



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A ESTRUTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jaisah Sorage Farah

Rio de Janeiro
2017

JAlSAH SORAGE FARAH

A ESTRUTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A ESTRUTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jaisah Sorage Farah

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o presente trabalho objetiva analisar, a partir das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, qual a posição do Poder Judiciário diante da situação dos direitos fundamentais do preso na atualidade. Para tanto, recorre-se à jurisprudência do STF, ao direito comparado, bem como opiniões dos operadores do direito, doutrinadores, e reportagens veiculadas pela imprensa nacional. Busca-se compreender os princípios constitucionais infringidos diante da omissão da Administração Pública na solução do problema e o papel que a Corte Suprema tem exercido na tentativa de superá-lo. Por fim, mostra-se através de um paralelo de análises críticas, qual o tratamento aplicado pelo Estado aos presos no atual cenário do cárcere brasileiro.

Palavras-chave – Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais. Sistema Penal. Cárcere.

Sumário – Introdução. 1. O Estado de Coisas Inconstitucional: a violação de direitos fundamentais e a inércia das autoridades públicas em modificar a atual conjuntura do sistema penitenciário. 2. A inaplicabilidade dos princípios da reserva do possível e da separação dos poderes diante da possibilidade de o Poder Judiciário determinar que os governantes executem obras emergenciais nos presídios. 3. A responsabilidade civil do Estado diante da omissão de políticas públicas no presídios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como enfoque a discussão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal diante da ausência de políticas públicas direcionadas a modificar a atual conjuntura do sistema penitenciário do país. Mais especificamente, analisa, diante desse quadro, a ineficácia da ressocialização, principal fundamento do encarceramento, bem como as constantes ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema para discutir a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, bem como a necessidade de imposição à Administração Pública, pelo Poder Judiciário, a fim de obrigá-la a executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. A Suprema Corte fixa “remédios estruturais” voltados à formulação e execução de políticas

públicas, papel este que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais. Ela adota uma postura de judicialização da política diante da omissão do Poder Executivo que não toma medidas concretas para solucionar o problema.

Nesse sentido, objetiva-se analisar quais as soluções encontradas pelo Supremo Tribunal Federal para a cessação das violações dos preceitos fundamentais dos presos inculpidos na Constituição Federal, bem como no Pacto de São José da Costa Rica.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta a tese do Estado de Coisas Inconstitucional e a consequente judicialização da política, isto é, ao julgar matérias que, via de regra, digam respeito à efetivação dos direitos fundamentais do preso, o Poder Judiciário obriga o Executivo a exercer a competência que pertence a ele mesmo. A Administração Pública é omissa e o Poder Executivo não apresenta propostas de melhoras no setor penitenciário.

O segundo capítulo analisa se o Poder Executivo pode alegar violação aos princípios da reserva do possível e da separação dos poderes mesmo diante da existência do Fundo Penitenciário Nacional e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O terceiro capítulo explora as recentes decisões do STF acerca do dever do Estado de indenizar o preso, tanto em situação degradante, como em caso de morte.

O resultado da pesquisa é sistematizado na conclusão. Para tanto, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, com base na análise de premissas hipotéticas, que serão comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa. A abordagem do objeto de pesquisa é qualitativa, com o exame de bibliografia pertinente à temática em foco, notadamente legislação, doutrina e jurisprudência.

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INÉRCIA DAS AUTORIDADES PÚBLICAS EM MODIFICAR A ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO.

O “Estado de Coisas Inconstitucional” consiste em uma situação que, denominada pela Corte Constitucional da Colômbia, possui três pressupostos principais: a violação generalizada de direitos fundamentais, a reiterada inércia ou incapacidade das autoridades públicas em modificar a situação e a necessidade de uma pluralidade de autoridades, e não somente uma, na superação desse quadro.¹

A Colômbia resgatou seus princípios de soberania popular e constituiu a categoria de “Estado de Coisas Inconstitucional”, devido à ação ou omissão do Poder Público que vem a gerar a “vulneração massiva e contínua de direitos fundamentais”.² Nesses casos, a sentença prolatada não se restringe a efeitos *inter pars*, mas a toda a população afetada direta ou indiretamente, através de políticas públicas participativas, que contam com audiências públicas e metodologia mais complexa e abrangente do que a tradicional figura do *amicus curiae*, por exemplo, presente no ordenamento brasileiro. Em relação ao processo de controle de constitucionalidade, eles contam com uma ação de inconstitucionalidade cujo titular pode ser qualquer cidadão, sem necessidade de representação. Portanto, diferente do Brasil, o acesso a tal ação no país Colombiano é mais amplo.³

De todo modo, foi impetrada pelo Partido Socialista e Liberdade, a ADPF 347/DF⁴, face à crise do Sistema Penitenciário Brasileiro, tendo sido apreciada em sede cautelar na seção plenária do Supremo Tribunal Federal em 09/09/2015, e reconhecido o referido instituto do “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Ocorre que dentre as oito providências ajuizadas em sede liminar, somente duas foram deferidas, quais sejam⁵:

1COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004

²VAL, Eduardo Manuel, et al. *O pensamento pós e descolonial no novo constituiconalismo latino-americano*. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, p. 126

³Ibid., p. 126

⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Relator: MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵CUNHA, Dirley da. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/estado-de-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 10 out. 2016.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Vide nota 4.

I - proibição do Poder Executivo de contingenciar os valores disponível no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. A decisão determinou que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos;

II - determinação aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia para viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, num prazo de até 24 horas do momento da prisão.

Afinal, diante do elevado grau de inconstitucionalidade enfrentado no cárcere, qual o papel que o Supremo está legitimado a desempenhar? De acordo com o Ministro Marco Aurélio⁶, devido ao excessivo número de prisões provisórias, bem como a aplicação da “cultura do encarceramento”, a Suprema Corte deve racionalizar a aplicação da ordem jurídico-penal na prática e minimizar a situação.

Continua o Ministro em seu voto⁷:

Apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Na disseminação da “cultura do encarceramento”, e a conseqüente inércia dos demais Poderes na adoção de políticas públicas, Zaffaroni e Baptista⁸ citam a influência de outras agências, além da agência policial: a agência política e a agência de comunicação social.

Alessandro Baratta⁹, também defende o mesmo pensamento quando diz que a faceta da opinião pública é tão importante para o processo de criminalização.

Nesse sentido, Zaffaroni e Batista¹⁰ afirmam que a lei penal exerce como função principal a de “tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito simbólico” que desemboca em um direito penal de risco simbólico. Explicam os autores que tais riscos não se neutralizam, mas que, no entanto, induzem as pessoas a acreditarem que esses riscos não existem e, assim, abrandam-se a ansiedade no meio social, mente e cria-se um direito penal promocional, “um mero difusor de ideologia”.¹¹ Nesse sentido, o meio jornalístico de informação impede uma análise mais realista e séria sobre esses problemas sociais.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Vide nota 4.

⁷ Ibid.

⁸ ZAFFARONI, Raúl et al. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.60-61.

⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.204.

¹⁰ ZAFFARONI, et al. op. cit. p.631.

¹¹ Ibid. p. 631.

Ao realizar, a opinião pública, uma falsa sensação de solidariedade entre os cidadãos comuns, que os unifica na luta contra o “inimigo interno comum”, obscurece-se toda a consciência de classe, conforme vai sendo difundida a imagem da criminalidade pela mídia.¹²

A nítida finalidade da campanha de “lei e ordem”, é criminalizar o dissenso, tirando o foco de toda a problemática do sistema político¹³, legitimando o abandono de garantias constitucionais e processuais de tutela do cidadão e, muito mais, do preso, em face da função punitiva do Estado”.¹⁴

Uma das grandes consequências desse papel das agências de comunicação social e políticas, resulta em uma competitividade discursiva e simplista que se espalha nas agências judiciais.¹⁵ “O verticalismo: controla toda a capacidade de observação da realidade”.¹⁶ Por esse viés, Zaffaroni e Batista¹⁷ explicam que “o produto final desta competitividade costuma resultar em leis penais absurdas, disputas por projetos mais repressivos, sentenças exemplarizantes, uma opinião pública confundida e desinformada”, e transformam os Poderes Legislativo e Executivo em meros difusores de tais ideologias.

Portanto, respeitar direito fundamental de preso, é confrontar o senso comum difundido na sociedade e, por isso, prejudicar o eleitorado.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio¹⁸ em seu voto, *in verbis*:

Em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo.

Os bloqueios políticos advém diretamente dessa rejeição e, conforme o Ministro relator, eles “permanecerão se não houver intervenção judicial”. É um tema de pouco prestígio popular, de modo que os poderes políticos não tomariam a iniciativa de enfrentar o tema.¹⁹

Ao adotarem essa postura em suas decisões, tanto a Corte Constitucional Colombiana como o Supremo Tribunal Federal cumprem dois objetivos principais: superar bloqueios políticos e institucionais e aumentar o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas

¹² BARATTA, Alessandro. op. cit., p.204-205.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid. p.206.

¹⁵ ZAFFARONI, et al. op. cit., p.61.

¹⁶ Ibid. p. 61

¹⁷ Ibid. p. 62

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Vide Nota 4.

¹⁹ Ibid.

Inconstitucional. É como se essas Cortes se engajassem em um ativismo judicial estrutural.²⁰ O Estado de Coisas Inconstitucional refere-se sempre à situações de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias, que abalam todo e qualquer sistema democrático.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos²¹:

Nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista das Cortes acaba sendo o único meio, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos, temores de custos políticos, *legislative blindspots*, sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados.

Não se pode, entretanto, atuar isoladamente, muito menos proferir decisões impossíveis de serem cumpridas. O STF, no caso brasileiro, deve estar ciente das suas limitações, como também dos seus deveres na adoção de ordens mais flexíveis, bem como um monitoramento de suas execuções²². Além disso, é essencial o diálogo com as demais instituições, ao invés de manter a supremacia judicial, pois “o ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico”²³.

Nesse sentido, é possível perceber que o voto em debate, do Ministro Marco Aurélio²⁴, ao propor que o STF intervenha no implemento de políticas públicas, tal como nas escolhas orçamentárias, mediante ordens flexíveis e monitoramentos na execução das medidas, o Ministro opta pela via dialógica, não havendo falar em “estado de arrogância institucional”.

Por isso, o Plenário do Supremo entendeu liminarmente que tal Tribunal não pode substituir o papel do Poder Legislativo e do Poder Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Assim, o Poder Judiciário deve superar os bloqueios aqui debatidos, mas sem afastar os outros dois Poderes nas soluções necessárias. Assim, o Tribunal achou por bem, não definir o conteúdo de tais políticas²⁵.

Com base nessas considerações, foram indeferidos pedidos que, segundo o STF, já são deveres impostos ao magistrado pela CRFB/88 e leis especiais, como também foram indeferidos pedidos que diziam respeito ao abrandamento e abatimento do tempo de prisão para

²⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisa Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> >. Acesso em: 10 out. 2016.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre sistema carcerário e Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html> >. Acesso em 10 out. 2016.

fins de progressão de regime, livramento condicional e outras matérias concernente ao dever de legislar.²⁶

Essa postura, portanto, apesar de resultar em mudanças pouco aparentes à primeira vista, é o que se espera de uma Corte Constitucional que preza pela razoabilidade na solução de seus litígios, bem como pelo princípio da separação dos poderes em um Estado Democrático de Direito, como o nosso.²⁷ Em quadros tão acentuados de violação de direitos fundamentais, as soluções tendem a ser complexas e, é neste sentido que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado, não sendo inerte por um lado, nem proativo por outro.²⁸

2. A INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DIANTE DA POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO DETERMINAR AOS GOVERNANTES QUE EXECUTEM OBRAS EMERGENCIAIS NOS PRESÍDIOS.

O atual capítulo apresenta a posição do Supremo Tribunal Federal frente aos argumentos trazidos pelas autoridades administrativas responsáveis pela manutenção dos presídios diante de sua omissão em mantê-los adequadamente.

Conforme o julgamento do Recurso Extraordinário 592.581/RS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal²⁹ decidiu que, diante do precário estado de conservação do Albergue Estadual de Uruguaiana, no Rio Grande do Sul, tem o Judiciário o poder de impor à Administração Pública a obrigação de fazer consistente em promover medidas e executar obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Destacam-se, para tanto, a proteção da dignidade da pessoa humana, bem como o cumprimento do art. 5º, XLIX da Constituição Federal, qual seja, o respeito à integridade física e moral do preso.³⁰

²⁶Ibid.

²⁷CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Vide nota 20.

²⁸Ibid.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

³⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 mar. 2017.

No entanto, essa decisão seria também uma forma de judicialização da política tendo em vista a ingerência do Judiciário na concretização de direitos constitucionalizados mas não cumpridos pelos órgãos políticos?

De acordo com Ingeborg Maus³¹, em uma sociedade órfã de poder que a represente, o judiciário torna-se o seu superego. A judicialização da política é o resultado dessa migração do poder de decisão que se dá por conta da deterioração dos espaços republicanos tradicionais. Isso acontece em razão de uma debilidade do Poder Executivo e do Legislativo, que não resolvem os anseios sociais, e faz o judiciário entrar em cena, alterando o sistema democrático.

No mesmo sentido, Garapon³² compreende que o judiciário passa a ocupar um lugar simbólico na sociedade e se transforma num "guardião das promessas constitucionais", constituindo, portanto, a última instância moral da sociedade.

Já para o Ministro do STF, Luis Roberto Barroso³³, apesar da judicialização representar, em grande parte, a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal, ela é um fato. Esse fato é devido à redemocratização e à constitucionalização. A Constituição Federal trata de inúmeros assuntos, e as pessoas passaram a procurar mais o judiciário, inclusive quando se trata de sistema prisional [informação verbal].

Continua o Ministro afirmando³⁴ que diferente da judicialização que é um fato, ativismo é uma atitude, e acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis [informação verbal].

Apesar de o ativismo judicial se expandir quando outros Poderes se retraem, ele tem um ponto positivo pois atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. No entanto, apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente [informação verbal]³⁵. No caso presente, não há falar em ativismo judicial pois existe a Lei de Execução Penal e existem os direitos fundamentais dos presos inculpidos na Magna Carta, mas não são respeitados.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal compreende que no RE 592.581/RS³⁶ não há falar em violação à separação dos poderes, visto que a determinação é a para proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar em um Estado Democrático de Direito. Caso a

³¹ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como o Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 185.

³² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 270.

³³ Palestra fornecida por Luis Roberto Barroso, no seminário *Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA*, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2009.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. Vide Nota 29.

omissão por parte das autoridades estatais coloque em risco os direitos dos jurisdicionados, o magistrado não irá substituir o gestor público, mas, tão-somente, obrigá-lo a cumprir os preceitos constitucionais³⁷.

Nesse sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski³⁸ em seu voto:

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

Vale aqui mencionar o Recurso Extraordinário julgado em novembro de 2016³⁹, no qual o STF determinou que a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime penal mais gravoso. Ou seja, o detento em regime aberto ou semiaberto poderá ter deferida, inclusive, a sua prisão domiciliar, até que as medidas alternativas sejam propostas. Tal julgamento mostra também a defesa do Supremo na busca da dignidade do preso. A manutenção do condenado em regime mais gravoso caracteriza “excesso de execução” e, ainda que privado da liberdade e dos direitos políticos, “os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos”.⁴⁰

O RE embasou ainda a aprovação pelo Plenário da seguinte Súmula Vinculante 57: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”.⁴¹

Em relação ao Recurso Extraordinário 592.581/RS, para o STF também não prospera a alegação de violação ao princípio da reserva do possível, isso porque a situação atual dos presídios viola diversas normas constitucionais, infraconstitucionais⁴² e normas internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar⁴³. Não se trata de normas meramente programáticas, devendo ser implementadas imediatamente. A defesa do princípio da dignidade da pessoa

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. op. cit., nota 1 – p. 41.

³⁸Ibid, p. 42.

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS. Relator: GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

⁴⁰ Ibid, p. 18

⁴¹SP/AD. *Plenário aprova súmula vinculante sobre regime prisional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>. Acesso em: 5 mar. 2017.

⁴²Nesse sentido, Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal, em seus arts. 3º, 40 e 85.

⁴³Nesse sentido, DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de dezembro de 1948, em seus arts. 5º, 6º e 8º.

humana exige uma “intervenção enérgica do Judiciário”, nesse aspecto, não há margem para discricionariedade das autoridades.⁴⁴

Portanto, só caberia falar em violação à reserva do possível diante da ausência de recursos financeiros, situação esta que não ocorre na prática. Segundo o Ministro Relator⁴⁵, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, até junho de 2015 arrecadou R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), sendo que até 2013 foram utilizados somente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais). Além disso, para ter acesso a essas verbas basta que o ente federado celebre convênio com a União a fim de executar projetos submetidos ao Departamento Penitenciário Nacional.⁴⁶ Ainda assim, é persistente a ausência de interesse das autoridades políticas em resolver o problema estrutural do sistema penitenciário.

Como foi visto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em 2015, determinou que a União liberasse o saldo acumulado do FUNPEN com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, como a construção e a reforma de presídios. Em 2016, quase um ano depois, Claudio Lamachia, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil questionou ao Ministério da Justiça sobre os recursos destinados ao sistema penitenciário, e destacou a inércia após a decisão do STF⁴⁷.

No final do ano passado, cerca de 55% do total de R\$ 2,6 bilhões autorizados para o fundo, isto é, R\$ 1,4 bilhão, foram desembolsados. Cerca de 25 unidades da federação receberam o valor de R\$ 44,8 milhões do governo federal.⁴⁸

Mesmo diante da situação, o governo editou a Medida Provisória ainda em 2016, na qual destinava parte dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional que, até então, serviam, exclusivamente, a “financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro” (art. 1º da Lei Complementar nº 79/94), mas que com a MP passaram também a serem empregados em outras finalidades ligadas a segurança pública, sem vinculação com o sistema penitenciário.⁴⁹

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. op. cit.; nota 1 – p. 41.

⁴⁵ Ibid, p. 64.

⁴⁶ Ibid, p. 65.

⁴⁷ Disponível em: <http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2017/01/11/carmen-lucia-discute-fundo-penitenciario-com-o-psol/#_=_>. Acesso em 22 maio 2017.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

Faltando sete dias de vigência, a MP 755/2016 foi suspensa pela MP 781/2017, que continua transferindo os recursos do FUNPEN mas, além disso, revoga a destinação para o FUNPEN de metade do montante recebido pela União relativo a serviços forenses.⁵⁰

Por fim, ainda em relação ao Recurso Extraordinário 592.581/RS, e por tudo aqui exposto, o Poder Executivo não pode se omitir de cumprir o que ordena a CRFB com base, tão-somente, na conveniência da Administração Pública. Conforme o Ministro Luís Roberto Barroso⁵¹, o Judiciário pode intervir para superar o estado crônico de omissão do Executivo e a ideia de reserva do possível não é uma maldição que permite ao Estado não cumprir direitos fundamentais.

Nesse sentido, conclui o Ministro Barroso:⁵²

Presos só estão presos porque o Estado assim determinou. E se o Estado se arroga no poder de privar essas pessoas de liberdade, tem evidentemente que exercer seus deveres de proteção dessas pessoas que estão sob sua guarda por decisão sua.

A realidade carcerária brasileira só nos mostra a distância existente entre os fundamentos defendidos pela Carta Magna de 1988 e a realidade atual. Esta distância que separa a norma da prática é devido a reflexos históricos; uma legalidade efêmera confrontada pelo obscurantismo penitenciário, que desde os antigos regulamentos da sociedade escravista brasileira do século XIX, até a presente Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, e ainda os regulamentos dos sistemas disciplinares estaduais, seguiram e seguem uma perspectiva utilitarista, submissa ao controle social.⁵³

Por isso, o papel do Poder Judiciário passa a ter maior relevância, como afirma o Lewandowski:⁵⁴

O nosso histórico de inércia administrativa com relação à caótica situação dos estabelecimentos prisionais, bem como o lastimável desinteresse ou, até mesmo, a franca hostilidade da sociedade quanto a essa temática, permanentemente insuflada por uma mídia sensacionalista, permitem concluir que, se não houver uma decisiva ação judicial para corrigir tal situação, ela só tenderá a agravar-se, de maneira a tornar-se insustentável em poucos anos, como já antecipam as sangrentas rebeliões de presos, as quais de repetem, com macabra regularidade, em todas as unidades da federação.

⁵⁰Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/06/01/medida-provisoria-sobre-fundo-penitenciario-e-substituida-por-nova-mp>>. Acesso em 22 maio 2017.

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no RE 592.581/RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150827-14.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no RE 592.581/RS. op. cit.; nota 1 - p. 2.

⁵³ROIG, Rodrigo Duque. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.15.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 592.581/RS. *Op. Cit.*; nota 1 - p. 60.

Frequentemente, portanto, o Estado suscita a teoria da reserva do possível na tentativa de omissão no cumprimento de diversos direitos insculpidos na Magna Carta, em razão de um processo de “escolhas trágicas”. A expressão “reserva do possível” identifica o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis ao ente público para atender todos os comandos constitucionais. Contudo, a jurisprudência já decidiu diversas vezes que, em um primeiro momento, essa tese não pode ser oposta à efetivação de direitos fundamentais visto que não cabe ao administrador preteri-los. Ademais, a real insuficiência de recursos pode ser demonstrada pelo poder público diante de direitos sociais, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal também em situações como as vivenciadas nos presídios.⁵⁵

O que se admite é apenas a discricionariedade da Administração Pública e, nesse sentido, deve o ente direcionar o seu orçamento corretamente para que o direito fundamental do preso não seja violado, como se verá adiante.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA OMISSÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS

O presente capítulo traz uma análise da posição do STF diante da atual conjuntura vivida nos presídios do país. Para tanto, perpassa-se pela opinião doutrinária, opinião de aplicadores do direito, histórica, finalizando no estudo da influência dos recentes acontecimentos e rebeliões no universo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal julgou recentemente o Recurso Extraordinário 580252/MS⁵⁶, e considerou necessário o dever do Estado em indenizar pessoa que se encontre cumprindo pena em presídio em situação degradante. Vulgarmente chamado de “pedágio-

⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337/SP. Relator: CELSO DE MELLO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252/MS. Relator Orig. TEORI ZAVASCKI, red. p/ o ac. Ministro GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

masmorra” e inadmitido pelo STJ⁵⁷, visto que foi concluído pelo Tribunal da Cidadania que a indenização seria uma forma de o Estado, ao invés de garantir o cumprimento de direitos inalienáveis e imprescritíveis, “pagar aos prisioneiros uma “bolsa-indignidade” pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente”.

Afinal, a decisão do STF reflete uma possível mudança jurisprudencial útil à melhoria na situação dos presídios, ou serve, tão-somente, à escusa do Estado em cumprir adequadamente os padrões mínimo de salubridade no período de custódia do preso?

No referido Recurso Extraordinário, foi narrado pelo autor que no caso haveria superlotação nas celas, além de outros problemas como higiene precária e risco, inclusive, de transmissão de doenças. Tudo foi relatado em laudo, mas nenhuma providência foi tomada. O autor da demanda ingressou com ação de indenização alegando tratamento desumano e degradante. O Estado, portanto, afirmou falta de recursos com a consequente aplicação do princípio da reserva do possível.

No entanto, o STF, em repercussão geral no RE, considerou ser dever do Estado manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade, e afirmou ser de sua responsabilidade (art. 37, §6º da CRFB⁵⁸) a obrigação em ressarcir os danos do preso, inclusive morais, caso tais padrões não sejam atingidos.⁵⁹

A jurisprudência do STF é firme no entendimento de que o Estado possui responsabilidade objetiva pela integridade física e psíquica daqueles que se encontrem sob a sua guarda e custódia. Por isso, se houver negligência na vigilância do detento, uma vez que o Estado está na condição de garante e deve zelar pela integridade física do preso, a sua conduta configurará ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade.⁶⁰

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962934 MS 2007/0145328-6. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19099786/recurso-especial-resp-962934-ms-2007-0145328-6/inteiro-teor-19099787>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988: “Art. 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”.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252/MS. Vide nota 1.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 662563/GO. Ministro Relator GILMAR MENDES. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21349297/recurso-extraordinario-com-agravo-are-662563-go-stf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Igual decisão foi tomada no RE 841526/RS diante da responsabilidade civil estatal por morte de detento com a aplicação da teoria do risco administrativo.⁶¹

Conforme o Ministro Gilmar Mendes⁶² explicou, a eficácia do art. 37, §6º é plena de modo que ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a omissão da Administração Pública, faz-se presente a responsabilidade civil do Estado. Assim, a alegação de reserva do possível não prospera na presente hipótese, visto não tratar de ação judicial na qual se pleiteia prestações de natureza social, por exemplo, como saúde e educação. A maioria do plenário do STF decidiu que a indenização deva ser em pecúnia.

Tal posicionamento do Supremo mostra uma tendência dos Tribunais do país a forçar a Administração Pública a tomar uma atitude em relação à falha estrutural de todo o sistema carcerário, nem que para isso se utilize de decisões que estipulem danos morais. Entretanto, o STF não respeitou a decisão do STJ, além de não enfrentar o cerne da questão, pois a configuração de danos morais não resolve o problema *lato sensu*.

Aliás, é necessário somente o controle da administração pública dentro dos presídios? Ao contrário do que se mostrou até aqui, existe um grupo que também é refém do desmazelo com sistema carcerário: os agentes prisionais. Eles são expostos rotineiramente à violência interna e externa e são também economicamente vulneráveis frente ao poderio das facções que comandam os presídios.⁶³

Toda essa conjuntura faz com que os próprios agentes penitenciários sejam obrigados a cooperar, alimentando a situação. Os presos também não estão sob vigília do Estado lá dentro, tanto é que nos recentes episódios de rebeliões ocorridas no final do ano passado e início desse ano, “presos mataram presos; presos de uma determinada facção criminosa, mataram presos de outra facção criminosa”.⁶⁴ Chega-se a afirmar que para garantir a sua integridade física e sexual, o detento que recentemente ingressou no sistema vira um “financiador das facções compulsoriamente”.⁶⁵ Ou seja, todos viram financiadores do crime organizado.

⁶¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 841526/RS. Ministro Relator LUIZ FUX. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4645403>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252/MS. Vide nota 1.

⁶³DA ROSA, Alexandre Moraes. *Quem garante os presos são as facções: o caso de Manaus*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/limite-penal-quem-garante-presos-sao-faccoes-manaus>. Acesso em: 20 mar 2017.

⁶⁴DALLARI, Adilson Abreu. *Mortes em presídios impõem desafio na identificação de responsáveis civis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-19/interesse-publico-mortes-presidios-impoem-desafio-identificacao-responsaveis-civis>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁶⁵DA ROSA, Alexandre Moraes. Vide nota 8.

Diante disso, a violência dentro dos presídios se torna cada vez mais evidente, e é sustentada por uma população que crê na punição, simplesmente, como modo de solução de todos os conflitos. Ou ainda, o próprio STF que ao mesmo tempo em que quer ver o quadro mudar, permite a prisão após a condenação em segunda instância⁶⁶. Aumenta-se o rol de condutas criminalizadas, mas pouco se fala em como enfrentar o grave problema das prisões no país, e o princípio da fragmentariedade deixa de ser regra para ser exceção.

Vale aqui um adendo histórico segundo o qual a criminalização e o tratamento aplicado aos presos carrega em si uma herança proveniente desde os tempos da escravidão.

Roig explica que na Ilha de Santa Bárbara, na Baía de Guanabara, foi construída uma das primeiras prisões brasileiras, além do Calabouço, no morro do Castelo, e o Aljube, no morro da Conceição.⁶⁷ A prisão de Santa Bárbara era destinada aos criminosos condenados pelos crimes mais vorazes.⁶⁸ Vigorava no Brasil um sistema privatístico e corporal, decorrente de punições públicas dos senhores sobre os seus escravos, por meio dos açoites.⁶⁹ Assim, o autor mostra uma passagem em que Karasch esclarece que os ambientes das “casas de correção” eram predominantemente ocupados por escravos.⁷⁰ E continua ela⁷¹:

Além de escravos criminosos condenados, as prisões, como as das ilhas das Cobras e Santa Bárbara, detinham escravos enviados para “correção” por seus donos, devido a uma falta cometida por eles, como fugir ou contrair uma doença incurável. Se seus donos nunca assinassem a libertação, eles eram efetivamente abandonados para o resto de suas vidas (...). Em 1830-1832, esses indivíduos viam-se numa “caverna horrível”, escura e úmida, no morro do Castelo. Embora a prisão fosse mantida “relativamente” limpa, a falta de janela fazia com que muitos morressem sufocados no calor do verão. Em 1832, os investigadores recomendaram que a prisão fosse fechada porque havia prisioneiros demais, a maioria deles escravos, que não podiam se manter limpos. Além disso, os prisioneiros sofriam de escorbuto, úlceras e gangrena, e quando os libambos de fugitivos saíam da prisão todos os dias, espalhavam doenças pela cidade. Até mesmo Weech, que acreditava firmemente na necessidade do castigo para escravos, considerava o Calabouço um buraco para animais selvagens, em vez de um lugar para seres humanos.

Atualmente, quase dois séculos depois do que fora acima descrito, há de se notar que a precária situação do cárcere não mudou muito. Fatos recentemente relatados, inclusive pela imprensa, como o caso de Manaus, no qual a ONU pediu imediata investigação das 56 mortes apuradas após a rebelião que durou mais de 17 horas, no Complexo Penitenciário Anísio Jobim

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Relator TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁶⁷ ROIG, Rodrigo Duque. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 30.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 31.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 32.

⁷⁰ KARASCH, 2000, *apud* ROIG, 2005, op. cit., p.31.

⁷¹ *Ibid.*, p. 31.

(Compaj).⁷² Ou ainda, o caso da rebelião de Alcaçuz, no Rio Grande do Norte que deixou 26 mortos⁷³, bem como os 31 mortos na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo (Pamc) em Roraima,⁷⁴ são situações que refletem o desmazelo do poder público, que se perpetua há séculos, diante do sistema carcerário.

Em palestra ministrada na OAB do Rio de Janeiro, o Juiz da Vara de Execução Penal do presídio de Manaus, que foi palco de uma das piores rebeliões da história do país, Luis Carlos Valois⁷⁵ afirmou:

O mundo jurídico que a gente vive é muito diferente da realidade e faz parte do direito encobrir essa realidade. Não é que o direito se afastou da realidade, mas ele é forjado para encobrir a realidade (...) Eles lá (da prisão) têm uns valores, uma moral, totalmente diferente da nossa que a gente está tentando impor (...) Reeducando aqui somos nós, ninguém acha que a prisão tem alguma função reeducadora. Além disso, 60% dos acórdãos que usam o termo ressocialização é para aumentar a pena [informação verbal].

Valois⁷⁶ afirmou ainda que a privatização não soluciona o problema das prisões, e que ao privatizar todas as prisões o Estado seria chamado a atuar novamente [informação verbal]. Além disso, existem os riscos e os perigos de se privatizar para obtenção de lucros de uma atividade tipicamente estatal como o sistema prisional.⁷⁷

Em relação à exposição de tais informações relatadas pela mídia, Aury Lopes Junior afirma haver uma vantagem. Para ele, o caos do sistema carcerário passou a ser desvelado e passou a integrar a agenda pública, assim, as pessoas estão percebendo a “barbárie e o descontrole do sistema carcerário que retroalimenta o ciclo da violência urbana”. Entretanto, precisamos mais do que medidas emergenciais e simbólicas, mas sim de uma ação que pense a médio e longo prazo, e com mudanças efetivas.⁷⁸

Para tanto o autor elenca seis propostas da Human Rights Watch, como a retomada do controle das prisões; a separação dos presos; o provimento de programas educacionais e de

⁷² Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/onu-pede-investigacao-imparcial-e-imediata-de-mortes-de-detentos-em-manaus.ghtml>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1852150-policia-prende-17-suspeitos-por-envolvimento-com-rebeliao-no-rn.shtml>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/massacre-33-presos-sao-mortos-roraima>>. Acesso em: 18 mar 2017.

⁷⁵ Palestra ministrada por Luis Carlos Valois concedida pela OAB-RJ. *Aula Magna – A Crise Carcerária Brasileira*, na sede da OAB na cidade do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2017.

⁷⁶ *Ibid.*, nota 21.

⁷⁷ DA ROSA, Alexandre Moraes. *Quem garante os presos são as facções: o caso de Manaus*. Vide nota 8.

⁷⁸ LOPES, Aury. *O caos do sistema carcerário e as ações propostas pela Human Rights Watch*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-13/limite-penal-caos-sistema-carcerario-propostas-human-rights-watch>>. Acesso em: 18 mar 2017.

trabalho dentro dos presídios; a ampliação do acesso à justiça; a redução do número de presos que aguardam julgamento; e a reforma da política de drogas.⁷⁹

Apesar dessa posição, as medidas incentivadas pelo atual Governo Federal no Plano Nacional de Segurança Pública⁸⁰ são em sentido oposto, tais como a construção de mais presídios e a aquisição de mais armamentos, com fomento maior na segurança pública e não no sistema prisional.

⁷⁹ LOPES, Aury. *O caos do sistema carcerário e as ações propostas pela Human Rights Watch*. Vide nota 24.

⁸⁰ SOUZA, Felipe. “A questão não se resolve com construção de presídios”, diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 18 mar 2017

CONCLUSÃO

Vive-se um momento em que Tribunais de diversos países vêm repensando o modo no qual o Estado mantém os encarcerados sob sua guarda. Dentre esses países está a Colômbia, que desenvolveu importante tese sobre o assunto, denominada “Estado de Coisas Inconstitucional”.

Para tanto, a Corte Constitucional da Colômbia afirmou haver três pressupostos que motivaram o desenvolvimento da referida tese, quais sejam, a violação generalizada de direitos fundamentais, a reiterada inércia das autoridades públicas e a necessidade de superação do quadro por essas autoridades. Aqui no Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem adotando esse entendimento no julgamento da ADPF 347/DF, ainda em trâmite.

Dentre os principais motivos ensejadores da cultura do encarceramento estão a influência das agências política e de comunicação social. A campanha de “lei e ordem” retira o foco da problemática do sistema político e legitima o abandono de garantias constitucionais.

Nesse passo, a impopularidade dos presos faz com que políticos não apliquem recursos públicos no sistema carcerário, daí a importância da intervenção judicial para o saneamento do problema ou, ao menos, a sua remediação.

As omissões legislativas mas, principalmente, administrativas, ensejaram graves casos de desrespeito à proteção da dignidade da pessoa humana, tratados internacionais ratificados pelo Brasil como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como diversos incisos do artigo 5º da CRFB.

Em sua defesa, o Rio Grande do Sul, um dos estados acionados pelo poder judiciário, alegou o princípio da reserva do possível e a ofensa à separação dos poderes. Entretanto, tal tese foi rechaçada pelo STF, que impôs à administração pública a obrigação de fazer consistente em promover medidas e executar obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais. Além desse caso, o STF também obrigou o estado do Mato Grosso do Sul a indenizar preso que se encontrasse em situação degradante.

Diante de tal conjuntura fática e da omissão administrativa, a posição do Supremo Tribunal Federal reflete uma judicialização da política, resultado da deterioração dos espaços republicanos tradicionais, que se explica pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em não atenderem aos anseios sociais, fazendo o judiciário entrar em cena e alterando o sistema democrático.

Num país que arrecadou até metade de 2015, R\$ 2.324.710.885,64 (dois bilhões, trezentos e vinte e quatro milhões, setecentos e dez mil, oitocentos e oitenta e cinco reais e

sessenta e quatro centavos) em seu Fundo Penitenciário Nacional, e utilizou somente R\$ 357.200.572,00 (trezentos e cinquenta e sete milhões, duzentos mil e quinhentos e setenta e dois reais), ou seja, menos de 16% (dezesseis), é irrazoável alegar princípio da reserva do possível, visto que convênios entre os estados e a União são plenamente viáveis.

A postura do Supremo Tribunal Federal é interessante do ponto de vista do cumprimento da norma, que é o que lhe cabe. No entanto, ela não enfrenta o cerne da questão. É preciso usar mais do que medidas emergenciais e simbólicas por parte da Administração Pública. Ações que pensem a médio e longo prazo são mais necessárias do que nunca. Caso contrário, episódios vividos em vários presídios do Norte e Nordeste do país no início desse ano, tornar-se-ão corriqueiros e o enfraquecimento do vínculo político-jurídico do Estado Democrático de Direito com os indivíduos, cada vez mais patente.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra concedida no seminário *Direito e Desenvolvimento entre Brasil e EUA*, realizado pela FGV Direito Rio, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Relator: MARCO AURÉLIO. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS. Relator: GILMAR MENDES. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Ministro Relator TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 18 mar 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no RE 592.581/RS. Relator: RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150827-14.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisa Inconstitucional e o Litígio Estrutural*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 10 out. 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Entenda a decisão do STF sobre sistema carcerário e Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004

DALLARI, Adilson Abreu. *Mortes em presídios impõem desafio na identificação de responsáveis civis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-19/interesse-publico-mortes-presidios-impoem-desafio-identificacao-responsaveis-civis>. Acesso em: 18 mar 2017.

LOPES, Aury. *O caos do sistema carcerário e as ações propostas pela Human Rights Watch*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-13/limite-penal-caos-sistema-carcerario-propostas-human-rigths-watch>. Acesso em: 18 mar 2017.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como o Superego da Sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

SP/AD. *Plenário aprova súmula vinculante sobre regime prisional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319993>. Acesso em: 5 mar. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque. *Direito e prática histórica da execução penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Quem garante os presos são as facções: o caso de Manaus*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-06/limite-penal-quem-garante-presos-sao-faccoes-manaus>. Acesso em: 20 mar 2017.

SOUZA, Felipe. “A questão não se resolve com construção de presídios”, diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>. Acesso em: 18 mar 2017

VALOIS, Luis Carlos. Palestra concedida pela OAB-RJ. *Aula Magna – A Crise Carcerária Brasileira*, na sede da OAB-RJ, em fevereiro de 2017.

ZAFFARONI, Raúl et al. *Direito penal brasileiro I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.