

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA EXECUÇÃO PENAL

Cynthia Feyh Jappur*

INTRODUÇÃO

A segurança pública tem sido um dos maiores problemas enfrentados no Brasil, senão o maior, o que é amplamente noticiado e documentado em vários meios de comunicação. O aumento da criminalidade é galopante, desenfreado e assustador. A população está cotidianamente ameaçada e o Estado, vulnerável.

O desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana dos presos com a superlotação das casas prisionais, a qual infringe outros tantos direitos fundamentais, é fator que ocasiona o aumento da criminalidade e a fragilização da segurança pública, circunstâncias que se retroalimentam.

Mudam-se os governos, mas a problemática do tratamento dispensado aos encarcerados e à segurança pública só piora.

O sistema da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11/7/1984) foi idealizado para ser uma arma eficaz contra a criminalidade; contudo, verificase que, se transformou, pelo descaso do Estado para com a execução da pena e às necessárias políticas públicas correspondentes, em escola do crime organizado e uma amostra chocante da violação dos direitos humanos.

* Promotora de Justiça/RS. Especialista em Direito do Estado.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 70	set. 2011 – dez. 2011	p. 99-143
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	-----------

A superlotação carcerária constitui fator determinante da notória conclusão de que a execução penal não está cumprindo a finalidade da pena. Pois, ao invés de recuperar, degrada, ao invés de pacificar, revolta, ao invés de reinserir, marginaliza e abandona; não só o preso, mas a sociedade.

O presente estudo pretende analisar se o Ministério Público, titular da ação penal, pode fazer algo para mudar essa realidade. Ou, está legitimado somente a entrar nos estabelecimentos penais, fazer inspeções e pedir a interdição do estabelecimento quando este apresenta irregularidades, e nada mais.

Tais questões se revelam de extrema importância, e já freqüentam debates nos Tribunais do Brasil.¹

Conforme for o entendimento esposado, frustrar-se-á a efetividade dos preceitos constitucionais que garantem a Dignidade da Pessoa Humana do preso e a finalidade da execução penal, produzindo consequências diretas na segurança pública.

1 Direitos e garantias fundamentais

1.1 Marcos característicos das Gerações dos Direitos Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais constituem uma conquista da humanidade. É costume dividi-los em três gerações: a primeira geração é conhecida como a *das liberdades públicas*; a segunda, a *dos direitos sociais*; e a terceira, a *dos direitos de solidariedade*.²

As gerações dos direitos fundamentais decorrem da história do próprio homem, como ser político-social, e resultam das necessidades por ele vividas. Elas não são estanques, elas se intercalam e vão-se somando, como fruto da evolução do homem e do Direito. Por isso, é difícil apontar, exatamente, o nascedouro de cada uma delas, razão pela qual optamos por mencionar alguns dos marcos característicos.

¹ AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 10702838229-RS, ajuizada em 29/11/2007, a qual busca a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fazer, consistente na geração e implementação de vagas para os regimes fechado, semi-aberto e aberto - superlotação das casas prisionais. A demanda foi julgada procedente, sendo negado provimento ao apelo do Estado do Rio Grande do Sul. Inconformado o réu/apelante ingressou com Recursos Especial e Extraordinário. Ao Recurso Especial foi negado seguimento. O Recurso Extraordinário, por sua vez, foi sobrestado, haja vista que a questão constitucional ventilada no recurso foi selecionada pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 592581/RS. Reconhecida a repercussão geral da matéria pelo STF. No Pretório Excelso o tema da repercussão geral recebeu o número 220. Atualmente encontra-se pendente o julgamento o Recurso Extraordinário perante o STF, sendo admitidos pelo relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na qualidade de *Amicus Curiae*, a União e os Estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima, Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Distrito Federal.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

A primeira geração, a das *liberdades públicas*, que constitui o núcleo dos direitos fundamentais³, objetivou pôr fim à arbitrariedade dos governantes, por meio da reformulação das instituições políticas.⁴ Na evolução por que passaram os direitos fundamentais, os universalmente consagrados, em primeiro lugar, foram os direitos civis e políticos, denominados *direitos de liberdade* ou direitos de primeira geração.⁵ Depois da vitória das revoluções na América do Norte, e da insurreição do terceiro Estado na França, deu-se a reformulação institucional sob o lema: “governo de leis e não de homens” e marcada pelo liberalismo. As doutrinas jusnaturalistas (elaboradas e propugnadas pelos iluministas), que fundamentaram tais direitos, surgiram nos séculos XVII e XVIII, num período de ascensão da burguesia, que estava a reivindicar uma maior liberdade de ação e de representação política frente à nobreza e ao clero. Essas doutrinas forneciam uma justificativa ideológica consistente aos movimentos revolucionários, os quais levariam à dissolução do mundo feudal, para inaugurar o mundo moderno.⁶ Os direitos da tradição liberal têm o seu núcleo central nos chamados direitos de liberdade, que são, fundamentalmente, os direitos do indivíduo (burguês) à liberdade, à propriedade e à segurança. O Estado limitava-se a zelar pela garantia dos direitos individuais por meio da lei, sem intervir, ativamente na promoção deles. Por isso, esses direitos são chamados direitos de liberdade negativa, pois visam à não intervenção do Estado na esfera dos direitos individuais.⁷

Os direitos fundamentais são denominados como *liberdades públicas* porque, quando reconhecidos, passaram a ganhar proteção do Estado. Assim, uma vez violados, cabe, ao Estado, coercitivamente, restaurá-los, mesmo no caso de o violador ser um órgão ou agente seu, isto é, ser o próprio Estado.⁸

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 28.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Ação Civil Pública e Direito Difuso à Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto352.htm>>. Acesso em 25 abr. 2005, 12:23.

⁶ TOSI, Giuseppe. *Anotações sobre a História Conceitual dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/phunesco/i-01-anotações.html>>. Acesso em: 12 abr. 2005, 16:01.

⁷ TOSI, Giuseppe. *Anotações sobre a História Conceitual dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/phunesco/i-01-anotações.html>>. Acesso em: 12 abr. 2005, 16:01.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.

Marco importante das *liberdades públicas* é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. É nesse momento que nasce o Estado de Direito, que se deve espelhar no primado da Constituição.⁹ Esta, por sua vez, deve consistir em um documento escrito de organização e limitação do Poder, por meio do qual objetiva instituir um governo não-arbitrário, organizado segundo normas que não podem ser, por ele, alteradas, face ao limite dos Direitos do Homem e do Cidadão. O Art. 16 da Declaração de 1789, dispõe: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.”¹⁰ A ainda atual Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França), de 1789, serviu como paradigma para o mundo.

Com o avanço dos liberalismos político e econômico, bem como a urbanização, industrialização, mormente o Capitalismo desenfreado, ocorreu o acúmulo de riquezas nas mãos de poucos. Nesse contexto, o trabalho passou a ser identificado com o capital e, como tal, a ser explorado. Tanto assim que mulheres e crianças, também, trabalhavam a qualquer tempo e de qualquer forma. Não havia limites. Não era mais o arbítrio dos governantes que imperava, mas o do capital. Essa marginalização dos operários e dos desempregados do processo econômico e político, que os obrigava a viverem em condições subumanas, fez emergir a *luta de classes*, como bem estudou Marx¹¹. Surgiu, daí, a reação: o Estado não-intervencionista, que demarcou a primeira geração dos direitos fundamentais não mais satisfazia. O movimento socialista fez a crítica, denunciando o caráter meramente “formal” das liberdades reconhecidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A *doutrina social da Igreja*, com a *Encíclica Rerum novarum* (1891), do Papa Leão XIII, vem resgatar e pregar o valor da “vida humana digna”. É nesse cenário que nascem os direitos fundamentais da segunda geração: os *direitos sociais, econômicos e culturais*.¹² A Constituição de Weimar (Alemanha), de 1919, vem estabelecer novos direitos fundamentais a serem tutelados, traçando um novo modelo de Estado de Direito; é o Estado Social de Direito, que passou a servir de paradigma para o resto do mundo.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

¹⁰ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/14%20julho/declroits.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2005, 15:16.

¹¹ MARX, Karl. *O Capital*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/o,1564,62727,00html>>. Acesso em: 25 de abr. 2005, 12:40.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

Na Constituição de Weimar, está prevista a sujeição da propriedade à função social: “A propriedade acarreta obrigações, e seu uso deve visar ao interesse geral” (Art. 153). Além disso, são considerados ainda: a repartição das terras – reforma agrária – (Art. 155); a possibilidade da “socialização” de empresas (Art. 156); a proteção ao trabalho (Art. 157); o direito de sindicalização (Art. 159); a previdência social (Art. 161); e a co-gestão das empresas (Art. 165). Destacam-se, também, as normas sobre o casamento e a juventude, a obrigatoriedade da instrução escolar, com a previsão de estabelecimentos públicos para tal.¹³

Nessa nova concepção, ao Estado, atribuiu-se a missão de buscar a igualdade efetiva. Para atingir essa finalidade, ele (o Estado) deve intervir na ordem econômica e social, buscando ajudar os menos favorecidos. A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade, gerando, diversamente do individualismo imperante no Estado Liberal, uma maior preocupação com o bem comum e interesse público. Imbricou-se a liberdade e a dignidade, o que passou a exigir a atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais, e levar, a toda a coletividade, o bem-estar social. Substituiu-se a idéia de Estado Legal, puramente formalista, pela de um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça. A intenção era submeter o Estado ao Direito, e não à lei em sentido apenas formal. Fala-se em Estado Democrático de Direito, que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito).¹⁴

Numa abordagem sinóptica, pode-se apresentar os direitos fundamentais da *primeira geração* (França, 1789) e os direitos fundamentais da *segunda geração* (Weimar, 1919) da seguinte forma:¹⁵

– Os direitos fundamentais da *primeira geração* são naturais, mundiais, absolutos e declarados (reconhecidos); são expressões da autonomia do indivíduo e estabelecem poderes de agir;

– Os direitos fundamentais da *segunda geração* são pluralistas, atribuídos a grupos sociais, instrumentos para a efetividade das instituições políticas e sociais, auxiliam a efetividade das instituições democráticas, estabelecem

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

¹⁴ SALGADO, Daniel de Resende. *Legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos*. Disponível em: <http://www.procongoias.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_35.html>. Acesso em: 13 de abr. 2005, 19:05.

¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, 1995, 11/237.

poderes de exigir, o que implica prestações positivas do Estado mediante da criação de serviços públicos.

No Brasil, dentre as *liberdades públicas* (os direitos fundamentais da primeira geração) ressaltam-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Essas liberdades estão inseridas no Art. 5º, *caput*, e incisos da CRFB, de forma exemplificativa, ante o § 2º do mencionado Art.

Os direitos *fundamentais sociais* (segunda geração) estão previstos nos Arts. 6º a 11º da CRFB.¹⁶

Por sua vez, os direitos fundamentais denominados direitos de *solidariedade*, ou *fraternidade (terceira geração)*, põem em relevo a proteção de bens ou valores jurídicos resultantes do Direito Internacional, tais como os direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação e à autodeterminação dos povos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que há controvérsia quanto à natureza e ao rol desses direitos de terceira geração, argumentando que isso é natural, pois foi somente a partir de 1979 que se passou a falar neles. novos direitos. Esses, mesmo enunciados em sucessivas reuniões e documentos da ONU e da UNESCO, são poucas vezes reconhecidos no Direito Constitucional, embora apareçam em Cartas Internacionais, tais como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) e a Carta de Paris para uma nova Europa (1990).¹⁷

Os direitos da terceira geração estão esparsos na CRFB de 1988: o direito à paz integra os princípios que devem reger as relações internacionais, tais como a “defesa da paz” (Art. 4º, VI) e a “solução pacífica dos conflitos” (Art. 4º, VII). Relativamente ao direito ao desenvolvimento, a CRFB refere-se à “cooperação dos povos para o progresso da humanidade” (Art. 4º, IX); e o direito à comunicação está refletido no seu Art. 220. Como princípios orientadores da política internacional brasileira, a CRFB menciona a “autodeterminação dos povos” (Art. 4º, III). O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é assegurado pela CRFB, no seu Art. 225.

Chega-se até a falar, na atualidade, com o advento de questões relativas à bioética, bem como o desenvolvimento do biodireito, nos direitos fundamentais da *quarta geração*.¹⁸

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 57/58.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 57/63.

¹⁸ SALGADO, Daniel de Resende. *Legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos*. Disponível em: <http://www.procongoias.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_35.html> Acesso em: 13 de abr. 2005, 19:05.

1.2 O Direito Fundamental à Segurança

O direito à segurança, dada a sua importância como direito natural, inalienável e sagrado do homem, foi elevado, solene e expressamente, à categoria de direito fundamental, mediante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (em 1789), que, em seu Art. 2º, proclamou: *A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.*¹⁹

Contudo, o direito fundamental à segurança, mesmo reconhecido pela expressiva maioria dos documentos internacionais e constitucionais, não teve claramente especificados os seus contornos, no sentido de precisar o âmbito da sua aplicação. A expressão genérica *segurança* abre possibilidades de o direito à segurança ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, tais como a segurança pública, a segurança pessoal, a segurança jurídica e a segurança social.²⁰

No plano internacional, verifica-se que os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais contêm referência expressa tão-somente à segurança pessoal do indivíduo, como é o caso, a título ilustrativo, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (Art. 3º); do Pacto Internacional da ONU de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (Art. 9º); e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (Art. 7º, nº1).²¹

O direito e a garantia fundamental à segurança, na CRFB de 1988, estão previstos no Título II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Art. 5º, *caput*, e no Capítulo II, Dos Direitos Sociais, Art. 6º.

O Art. 5º, *caput*, da CRFB, dispõe:

*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*²² (Grifou-se.)

¹⁹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/14%20julho/decdroits.htm>> Acesso em: 12 abr. 2005, 15:16.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez Informação, n. 14, p. 11-12.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez Informação, n. 14, p. 12.

²² BRASIL. Constituição (1988). 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

O Art. 6º, por sua vez, reza:
*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.*²³ (Grifou-se)

Assim, o direito e a garantia fundamental à segurança são reconhecidos constitucionalmente no Brasil, tanto como um direito individual e coletivo, quanto um direito social. Ou seja, o direito à segurança apresenta-se como direito fundamental da primeira e da segunda geração.

Constata-se que o direito à segurança, inserido na CRFB do Brasil, a exemplo do Direito Internacional, não especifica o seu âmbito de incidência, configurando-se numa espécie de cláusula geral.

No presente trabalho, o direito e a garantia fundamental à segurança são tratados como direito às seguranças pessoal e pública.

Como direito da primeira geração, tem-se que o indivíduo, seja cidadão ou estrangeiro, tem o direito à sua segurança pessoal; para tanto, dispõe de garantias e poderes de agir contra o Estado. Por sua vez, o direito fundamental à segurança, como direito de segunda geração, constitui poderes de exigir, o que implica o dever de prestações positivas por parte do Estado, por meio da criação de serviços públicos que assegurem a segurança pessoal a todos ou a uma determinada coletividade; dessa forma, portanto, ele consiste num direito social à segurança pública.

2 Uma síntese da história do regime punitivo e das ideias penais e a crise da execução penal

Pode-se afirmar que a história do Direito Penal desenhou-se com a história do próprio homem e da civilização. Embora não-estanques e intercaladas entre si, é possível dividir as fases da pena em: *vingança privada*, *vingança divina*, *vingança pública* e *período humanitário*.^{24,25}

2.1.1 Vingança Privada

Nessa fase, quando era cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes, e, até, do grupo social (tribo); agiam sem proporção à ofensa, atingindo não somente o ofensor, como, também, o grupo a que ele pertencia.

²³ BRASIL. Constituição (1988). 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal: Evolução Histórica das Idéias Penais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 28.

²⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v. 1, p. 39.

A vingança privada era uma reação natural e instintiva. Isso faz com que ela se constitua numa realidade sociológica e não numa instituição jurídica.

Como forma de evitar a dizimação das tribos, surge a figura do *talião* (de talis = tal), que limita a reação à ofensa a um mal idêntico àquele praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente, mão por mão). Esse sistema foi adotado no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (povo Hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma).²⁶ Não obstante dizer-se, comumente, “pena de talião”, não se tratava propriamente de pena, mas, sim, de um instrumento moderador da pena, ainda que relativa ao crime e não à pessoa. Nessa situação, dever-se-ia aplicar, no ofensor, o mesmo mal, em igual proporção, que ele havia causado ao ofendido.²⁷

Importante avanço é impulsionado com a *composição*, um sistema pelo qual o ofensor livrava-se do castigo com a compra de sua própria liberdade (pagamento em moeda, gado, armas, etc.). Ela foi adotada pelo Código de Hamurábi, pelo Pentateuco, e pelo Código de Manu (Índia). Foi largamente aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das formas modernas de indenização, no Direito Civil, e da multa, no Direito Penal.²⁸

2.1.2 Vingança Divina

Essa fase foi marcada pelo fato de a pena não mais caber à vontade e arbítrio exclusivo do ofendido, mas sim, a uma entidade superior: a divindade. Como exemplo: o Código de Manu (séc. XI a.c.) que determinava amputações de dedos e até de membros dos ladrões, sob a alegação de que a pena purificaria o infrator.

O Direito Penal estava impregnado de sentido místico, uma vez que o crime devia ser reprimido como satisfação aos deuses, pela ofensa praticada no grupo social. O castigo, ou oferenda, era aplicado pelos sacerdotes, por delegação divina: eles infligiam penas severas, cruéis e desumanas, visando à intimidação. Esse sistema foi adotado na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e em Israel (Pentateuco).²⁹

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v. 1, p. 39.

²⁷ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal: Evolução Histórica das Idéias Penais. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 29.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v. 1, p. 39.

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v. 1, p. 40.

2.1.3 Vingança Pública

Com o escopo de dar maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou soberano por meio da aplicação de pena. Ainda sob o pretexto de obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano.³⁰

Nessa fase, a justiça penal tinha como escopo a proteção da ordem e da paz públicas perquiridas pelo soberano. A repressão ao comportamento antagônico à ordem e à paz estabelecida passa a representar a forma de impor a autoridade do Estado. Para manter a sua autoridade, o soberano insere, no ordenamento jurídico, os mecanismos mais bárbaros, não apenas com o propósito de punir, mas, também, com o escopo de descobrir a verdade. O corpo do homem, o objeto da pena, além de se manifestar como o responsável pelos atos criminosos, transformava-se, de igual forma, no objeto do processo; assim, é ele que deveria merecer provações para esclarecer o crime. Era a época dos suplícios. O corpo do agente do crime passou a ser penalizado duas vezes: primeiramente, durante o processo, com o suplício do corpo mediante a tortura, que era a técnica empregada para descortinar a verdade do crime; depois, com a aplicação da pena, que deveria ser corporal, em cerimonial levado a efeito diante da sociedade, para servir de exemplo e atuar como medida de prevenção geral. A prisão era prevista, apenas, como a forma de deter o homem para que lhe fosse aplicada a pena corporal correspondente. Todo o processo, até a sua execução, (quando, então, era importante levar ao conhecimento do grupo social, o suplício final) permanecia secreto, sem a participação ou sequer o conhecimento do acusado. O processo representava privilégio único e exclusivo da acusação: o acusado não sabia qual seria a imputação a ser-lhe feita, muito menos os depoimentos tomados e as provas apuradas. A forma secreta e escrita do processo era de mister ao estabelecimento da verdade; e o soberano e os seus juízes tinham o direito absoluto e o poder exclusivo para encontrá-la. Os juristas da Renascença trataram de desenvolver a doutrina quanto à natureza e à eficácia das provas.³¹

As sanções penais (fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento, etc.) eram desiguais, dependendo da condição social ou política do réu. Proscrito o sistema de composição, o caráter público do Direito Penal passa a ser exclusivo; ele é exercido em defesa do Estado e da religião. O arbítrio judiciário cria, em torno da justiça penal, uma atmosfera de insegurança e terror.³²

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v. 1, p. 40.

³¹ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. O Direito Penal e a Criminalidade. Disponível em: <http://www.terra.com.br/jfrn.gov.br/docs/doutrina_102/>. Acesso em: 1 de dez. 2004, 22:16:12.

³² MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v.1, p. 42.

2.1.4 Período Humanitário

O período humanitário adveio com o Iluminismo, pregando a reforma do sistema repressivo no final do século XVIII. Com esse propósito, vários pensadores se destacaram, formando correntes e fundando Escolas.

A finalidade da pena sempre foi discutida na história da humanidade. No curso dessa evolução, digladiaram-se, basicamente, duas escolas: a CLÁSSICA e a POSITIVISTA. Numa síntese apertada, do resultado das duas, nasceu uma terceira escola, chamada da ESCOLA DA NOVA DEFESA SOCIAL a qual se firmou no direito brasileiro.

A escola CLÁSSICA constituiu um grande avanço na história do direito penal, marcou o início do período humanitário, que foi posterior a vingança privada¹, divina e pública. Os expoentes da Escola CLÁSSICA foram César Bonesana (1764), conhecido como Marquês de Beccaria, e Francesco Carrara(1859). Foi Carrara que iniciou a fase jurídica da Escola.

César Bonesana, Marquês de Beccaria (nascido em Milão, em 1738), escreveu, com apenas 26 anos, o seu famoso “pequeno grande livro” Livro *Dei Delitti e delle Pene* (dos delitos e das penas). Surpreende o fato de ele não ser jurista, mas filósofo, discípulo de ROSSEAU e MONTESQUIEU.³³Tanto assim que sua obra assentou-se no Contrato Social de ROSSEAU, tornando-se o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal até então vigente. Ele preconiza o princípio de que o indivíduo compromete-se, perante a sociedade, com o pacto social. Assim, ele deve viver em conformidade com as leis que representam a vontade de todos. Portanto, ele confere, ao Estado, o “poder-dever” de puni-lo, infligindo-lhe o castigo merecido, quando vier a transgredir as normas de conduta, a fim de ser restabelecida a ordem jurídica violada, e servir de prevenção aos demais. O direito de liberdade, com o pacto social, é entregue, como espécie de depósito, ao Estado, que haverá de restringir essa liberdade quando isso for necessário para o restabelecimento da ordem social.³⁴

Ele propõe um fim utilitário e político à justiça penal. Julio Fabbrini Mirabete arrola os princípios básicos pregados pelo filósofo, os quais, embora não sendo originais, firmaram os postulados do Direito Penal moderno, muitos dos quais adotados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789):³⁵

³³ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Evolução Histórica das Idéias Penais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 32.

³⁴ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *O Direito Penal e a Criminalidade*. Disponível em: <http://www.terra.com.br/jfrn.gov.br/docs/doutrina_102/>. Acesso em: 1 de dez. 2004, 22:16:12.

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v.1, p. 42.

- a) Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que não atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis;
- b) Somente as leis podem fixar as penas, não se permitindo, ao Juiz, interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente;
- c) As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos;
- d) A prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existência do crime e da sua autoria;
- e) Devem ser admitidas, em Juízo, todas as provas, inclusive a palavra dos condenados (mortos civis);
- f) Não se justificam as penas de confisco, que atinjam os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaiam sobre toda a família do criminoso;
- g) Não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para o interrogatório e os juízos de Deus, que não levam à descoberta da verdade;
- h) A pena deve ser adotada como profilaxia social, não somente para intimidar o cidadão, mas, também, para recuperar o delinquente.

Essa Escola consagrou o princípio da legalidade no Direito Penal. A pena para a ESCOLA CLASSICA é o meio de tutela jurídica. Ou seja, se o crime é a violação de um direito, a defesa contra ele deve-se encontrar no próprio direito. Portanto, a pena não pode ser arbitrária, mas sim, regulada pelo dano sofrido pelo direito. Ou seja, é retributiva.³⁶ Para essa Escola a imputabilidade moral é pressuposto da responsabilidade penal, a qual é fundada no livre arbítrio.

Magalhães Noronha observa que, ao se inspirar no Iluminismo, a Escola Clássica exaltou, no campo penal, o princípio individualista, esquecendo a sociedade. Contra ela, se ergueu a Escola Positivista, que se autodenominava socialista.

O movimento naturalista que pregava a supremacia da investigação experimental, em oposição à indagação puramente racional, influenciou o Direito Penal. Nessa época, a filosofia e a ciência tomavam novos rumos, com o positivismo de Augusto Comte e o evolucionismo de Darwin e Spencer. Daí, surgiu a *Escola Positivista*, cujo início está nos estudos do médico-psiquiatra, professor em Turim, César Lombroso.

³⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Evolução Histórica das Idéias Penais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, p. 39-40.

Porém, a Escola Positivista apresenta Henrique Ferri como seu maior expoente, criador da Sociologia Criminal (1880). Discípulo dissidente de Lombroso, atribuiu importância capital aos fatores exógenos ou sociais na gênese do crime. Destinando séria importância ao trinômio causal do delito: fatores antropológicos, sociais e físicos. Adepto do determinismo, ele pregou a responsabilidade social em substituição à moral (o homem só é responsável porque vive em sociedade; isolado, em uma ilha, não tem qualquer responsabilidade). Os Clássicos a ele objetavam, alegando que, uma vez negado o livre arbítrio, o determinismo levaria à impunidade, pois iníquo seria punir quem fatalmente praticaria crimes. Em resposta, Ferri acrescentava que, assim como o homem não é livre, também não o é o Estado, na necessidade de reprimir o crime, para a defesa do Direito e da sociedade. Mais importante que a repressão é a prevenção (assim, ele sugeriu substitutivos penais que modificassem as condições sociais e econômicas, de efeitos criminológicos).

Pune-se o delinquente não em razão de *vindita* pública, mas porque é preciso defender a sociedade da periculosidade observada diante do estudo feito no criminoso. A pena deixa de ter o caráter meramente retributivo, para servir de esteio à defesa social. Para Ferri, a pena deveria ser indeterminada e adequada ao delinquente, além de visar ao reajustamento para o convívio social.

Após a Segunda Guerra Mundial, operou-se intenso movimento reformista, que reavivou o Direito Natural. O positivismo jurídico foi colocado no banco dos réus, sob a pecha de ser ele o grande responsável pelas atrocidades jurídicas cometidas pelo nazismo e pelo fascismo. A crise surgida nesse pós-guerra suscitou o redirecionamento dos direitos naturais impostergáveis e absolutos.

A lei deixa de ter um valor em si mesma, carecendo de confronto com a justiça, que dela deve promanar, sob pena de não se confortar com os ditames do Direito. Os excessos desumanos praticados antes e durante a Segunda Guerra Mundial, os quais foram declarados, no processo de Nuremberg, sob a noção de “crime contra a humanidade”, que legaram tanta indignação para o século XX, suscitaram a necessidade de se repensar o problema penal. Procurou-se visualizá-lo, não apenas sob o aspecto referente ao homem delinquente e ao campo do Direito Penal, mas, sobretudo, como fenômeno social. O problema não seria, propriamente, criminal, mas sim, social, inserindo-se, aí, o Direito Criminal como um, (e não como o único!), *instrumento de defesa social*. Esse movimento reformista deu origem à difusão dos Direitos Humanos, bem como ao pensamento alternativo, e a uma nova Escola de Direito Penal: a ESCOLA DA DEFESA SOCIAL, cujo idealizador foi FILIPO GRAMATICA que articulou essas novas ideias; em Gênova,

no ano de 1945, quando criou um Centro de Estudos de Defesa Social. Posteriormente, com alterações, levadas a efeito por seus membros, MARC ANCEL, autor da obra fundamental “A NOVA DEFESA SOCIAL”, em 1954, originou-se ESCOLA DA NOVA DEFESA SOCIAL com os seguintes postulados:

Luta contra a criminalidade com a preservação do “Direito Criminal”, recorrendo, para isso, a todos os meios de ação (pré ou pós-criminosos), e protegendo a sociedade e seus membros a fim de não serem vitimados pelos criminosos;

Respeito aos Direitos Humanos, com a preservação dos princípios da liberdade e da legalidade e de uma política criminal com concepções humanísticas;

Estudo atento e científico da realidade, abandonando doutrinas de ordem “metafísica”, para harmonizar a Justiça Criminal com a consciência social, e, quanto ao criminoso, adotar medidas de caráter corretivo e recuperativo;

Coordenação das medidas de Direito Penal, buscando um sistema unitário de reação contra o “fato delituoso”, tendo, de outra parte, o cuidado de garantir, ao preso, em seu tratamento, um caráter continuativo, cujas fases sucessivas deverão ser concedidas segundo o espírito da defesa social.

Nesse cenário, foi editada a Lei de Execução Penal brasileira, Lei nº 7.210, de 11.07.84. Embora se afirme na Exposição de Motivos (nº 14) da LEP que, *sem questionar profundamente a grande temática de pena, curva-se o Projeto na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade*. Como bem observa Mirabete, está visível a adoção dos princípios da NOVA DEFESA SOCIAL. O Art. 1º da LEP também deixa claro o paradigma adotado, quando determina que: “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”

A Lei de Execução Penal seguiu as REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DE PRISIONEIRO (adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955) que adotou as idéias da Nova Defesa Social. Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos / Pacto de São José da Costa Rica (de 22 de novembro de 1969), que com o Decreto nº 678, que foi promulgada, no Brasil, em 6 de novembro de 1992).

Assim, nessa missão, na busca da paz social, com a reintegração ou reinserção do indivíduo na sociedade, como forma de prevenção ao crime, é que a Lei de Execução Penal prevê uma série de direitos e institutos aos

condenados que cumprem pena ou medida de segurança, bem como aos egressos. Concede (nos art. 11 LEP,) assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; visando sempre “*prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade*”. Estabelece, ainda, no art. 28, o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade, tendo finalidade educativa e produtiva (LEP, art.126).

Porém, salvo raras exceções, dignas de mérito, constata-se há um hiato gritante entre a LEP e a realidade das penitenciárias brasileiras. Esse sistema foi idealizado para ser uma arma eficaz contra a criminalidade e não para ser uma escola do crime organizado, cada vez mais organizado e uma amostra chocante da violação dos direitos humanos, com a superlotação dos presídios, falta de assistência médica, falta de uma política voltada ao egresso, entre outras.

2.2 A superlotação carcerária como violadora do princípio da dignidade da pessoa humana e aumento da criminalidade

A superlotação nos regimes prisionais produz graves conseqüências dentro (internas) e fora (externas) dos estabelecimentos penais, importando em violações ao princípio da dignidade humana ocasionando importantes reflexos na segurança pública. Dentre essas conseqüências aponta-se:

- impossibilidade de garantir a integridade física e moral de qualquer preso;
- violência moral e psicológica, com evidentes prejuízos à integridade física e moral do preso;
- prejuízos à individualização da pena, classificação e avaliação dos presos e o respectivo tratamento penal;
- insalubridade do ambiente causadora de prejuízo à saúde;
- proliferação de doenças infecto-contagiosas;
- a carência de implementação de uma série de programas de natureza ressocializadora e educacional dos presos, em razão da falta de espaço, bem como o prejuízo às suas postulações relativas aos seus mais variados direitos, em razão da dificuldade de sua movimentação dentro dos estabelecimentos;
- fragilização da segurança sobre a massa carcerária: possibilitando “o domínio dos mais fortes” e a formação do chamado “estado paralelo” consubstanciado nas facções criminosas;

- a disputa de poder e espaço entre as facções provoca brigas, violências e mortes entre os presos e a guarda, bem como a danificação dos estabelecimentos penais;
- por vezes, a fuga dos presos do regime semi-aberto e aberto para se livrarem das condições de indignidade que ameaçam a sua vida e integridade física;
- multiplicação de doenças infecto-contagiosas entre os presos e da comunidade em geral, em virtude das visitas;
- a impunidade, em razão da impossibilidade do cumprimento de inúmeros mandados de prisão por absoluta falta de espaço;
- a realimentação da criminalidade;
- descumprimento da finalidade ressocializadora ou de reinserção social da pena;
- fragilização da segurança pública;
- exclusão social.

Em *resumo*: **superlotação gera criminalidade, com mais custo econômico e social.** A garantia do Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana implica na garantia da segurança pública.

A importância da dignidade humana para o Estado brasileiro, conforme a principiologia que rege a sociedade nacional é expressa, sintomaticamente, no artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal, que reza:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

a dignidade da pessoa humana;

(...)

O artigo 5º da Constituição Federal, inserido no TÍTULO II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, aplicáveis a todos, sem exceção, dispõe:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLVI – A lei regulará a individualização da pena (...)

XLVII – não haverá penas:

(...)

e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

(...)

Por sua vez, a segurança, também, constitui um direito fundamental, estando prevista no Título II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, tanto no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, *caput*, acima transcrito, como no Capítulo II, Dos Direitos Sociais, art. 6º.

O art. 6º da CF reza:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifou-se)

Assim, o direito fundamental à segurança é reconhecido constitucionalmente no Brasil, tanto como um direito individual e coletivo, quanto um direito social.

A Magna Carta estabelece, no seu art. 144, *caput*, que a segurança pública é dever do Estado, sendo exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nos seguintes termos: *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio(...)*

Dessarte, a segurança constitui um direito fundamental, devendo ser garantida a todos pelo Estado, por meio da prestação de seus serviços. Daí fala-se em segurança pública, a qual engloba todos os serviços que devem ser prestados pelo Estado para a garantia e proteção desse direito.

Em consonância com os já citados princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal, a Lei de Execução Penal – LEP, agasalha a orientação de que a finalidade da pena em nosso sistema jurídico deve seguir a natureza retributiva, preventiva e ressocializadora. É o que dispõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal, *in verbis*: *A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*

Assim, aos condenados e internos deve ser garantida a possibilidade de retorno ao convívio social e de se desenvolverem como pessoas humanas, estando, portanto, invioláveis os seus direitos de personalidade. Noutras palavras, a execução da pena deve restringir-se ao direito à liberdade de ir e

vir, restando intocáveis os demais direitos. Nesse sentido, prescreve o art. 3º da LEP:

Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único – Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.”

Visando ao atendimento da finalidade de reinserção social da pena pelo Estado, o art. 10, *caput*, do mesmo diploma legal, determina:

A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Comentando o artigo, Julio Fabbrini Mirabete ressalta:

Se a reabilitação social constitui a finalidade precípua do sistema de execução penal, é evidente que os presos devem ter direito aos serviços que a possibilitem, serviços de assistência que, para isso, devem ser-lhes obrigatoriamente oferecidos, como dever do Estado. É manifesta a importância de se promover e facilitar a reinserção social do condenado, respeitadas suas particularidades de personalidade, não só com a remoção dos obstáculos criados pela privação da liberdade, como também com a utilização, tanto quanto seja possível, de todos os meios que possam auxiliar nessa tarefa.(...)³⁷

De forma mais explícita, a Lei de Execução Penal determina em seu art.11: *A assistência será:*

1. material;
2. à saúde;
3. jurídica;
4. educacional;
5. social;
6. religiosa.

Segundo o art. 12 da LEP: *A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.*

O estabelecimento penal destinado ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado, é a penitenciária. A respeito, o art. 88 e seu parágrafo único dispõem:

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

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

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

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

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

Por sua vez, o art. 85 da Lei de Execução Penal determina:

O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. *O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo sua natureza e peculiaridade.*

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é um dos Órgãos da Execução Penal, conforme dispõe o art. 61, inc. I, da Lei de Execução Penal, sendo que no seu art. 64, estabelece que, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

I – propor diretrizes da política criminal quanto a prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

(...)

Norteados pelas disposições supra mencionadas, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP – editou a Resolução Nº 03, de 33 de setembro de 2005.

As normas acima transcritas têm o claro intuito de assegurar aos encarcerados e internos um espaço mínimo, de forma a propiciar uma vida digna, devendo o Estado suprir-lhes as necessidades básicas de um ser humano, sempre com a finalidade de prevenir o crime e propiciar a reinserção social.

Os direitos e garantias fundamentais estão embasados nos princípios fundamentais, inseridos no TÍTULO I da Constituição Federal, no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc.III, da CF).

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade da pessoa humana como *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*³⁸

Mais adiante, em sua obra, Ingo conclui: *Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo*

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

*de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.*³⁹

Dessarte, o princípio da dignidade da pessoa humana, diante da norma do art. 88, e das demais instruções normativas, como a Resolução Nº 03, de 33 de setembro de 2005, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, adquire uma densidade normativa ainda mais vinculante, pois atribui aos encarcerados uma posição jurídica definitiva de espaço mínimo determinado.

Assim, o Estado, ao não conceder o espaço adequado, está negando o valor da dignidade da pessoa humana aos presos.

Salienta-se que os objetivos (fins) fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal, não são utópicos, devendo ser os norteadores dos atos do Estado, que são:

construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tais objetivos ou fins, inseridos na Carta, a serem perseguidos pela República brasileira, também, vinculam a ação dos administradores e administrados. Conforme José Afonso da Silva,⁴⁰ (...) *É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.* (Grifamos.)

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 107.

2.2.1 Da omissão do Estado em cumprir a finalidade da pena, de garantir o Princípio da Individualização da Pena e o da Progressão de Regime

Priorizam as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas – ONU⁴¹, das quais o Brasil é signatário, que os presos pertencentes a categorias

⁴¹ *Separação de categorias*

8. As diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, levando-se em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado. Assim é que:

- a. Quando for possível, homens e mulheres deverão ficar detidos em estabelecimentos separados; em estabelecimentos que recebam homens e mulheres, o conjunto dos locais destinados às mulheres deverá estar completamente separado;
- b. As pessoas presas preventivamente deverão ser mantidas separadas dos presos condenados;
- c. Pessoas presas por dívidas ou por outras questões de natureza civil deverão ser mantidas separadas das pessoas presas por infração penal;
- d. Os presos jovens deverão ser mantidos separados dos presos adultos.

(...)

63.

1. Estes princípios exigem a individualização do tratamento que, por sua vez, requer um sistema flexível de classificação dos presos em grupos. Portanto, convém que os grupos sejam distribuídos em estabelecimentos distintos, onde cada um deles possa receber o tratamento necessário.

2. Ditos estabelecimentos não devem adotar as mesmas medidas de segurança com relação a todos os grupos. É conveniente estabelecer diversos graus de segurança conforme a que seja necessária para cada um dos diferentes grupos. Os estabelecimentos abertos - nos quais inexistem meios de segurança física contra a fuga e se confia na autodisciplina dos presos - proporcionam, a presos cuidadosamente escolhidos, as condições mais favoráveis para a sua readaptação.

3. É conveniente evitar que nos estabelecimentos fechados o número de presos seja tão elevado que constitua um obstáculo à individualização do tratamento. Em alguns países, estima-se que o número de presos em tais estabelecimentos não deve passar de quinhentos. Nos estabelecimentos abertos, o número de presos deve ser o mais reduzido possível.

4. Ao contrário, também não convém manter estabelecimentos demasiadamente pequenos para que se possa organizar neles um regime apropriado.

(...)

Tratamento

65. O tratamento dos condenados a uma punição ou medida privativa de liberdade deve ter por objetivo, enquanto a duração da pena o permitir, inspirar-lhes a vontade de viver conforme a lei, manter-se com o produto do seu trabalho e criar neles a aptidão para fazê-lo. Tal tratamento estará direcionado a fomentar-lhes o respeito por si mesmos e a desenvolver seu senso de responsabilidade.

“

67. Os objetivos da classificação deverão ser:

- a. Separar os presos que, por seu passado criminal ou sua má disposição, exerceriam uma influência nociva sobre os companheiros de detenção;
- b. Repartir os presos em grupos, a fim de facilitar o tratamento destinado à sua readaptação social.

68. Haverá, se possível, estabelecimentos prisionais separados ou seções separadas dentro dos estabelecimentos para os distintos grupos de presos.

diversas deverão ser alojados em diferentes estabelecimentos e em diferentes seções de estabelecimentos, inclusive diante do tratamento correspondente a ser aplicado.

A Constituição Federal de 1988, seguindo orientação do Direito Penal internacional e dos tratados internacionais, assegura a individualização da pena, em seu art. 5º, inciso XLVI, a qual dispõe, que “*a lei regulará a individualização da pena.*” Da mesma forma, o inciso XLVIII, impõe restrições relativas ao público dos estabelecimentos carcerários, determinando que “*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.*”

O princípio constitucional da individualização da pena busca dar operacionalidade ao princípio de que o agente deve cumprir a pena de acordo com o crime cometido na medida da sua culpabilidade, visando a sempre a prevenir o crime e orientar o seu retorno à convivência em sociedade.

A Lei de Execução Penal determina, em seu art. 5º que: “*Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.*”

A fim de propiciar a individualização da pena, com o escopo da aplicação do tratamento penal e ao processo de reabilitação social, o art. 84, §§1º e 2º, da LEP dispõe:

O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

O preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

(...)

A Lei de Execução Penal foi recepcionada pela Constituição Federal, prevendo a individualização da pena, a qual se constitui em umas das chamadas garantias repressivas, configurando-se em postulado básico de justiça,⁴² sendo, a sua execução, a terceira etapa da individualização da pena (a primeira é a legal – em abstrato –; a segunda, judicial – em concreto).

Contudo, se existe algum êxito na individualização da pena nos planos legislativo e judiciário, na sua execução, ela fica prejudicada. Nesse plano, com a superlotação, ocorre justamente o contrário da individualização, ou seja, o depósito e a massificação dos apenados. Dessa maneira, frustrando-se a individualização da pena, fulmina-se o respectivo tratamento penal,

69. *Tão logo uma pessoa condenada a uma pena ou medida de certa duração ingresse em um estabelecimento prisional, e depois de um estudo da sua personalidade, será criado um programa de tratamento individual, tendo em vista os dados obtidos sobre suas necessidades individuais, sua capacidade e suas inclinações.*”

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 48.

e, por derradeiro, a prevenção do crime e a reinserção social do condenado. Resultado: mais violência, mais crime, mais superlotação, mais custo ao Estado, menos segurança.

A superlotação viola também o sistema progressivo da execução da pena, conforme estabelece o art. 112⁴³ da LEP, isto é, a transferência do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstrada condições de adaptação ao mais suave. E, por sua vez, determina, também, a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso, quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo, ocorrendo a regressão de regime, conforme as circunstâncias mencionadas no art. 118⁴⁴ do mesmo Diploma Legal.

O direito à progressão de regime constitui um direito do condenado que, uma vez preenchidos o requisito temporal mínimo previsto de cumprimento da pena no regime atual, demonstre merecer cumprir a pena em regime mais brando, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

A observância do regime de cumprimento da pena constitui, muito mais do que mera faculdade conferida ao Estado, direito subjetivo do condenado, razão pela qual o Direito Pretoriano já consolidou o entendimento segundo o qual *o cumprimento de pena em regime mais severo do que o permitido exige motivação idônea* (Súmula 719/STF).

Assim, a superlotação nos estabelecimentos dos regimes semiaberto e aberto é causa de prejuízos aos direitos subjetivos das centenas de apenados que obtiveram o direito à progressão a esses regimes, mas, que pela falta de vagas, permanecem em estabelecimentos penais destinados ao regime fechado.

Observa-se que não prejudica somente os direitos subjetivos dos condenados, mas da sociedade, uma vez que se frustrando a sua reinserção na comunidade, se nega a possibilidade da pacificação social, uma das finalidades da pena.

⁴³ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
(...)

⁴⁴ Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes, quando o condenado:
I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111).
(...)

2.2.2 A superlotação carcerária configura a deficiência na prestação do serviço público e violação do direito fundamental à boa administração pública

O sistema penitenciário, que envolve a administração dos estabelecimentos penais, e tem por escopo propiciar a execução da pena, integra a segurança pública, merecendo especial atenção em razão da sua posição estratégica. A prestação do serviço penitenciário é determinante na segurança pública, influenciando sobremaneira tanto os encarcerados como os não-encarcerados. Constitui-se num serviço público propriamente dito.

Segundo Hely Lopes Meirelles Serviços Públicos propriamente ditos, *são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. (...)*⁴⁵

A Emenda Constitucional 19/98 acrescentou o princípio da eficiência aos princípios da Administração enunciados no *caput* do art. 37.⁴⁶

O termo eficiência já havia sido inserido na legislação pátria, na Lei nº 8.987, que cuida da Concessão e Permissão de Serviços Públicos, no seu § 1º do art. 6º, caracterizando-se o serviço como adequado aquele *que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.*

Segundo Odete Medauar, o princípio da eficiência, norteador da Administração Pública,⁴⁷ *determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.*

A política pública tem que ser eficiente para realmente concretizar a finalidade da lei e da Constituição Federal.

Com base no princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), não pode o Poder Público permanecer inerte e

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 320.

⁴⁶ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*

⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 129.

omisso na defesa e preservação da dignidade das pessoas que se encontram encarceradas.

Diógenes Gasparini salienta que o dever de eficiência significa que *o desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados e da coletividade. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude do agente público pode levar o Estado a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal.*⁴⁸

Pois, como sustenta Juarez Freitas:⁴⁹ *No exercício das competências administrativas (discricionárias e vinculadas), o agente público, em última análise, precisa zelar pela eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, sob pena de responsabilização do Estado. Apresenta-se condenável toda e qualquer ação ou omissão despida de motivos plausíveis. Afinal, princípios e direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, têm de gozar de primazia nas relações administrativas, para além das afirmações retóricas.*

Em suma, independe de culpa ou dolo a configuração do nexo causal – na leitura proposta do art. 37, §6º da CF – toda vez que a ação ou inoperância do Estado prejudicar o âmago dos princípios e direitos fundamentais(...)

Ora, diariamente são realizadas as conferências dos presos nos estabelecimentos penais com base nas quais são publicados, semanalmente, os Mapas da População Carcerária Semanal. Assim, o aumento da população carcerária é totalmente previsível, sendo, da mesma forma, previsível e exigível a necessidade da geração e implementação das respectivas vagas nos regimes prisionais.

Igualmente, a Administração tem conhecimento que, da sua inércia, formou-se o “estado paralelo”, dela se alimentando, por meio das facções criminosas.

Observa-se que é natural as pessoas se reunirem e criarem associações, constituindo um direito assegurado pela Constituição Federal, em seu art.5º, inc. XVII, nos seguintes termos: *é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.*

Ora, conforme os vários depoimentos juntados aos autos (fls. fls.946/951 do Vol. 3 do IC nº12/05), depreende-se que as facções não se constituem em associações para fins lícitos. Muito antes pelo contrário, são associações voltadas para a prática delituosa, devendo ser reprimidas pelo Estado, uma

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 50.

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 77.

vez que desvirtuam a ordem, impedindo a reinserção social com o estímulo à prática criminosa.

Não pode a Administração alegar o seu desconhecimento e permanecer inerte.

Deve agir com prevenção, e não esperar que a lesão ou o dano aos direitos fundamentais dos encarcerados e não-encarcerados ocorram com a superlotação, conforme se constata pelos fatos narrados.

Nesse diapasão, pode-se utilizar o princípio da Prevenção do Direito Ambiental, em razão da similitude ao caso concreto, para fundamentar a exigibilidade de a administração tomar as providências necessárias para evitar a danosa superlotação.

Wagner Antônio Alves,⁵⁰ comentando o Princípio da Prevenção, aduz que (...) *O princípio da prevenção tem aplicabilidade para impedir que haja lesão numa atividade que já se tem ciência de ser perigosa e nociva. (...) encontra guarida nos casos de concretude e imediatidade da lesão, ou seja, o perigo enfrentado na prevenção é concreto. Tem-se a certeza da periculosidade demonstrada naquela atividade e do perigo que ela irá produzir. A origem do risco envolvido é conhecida e dominada.*(...)

Em suma, o administrador tem que se antecipar, ante a previsibilidade, à ocorrência da superlotação.

Noutras palavras, requer-se a concretização do **direito fundamental à boa administração pública**, que segundo Juarez Freitas,⁵¹ *trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.*

Juarez⁵² arremata, aduzindo que (...) *quando a administração pública não escolhe o momento certo de praticar determinado ato, recolhendo-se numa inércia injustificada, peca por omissão, e resta igualmente quebrada a proporcionalidade, agora pela escolha de uma conduta aquém do cumprimento das atribuições associadas à competência.*

Nesse sentido, cita-se RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

⁵⁰ ALVES, Wagner Antônio. *Princípios da Prevenção e da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro*, p. 72.

⁵¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

⁵² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 62.

(...) *Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE)(...).*

Ora, constata-se que as Administrações que se seguem incidem na ineficiência do serviço público no que pertine ao sistema prisional, não assegurando aos presos o espaço físico mínimo capaz de lhes propiciar uma vida digna.

2.2.3 O direito imediato às prestações fáticas para ampliação do número de vagas nos regimes de cumprimento de pena. Ausência de discricionariedade administrativa. Possibilidade Financeira. Relativização do princípio da separação dos poderes

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, como determina o § 1º do art. 5º da CF, bem como não poderão constituir objeto de deliberação como proposta de emenda tendente a sua abolição (cláusulas pétreas), consoante o inc.IV do §4º do art.60 do mesmo diploma legal.

A formulação do art. 5º, §1º, da CF de 1988 deve ser compreendida como um mandado de otimização de eficácia aos direitos fundamentais, no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais com a maior eficácia possível.⁵³

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 387.

Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.

Conforme Anízio Gavião⁵⁴(...)o art.5º, §1º, da Constituição brasileira, por exemplo, vinculam a função legislativa, a função executiva e a função jurisdicional aos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais a prestações, como direito vigente e de aplicação imediata.

Portanto, os direitos fundamentais implicam o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações em sentido estrito, sendo imediatamente aplicáveis.

Aplicando-se o mesmo raciocínio de Anízio Gavião⁵⁵ relativamente ao ambiente como direito a algo, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana do preso, implica na observância de seus direitos fundamentais como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Esse feixe de direitos constituem posições jurídicas dos presos, impondo o seu respeito e o dever de não serem reduzidas pelo Estado.

Essas posições jurídicas, consubstanciadas nos direitos fundamentais, que preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana do preso, apontam, por um lado, para a direção das prestações normativas e, por outro, para a direção de prestações fáticas.

Assim, o Estado tem a obrigação de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana do preso, garantindo o devido cumprimento dos seus direitos fundamentais, inclusive, por meio de prestações fáticas. Portanto, a superlotação que constitui situação violadora dos direitos fundamentais dos presos deve ser suprimida, estando o Estado obrigado às prestações fáticas da geração e implementação das vagas necessárias nos regimes prisionais.

⁵⁴ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 30.

⁵⁵ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46-50:

Conforme Ingo Sarlet,⁵⁶ (...) não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.

Observa-se que deve ser rechaçada a eventual alegação da discricionariedade administrativa para afastar as obrigações das prestações fáticas da geração e implementação de vagas nos regimes prisionais.

Conforme Odete Medauar,⁵⁷ hoje no âmbito de um Estado de direito é impossível cogitar-se de poder discricionário fora do direito, subtraído a toda disciplina legal.(...)A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só a normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem o seu uso abusivo.(...)

Como refere Luís Roberto Gomes, “Não há, portanto, como compreender e conceituar a discricionariedade senão como uma prerrogativa administrativa criada, desenhada, orientada e limitada pelo direito, conferida funcional e instrumentalmente ao administrador para que concretize eficientemente as finalidades do interesse público expressas no ordenamento jurídico.”⁵⁸

Juarez Freitas⁵⁹ conceitua discricionariedade como discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 375.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 111.

⁵⁸ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 83.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 22-24.

A discricionariedade administrativa, portanto, significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada. Odete Mauar arrola vários parâmetros a serem seguidos no ato discricionário, valendo referir, em razão do caso concreto, *os parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios do direito administrativo e princípios gerais de direito.*⁶⁰

Salienta-se que tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário em virtude do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, decorrente da regra inserida no art. 5º, XXXV, da CF, que dispõe: *A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Odete,⁶¹ comentando o artigo acima transcrito, menciona que *o preceito afirma a regra da unidade da jurisdição. Assegura a proteção judiciária como garantia dos direitos reconhecidos pelo ordenamento e como garantia contra a ameaça de lesão de direitos. A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos.*

Assim, todos os atos administrativos, sejam comissivos ou omissivos, discricionários ou vinculados, em havendo lesão ou ameaça a direito, estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário.

Salienta-se que discricionariedade administrativa não pode servir de imunidade à omissão lesiva do administrador.

Conforme mencionado por Rafael Maffini:⁶² *O que há de estar devidamente esclarecido é que não mais se pode tratar a discricionariedade ou o mérito administrativo como ‘círculos de imunidade de poder’ (nas palavras de Eduardo García de Enterría). Toda e qualquer atuação estatal, inclusive a discricionária, está sujeita à ordem jurídica e, assim, ao controle jurisdicional da observância a tal submissão.*

Não deve haver diferença entre os atos discricionários comissivos e omissivos, pois ambos devem estar submetidos ao Direito. Conforme, Zanella Di Pietro,⁶³ *a discricionariedade não é mais a liberdade de ação limitada pela lei, mas a liberdade de ação limitada pelo direito.*

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 393.

⁶² MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. II, p. 72.

⁶³ ZANELLA DI PIETRO, M.S. *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 171.

Luís Roberto Gomes⁶⁴ sustenta que *não há diferença essencial entre a discricionariedade que dá origem à prática do ato administrativo e aquela que fundamenta a omissão administrativa. Tanto uma quanto outra se fundam na margem de liberdade que tem o administrador de escolher, entre condutas e soluções possíveis, aquelas que melhor atendam ao interesse público.*

Apenas importante ressaltar que ambas, expressando a vontade estatal funcional, têm caráter eminentemente instrumental de cumprimento do dever administrativo da boa administração (CF, art. 37), e são sempre orientadas pelo princípio da eficiência e vinculadas a critério de razoabilidade.

Juarez Freitas⁶⁵ aponta os dois principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: **(a) o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) – (...); (b) o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão)** hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância ou ineficiência, inclusive ao faltar com os deveres de prevenção e de precaução. Nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – verdadeiro dardo que atinge o coração dos objetivos constitucionais – traduz-se como o descumprimento das diligências impositivas. **Para citar palpitante exemplo, tome-se o dever público de matricular crianças em idade pré-escolar na creche. Ora, não se pode deixar de fazê-lo, por mero juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de cometimento do mencionado vício da discricionariedade insuficiente. A propósito- bem assinala Weida Zancaner –, a ausência de escolas públicas pode ‘gerar a responsabilização do Poder Público, pois a educação é um dever do Estado e um direito do cidadão(...)’ (Grifamos.)**

A situação exemplificada acima, trazida por Juarez Freitas, é similar ao caso *sub examine*. **A omissão na geração e implementação das vagas necessárias nos regimes prisionais (fechado, semi-aberto e aberto), ante a sua carência, reconhecida inclusive pelo Poder competente, geradora da superlotação que ocasiona a lesão aos direitos fundamentais dos presos, não pode ficar condicionada ao Juízo de conveniência e oportunidade entre fazer ou não fazer.**⁶⁶

Com efeito, encontra-se vinculada a conduta do administrador ao respeito que deve ser conferido aos direitos fundamentais dos presos, especialmente no que diz respeito a obrigação de implementação de

⁶⁴ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 90.

⁶⁵ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 24-25.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 25.

prestações materiais fácticas que se fizerem necessárias para garantir à efetividade desses direitos.

O comando normativo do art. 88, § 1º, alínea b), da Lei de Execução Penal, bem como a Resolução 03/2005 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, determinam o espaço mínimo a ser disponibilizado pelo Poder Público aos encarcerados, como presunção absoluta, de modo a assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciada pelos direitos fundamentais como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, à vedação a pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, o respeito a integridade física e moral, entre outros. Constatase que não há discricionariedade deferida ao administrador. Não há outra opção válida, senão cumprir a lei, obedecendo ao espaço mínimos.

A atuação do Poder Público é vinculada aos comandos constitucionais e legais, não havendo margem para discricionariedade da Administração quanto ao dever de prevenir e corrigir as atividades lesivas a direitos fundamentais dos presos, devendo ela atuar, portanto, de modo eficiente e efetivo na proteção da vida e da dignidade das pessoas que se encontram sob sua guarda, sem poder invocar critérios de conveniência e oportunidade para justificar a conduta omissiva adotada.

Importa destacar que há discricionariedade do Estado do Rio Grande do Sul exclusivamente no que se refere à **forma** como se dará a geração e a implementação das vagas necessárias para os regimes fechado, semi-aberto e aberto, de modo a atender a dignidade da pessoa humana dos presos e à segurança pública. Ou seja, pode escolher se o redimensionamento de vagas no sistema se dará com a construção de novos presídios, reformas de prédios públicos ou locação de prédios particulares. Desde que a opção ao final concretizada seja eficiente para a realização de direitos fundamentais, atendendo à finalidade constitucional, e ao princípio fundamental à boa administração pública, será uma opção válida.

Assim, ao administrador público que gerencia o sistema prisional, diante da situação da superlotação causadora de prejuízos diretos aos direitos fundamentais dos presos, como o direito à vida, à integridade física e moral, a vedação ao tratamento desumano ou degradante, entre outros, não tem opção de escolha entre gerar e implementar vagas no sistema prisional ou não fazê-lo. A única opção válida é realizar os atos necessários de modo a adimplir a obrigação do Estado em prestar as

condições materiais de espaço adequadas para a devida execução da pena pelos condenados que estão sob a sua tutela.

Não se pode aceitar a omissão violadora dos direitos fundamentais dos presos, a qual ocasiona reflexos danosos à segurança pública, e, portanto, à coletividade como um todo, em decorrência da ignorância, ou quiçá da dúvida, do administrador em como implementar uma política eficiente para a geração e implementação das vagas necessárias no sistema prisional. É contra essa grave inércia e inoperância que se insurge o Ministério Público.

Repetindo-se as palavras de Juarez Freitas: *O direito fundamental à boa administração pública vincula, e a liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe de maneira exemplar sua atribuições. Nunca para o excesso ou para a omissão. Assim, a inibição auto-restritiva da sindicabilidade cede lugar sensato ao direito fundamental à boa administração e ao correspondente **dever de a administração pública observar a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.***⁶⁷ É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração públicos princípios constitucionais que a regem.⁶⁸

Portanto, a **falta de implementação dessa política pública de manter organizado e regular o sistema de encarceramento subordina o ente estatal ao crivo do Judiciário.**

Por outro lado, a eventual alegação de que não há recursos financeiros para a prestação fática dos direitos fundamentais dos presos não deve servir de justificativa à omissão do Poder Público para sua efetivação.

O que se espera do bom administrador público é justamente a superação das dificuldades financeiras, tão naturais nos dias de hoje, com criatividade e eficiência para o cumprimento dos mandamentos constitucionais, especialmente no que pertine ao problema da superlotação no sistema prisional.

Alerta Luís Roberto Gomes:⁶⁹ *é certo que, além da questão da disponibilidade financeira, a Constituição Federal, nos arts. 165 a 169,*

⁶⁷ Vide Rita Tourinho, A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, in Emerson Garcia (org.), *Discricionariedade Administrativa*, citado por Juarez Freitas, *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 41.

⁶⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 20.

⁶⁹ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 126.

define regras orçamentárias a serem seguidas pelos Poderes Públicos. (...) Mais adiante, o mencionado autor, sustentando que o que a doutrina chama de 'Constituição Orçamentária' não está isolado no texto constitucional, haja vista que é (para tanto cita TORRES): (...) um dos subsistemas da Constituição Financeira, ao lado da Constituição Tributária e da Monetária, sendo uma das Subconstituições que compõem o quadro maior da Constituição do Estado de Direito, em equilíbrio e harmonia com outros subsistemas, especialmente com a Constituição Econômica e Política.

Mais adiante, Gomes sustenta, escorando-se nas palavras de Torres que a *Constituição Financeira é aberta porque não expressa um conjunto completo em si, sem lacunas, mas um sistema incompleto por definição, problemático e lacunoso, relacionando-se a abertura (...) com as mudanças, que se não fazem através do órgão dotado de poder constituinte, mas representam um deslimitar do texto constitucional, subordinado às possibilidades expressivas da linguagem e levado a efeito pela interpretação jurídica e pelo trabalho criador da jurisprudência. (...) um dos pontos cardeais do Estado Financeiro, que aparece na vertente tributária, não é absoluto e fechado, posto que lei tributária se opera também através de cláusulas gerais e princípios indeterminados, tornando-se aberta à interpretação e à complementação judicial.* (Grifou-se.)

A destinação de verba é decorrência lógica da escolha da prioridade do investimento, a qual pode advir da vontade do ordenamento constitucional e infraconstitucional pela jurisdição. Gomes⁷⁰ aduz que nesse caso *a decisão judicial nada mais seria que a materialização da vontade normativa, incluída a vontade da norma orçamentária, e cujo fundamento repousaria na interpretação sistemática da ordem jurídica, um todo harmônico e unitário.*

Assim, é legítimo ao Poder Judiciário, na via da ação civil pública, determinar a realização de determinada prestação fática ao Poder Público, considerada prioritária pelos princípios regentes da ordem constitucional e infraconstitucional, interferindo excepcionalmente na execução orçamentária.

Gomes ressalta que,⁷¹*por outro lado, independe o controle da omissão administrativa de previsão legal anterior fixando a parcela do orçamento a ser destinada para essa ou aquela finalidade, como a que existe em relação à manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, art. 212).*

Arremata-se, por fim, que a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, que regulamentando o art. 165, § 9º, da

⁷⁰ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 129.

⁷¹ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 131.

Constituição Federal, em seu art. 9º, § 2º, previu que *não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente*, incluídas aqui, portanto, aquelas assim definidas pelo Poder Judiciário diante do caso concreto.

Portanto, está legitimado o Poder Judiciário a determinar seja reservada pelo Estado verba orçamentária suficiente para implementar as prestações fáticas da geração e implementação das vagas necessárias nos regimes prisionais.

O princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF), por sua vez, também não constitui obstáculo à presente demanda. Com efeito, o princípio constitucional da separação dos poderes é um princípio, dentre os demais, inseridos na Constituição Federal.

A separação de poderes não implica efetivamente a separação de poderes, mas a *distribuição de funções estatais a diferentes órgãos do estado*.

Anízio Gavião,⁷² ao tratar do direito fundamental ao ambiente, colaciona um entendimento aplicável a qualquer outro direito fundamental, observa: *No Estado contemporâneo, o princípio da divisão de poderes deve ser considerado como uma garantia institucional no sentido de organização interna do Estado, destinado a assegurar a realização dos direitos fundamentais, não sendo admissível que possa ser invocado pelos detentores do poder de administração como fundamento precisamente para negar a preservação de direitos humanos fundamentais – o direito à vida, à segurança, à dignidade – que se pretende alcançar com a supressão da omissão estatal lesiva. Se o direito à dignidade, conforme a circunstâncias de um determinado caso concreto, exige um determinado comportamento administrativo e isso não ocorre, como no caso em questão, resultando violação ao direito fundamental, a função jurisdicional pode ser chamada a atuar sem que tal configure violação ao princípio da divisão de poderes. Aliás, a própria norma do art. 102, §2º, da CF, permite que a omissão administrativa seja corrigida pela via da atuação jurisdicional.*

Deve-se compreender que a função jurisdicional não cria políticas públicas, mas apenas impõe aquelas já estabelecidas na Constituição ou na lei, não havendo razão para se argumentar que a decisão judicial que determina a geração e implementação de vagas nos regimes fechado, semi-aberto e aberto interfere nas opções de ordem técnica e política da administração.

⁷² GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 193.

O citado autor,⁷³ ao tratar do direito fundamental ao ambiente, menciona entendimento aplicável ao caso em questão. Argumenta que “*se o direito fundamental ao ambiente, conforme as circunstâncias de um determinado caso concreto, exige um determinado comportamento administrativo e isso não ocorre, resultando violação ao direito fundamental, a função jurisdicional pode ser chamada a atuar sem que tal configure violação ao princípio da divisão dos poderes (...) Deve-se compreender que a função jurisdicional não cria políticas ambientais, mas apenas impõe aquelas estabelecidas na Constituição ou na lei.(...)”*

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para que se dê efetividade aos direitos à vida, à saúde e à integridade física e moral dos reclusos que se encontram sob a guarda do Estado.

No atual contexto político, a separação dos poderes apresenta-se como o remédio mais eficaz contra os erros ou desvios técnicos na condução das políticas públicas, propiciando o estabelecimento de controles múltiplos e recíprocos entre os órgãos estatais (COMPARATO, 1989, p. 79).⁷⁴

Aliás, Segundo Alexy,⁷⁵ em um sistema jurídico que contempla a separação dos poderes e com isso um poder judicial, as normas dos direitos fundamentais devem ser qualificadas como normas ‘juridicamente vinculativas’, controláveis por um tribunal, podendo falar-se, então, em justiciabilidade.

Mas não é suficiente dizerem-se repartidos os poderes já que é evidentemente necessária, ao lado da independência, a existência de mecanismos de freios e contrapesos que realmente assegurem o funcionamento harmônico, equilibrado, ponderado e responsável da máquina estatal. (...) Certamente que o princípio da separação dos poderes não restaria maculado por prestação jurisdicional concedida em ação civil pública que objetivasse, por exemplo, a supressão da omissão administrativas ilícita na implementação de direitos assegurados pela ordem jurídica. Muito pelo contrário, a prestação jurisdicional incidiria justamente para salvaguardar o equilíbrio dos poderes.⁷⁶

⁷³ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 193.

⁷⁴ Referido por GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 114.

⁷⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.17, 1999, p. 273, citado por Gavião, Anízio, op. cit., p. 30.

⁷⁶ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 115.

Nesse diapasão, refere-se a decisão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RESP nº 88776/GO, relator ministro Ari Pargendler (j. 19/05/97, DJ de 9/06/1997, p. 25.501)⁷⁷, considerando a ação civil pública via adequada para obrigar às construções necessárias à eliminação de dano ambiental em caso que o Estado edificou obra pública, no caso um presídio, sem dotá-lo de um sistema de esgoto sanitário adequado.

Assim, quando a separação de poderes revelar-se desarmônica, em razão da omissão da Administração Pública em cumprir o que manda o ordenamento jurídico, estará legitimado o Ministério Público a agir, judicial e extrajudicialmente (CF, art. 127, caput, art. 129, inc. III, art. 37, caput), para implementar o que se pode chamar de reajuste da harmonia ilicitamente desbalanceada das funções estatais,⁷⁸ a fim de restabelecer o equilíbrio afetado e recompor os interesses difusos e coletivos lesados. A harmonia dos poderes serve justamente para propiciar o balanceamento entre eles, com o objetivo de efetivar os mandamentos constitucionais.

Como refere Gomes,⁷⁹ *ai entra o Ministério Público, como órgão fiscalizador e impulsionador da mecânica dos contrapoderes (PASSOS, 2001, OS. 466-467), para que haja um mecanismo realmente eficiente que movimente ou freie a administração conforme exija a dinâmica institucional traçada pelo ordenamento jurídico.*⁸⁰

⁷⁷ O Ministério Público de Goiás propôs ação civil pública contra o Estado de Goiás e contra o CEPAI-GO – Centro Penitenciário de Goiás – buscando a condenação dos mesmos em regularizar o sistema de esgoto, promovendo a construção das obras necessárias para tanto. Na primeira instância, a petição inicial havia sido indeferida com o fundamento de existir invasão do Poder Judiciário nas privativas atribuições do Poder Executivo ao se pleitear que este fosse compelido a edificar obra que, por mais necessária e premente que fosse, continuava inserida no círculo do mérito administrativo, sendo defeso ao Judiciário intrometer-se no assunto. O Tribunal de Justiça de Goiás manteve a sentença, que foi então reformada pelo Superior Tribunal de Justiça na forma referida acima, entendendo que sujeito também às leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares.

⁷⁸ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 119.

⁷⁹ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 121-122.

⁸⁰ O Superior Tribunal de Justiça no que tange às políticas públicas de proteção dos direitos da criança e do adolescente, como o acesso à educação, à saúde, bem como sobre a proteção ao meio ambiente vem assim decidindo: (Resp 736.524/SP, DJ 03.04.2006, Rel. Min. Luiz Fux); Recurso especial provido. (REsp 575998 / MG, T1 PRIMEIRA TURMA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 16.11.2004 p. 191); O TJRS: (Apelação Cível Nº 596171538, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 13/05/1998), (Apelação Cível Nº 70000352237, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 16/03/2000), (Apelação Cível Nº 70000026625, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 14/10/1999).

CONCLUSÃO

A superlotação carcerária nos estabelecimentos penais evidencia o descaso para com a execução da pena.

Há uma espécie de “esquizofrenia” na sociedade brasileira que parece se contentar com uma simples sentença condenatória. Ou seja, o indivíduo comete um crime: se é condenado, pronto, está feita a justiça. Não! Ainda falta o devido cumprimento da pena.

A necessidade do restabelecimento da paz social, que foi ferida com o cometimento do delito, não se esgota com o julgamento da pretensão punitiva. Mas com o devido cumprimento da pretensão executória.

A sentença condenatória, simplesmente, completa uma etapa: a de conhecimento. Assim, se o indivíduo, submetido ao devido processo legal, é condenado a uma pena. É dever do Estado executar essa sentença com todas as garantias constitucionais.

Mas, infelizmente, parece que o processo virou um fim em si mesmo, ante o desprestígio e, à desconsideração que se tem dado à execução da pena.

O aumento da criminalidade é sintomático.

Não é a toa que surgem discursos da falência da pena privativa de liberdade, ou de discursos de que o Estado Democrático de Direito não pode, ao buscar uma mudança social, impor a sua vontade àqueles que optaram por ser diferentes⁸¹, alheios ao sistema, sob a argumentação de que estaria sendo arbitrário ou agindo como os estados totalitários. Nesse sentido, também, é o discurso da *Criminologia Crítica (ou Criminologia Radical)* que contesta a finalidade da pena como medida de integração social do condenado. Chegando a sustentar que a criminalidade é um fenômeno social “normal” de toda estrutura social, e é, até, útil ao desenvolvimento sociocultural; e não um estado patológico social ou individual. Para ela, a função de prevenção e ressocialização do delinqüente converte a execução penal numa atividade produtora e reprodutora de etiquetas, com as quais são julgadas as personalidades e definidos os comportamentos.⁸²

Rebatendo as críticas daqueles que propugnam contra a finalidade de ressocialização da pena, Paulo Roberto da Silva Passos é categórico:

“(...) a função do Estado consiste em criar e garantir a um grupo reunido, em seu interior, as condições de existência que satisfaçam suas necessidades vitais, prestando-se, nesse contexto, o Direito Penal para garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos. Compete ao Estado a tarefa de preservar a segurança social, utilizar-se dos meios de que dispõe.

⁸¹ ????

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

Diante de tais informações, o Estado sob pena de afrontar a função que lhe é inerente, não pode, de forma alguma, reconhecer o direito de ser diferente. Ao contrário, se permitisse (...) o Estado que o 'diferente' assim permanecesse, embora alguns anos no cárcere, se o Estado concordasse que o 'rebelde' o qual constitui perigo reconhecido à sociedade, a ela voltasse, munido dos mesmos desígnios anteriores, não cumpriria uma de suas funções básicas: a garantia da paz social.

*Aliás, estranha a opinião dos juristas, que seguidores, em termos, da Defesa Social concordam com a 'pena pela pena', num retorno descabido ao Neoclassicismo, quando dão o testemunho de que o Estado tem o poder de prender ao que causa o ilícito penal, mas não o poder de ressocializar quando não quiser o preso. Onde há lógica? (...).*⁸³

Porém, não é inteiramente equivocado o entendimento de que não é possível a ressocialização dos presos, pois, efetivamente, a grande maioria deles não foram nem socializados. Mas se estão presos, sob a custódia direta do Estado, é por que este serviu a eles de limite. É porque o Estado não socializou quem deveria. E é a derradeira oportunidade!

Destituir a pena, mormente a execução penal, de um sentido, de uma finalidade precípua e social, como a reinserção social do indivíduo, perde o sentido, afigurando-se como uma ilegitimidade atentatória ao Estado Democrático de Direito.

A pena pela pena não se sustenta; afigura-se muito mais como arbítrio. Essa postura só reforça uma realidade: o sujeito sai da prisão mais violento e escolado para o crime.

A finalidade da pena sempre foi discutida na história da humanidade. Sem embargo do merecimento de uma discussão mais profunda e analítica do que seriam, realmente, a finalidade, a motivação ou o objetivo da pena, especialmente a sua adequação ao que lhe é proposto, bem como da adoção desta ou daquela corrente, é incontestável que ela constitui um instrumento necessário de pacificação social.

Embora profícuos o estudo e o debate acerca do assunto, o legislador brasileiro vinculou a finalidade pública da execução penal, no Art. 1º da LEP, ao determinar *que* "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."⁸⁴ Nesse sentido, deve ser conferida a interpretação das normas relativas à execução penal.

Porém, desde a entrada em vigor da Lei de Execução Penal (Lei Nº 7.210, de 11.07.1984) até os dias atuais, poucos institutos por ela previstos

⁸³ PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Algumas Considerações Críticas ao Movimento da Nova Defesa Social. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, São Paulo, v. 6, p. 149-160, abril/junho de 1994.

⁸⁴ BRASIL. LEP. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

foram efetivados e implementados por parte do Estado. O objetivo de todas essas normas não é outro senão o de salvaguardar os direitos humanos e assegurar o sucesso da reforma e reabilitação do condenado pela prática de crimes. Para que isso aconteça, é necessário um bom nível de qualidade do sistema penitenciário, com a adequada infraestrutura, o pessoal qualificado, bem como seja efetivamente ministrada a assistência material, à saúde, à educação, jurídica, religiosa e ao trabalho.

A evolução dos direitos e garantias fundamentais exige do Estado não somente uma atuação negativa, respeitando a esfera de liberdade de cada um; requer, também, uma atuação positiva, no sentido de criar os meios para a mais plena efetivação desses direitos.

A superlotação torna o cumprimento da pena privativa de liberdade cruel, sendo dispensado aos presos um tratamento desumano e degradante, em prejuízo a sua integridade física e moral. Isso inviabiliza a reinserção social, com evidentes reflexos no aumento da criminalidade.

Os direitos fundamentais dos presos como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, incluindo-se nestas o direito a espaço mínimo determinado pela LEP, dando maior concretude normativa àquelas, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana dos presos. Têm aplicação imediata, conforme o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Esse feixe de direitos fundamentais constituem posições jurídicas dos presos, impondo, de um lado, o dever do Estado de respeitar e de não reduzir essas posições jurídicas, e, de outro, a obrigação do Estado a prestações fáticas a fim de implementar esses direitos.

A atividade administrativa do Estado está vinculada aos comandos constitucionais e, assim, aos direitos fundamentais dos presos, não podendo invocar a discricionariedade com o escopo de se livrar da omissão lesiva. A discricionariedade está presente somente no que pertine à forma de implementação dos espaços mínimos atribuídos aos presos, com o objetivo de proporcionar eficiência e efetividade na ação do administrador, com a finalidade de assegurar a todos o direito fundamental à boa administração pública.

A omissão da Administração Pública em implementar o número de vagas necessárias nos regimes prisionais lesiona o princípio da dignidade da pessoa humana do preso e caracteriza a deficiência na prestação do serviço público, violando o direito fundamental à boa administração pública.

A peça orçamentária deve estar vinculada ao cumprimento dos mandamentos constitucionais; assim, é legítima a decisão judicial que determina ao Estado que reserve verba orçamentária para a materialização da vontade normativa.

A omissão do Poder Executivo, ensejadora da violação do princípio da dignidade da pessoa humana dos presos, afeta os mandamentos constitucionais, tornando necessária a intervenção do Poder Judiciário para restabelecer o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, assim dispondo no art. 127:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Em seu art. 129, elencou as funções institucionais do *Parquet*, estabelecendo sua legitimidade na defesa de interesses difusos e coletivos:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

O art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) dispõe:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;⁸⁵

No âmbito de abrangência do que sejam os “outros interesses difusos e coletivos” enquadra-se o zelo que compete à Instituição pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, no caso o serviço penitenciário, aos direitos difusos e coletivos no que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana dos presos, assegurados pela Constituição

⁸⁵ A Lei 8.078/90 fez somar ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (que prevê a legitimidade do Ministério Público no seu art. 5º, *caput*), o inciso IV, sendo cabível a Ação Civil Pública em relação a qualquer interesse difuso ou coletivo, nos seguintes termos: *Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.*

Federal, devendo promover as medidas necessárias à sua garantia (inciso II do art. 129 da CF/88).

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) prevê, em seu artigo 21,⁸⁶ a aplicação dos dispositivos do Título III do Código do Consumidor (Lei 8.078/90) à defesa dos interesses difusos, o qual conceitua em seu art.81, inc.I, como sendo “(...) *os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93) estabelece a legitimidade da Instituição em promover a ação civil pública visando à proteção e reparação de interesses difusos (art. 25, IV, a) ressaltando o *caput* deste, no sentido de que não se deve olvidar o já disposto também na Constituição da República, do Estado e em outras leis.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 111, dispõe:

“Além das funções previstas nas na Constituição Federal e nas leis, incumbe ainda ao Ministério Público, nos termos de sua lei complementar:

(...)

II – exercer o controle externo das atividades desenvolvidas nos estabelecimentos prisionais;

(...)”

Por sua vez, o direito à segurança é fundamental, como reza o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Da mesma forma, o artigo 144 da referida Constituição determina que a segurança pública é dever do Estado e um direito de todos, indistintamente. A correta segregação daquele que foi condenado à pena privativa de liberdade é questão relativa à segurança pública. Portanto, também é um dever do Estado e um direito fundamental de todos.

O direito à segurança é um direito difuso, enquadrando-se no art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie por força do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Na esteira desse raciocínio, a adequação da população carcerária de um estabelecimento penal, de forma a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem assim a geração e implementação das vagas necessárias nos regimes prisionais, de modo ao cumprimento desse princípio, atendendo as exigências mínimas dos direitos fundamentais dos presos e das correlatas normas infraconstitucionais, traduz-se num direito difuso, na exata medida em que um futuro pronunciamento jurisdicional de reconhecimento deste direito, logicamente, está a beneficiar não só pessoas determinadas que estão cumprindo pena naquela ultrajante

⁸⁶ Art. 21. *Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.*

situação, mas também todos que vierem a ingressar futuramente no sistema prisional, indefinidamente.

Sempre que a dignidade humana do apenado não é garantida, como ocorre com a superlotação carcerária, na verdade não se está desrespeitando o direito daquele preso individualmente considerado, mas de todos os que estão ou vão ingressar no sistema prisional, constituindo-se por vítimas indefinidas da mesma ofensa. Este é um direito difuso porque seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas pela mesma circunstância de fato, sendo que, sob a ótica unicamente dos que estão encarcerados, constitui-se em um direito coletivo, no mínimo, em relação ao qual o Ministério Público também possui legitimidade.

O Ministério Público, como guardião da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis da sociedade, compete zelar pela fiel observância da Constituição, sendo portanto legítima a atuação do *Parquet* pela via da ação civil pública.

Portanto, diante da omissão do Estado em gerar e implementar vagas no sistema prisional para atender os direitos fundamentais dos presos, em respeito à dignidade da pessoa humana, com reflexos na segurança pública, tem o Ministério Público o dever de agir, por meio do instrumento jurídico hábil da ação civil pública, visando a compelir o ente público responsável a implementar essa política. A final, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, ou de que, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV, art. 5º, da CF), é que se clama a necessária intervenção do Judiciário.

O Estado e a sociedade devem voltar a sua atenção para a pena e sua execução. Só, assim, a efetividade dos direitos fundamentais se tornarão uma realidade no sistema prisional e a finalidade da pena atingirá o seu propósito.

Noutras palavras, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana significa dar efetividade aos direitos fundamentais dos presos e da sociedade.

Bibliografia

ALVES, Wagner Antônio. Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental Brasileiro.

ALVIM, José Eduardo Carreira, *Ação Civil Pública e Direito Difuso à Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto352.htm>>. Acesso em 25 abr. 2005, 12:23.

BRASIL. Constituição (1988). 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Código Penal. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- BRASIL. LEP. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. LEP. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CARVALHO, Salo. PENA E GARANTIAS: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 145.
- BRASIL. Constituição (1988). 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos/1992-000678/000678/000678-1992-anexo003_a_025htm>. Acesso em: 15 dez. 2004, 18:15:30.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/14%20julho/decldroits.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2005, 15:16.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Lisboa, Editorial Minerva, v. 16, 1995, p. 41.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. II, p. 72.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Breve História do Direito Penal*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1985, v.1.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Evolução Histórica das Idéias Penais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Algumas Considerações Críticas ao Movimento da Nova Defesa Social. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, São Paulo, v. 6, p. 149-160, abril/junho de 1994.
- PEREZ, Marcos Augusto. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O Ministério Público como garantidor do princípio da dignidade...

SALGADO, Daniel de Resende. *Legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos*. Disponível em: <http://www.procongoias.gov.br/artigodoutrinario/artigo_dout_35.html>. Acesso em: 13 de abr. 2005, 19:05.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, Notadez Informação, n. 14, p. 11-12.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 107.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *O Direito Penal e a Criminalidade*. Disponível em: <http://www.terra.com.br/jfrn.gov.br/docs/doutrina_102/>. Acesso em: 1 de dez. 2004, 22:16:12.

TOSI, Giuseppe. *Anotações sobre a História Conceitual dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/phunesco/i-01-anotacoes.html>>. Acesso em: 12 abr. 2005, 16:01.

ZANELLA DI PIETRO, M.S. *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

