém contato, ainda que esporádico.

Observe-se que o Estado, no momento em que recolhe o indivíduo ao cárcere, passa a ficar responsável por ele, por seu bem-estar, sua saúde, por protegê-lo da ação de outros presos, por oferecer-lhe uma vida digna e assegurar o respeito aos seus direitos fundamentais sociais.

Era comum a Administração Pública alegar, nos casos de violência ocorrida entre presos, uma excludente da responsabilidade estatal, qual seja, a culpa de terceiro. Procurava-

se imputar somente ao agressor a responsabilidade de reparação dos danos. No entanto, essa tese já não é mais aceita.

Nas situações em que o preso sofre algum tipo de agressão, ou naquelas de maior gravidade, em que a violência infligida resulta em morte do detento, entende-se que o Estado deixou de cumprir sua função de proteger o cidadão que estava sob sua custódia, devendo ser responsabilizado pela sua omissão.

Essa vigilância do Estado para com o preso deve abranger, inclusive, a inspeção das celas para apreensão de drogas e armas, o que colabora para reduzir a violência entre os detentos.

No tocante à agressão física entre presos, a opinião da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim se posiciona:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AGRESSÃO FÍSICA SOFRIDA POR APENADO RECOLHIDO A ESTABELECIMENTO PRISIONAL - ESPANCAMENTO DO PRESO POR OUTRO DETENTO - LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS - TRAUMATISMO CRANIANO GRAVE - INTERNAÇÃO EM HOSPITAL POR PERÍODO SUPERIOR A UM MÊS - ATENDIMENTO EM UTI - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO - FALHA DO SERVIÇO - DEVER ESTATAL DE ASSEGURAR A INCOLUMIDADE FÍSICA E MORAL DOS DETENTOS - NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. O Estado responde objetivamente, na seara cível, pelos atos ilícitos dos seus agentes no exercício da função ou em razão dela. O regime a ser aplicado é o da responsabilidade civil objetiva do ente de direito público, sendo desnecessário perquirir a respeito da culpa do agente causador dos danos. Incidência do art. 37, § 6º, da CF. Dano e nexo de causalidade devidamente configurados. Apenado espancado por outro detento no interior de cela do estabelecimento carcerário. Agressões físicas de que resultaram lesões corporais graves (traumatismo craniano grave). Internação hospitalar por período superior a um mês. Atendimento em UTI. Estando o apenado recolhido a estabelecimento prisional sob a custódia do Estado, a este incumbe assegurar-lhe a incolumidade e a integridade física e moral. Negligência do aparato estatal evidenciada. Hipótese em que não se exige a individualização da culpa, que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, porquanto prestado de forma defeituosa. Perfeitamente evidenciada a falha do serviço ou a culpa anônima da Administração, caracterizada pela ausência do serviço, pelo serviço defeituoso ou demorado. Danos morais "*in re ipsa*". Em face das lesões corporais gravíssimas padecidas pelo sujeito lesado é presumível o dano moral. Dano extrapatrimonial puro que deriva do próprio fato e da sua natural repercussão na esfera do lesado. Dano "*in re ipsa*", dispensando prova do efetivo prejuízo. Arbitramento do "quantum" indenizatório. Valor fixado na sentença mantido. Cunho compensatório e dissuasório da reparação. Montante da indenização arbitrado na sentença em atenção aos critérios de

proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Apelo desprovido. (BRASIL, 2014c)

Já com relação à morte do preso ocorrida dentro do estabelecimento prisional, destaca-se a decisão da 13ª Câmara de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça:

INDENIZAÇÃO - MORTE DE PRESO EM REBELIÃO - ARTIGO 37, PARÁGRAFO 6º DA CF - RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO - ESTANDO O DETENTO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL, COM ÓBVIA CUSTÓDIA E PROTEÇÃO DIRETA DO PODER PÚBLICO, RESPONSÁVEL POR SUA INTEGRIDADE FÍSICA, E ATÉ, OCORRENDO SUA MORTE, RESPONDE INTEGRALMENTE O ESTADO, POR CULPA IN VIGILANDO - É DEVER E ATIVIDADE DO ESTADO ASSEGURAR AOS PRESOS O RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - ARTIGO 5º, XLIX REPISADO NA LEI Nº 7.210/84, ARTIGO 40 - NEXO CAUSAL ENTRE O EVENTO DANOSO E CONDUTA DOS AGENTES - INDENIZAÇÃO DEVIDA - DANO MORAL AQUI REDUZIDO - NA CORREÇÃO MONETÁRIA ADOTA-SE A TABELA PRÁTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - OS JUROS DE MORA SERÃO DE 1% AO MÊS - INAPLICABILIDADE DA LEI 11.960/09 - TERMO "A QUO" (SUMULAS 54 E 362 DO STJ) - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE SE REFORMA APENAS PARA REDUZIR OS DANOS MORAIS - HONORÁRIOS ARBITRADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (BRASIL, 2015h)

Em concordância com o entendimento majoritário da jurisprudência, deve-se responsabilizar o Estado pelos danos causados aos detentos que estão sob sua custódia nos casos de agressão e homicídio, uma vez que incumbe à Administração Pública zelar pelo respeito e pela proteção de seus direitos fundamentais sociais.

Configura-se, pois, a omissão do ente estatal, quando este falha no cumprimento do seu dever de tutela, o que acarreta no dever de indenizar civilmente o administrado que sofreu o dano ou sua família.

2.5 O Estado tem Responsabilidade pelo Suicídio do Preso?

Concernente à questão do suicídio do preso, alguns pontos devem ser levados em consideração. Inicialmente, o entendimento predominante era de que não havia fundamento para que se responsabilizasse o Estado no caso de suicídio do detento, visto que não existia liame entre o evento morte e o fato de o indivíduo ter sido detido. Aplicava-se a culpa exclusiva da vítima como excludente de sua responsabilidade.

Defendia-se que era impossível impedir que o preso desse fim à própria vida se assim o desejasse, uma vez que seria inviável deixar um funcionário de vigia vinte e quatro horas por dia para cada detento. Além disso, muitos levantavam a seguinte questão: Qual a justificativa de responsabilizar o Estado nestes casos específicos? Não estaria o Estado sendo onerado de forma abusiva?

Com o passar do tempo, tais questionamentos foram sendo gradualmente superados, de modo que, atualmente, entende-se que é dever do Estado proteger o preso tanto da ação de outros detentos ou agentes públicos quanto de si mesmo.

Hodiernamente, manifesta-se o nexu causal entre o suicídio e o fato de o indivíduo estar sob a custódia do Estado em um estabelecimento prisional. A precária condição em que vivem os presos no Brasil, o ambiente de constante violência e o reiterado desrespeito aos seus direitos básicos contribuem para a tomada dessa drástica decisão.

Ademais, deve-se levar em consideração que alguns detentos apresentam distúrbios mentais que necessitam de tratamento próprio e que, contudo, em razão da desídia do Estado, são negligenciados. Nessa linha, Yussef Said Cahali (2007, p. 404-405) aduz que,

Com efeito, aceita-se que o Estado deve ressarcir o dano resultante de suicídio de preso recolhido ao xadrez de delegacia de polícia cujo estado físico e mental inspirava cuidados e assistência médico-hospitalar, pois as condições pessoais do detento fariam presumir a necessidade de uma vigilância efetiva sobre o mesmo a fim de prevenir a prática do ato treloucado.

Nas situações peculiares em que o preso já demonstrar ter distúrbios mentais que, se não tratados e controlados de maneira correta, possam levá-lo ao cometimento de suicídio, mais latente ainda a responsabilidade da Administração Pública em assegurar que seja dado ao indivíduo todo o aparato necessário para que leve uma vida digna por todo o tempo em que se encontrar privado do seu ir e vir.

Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a polêmica:

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ESTADO. SUICÍDIO. PRESO. Trata-se de ação de reparação de danos ajuizada pelo MP, pleiteando indenização por danos morais e materiais, bem como pensão aos dependentes de preso que se suicidou no presídio, fato devidamente comprovado pela perícia. A Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado, fixando em 65 anos o limite temporal para o pagamento da pensão mensal estabelecida no Tribunal a quo. Outrossim, destacou o Min. Relator já estar pacificado, neste Superior Tribunal, o entendimento de que o MP tem legitimidade

extraordinária para propor ação civil ex delicto em prol de vítima carente, enquanto não instalada a Defensoria Pública do Estado, permanecendo em vigor o art. 68 do CPP. Para o Min. Teori Albino Zavascki, o nexos causal que se deve estabelecer é entre o fato de estar o preso sob a custódia do Estado e não ter sido protegido, e não o fato de ele ter sido preso, pois é dever do Estado proteger seus detentos, inclusive contra si mesmo. (BRASIL, 2016b).

O acórdão mencionado traduz a linha de pensamento dos órgãos julgadores dos Tribunais Superiores como um todo, razão pela qual o Estado é responsabilizado pela morte do preso, mesmo em caso de suicídio.

Reitera-se, aqui, a importância de se vasculharem as celas à procura de qualquer instrumento que possa vir a ser utilizado como arma pelo detento; é pacífico que cabe ao Estado evitar, por todos os meios possíveis, que o evento morte ocorra.

2.6 Falecimento de Detento por Problemas de Saúde

A Constituição Federal assegura ao preso o respeito à integridade física e moral. Analogamente, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 14, estabelece que “a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 2015g).

Não obstante o direito à saúde do preso esteja amplamente regulamentado na legislação pátria, a realidade se mostra muito diferente do que determinam os ditames legais. A superlotação dos presídios, a falta de higiene, o uso de drogas, a precária alimentação, os constantes abusos sexuais, tudo isso torna o ambiente prisional um local propício para a proliferação e contágio de diversos tipos de doenças.

As mais comuns são pneumonia, tuberculose, AIDS, hepatite e hanseníase. Pondere-se que qualquer uma dessas enfermidades, sem o devido tratamento, ou se este for realizado de modo ineficiente, condena o indivíduo que está preso à morte.

A maioria das penitenciárias não possui tratamento médico-hospitalar, com isso, é necessária a remoção dos presos para os hospitais. Tal remoção, por sua vez, depende de escolta policial, que pode ser demorada, já que, a seu turno, depende da disponibilidade de pessoal naquele determinado momento. A demora no transporte do preso também pode contribuir para que seu estado de saúde se agrave.

Essa situação drástica acarreta a chamada dupla penalização do detento que, a princípio, foi condenado pela prática de um crime e teve sua liberdade e seu direito de ir e vir cerceados e, além disso, tem grande chance de adoecer ou de ter seu estado de saúde agravado, levando-o a óbito.

Visando a remediar a desídia estatal, aponta-se para o julgado da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - MORTE DE PRESIDIÁRIO DECORRENTE DE COMPLICAÇÕES PULMONARES, SEM QUE LHE FOSSE OFERECIDO ADEQUADO TRATAMENTO DE SAÚDE - DESCUMPRIMENTO PELO ESTADO DO DEVER DE ZELAR PELA INTEGRIDADE FÍSICA DO PRESO (ART. 5º, XLIX) - CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL, DEVENDO SER MANTIDA A CONDENAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, QUE DEVE SER ARBITRADA EM R\$ 102.000,00 (CENTO E DOIS MIL REAIS) - RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO DA FAZENDA ESTADUAL NÃO PROVIDOS. (BRASIL, 2013c)

A responsabilidade do Estado na decisão indicada é patente, admitindo sua origem na omissão do dever de prestar a devida assistência à saúde do detento e não no problema de saúde em si. Portanto, a intenção não é elevar o Estado à posição de garantidor universal; antes, é definir os limites de sua responsabilidade.

Exemplo disso é que, nos casos em que a morte do preso se dá por causas naturais ou em decorrência de doenças preexistentes, devidamente amparadas pelo órgão estatal, não há que se falar na responsabilização deste.

O acórdão proferido pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim se manifesta sobre o assunto:

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - MORTE DE DETENTO – DIABETES - OMISSÃO DO ESTADO NO ATENDIMENTO MÉDICO – INOCORRÊNCIA - RÁPIDO SOCORRO - ENCAMINHAMENTO DO PRESO AO HOSPITAL - INEXISTENTE QUALQUER FALHA DO ESTADO. Caso em que o detento foi conduzido a estabelecimento hospitalar de forma rápida. Posterior falecimento em função de complicações decorrentes de diabetes. Ausência de omissão do Estado quanto ao amparo do presidiário. Não há nexos causal entre o resultado morte e o agir do ente público. Sentença de improcedência mantida. Negaram provimento à apelação. Unânime. (BRASIL, 2014e).

Resta claro que, na circunstância descrita, rompeu-se o nexo causal entre o evento morte e o fato de o indivíduo estar preso, razão pela qual o ente estatal não foi responsabilizado.

Em síntese, as decisões do Poder Judiciário têm traduzido uma maior preocupação com a situação deplorável vivida pelos detentos, atribuindo e exigindo que o Poder Público cumpra com o seu dever legal de zelar pela proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais dessas pessoas enquanto estiverem sob sua custódia.

Logo, somente quando essas questões estruturais básicas do sistema carcerário brasileiro forem sanadas, é que se poderá falar em uma efetiva ressocialização do preso.

CAPÍTULO 3 – A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO ESTADO PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO SISTEMA PRISIONAL

Assunto muito em voga ultimamente tem envolvido a estreita relação entre a implementação de políticas públicas e a alegação da teoria da reserva do financeiramente possível pelo Estado Brasileiro como meio de se eximir do cumprimento de seus deveres constitucionais no tocante a não efetivação dos direitos fundamentais sociais, em decorrência da insuficiência de recursos financeiros.

É óbvio que a implantação de medidas pelo poder público está diretamente ligada à disponibilidade financeira, razão pela qual existe a dificuldade de promover um atendimento integral da totalidade das garantias fundamentais a toda população. No entanto, o ente estatal não pode deixar de cumprir com as suas obrigações constitucionais.

A Administração Pública deve garantir, em situações atípicas, pelo menos o mínimo de cada direito fundamental social ao indivíduo, assegurando-lhe, sempre, a sua dignidade.

A insatisfação da sociedade aumenta proporcionalmente ao crescimento de suas reivindicações ao Poder Judiciário, que fica incumbido de decidir se cabe razão ao Estado, quando devidamente comprovada sua restrição orçamentária, ou ao interessado, quando se entender que o direito pleiteado deve ser imediatamente implementado.

Se a situação do cidadão comum já é delicada quanto à garantia de seus direitos fundamentais sociais, em situação muito mais drástica se encontram os detentos, que comumente são desconsiderados como sujeitos de direitos e, dessa forma, têm as suas garantias constitucionais preteridas.

3.1 Teoria da Reserva do Possível: Origem e Aplicação *a la Brasileira*

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, na década de 70, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão proferiu a decisão BVerfGE n.º 33,303, proposta por estudantes que alegavam insuficiência de vagas no curso de medicina na Universidade de Hamburgo, uma vez que a Lei Fundamental Alemã prescrevia que todos os cidadãos alemães tinham o direito de escolher, livremente, sua profissão e o lugar de aprendizagem.

A pretensão dos estudantes, que pleiteavam o aumento do número de vagas na universidade foi negada, uma vez que a Corte Alemã entendeu que a garantia da liberdade profissional não obrigaria o Estado a garantir o acesso irrestrito de todos os indivíduos ao nível superior; antes, apenas oferecer um determinado número de vagas e garantir que os candidatos tivessem as mesmas condições e oportunidades de disputá-las, pois somente se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse que se pauta nos limites da razoabilidade, estando sujeito a, devido à limitação orçamentária, comprometer a efetivação de outros direitos sociais (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 657-665).

Analisando o julgamento evidenciado, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 340-341) pondera:

[...] colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável, também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.

De acordo com o exposto, conclui-se que a teoria da reserva do possível, em sua origem, não tinha como referência a limitação financeira para garantir a efetivação de um direito social – o que ocorre no Brasil, mas a plausibilidade de sua exigência; ou seja, mesmo que o Estado possuísse disponibilidade de recursos, não era obrigado a atender a um pedido que não fosse razoável.

Após o seu surgimento na Alemanha, a teoria da reserva do possível se propagou por vários países do mundo, em cada qual se adequando à realidade econômica e social encontrada. E, no Brasil, não foi diferente.

No entanto, a referida teoria perdeu parte de sua essência inicial, uma vez que deixou de levar em consideração a razoabilidade da pretensão, analisando-se tão-somente a disponibilidade de recursos.

Nesse sentido, Andreas Joachim Krell (2002, p. 108-109) critica o uso da Teoria da Reserva do Possível no Brasil:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc. Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).

Seguindo o mesmo raciocínio, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 195) expõe que

[...] a definição do que, em determinado momento, pode-se exigir da sociedade, uma vez atendidos os direitos públicos subjetivos e respeitado o mínimo vital, só pode ser sopesado à luz das condições socioeconômicas de cada país e das disponibilidades orçamentárias existentes.

É clara a distinção entre as realidades vividas pela Alemanha e pelo Brasil, o que explica a diferença nos elementos levados em conta para a aplicação da teoria da reserva do possível, razão pela qual a teoria é conhecida no Brasil como “reserva do financeiramente possível”.

Com o passar do tempo, houve um considerável aumento da população brasileira, bem como de suas necessidades básicas. O Estado, que tem o dever de agir para suprir essas demandas, constantemente está impossibilitado de suportar o ônus financeiro decorrente de todas essas reivindicações.

A respeito da natureza da teoria da reserva do financeiramente possível, Ana Carolina Lopes Olsen se posiciona:

[...] a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade [...]. Diante desse quadro parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais. (OLSEN, 2006)

Nessa esteira, a teoria da reserva do financeiramente possível consiste em um elemento limitador de acesso dos indivíduos a um direito fundamental social específico, restringindo a sua completa efetivação em decorrência da limitação orçamentária do Estado, que se vê, muitas vezes, impossibilitado de arcar com as prestações que lhe são impostas constitucionalmente.

Quanto à relação entre a teoria da reserva do financeiramente possível e a limitação orçamentária, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 261-262) entende que

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante da necessidade quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Em virtude de sua definição, a teoria da reserva do financeiramente possível constitui matéria de defesa exclusiva do Estado, sendo que somente este pode se escusar do cumprimento de determinada obrigação, em razão da limitação de recursos.

Quando for alegada pelo ente estatal, portanto, o ônus da prova será sempre seu; isto é, para que uma reivindicação de prestação de determinado direito fundamental social seja negada pelo Estado por não possuir orçamento suficiente, é imprescindível que haja a comprovação do que foi aduzido.

A mera alegação de falta de recursos não exime o Estado do cumprimento de suas obrigações constitucionais; esta deve ser devidamente comprovada e justificada, estando sujeita a ser rechaçada a matéria de defesa em questão.

É imperioso destacar, também, o caráter de excepcionalidade da teoria da reserva do financeiramente possível, pois não pode ser alegada, automaticamente, em toda demanda proposta contra o Estado, mas somente nos casos em que não há condições de prestar o que foi pedido, sem que haja prejuízos à coletividade em outras esferas.

A respeito da limitação dos direitos fundamentais sociais, elucida Konrad Hesse (1998, p. 256):

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito,

isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Em decorrência da incapacidade financeira do Estado em efetivar, integralmente, todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, cabe a este fazer uma ponderação entre um direito e outro, com o intuito de evitar que apenas um deles seja considerado em detrimento de outro. Em suma, deve haver uma harmonização entre os direitos em questão.

Destarte, o Estado deve analisar o caso concreto, estabelecendo os critérios e as prioridades a serem seguidas para a destinação do orçamento disponível naquele momento, por meio da implementação de políticas públicas.

Para Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241), políticas públicas são “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Com isso, o orçamento é o instrumento que permite a efetivação das políticas públicas, definindo a viabilidade da concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

A teoria da reserva do financeiramente possível é um elemento limitador da implementação das políticas públicas, em virtude da escassez de recursos. Dessa forma, quando dois ou mais direitos fundamentais sociais se chocarem, o Estado deve ponderar e escolher aquele que seja considerado mais relevante naquele momento.

Essa liberdade de escolha é denominada poder discricionário, pelo qual o Estado toma uma decisão analisando a conveniência e a oportunidade, elegendo a medida que entenda mais conveniente ao interesse público.

A discricionariedade, de acordo com José Eduardo Martins Cardozo (2005, p. 49) é

Campo de atuação livre outorgado pela lei ao administrador, dentro dos próprios limites que essa outorga normativa estabelece. É, em outras palavras, uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica vigente.

Mesmo possuindo esse poder de escolha, a Administração Pública deve basear suas decisões nas diretrizes definidas pela Constituição Federal, uma vez que as metas constitucionais são garantistas; em outras palavras: devem garantir tudo o que é importante

para a nação brasileira, consagrando, assim, a dignidade da pessoa humana, por meio da qual há a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana (POZZOLI, 2000, p. 66-67).

Seguindo esse mesmo argumento, Marcelo Figueiredo esclarece:

Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhada no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos [...] É dizer, a Constituição é importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nos diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados. (FIGUEIREDO, 2015).

Nesse diapasão, nem a garantia de efetivação dos direitos fundamentais sociais é absoluta, pois, não raro, um deles se sobrepõe ao outro quando se pondera sobre a essencialidade dos mesmos em determinado momento; tampouco o é o poder discricionário do Estado na escolha dos direitos que serão contemplados pela limitação de recursos.

Tal situação traz uma enorme insegurança jurídica, vez que deixa “à mercê” do administrador a decisão de quais direitos serão concretizados. Por essa razão, as escolhas devem ser sempre analisadas de forma cautelosa, com o intuito de se solucionar o conflito de interesses da melhor maneira possível para a sociedade.

Apesar disso, o que se verifica no cenário político do Brasil é um grande descaso para com os direitos sociais, com a falta de políticas públicas eficientes, bem como com a má distribuição de verbas para os diferentes segmentos necessários.

Outro aspecto gritante diz respeito à corrupção no país, infelizmente noticiada, cada vez mais frequentemente, nos meios de comunicação. Esta triste realidade tem o condão de comprometer, ainda mais, a qualidade de vida da população brasileira, pois o interesse do governante deixa de ser o bem comum para se transformar na busca por benefícios próprios.

Por essas e outras razões, a situação em foco apenas vem a comprometer, com maior gravidade, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois os recursos, que já são restritos, sofrem desvios para a satisfação de interesses particulares dos administradores.

Nesse contexto, mesmo com toda a problemática apresentada, o mínimo necessário para a manutenção de uma vida digna não pode ser afetado.

3.1.1 Relação entre a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível e o Mínimo Vital

Embora os direitos fundamentais sociais tenham caráter social, eles têm o peculiar intuito de suprimir as necessidades de cada pessoa, pois estabelecem direitos hábeis a gerar aos indivíduos condições de sobrevivência.

Em sua maioria, os direitos fundamentais sociais exigem prestações positivas do ente estatal para que sejam efetivados, afetando diretamente a população quando enfrentados com descaso pela Administração Pública; desse modo, encontram como barreira para sua implementação integral a escassez de recursos financeiros (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 50-51).

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 202), os direitos sociais caracterizam-se “[...] como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social [...]”.

Já em Robert Alexy (2001, p. 110), os “direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.

Nota-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais são a base norteadora do Estado de Direito e do ordenamento jurídico, razão pela qual geram consequências gravíssimas quando são desrespeitados.

Logo, mesmo em uma situação de insuficiência orçamentária, o Estado não pode se eximir de cumprir ao menos com uma parcela mínima de cada direito fundamental social, denominada mínimo existencial.

Nas sucintas palavras de Rafael José Nadim de Lazari (2012, p. 92), o mínimo vital pode ser conceituado como “o conjunto de condições elementares do homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”.

O mínimo existencial, portanto, consiste no núcleo essencial, na parcela dos direitos fundamentais sociais que não pode sofrer intervenção do Estado ou da sociedade, possibilitando que o ser humano tenha as condições essenciais para manter uma existência digna.

A garantia da proteção desse mínimo necessário não está condicionada à previsão legal expressa, pois decorre, naturalmente, do direito à liberdade, à igualdade, à proteção da vida e, principalmente, da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 62) aponta a dignidade da pessoa humana como uma

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Pela dificuldade prática, se torna impossível delimitar o que compõe o mínimo vital de cada direito, devendo ser efetuado um estudo cuidadoso de cada caso concreto e do direito fundamental social em discussão.

Porém, diferentemente da teoria da reserva do financeiramente possível, a alegação do mínimo existencial compete ao particular que pleiteia a prestação, devendo demonstrar a carência de determinado direito fundamental social “a) aos órgãos governamentais competentes para revisar a Constituição; b) aos órgãos competentes para editar as leis infraconstitucionais; e c) às demais autoridades do Estado, sobretudo aquelas integrantes do Poder Executivo”. (SCHMITT, 1996, p. 182).

A função constitucional do Estado consiste em sempre concretizar, integralmente, os direitos fundamentais sociais, dado seu caráter de essencialidade para a vida humana. Quando não houver possibilidade de arcar com essas prestações, em razão da insuficiência de orçamento, pelo menos o mínimo necessário deve ser garantido.

Sobre a prioridade dos direitos fundamentais sociais, doutrina Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 2003):

Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do Administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal. Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutam do mesmo status constitucional. São direitos inquestionavelmente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado. Estão

hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discricionariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao Administrador só remanesce margem discricionária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente alcançado.

Note-se que o mínimo existencial, por sua natureza, não pode ser objeto do poder discricionário da Administração Pública, pois o seu cumprimento pelo Estado é vinculante.

A esse respeito, Ricardo Lobo Torres (2008, p. 81) discorre sobre a relação entre o mínimo existencial e a teoria da reserva do financeiramente possível:

A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.).

Nesse contexto de limitação de recursos e impossibilidade de o Estado prestar, integralmente, todos os direitos fundamentais sociais determinados em lei, quem acaba ficando em último plano são os presos, que não possuem nem mesmo o mínimo de cada direito fundamental social garantido.

A Constituição Federal proíbe, expressamente, em seu artigo 5º, incisos III e XLVII, a tortura, o tratamento desumano ou degradante e as penas cruéis, ao passo que garante que a integridade física e moral do preso serão respeitadas.

Não é necessário um estudo muito específico em torno do tema para ver que praticamente nenhum desses mandamentos constitucionais é respeitado. Quanto à situação do preso, ilustra Lizandra Pereira Demarchi:

Para as pessoas mais desavisadas, infelizmente ainda a grande maioria da população, o preso deixa de ser um indivíduo dotado de direitos, e passa a ser tratado como coisa, que vive em um mundo à parte da realidade, onde a força bruta do Estado anula o ser dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social. (DEMARCHI, 2015)

Infelizmente, na atual realidade brasileira, o preso não mais é visto como um cidadão dotado de direitos e garantias constitucionais; antes, é ele uma coisa, um problema que precisa ser resolvido e que, pelo cometimento de um delito, passa a ficar à tutela do Estado.

O que se desconsidera é que o detento, assim como qualquer outro cidadão brasileiro, tem garantido o direito a uma vida digna, em todas as suas vertentes, durante o tempo em que estiver no presídio e depois que retornar ao seio da sociedade, sendo que o seu único direito que está temporariamente restrito é a liberdade, o seu direito de ir e vir, e nada mais. Em Rogério Greco (2011, p. 73),

Percebe-se, assim, que a dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. Assim, uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado de sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger, em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere, etc. A sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe a liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa.

Nessas condições, os presídios, hoje, são considerados verdadeiros depósitos de pessoas aglomeradas, sem as mínimas condições de higiene, o que contribui para a proliferação de todo tipo de doenças, sem um tratamento médico efetivo, além de ser um lugar onde estão presentes os mais diferentes tipos de violência, seja física, sexual ou moral.

Mesmo a dignidade da pessoa humana sendo garantida na Constituição Federal, ela, muitas vezes, é violada pelo próprio Estado, que demonstra um completo descaso com a manutenção do mínimo necessário dos presos, o que contraria a legislação vigente e os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos.

Como pondera Norberto Bobbio (1992, p. 24): “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.

O Estado tem poder de punir o transgressor da lei penal, mas sua atuação tem limite quando se iniciam os direitos fundamentais sociais, sendo seu dever garanti-los também aos presos. Além de estarem previstos na Constituição Federal, a própria Lei de Execução Penal elenca os direitos básicos dos detentos.

No Brasil, o ambiente carcerário segue na contramão de sua principal função, a ressocialização do preso, como adverte Cezar Roberto Bittencourt (2004, p. 471):

[...] atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade - absoluta ou relativa - de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

O indivíduo que é preso passa a conviver em um ambiente onde o seu intelecto não tem qualquer tipo de incentivo positivo, um lugar em que predomina a violência, a corrupção, o medo e a delinquência, o que propicia o surgimento de uma verdadeira fábrica de criminosos ou, como pontua Maria Angélica Lacerda Marin Dassi,

No panorama brasileiro, o estado desordenado do sistema carcerário constitui-se mais um dos efeitos da falência dos paradigmas da modernidade. A prisão serve tão-somente para deportar do meio social aqueles indivíduos que representam um risco à sociedade. Na perspectiva foucaultiana, constitui-se um instrumento utópico de ressocialização, criado para atender aos interesses capitalistas. Ela exclui do ângulo de visibilidade as mazelas sociais, mas não recupera o infrator e não contribui para diminuir as práticas criminosas. Estabelecendo um confronto entre as disposições legais e a realidade, observa-se que os requisitos mínimos da boa condição penitenciária, preconizados pela legislação penal brasileira estão longe de serem cumpridos. Para esta constatação, basta um breve olhar sobre as prisões existentes no país. (DASSI, 2015)

A principal função dos estabelecimentos prisionais, que seria a busca da ressocialização do detento, tornou-se algo utópico.

A pena privativa de liberdade deveria se aproximar, tanto quanto possível, das condições da vida em sociedade, pois o tempo de reclusão “molda” o indivíduo e dá uma boa ideia de como será seu comportamento quando posto em liberdade, ao fim do cumprimento da pena.

Infelizmente, porém, os presos são colocados à margem da sociedade, deixados à deriva e isso resulta em um perigoso círculo vicioso: o indivíduo que delinque é preso e, ao invés de se reeducar para retornar à sociedade como uma pessoa melhor, acaba voltando a delinquir.

Nesse sentido, atualmente, surgiram algumas situações gravíssimas de violações aos direitos fundamentais sociais dos presos. Conforme notícia veiculada pelo G1, no Complexo

de Pedrinhas, presídio localizado no estado do Maranhão, considerado um dos mais violentos do Brasil, um dos episódios mais chocantes de sua história ocorreu no final do ano de 2013, com a morte de 59 detentos de formas bárbaras (houve casos de decapitação e canibalismo), em rebeliões e confrontos entre membros de facções criminosas rivais (G1, 2015).

Como consta no Jornal O Estado de São Paulo, o estado do Espírito Santo também sofreu uma grave crise em seu sistema penitenciário, cujo auge se deu entre os anos de 2008 e 2009. Centenas de presos, tanto definitivos quanto provisórios, foram colocados em containers, devido à superlotação dos presídios. Tais celas metálicas não apresentavam nenhum tipo de ventilação, algumas delas, inclusive, sem janelas; não tinham banheiros, sendo que os dejetos ficavam no chão, o que contribuía para a proliferação de todo tipo de doenças que se possa imaginar, além de permanecer o problema da superlotação (ESTADÃO, 2015).

Graças à expansão da tutela da dignidade da pessoa humana, especialmente por meio do engajamento político dos movimentos sobre direitos humanos, a justiça social global passou a ter sua díade baseada em demandas por políticas de redistribuição econômica – visando a uma melhor distribuição das riquezas – e pelo reconhecimento das diferenças – garantindo o exercício da cidadania ao ser humano (FRASER, 2001, p. 278-280).

Fica claro que, ao serem suprimidos os direitos fundamentais sociais do preso, há flagrante violação ao exercício da cidadania destas pessoas, inviabilizando, ainda mais, sua integração ao seio da sociedade.

Visando a obstaculizar que tais tipos de atrocidades ocorram, faz-se necessário o chamado processo de humanização dos presídios, que consiste em aplicar todos os direitos já previstos em lei, mas que não estão efetivados por vários motivos, principalmente pela falta de interesse do Estado.

A Administração Pública, em decorrência do completo descaso para com a situação vivida nos presídios, ultimamente, tem se tornado sujeito passivo de inúmeras ações judiciais, em sua maioria de natureza indenizatória, dadas as infinitas violações à dignidade humana dos presos.

Para evitar esse tipo de ocorrência, cujo condão onera o ente estatal, dever-se-ia agir preventivamente, com políticas públicas, oferecendo condições e um ambiente favorável para que o detento possa cumprir a pena que lhe foi imposta judicialmente, voltando à sociedade, posteriormente, recuperado.

Como tal realidade permanece longe de ser alcançada, é válido analisar o papel que o Poder Judiciário desempenha quanto à teoria da reserva do financeiramente possível e do mínimo existencial, com foco na situação do preso. Esse será o enfoque do próximo item.

3.2 Ativismo Judicial

O ativismo judicial é um tema que gera grande polêmica pelas consequências advindas das decisões judiciais na esfera da Administração Pública, que, por sua vez, geralmente é onerada de alguma forma.

Consoante já analisado, é evidente que a limitação de recursos do Estado frente às ilimitadas necessidades individuais tem o poder de causar insatisfações na população; importante salientar o quanto esta, comumente, impele o Poder Judiciário para que este pondere e ofereça resoluções para as questões propaladas.

Vale ressaltar, como pontua Renato Bernardi e Flávio Pierobon (2014, p. 66), “[...] que o fato de a Constituição Brasileira ser uma Constituição atual, programática e dirigente é também a causa do aumento da atuação do Poder Judiciário, em especial em questões políticas”.

Diante disso, discutem-se quais seriam os limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas criadas pelo ente estatal, nos casos em que a concretização dos direitos fundamentais sociais é obstada pela insuficiência orçamentária.

Aqueles que entendem não ser cabível o controle judicial de políticas públicas afirmam que referido conteúdo está intimamente ligado à oportunidade e conveniência, ou seja, ao poder discricionário do Executivo; dessa feita, não seria possível que houvesse interferência do Poder Judiciário sem que se contrariasse o conceito da separação de poderes.

Nessa tônica, oportunas as palavras de Edinilson Donisete Machado (2012, p. 113): “Enquanto instituição política, a principal competência da função jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo”.

Em continuidade a essa perspectiva, Elival da Silva Ramos (2010, p. 266) opina:

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na

espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas - normativas e não normativas - e orçamentárias) a implementação efetiva do direito comparado.

Já Daniel Souza Sarmento (2007, p. 14) assim disserta a respeito do decisionismo judicial:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Constata-se, pois, que alguns dos pontos considerados de maior relevância para atestar a prejudicialidade do decisionismo judicial seriam: a ausência de legitimidade democrática dos magistrados (eis que não são escolhidos por meio de eleição) e a insegurança jurídica que mencionadas decisões podem acarretar (visto que são afetadas pela subjetividade de quem a interpreta).

Ademais, aqueles que se posicionam contrários à atuação judicial alegam que decisões descabidas do Poder Judiciário podem afetar seriamente a Administração Pública, que, para cumprir a determinação judicial, teria que fazer um remanejamento orçamentário de áreas importantes, beneficiando uma pessoa específica em detrimento de várias outras.

Entretanto, a Constituição Federal garante e protege, expressamente, os direitos fundamentais sociais do indivíduo. Nos casos de lesão ou ameaça de lesão a algum desses direitos, prevê o artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário” (BRASIL, 2015a).

Nota-se que a própria lei autoriza a intervenção do Poder Judiciário, no exercício de sua jurisdição, nas hipóteses em que há desrespeito ou omissão aos direitos fundamentais sociais imprescindíveis à manutenção de uma existência humana digna.

Sobre isso, Ricardo Pinha Alonso (2012, p. 77) entende que “[...] por mais que o legislador tenha tentado, no texto, alcançar todas as possibilidades fáticas, alguma variação ocorrerá na situação levada ao Judiciário [...] e, naturalmente, com maior ou menor discricionariedade, sempre agirá o juiz no exercício da judicatura”.

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, Lênio Luiz Streck (2005, p. 323) defende que “a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal”.

Com referência à relevância da garantia dos direitos fundamentais sociais, Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen (2007, p. 52) declaram:

Uma vez não efetivados os direitos fundamentais consagrados na Carta Política pelos poderes ditos legitimados, quais sejam, Poderes Executivo e Legislativo, cabe ao Judiciário intervir, a fim de concretizar os ditames insculpidos na Constituição Federal, através de prestações positivas. Assim, ao dispor sobre as prestações estatais, o Judiciário apenas determina a realização prática da norma constitucional, não permitindo que esta se torne mera diretriz abstrata e inaplicável, ato para o qual é competente, uma vez que, no Estado de Direito, o estado soberano deve submeter-se à própria justiça que institui. Noutras palavras, não é papel do Judiciário criar novas medidas referentes a direitos sociais, o que consistiria em violação ao princípio da Separação dos Poderes, mas sim trazer uma real efetividade às políticas públicas já existentes, de modo a não permitir que um apego excessivo a formalidades acabe por obstar a concretização das metas principais do Estado Democrático de Direito.

Em consonância com a posição dos mencionados autores, que expuseram o tema com muita propriedade, é incabível atribuir ao princípio da separação dos poderes a justificativa para a não efetivação das determinações constitucionais.

Separação de poderes, aliás, é uma nomenclatura equivocada, pois o que ocorre, na verdade, é uma distribuição de determinadas funções do Estado para órgãos diferentes. Não há, portanto, separação de poderes entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, mas um sistema de comunicação harmônico entre eles, com o objetivo de alcançar o bem comum (LOEWENSTEIN, 1970, p. 43).

O Legislativo não tem o interesse de criar e, não raro, obsta a aprovação de projetos que tenham como foco os direitos fundamentais sociais; enquanto o Executivo implementa pouquíssimas políticas públicas e justifica a inaplicabilidade de outras pela insuficiência orçamentária.

Nessa seara, sempre que os Poderes Legislativo e Executivo se omitirem, no sentido de não oferecerem condições para que os mandamentos constitucionais sejam devidamente

cumpridos, o Poder Judiciário não apenas pode como deve agir para assegurar a efetividade da norma.

De acordo com Luis Roberto Barroso (2009, p.06), a atuação do Poder Judiciário pode se dar a partir de determinadas condutas:

[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Logo, o Poder Judiciário não está se apropriando das funções da Administração Pública, veja-se que não cria as políticas públicas; antes, tão-somente ordena que se executem aquelas que já são objeto de lei. A atuação por ele exercida sempre deve ser pautada pela racionalidade e proporcionalidade, com o objetivo de proteger o mínimo existencial de cada direito fundamental social.

Frise-se que essa atuação judicial, que se torna mais corriqueira a cada dia, tem o objetivo de atender às necessidades da população que não foram sanadas pelos outros poderes, seja por impossibilidade financeira, seja por desinteresse ou descaso, o que tem sido comum na situação drástica vivida pelo país e marcada pela corrupção. Quanto a isso, Fábio Konder Comparato (2006, p. 676) se manifesta:

A atuação do Judiciário há de ser substancialmente transformada para acompanhar essa evolução. Hoje, as grandes violações à ordem jurídica já não são de natureza comissiva – a edição de leis inconstitucionais, ou a prática de atos administrativos contrários à Constituição ou às leis. O Estado contemporâneo entra em conflito com a ordem jurídica também por omissão, ao deixar de fazer votar as leis regulamentadoras dos princípios constitucionais, ou ao se abster de realizar as políticas públicas necessárias a satisfação dos direitos econômicos, sociais ou culturais.

O Poder Judiciário não tem ficado de braços cruzados nos casos em que o Poder Público se omite no tocante ao mínimo vital do cidadão; devido ao caráter de essencialidade que os direitos fundamentais sociais apresentam, não há ingerência do Poder Judiciário na tomada de decisões da Administração Pública, apenas a determinação de um preceito legal que foi descumprido.

A questão da interferência do Poder Judiciário na definição das políticas públicas gerou grande controvérsia em um primeiro momento; contudo, tem se tornado um valioso

instrumento em uma fase em que se persegue a máxima efetivação dos direitos fundamentais sociais (MÂNICA, 2011).

Vale salientar que, na tomada dessas decisões, deve-se fazer uma séria ponderação entre as condições financeiras do ente estatal e a essencialidade do pedido postulado pelo indivíduo, em face da possibilidade de se onerar demasiadamente o Estado e, desse modo, prejudicar o atendimento das necessidades de um grande número de pessoas.

A teoria da reserva do financeiramente possível, quando em choque com o mínimo necessário, tem sido constantemente rechaçada pelo Poder Judiciário, que vem assumindo o papel de guardião dos direitos constitucionais do cidadão, uma vez que a instauração da parcela mínima de cada direito fundamental social tem prioridade no orçamento.

Fazendo um paralelo: se a situação de desrespeito com os direitos fundamentais sociais do cidadão comum já é algo recorrente, o que se dirá da realidade do preso, que perde o seu status de pessoa do momento que é recolhido até quando é colocado em liberdade, após o cumprimento de sua pena, e, muitas vezes, ainda é estigmatizado pela sociedade até o fim de sua vida.

Na verdade, o caos carcerário vivido no país nunca ocupou uma posição de destaque nas preocupações e prioridades do Poder Judiciário, tanto que a questão só costuma vir à tona em situações de crises graves ou nos casos de fiscalização das condições dos estabelecimentos prisionais.

Em meio a essa situação de descaso dos poderes Legislativo e Executivo para com a situação do indivíduo preso, paulatinamente, se percebe que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública deixaram a posição de meros espectadores e passaram a atuar para combater a violação dos direitos fundamentais sociais do detento.

Endossando tal contribuição, note-se a decisão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no que tange à superlotação carcerária:

MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO LIMITANDO A CAPACIDADE DO PRESÍDIO LOCAL - ATO EXARADO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL - ART. 66, VII E VIII DA LEP - SUPERLOTAÇÃO DO PRESÍDIO - CONDIÇÕES PRECÁRIAS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - INOCORRÊNCIA - DENEGADA A SEGURANÇA. Conforme preconiza o art. 66, VIII, da Lei de Execuções Penais, "Compete ao Juiz da execução: interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições

inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei". E, segundo o art. 85, do referido diploma legal, o estabelecimento prisional deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Tendo sido demonstrado, inequivocamente, que o presídio não reúne as condições mínimas necessárias ao seu regular funcionamento, em razão da sua superlotação, representando um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana bem como um perigo para os agentes penitenciários, diante do risco de motins e rebeliões, irretocável a atitude da autoridade coatora de limitar o número de preso na cadeia pública. Tratando-se de uma função atípica do Poder Judiciário, diante da inércia dos órgãos estatais competentes, realizar atos normativos que garantam a efetividade e integralidade de garantias individuais constitucionais, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes. Tendo sido comunicada a superlotação do presídio à Secretaria de Estado de Defesa Social, anteriormente ao ato executivo exarado pelo juízo a quo, não há que se falar em afronta ao princípio do devido processo legal. (BRASIL, 2013d)

Em igual tônica, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça assim julgou:

EXECUÇÃO PENAL - AGRAVO REGIMENTAL - DESPROVIMENTO DE RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SUPERLOTAÇÃO DE PRESÍDIO - LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DETENTOS POR PORTARIA DO JUIZ CORREGEDOR - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - INOCORRÊNCIA - PREVALÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - AGRAVO NÃO PROVIDO - DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. 1. A Carta Constitucional estabelece como núcleo dos direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Nesse aspecto, ainda que seja afastada, legalmente, a liberdade como resultado de um processo criminal, tal aspecto não importa, conseqüentemente, a abdicação da dignidade anteriormente referida, pois atributo inerente a todo ser vivente racional. 2. *In casu*, constatada pela Vigilância Sanitária a inadequação física e sanitária de habitabilidade, correta se apresenta a limitação do número de detentos em presídio. Ademais, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, a edição de portarias pelo Juiz Corregedor do Presídio Regional de Mafra/SC, vedando o ingresso de novos presos no estabelecimento prisional até o alcance do limite de 150, ainda que extrapolando a capacidade máxima originária de 72 homens e de 15 mulheres, mostra-se razoável e proporcional. Realça-se que, quando da limitação, o referido ergástulo já acolhia 201 detentos. 3. Uma vez provocada, a prestação jurisdicional efetuada pelo Poder Judiciário não implica interferência nas atribuições constitucionais do Poder Executivo, pois o sistema de freios e contrapesos assegura a independência e a harmonia referida no art. 2º da Constituição Federal e concretiza, nas situações autorizadoras, como no presente caso, a dignidade da pessoa humana, meta central da Carta Magna de promoção do bem-estar do homem. 4. O art. 66 da LEP (Lei 7.210/84) delega ao Juiz da Execução tarefas de natureza eminentemente administrativa, não apenas no aspecto de fiscalização, mas também de intervenção, se e quando necessário. 5. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014f).

Analisando as duas decisões supracitadas, percebe-se que a afronta direta à dignidade humana do indivíduo preso justifica a intervenção do Poder Judiciário, que, a seu turno, atua de forma ativa, mesmo em se tratando de uma conduta atípica.

Na omissão dos outros poderes, que seriam responsáveis imediatos por sanar as gravíssimas violações do sistema carcerário, age o magistrado com o intuito de promover e preservar os direitos humanos. No caso já explanado anteriormente, da drástica situação vivida pelos presos que eram mantidos em containers, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça inovou com o seguinte julgado:

PRISÃO PREVENTIVA - CUMPRIMENTO EM CONTÊINER - ILEGALIDADE MANIFESTA - PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. 1. Se se usa contêiner como cela, trata-se de uso inadequado, inadequado e ilegítimo, inadequado e ilegal. Caso de manifesta ilegalidade. 2. Não se admitem, entre outras penas, penas cruéis – a prisão cautelar mais não é do que a execução antecipada de pena (Cód. Penal, art. 42). 3. Entre as normas e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, estão: dignidade da pessoa humana, prisão somente com previsão legal, respeito à integridade física e moral dos presos, presunção de inocência, relaxamento de prisão ilegal, execução visando à harmônica integração social do condenado e do internado. 4. Caso, pois, de prisão inadequada e desonrante; desumana também. 5. Não se combate a violência do crime com a violência da prisão. 6. *Habeas corpus* deferido, substituindo-se a prisão em contêiner por prisão domiciliar, com extensão a tantos quantos – homens e mulheres – estejam presos nas mesmas condições. (BRASIL, 2010)

Nos ditames dessa decisão, pode-se visualizar uma nova tendência surgindo nos Tribunais. A linha de raciocínio que começa a ser seguida está, aos poucos, devolvendo ao preso a sua condição de pessoa, de sujeito de direitos e obrigações. O cumprimento da pena, com a intenção única de retribuição, de retirar o “indivíduo-problema” do seio da sociedade, passa a ser vislumbrada como uma possibilidade de ressocialização do preso.

O caminho a ser percorrido é muito longo, alguns pensamentos e dogmas da sociedade e dos governantes do país têm que ser seriamente alterados; no entanto, enquanto isso não ocorre, o Poder Judiciário tem tomado as rédeas da situação e se manifestado de forma a valorizar a dignidade da pessoa humana.

3.2.1 Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional se dá quando a Corte Constitucional, frente a uma violação generalizada de direitos fundamentais, fixa determinadas medidas estruturais,

que devem ser seguidas por uma pluralidade de órgãos e autoridades, para dissolver o problema. Com isso, para que o Estado de Coisas Inconstitucional seja reconhecido, não basta que o objeto da discussão sejam problemas pontuais, determinados; antes, situações que, por já estarem enraizadas na realidade do país, não poderiam ser solucionadas com medidas convencionais. É necessário, também, que haja um diálogo institucional entre várias entidades do Estado para que, conjuntamente, possam superar a crise.

A Corte Constitucional age, nessas hipóteses, com uma postura de ativismo judicial, interferindo, diretamente, na esfera das políticas públicas, sanando a omissão dos poderes Executivo e Legislativo. Por essa razão, destaca-se o caráter de excepcionalidade na aplicação do referido instituto.

Para que as medidas determinadas pela Corte como forma de combater a violação aos direitos fundamentais sejam efetivas, elas devem ser razoáveis e possíveis de serem seguidas pelos diversos órgãos a que forem destinadas. Além disso, a Corte deve fiscalizar o andamento da aplicação de suas determinações.

É de suma importância salientar que o Estado de Coisas Inconstitucional teve início com a Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença SU-559, de 1997, quando se declarou, pela primeira vez, o Estado de Coisas Inconstitucional, ao analisar demanda em que professores municipais tiveram os seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades. Na oportunidade, a Corte determinou uma série de medidas, com o fim de sanar as inconstitucionalidades que foram identificadas (COLÔMBIA, 1997).

Na Sentença T-153, de 1998, uma das mais importantes decisões proferidas pela Corte Colombiana, foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional, com relação à reiterada violação dos direitos fundamentais e da dignidade humana nos presídios do país (COLÔMBIA, 1998a).

A Corte entendeu que a questão da superlotação e das condições desumanas não estava restrita somente a algumas unidades prisionais, constituindo-se um problema generalizado no país, para o qual estava havendo clara omissão do Poder Público em reverter o quadro, o que justificava a sua interferência na esfera das políticas públicas.

Dessa feita, exigiu a criação de um plano de construção e reparação de unidades prisionais; determinou que o governo destinasse as verbas necessárias para este fim; ordenou a separação dos presos provisórios e dos condenados; exigiu aos governadores e aos representantes de distritos e municípios que criassem e mantivessem presídios próprios e, ao

Presidente da República, que efetuasse as obras carcerárias que foram determinadas na sentença, assegurando o respeito aos direitos fundamentais dos presos do país.

Entretanto, as medidas adotadas não obtiveram grande sucesso, pois não houve um diálogo entre as entidades envolvidas para discutir qual seria a forma mais viável de agir. As providências foram determinadas unilateralmente pela Corte, que não se preocupou com a real possibilidade dos órgãos de executá-las. Ademais, não aconteceu um acompanhamento efetivo por parte da mesma Corte nas etapas de implementação da decisão.

Também em 1998, a Corte Constitucional Colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional na Sentença T-068, em virtude da excessiva demora da Caixa Nacional de Previdência em responder pedidos de pensionistas e aposentados que buscavam obter o reconhecimento e o recálculo de seus benefícios (COLÔMBIA, 1998b). Aqui, a Corte determinou que a Caixa Nacional de Previdência corrigisse as falhas procedimentais e organizacionais que afetavam a pronta resolução dos pedidos de solicitação de benefícios.

Na Sentença SU-250, de 1998, a Corte da Colômbia manifestou o Estado de Coisas Inconstitucional e determinou a realização de concurso público para o cargo de notário, ante a omissão do Poder Público (COLÔMBIA, 1998c).

Na quinta declaração de Estado de Coisas Inconstitucional de 1998, a Corte Colombiana, na Sentença T-590, determinou que o Poder Público favorecesse a proteção à vida dos defensores dos direitos humanos, em função da importância dos trabalhos realizados por essas pessoas (COLÔMBIA, 1998d).

Em 1999, a Corte Colombiana pronunciou o Estado de Coisas Inconstitucional na Sentença T-525 e decretou que cessasse, imediatamente, o atraso no pagamento das verbas referentes à aposentadoria (COLÔMBIA, 1999).

Por fim, em 2004, a Corte Colombiana designou o Estado de Coisas Constitucional, na Sentença T-025, sendo que esta foi a primeira vez em que a aplicação da medida teve bons resultados, por conta da participação de todos os envolvidos na construção das determinações aptas a deslindar a questão. Na oportunidade, apreciou-se a questão do deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano. Normalmente, esse fenômeno ocorre em países em que imperam os grupos criminosos, onde as pessoas são obrigadas a largar seus lares e migrar para outros lugares, com o intuito de fugir da violência dos grupos, protegendo a vida e a integridade física de suas famílias (COLÔMBIA, 2004).

Nesse contexto de medo, as pessoas não gozavam de seus direitos de segurança e liberdade, pois eram forçadas a deixar suas vidas para trás se quisessem sobreviver. Essas constantes mudanças impediam que fossem assegurados a elas os seus direitos mais básicos, como a saúde, a moradia, a educação e o trabalho.

Frente a este problema cada vez mais presente na Colômbia, a Corte determinou que fossem criadas novas políticas públicas e que fosse dada prioridade orçamentária para assegurar a essa parcela da população, desprezada pela violência, que os seus direitos garantidos constitucionalmente fossem protegidos e concretizados.

A Corte, então, foi contundente, proferindo determinações inflexíveis e impossíveis de serem cumpridas pelos órgãos envolvidas. Ao invés de simplesmente impor suas determinações, com uma postura pura de ativismo judicial, a Corte promoveu um diálogo institucional entre um grande número de autoridades para discutir a adequação das medidas.

No Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional teve origem com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em março de 2015, perante o Supremo Tribunal Federal, visando que fosse reconhecido que o sistema prisional brasileiro é uma afronta direta aos preceitos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal.

Em vista do desrespeito generalizado aos direitos fundamentais e à dignidade humana dos presos, a caótica situação existente nos presídios brasileiros seria suficiente para que se reconhecesse e declarasse a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional.

Os pedidos realizados na inicial, com o objetivo de superar a crise carcerária, foram: que os juízes evitassem, ao máximo, aplicar a pena de prisão, optando pelas penas alternativas sempre que possível; que fosse reduzido o tempo necessário para que os presos gozem de benefícios e que fosse abatido o tempo de prisão sempre que se constatasse que as condições de cumprimento de pena são mais severas que as estabelecidas em lei; que os juízes e tribunais realizassem audiências de custódia no prazo de 90 dias; que fosse liberado o saldo do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado e que fosse organizado um mutirão carcerário para revisar todos os processos de execução penal com a aplicação de pena privativa de liberdade no país (BRASIL, 2015i).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a grave violação aos direitos e às garantias constitucionais dos presos, que cumprem suas penas privativas de liberdade em condições

desumanas e degradantes, em ambientes onde estão presentes todos os tipos de violência, o que tem o condão de impossibilitar o objetivo maior da medida, a ressocialização do detento.

Embora a Corte ainda não tenha julgado, definitivamente, a demanda, em setembro de 2015, concedeu, parcialmente, a liminar, deferindo apenas os pedidos de liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e da realização das audiências de custódia. Por fim, oficiou a União e os Estados, exigindo que esses encaminhem informações sobre a situação prisional das localidades que lhes competem.

Foi a primeira vez que se requereu a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil. Ainda que a novidade tenha causado grande alvoroço no mundo jurídico, que se dividiu entre críticos e favoráveis à aplicação da medida, acredita-se ser um modo de superar as inúmeras violações aos direitos constitucionais presentes na realidade brasileira.

Em um país com grande omissão por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, onde a implementação dos direitos fundamentais da população em geral e, principalmente, dos presos está sempre em último plano, por completa falta de interesse do Poder Público em criar políticas públicas efetivas, a intervenção do Poder Judiciário não é mais uma opção e, sim, uma necessidade.

O sistema carcerário brasileiro chegou a um ponto em que a aplicação de medidas tradicionais não é mais suficiente para superar a crise. É imprescindível que se faça uma verdadeira reforma estrutural, com a participação de diversas autoridades que trabalharão juntas para solucionar a questão. Os Tribunais têm concedido indenizações por danos morais ao preso em diversas ações individuais, como forma de compensação ao sofrimento extremo que lhes foi infligido pela omissão estatal.

No entanto, essa prática em nada contribui para superar, terminantemente, o problema; antes, beneficia seu mascaramento. Está sendo dado ao Judiciário o papel de agir para tirar os outros Poderes da inércia e, nos casos em que isso não for possível, de suprir-lhes a omissão.

Por derradeiro, o ativismo judicial mostra-se como a última esperança de superar a falta de interesse de agir do Poder Público, não configurando qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes, tendo em vista a relevância dos direitos fundamentais que estão sendo violados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como explanado ao longo da presente pesquisa, as consequências das ações ou omissões da Administração Pública refletem em todos os seres humanos, em decorrência, especialmente, da coexistência dos indivíduos em sociedade. Dessa forma, o Poder Judiciário tem como escopo mitigar e apaziguar todos, por meio de técnicas de solução de litígios. Dentro desse contexto, objetivou-se a análise das responsabilidades do Estado brasileiro em decorrência do cárcere.

Nossa legislação pátria vigente adotou a tese da responsabilidade patrimonial do Estado independentemente de dolo ou culpa, uma vez que esta só terá importância para estabelecer o direito de regresso da Administração Pública contra o agente que agiu em seu nome. Dá-se, aqui, a responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco administrativo, sem, entretanto, elevar o Estado a uma posição de garantidor universal, o que afetaria o equilíbrio jurídico da relação.

Verifica-se, ainda, sua integração com o ramo do direito obrigacional, segundo o qual toda ação imputada ao indivíduo gera uma reação e, caso esta venha a causar dano a outrem, deverá ser devidamente reparada; e é, nesse contexto, que a recomposição do *status quo ante* é a própria razão de existir do instituto, trazendo de volta o equilíbrio que permeava a relação entre as partes envolvidas, pois, do contrário, seria desnecessária a construção jurisprudencial e doutrinária alicerçada ao longo do tempo.

Com relação à responsabilidade política da Administração Pública, sua evolução se deu de maneira gradual, tendo como supedâneo a vontade popular de ver seus direitos fundamentais efetivados, por meio da concretização de políticas públicas, comprovando que o instituto fora se aprimorando com o tempo até chegar ao seu estágio atual. À vista disso, não há como rechaçar a essencial contribuição das dimensões que surgiram ao longo da história para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, dado que guarda estreita pertinência com os ideais de justiça sustentados pelo mesmo.

Todavia, a grande celeuma consiste na reiterada alegação de insuficiência orçamentária pelo Estado, via teoria da reserva do financeiramente possível, buscando se esquivar do cumprimento de suas obrigações prestacionais. Por outro lado, é de suma importância esclarecer que esta teoria somente poderá ser acatada quando não entrar em conflito com o mínimo existencial, ou seja, é obrigação legal da Administração Pública a

integral efetivação de todos os direitos fundamentais sociais e, nos casos de comprovada impossibilidade de implementá-los, ao menos o mínimo necessário de cada um desses direitos deverá ser atendido, garantindo aos indivíduos o suficiente para que vivam com dignidade.

Frente a essa hipótese, o Poder Judiciário tem agido para suprimir a inércia estatal, obrigando à Administração Pública o cumprimento de suas obrigações institucionais e, muitas vezes, constitucionais. A intervenção judicial, nessas circunstâncias, tem crescido em grande escala, particularmente pela recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional, julgado muito importante na proteção dos direitos fundamentais sociais, até mesmo no tocante às condições dos estabelecimentos prisionais e dos demais direitos do preso; se o cidadão comum já sofre com a inércia estatal, o encarcerado enfrenta um completo abandono do Poder Público.

Nesse sentido, conclui-se que é imprescindível a judicialização dos direitos fundamentais sociais para sua efetiva implementação. Nessa direção, tem-se a importância do ativismo judicial, visto que, tendo os direitos fundamentais sociais plena eficácia, segundo os ditames constitucionais, quando uma prestação objetivar a tutela de um direito indisponível, esta deve ser protegida, pois somente, assim, estará o ser humano exercendo, plenamente, sua dignidade.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais de todo e qualquer cidadão são garantidos por inúmeras legislações nacionais e internacionais, sendo, no Brasil, a mais importante delas a atual Constituição Federal. Entretanto, não basta apenas prescrevê-los, faz-se necessária sua plena efetivação, sobretudo dentro do sistema penitenciário brasileiro, onde os presos, que deveriam ser ressocializados durante o período de encarceramento para serem reintegrados à sociedade ao término da pena, são obrigados a viver em condição desumana, compartilhando, diariamente, da criminalidade e da violência.

Ao violar tais direitos, que são garantias mínimas para o cumprimento da pena e integridade do preso, o Estado, ao mesmo tempo em que fere a dignidade do preso, acaba violando os direitos humanos. Percebe-se a grande contradição que a ressocialização do encarcerado representa para o aparelho penitenciário brasileiro: se nem ao menos os postulados jurídicos são observados, quiçá os direitos humanos.

A mudança na realidade dos detentos não será da noite para o dia; isso requer, acima de tudo, a implementação de políticas públicas, inclusive dentro dos estabelecimentos prisionais, pois, se o administrado, enquanto presidiário, é a essência de todas as instituições,

mister o aperfeiçoamento do sistema prisional pelo Estado, tendo sempre em vista fornecer condições dignas de vida ao preso.

Ainda havendo muito a ser pesquisado, para que, um dia, seja possível trazer efetiva contribuição à comunidade acadêmica, conclui-se que a condição degradante vivida pelos detentos brasileiros é muito parecida com a dos campos de concentração. Talvez o Poder Público continue fechando os olhos para a realidade prisional brasileira, devido à previsão constitucional de suspender os direitos políticos do preso definitivo, ou seja, por que investir um orçamento que já é escasso em algo que não trará retorno nas urnas? Vale ressaltar que o preso provisório tem assegurado o seu direito ao voto, porém a medida é inviabilizada por inúmeras justificativas.

Portanto, levando-se em consideração que o direito ao voto está intrinsecamente ligado ao direito à cidadania, vindo inclusive viabilizar a integração do preso ao seio da sociedade, recomenda-se como medida de médio à longo prazo uma Proposta de Emenda à Constituição que passe a garantir também o direito ao voto aos presos definitivos e que o Tribunal Superior Eleitoral, por meios de suas inúmeras resoluções, dê efetividade para que tanto o preso provisório, quanto o definitivo, tenham seu direito assegurado, pois tendo a ciência de que os detentos passarão a votar, quem sabe nossos governantes comecem a implementar políticas públicas aptas a proporcionar uma condição digna de vida à essas pessoas que hoje vivem “à mercê” da própria sorte. Até lá, espera-se que o Poder Judiciário continue coagindo os demais Poderes para que façam a sua parte e busquem, dessa forma, uma solução para o problema levantado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

ALONSO, Ricardo Pinha. **Os direitos fundamentais sociais e o controle judicial das políticas públicas**. 2012. 172f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes /12685_Cached.pdf>. Acesso: 15 ago. 2015.

BERNARDI, Renato; PIEROBON, Flávio. A constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da constituição brasileira de 1988. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 55-72, jan/abr. 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ direitopub/article/viewFile/17697/14331>>. Acesso: 22 dez. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionarietà e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionarietà administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado da. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DASSI, Maria Angélica Lacerda Marin. **A pena de prisão e a realidade carcerária brasileira: uma análise crítica**. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/maria_angelica_lacerda_marin_dassi.pdf>. Acesso: 12 ago. 2015.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. Disponível em: < <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso: 05 ago. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil - uma visão geral**. Disponível em: < <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>>. Acesso: 18 jun. 2015.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora UNB, 2001. p. 245-282.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia: políticas públicas e sentença por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 25, p. 01-17, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso: 15 out. 2015.

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

MARTINS, Leonardo; SCHWABE; Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=30558>. Acesso: 15 ago. 2015.

POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 2, n. 1, p. 62-67, ago. 2000. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/76/101>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel Souza. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6793/4109#.VmAdz7erSM8>>. Acesso: 12 jun. 2015.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REFERÊNCIAS TÉCNICAS, NORMATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso: 02 ago. 2015a.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.**

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>

Acesso: 04 jul. 2015b.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

Acesso: 05 jun. 2015c.

_____. **Lei n.º 7.960 de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre a prisão temporária.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso: 11 ago.

2015d.

_____. **Lei n.º 4.898 de 09 de dezembro de 1965.** Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa, Civil e Penal nos casos de abuso de autoridade.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm>. Acesso: 23 ago.

2015e.

_____. **Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso: 13 jun. 2015g.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126292/SP.** Relator: Ministro Teori

Zavaski. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso: 21 fev.

2016a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n.º 301/STJ.**

Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso: 29 fev. 2016b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0022628-51.2008.8.26.0309.** Relator:

Ministro Borelli Thomaz. Brasília, 21 de janeiro de 2015h. Disponível em: www.stj.jus.br.

Acesso: 07 mai. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito**

Fundamental n. 345/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de

2015i. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n. 0012701-71.2009.8.26.0068**. Relator: Danilo Panizza. São Paulo, 07 de outubro de 2014a. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso: 12 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70061042826**. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Rio Grande do Sul, 25 de setembro de 2014b. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso: 15 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70056067366**. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Rio Grande do Sul, 27 de agosto de 2014c. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso: 03 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70055392807**. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana. Rio Grande do Sul, 29 de maio de 2014e. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso: 27 mai. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 38.966/SC**. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 09 de setembro de 2014f. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso: 13 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação n. 0034765-35.2011.8.26.0576**. Relator: Moreira de Carvalho. São Paulo, 21 de março de 2013a. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso: 25 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus n. 0183448-59.2012.8.26.0000**. Relator: Sérgio Coelho. São Paulo, 18 de janeiro de 2013b. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso: 18 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0040788-48.2010.8.26.0053**. Relator: Magalhães Coelho. São Paulo, 01 de abril de 2013c. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso: 24 mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo Interno n. 1.0000.13.037686-6/001**. Relator: Alberto Deodato Neto. Minas Gerais, 20 de setembro de 2013d. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso: 18 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 142513/ES**. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 23 de março de 2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso: 11 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95464/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 de março de 2009. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso: 17 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação n. 0176702-6**. Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira. Paraná, 09 de agosto de 2005. Disponível em: www.tjpr.jus.br. Acesso: 02 jun. 2015.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-559/97**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Colômbia, 10 de junio de 1997. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia T-153/98**. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, 28 de abril de 1998a. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia T-068/98**. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Santa Fe de Bogotá, 05 de marzo de 1998b. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia SU-250/98**. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Santa Fe de Bogotá, 26 de mayo de 1998c. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia T-590/98**. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero. Santa Fe de Bogotá, 20 de octubre de 1998d. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia T-525/99**. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santa Fe de Bogotá, 23 de julio de 1999. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

_____. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Santa Fe de Bogotá, 22 de enero de 2004. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso: 14 jan. 2016.

ESTADÃO. **STJ proíbe contêiner em presídios do ES**. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,stj-proibe-conteiner-em-presidios-do-es,528366>. Acesso: 18 set. 2015.

G1. Detentos de Pedrinhas (MA) cedem mulheres para não serem mortos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/12/detentos-de-pedrinhas-ma-cedem-mulheres-para-nao-serem-mortos.html>>. Acesso: 09 jul. 2015.

UOL. Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/prisoas-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>>. Acesso: 13 abr. 2015.