

455



RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Interessado: União

Repercussão Geral. Constitucional. Execução penal. Sistema prisional brasileiro. Das limitações cognitivas do caso em apreço. Da impossibilidade de aferição de situação excepcional de omissão estatal pelo STF. Conteúdo prestacional do direito à integridade física e moral dos presos. Limites orçamentários. Reserva do possível. O problema da escassez. Os Poderes Legislativo e Executivo como legítimos intérpretes da dimensão prestacional dos direitos fundamentais. As políticas públicas como espaço decisório próprio para a tomada de decisões alocativas. Tensão entre os discursos constitucionais da legalidade e da legitimidade. O ostracismo político dos encarcerados. A crise carcerária como decorrência de falha sistêmica do atual modelo institucional. Peculiaridades do caso concreto. Razoabilidade da política pública praticada. Manifestação pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A UNIÃO, representada por seu Advogado-Geral (art. 4º, inciso III, da Lei Complementar n.º 73/93), nos autos do recurso extraordinário em epígrafe, vem, com amparo no permissivo do art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil, apresentar manifestação, expondo e requerendo o que se segue.

SUMÁRIO

- I. DO CASO DOS AUTOS
- II. DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. A DECISIVA PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO. JUSTIFICATIVA PARA INTERVENÇÃO NO FEITO
 - II.1. O desenho semi-descentralizado do sistema prisional brasileiro
 - II.2. Do FUNPEN
- III. DAS LIMITAÇÕES COGNITIVAS DO CASO EM APREÇO. DA INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE OMISSÃO ESTATAL
- IV. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ESPAÇO DECISÓRIO PRÓPRIO PARA A TOMADA DE DECISÕES ALOCATIVAS
 - IV.1. Do conteúdo prestacional do direito à integridade física dos presos. Dimensão econômica e limitações impostas pela reserva do possível
 - IV.2. O dilema da escassez. Um problema de competência constitucional. Os Poderes Legislativo e Executivo como legítimos intérpretes da dimensão positiva dos direitos fundamentais.
 - IV.3. As limitações orçamentárias e as previsões normativas
- V. A CRISE CARCERÁRIA COMO DECORRÊNCIA DE FALHA SISTÊMICA
 - V.1. Dos diferentes discursos constitucionais. Antagonismo entre legalidade e legitimidade
 - V.2. O ostracismo dos encarcerados. O alheamento político como decorrência do próprio texto constitucional
 - V.3. Construção e ampliação de presídios: insuficiência da fórmula. Novas iniciativas
 - V.4. A busca de soluções para a crise carcerária e a necessidade de priorizar o discurso da legitimidade
- VI. DO CASO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO DA RAZOABILIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE.
- VII. CONCLUSÃO E PEDIDO

I. DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fulcro no permissivo do art. 102, III, "a", da CF, para impugnar acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em sede de ação civil pública ajuizada para impor ao Estado ora recorrido a obrigação de reformar estabelecimento prisional em condições alegadamente precárias, reformou sentença de procedência e concluiu pela impossibilidade de se determinar interferência judicial na política de administração penitenciária.

O Tribunal Estadual assentou que, muito embora as condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros tenham se revelado notoriamente inadequadas, não caberia ao Poder Judiciário impor ao Executivo a obrigação de reformar presídios, uma vez que (i) as normas veiculadoras de direitos fundamentais com implicações prestacionais têm natureza programática; (ii) a execução de obras nesse sentido depende sobretudo das disponibilidades orçamentárias e financeiras, encontrando limitações na reserva do possível; e (iii) os juízos não têm capacidade funcional para garantir a efetivação dos direitos sociais prestacionais, porquanto se situam à margem do processo político-administrativo de definição das políticas públicas.

Inconformado com o teor do referido decisório, o recorrente interpôs o presente recurso extraordinário, sustentando, em síntese, que o acórdão recorrido teria vulnerado os artigos 1º, III, e 5º, XLIX, da CF/88, sob os fundamentos de que (i) a implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais não poderia ficar condicionada à observância de limitações orçamentárias, porquanto referida categoria de direitos teria aplicabilidade imediata; e (ii) o Poder Judiciário estaria autorizado a interferir na discricionariedade da Administração, compelindo-a ao adimplemento de

seus deveres constitucionais, sempre que a atuação desta última fosse tida por insuficiente para garantir a fruição de direitos fundamentais.

Em 22.09.2009, esse Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada nos autos.

A Procuradoria-Geral da República ofertou parecer em que se manifesta pelo provimento do recurso.

Em decisão publicada em 06.04.2010, foi deferido o ingresso da União no feito, na qualidade de terceira interessada, nos termos dos arts. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil e 323, §2º, do Regimento Interno desse STF.

Dada a relevância maior da controvérsia vertida nos autos e a existência de fundado interesse jurídico e econômico da União na solução da demanda, vem o ente federativo central apresentar manifestação, a fim de contribuir para o equacionamento da questão.

II. DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. A DECISIVA PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO. A JUSTIFICATIVA PARA INTERVENÇÃO NO PRESENTE FEITO

II.1. O desenho semi-descentralizado do sistema prisional brasileiro

A organização do sistema prisional brasileiro obedece a uma disposição semi-descentralizada, repartida que é entre o ente federal central e os estaduais. Essa estrutura deflui diretamente do texto constitucional – da parte em que estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito penitenciário (art. 24, I, da CF/88) – e continua a ser delineado no bojo da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal)

e das legislações estaduais suplementares.

É próprio do modelo constitucional de atribuição de competências concorrentes que se confie à União tarefa de cunho normatizante, marcada pelo estabelecimento de normas gerais – que formatarão um regime penitenciário mínimo, cujo cumprimento será exigível em todo o território nacional – e que se outorgue aos entes estaduais a edição de normas complementares – essas mais pertinentes ao cotidiano da administração dos estabelecimentos prisionais.

Na esfera federal, os órgãos de cúpula do sistema penitenciário, subordinados ao Ministério da Justiça, são o Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias – CNPCP¹ –, de natureza normatizadora e fiscalizadora, responsável pela definição de diretrizes para a política penitenciária, e o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN² –, este encarregado de executar e de fiscalizar a execução da referida política em todo o território brasileiro. No plano estadual, a execução da política penitenciária fica a cargo das Secretarias de Segurança Pública, que poderão criar Departamentos Penitenciários Locais³ para atender a esse específico mister.

II.2. Do FUNPEN

O sistema prisional brasileiro possui uma morfologia um pouco mais centralizada do que seria de se supor a partir da análise das disposições normativas pertinentes, em virtude das limitações financeiras dos Estados.

Em razão dos custos de manutenção do sistema penitenciário, as unidades da federação não possuem disponibilidades para arcar integralmente com a manutenção e o aperfeiçoamento de seus sistemas prisionais. As vicissitudes financeiras enfrentadas pelas administrações estaduais acarretaram,

¹ Lei nº 7.210/84, artigos 69 e 70.

² Lei nº 7.210/84, artigos 71 e 72.

³ Lei nº 7.210/84, artigos 73 e 74.

ao longo dos anos, a falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais, levando à instalação de uma crise no sistema carcerário.

Foi com o desiderato de arrefecer esse quadro que a Lei Complementar nº 79/94 criou o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Desde sua criação, o FUNPEN tem se mostrado como um valioso instrumento para viabilizar a modernização do sistema penitenciário nacional, propiciando a descentralização de recursos por meio de transferências voluntárias destinadas a complementar a receita dos entes estaduais.

Originariamente, o FUNPEN era constituído com recursos oriundos de dotações orçamentárias da União, custas judiciais recolhidas em favor da União⁴, arrecadação dos concursos de prognósticos, recursos confiscados ou provenientes de alienação dos bens perdidos em favor da União, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, fianças quebradas ou perdidas e rendimentos decorrentes da aplicação de seu patrimônio.

Segundo relatório elaborado pelo Ministério da Justiça em 2008⁵, entre 1995 e 2007, o FUNPEN financiou cerca de 1.100 convênios, subsidiando a criação de um total de 78.184 vagas em estabelecimentos prisionais, o que representaria uma proporção de 37% do total das vagas existentes no sistema prisional nacional, assim entendido como o conjunto dos sistemas penitenciários locais.

A alta representatividade das vagas geradas com recursos federais revela um elevado grau de dependência das administrações estaduais em relação ao FUNPEN, além de comprovar que a União tem participação decisiva

⁴ A partir do ano de 2005, as custas judiciais foram retiradas da constituição do FUNPEN.

⁵ Relatório de gestão do FUNPEN em 2008, disponível em <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJCOBE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRIE.htm>>, acesso em 20.01.2010.

não apenas no campo da normatização e da fiscalização da política penitenciária nacional, mas também no plano do fomento e da execução de projetos de aprimoramento do sistema carcerário.

Delineado esse panorama e revelada a posição central ocupada pela União na determinação da política penitenciária nacional, passa-se à análise dos aspectos do presente caso.

III. DAS LIMITAÇÕES COGNITIVAS DO CASO EM APREÇO. DA INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE OMISSÃO ESTATAL

Cumpre advertir, num primeiro plano, que o caso em apreço exhibe determinadas peculiaridades que impedem que se avance no conhecimento de todas as circunstâncias informadoras da demanda.

Isso porque, ao revisar a sentença que obrigava o Estado do Rio Grande do Sul a executar obras de reforma no Albergue Estadual de Uruguaiana, o TJRS não apreciou o contexto fático subjacente aos autos, mas, tão somente, entendeu que os direitos fundamentais veiculados por normas programáticas estão submetidos à reserva do possível, sendo vedado ao Poder Judiciário interferir nas questões de governo de competência do Poder Executivo, sob pena de se afrontar a discricionariedade da Administração Pública.

No voto-condutor do aresto recorrido, o Desembargador Relator não chegou a realizar qualquer juízo sobre a adequação da política penitenciária que vem sendo executada nos estabelecimentos penais do Rio Grande do Sul, nem mesmo sobre a realidade específica verificada no Albergue de Uruguaiana, tendo se limitado a enunciar ponderação de conteúdo bastante genérico, segundo a qual “*O texto constitucional, assim, dispõe sobre os direitos*

fundamentais do preso, sendo certo que as precárias condições dos estabelecimentos prisionais importam ofensa à sua integridade física e moral”.

Sobressai nítido que a decisão atacada partiu de um juízo apriorístico sobre a precariedade que geralmente caracteriza os estabelecimentos penais nacionais, prescindindo, portanto, da consideração de elementos empíricos que pudessem evidenciar uma específica omissão estatal no atendimento do direito à integridade dos custodiados pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Esse detalhe traz repercussões relevantes para o julgamento do presente feito, uma vez que a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal sufragou o entendimento de que a interferência do Poder Judiciário na formulação e execução de políticas públicas somente se legitima em bases excepcionais, *“se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”⁶.*

⁶ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO 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, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela RE 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski

No particular, a **superficialidade com que a questão foi tratada pelo TJRS limitou o âmbito de devolutividade do presente recurso extraordinário**, obstando um pronunciamento sobre eventual inadequação da política penitenciária que tem sido prestada pelo Estado do Rio Grande do Sul. Afinal, na esteira do que tem sido afirmado por precedentes dessa Suprema Corte⁷, o princípio da causa madura não comporta aplicação em sede extraordinária, não podendo esse Tribunal incursionar na análise de questões que não foram discutidas pelas instâncias inferiores.

Como consequência disso, **também não teria lugar a invocação do enunciado nº 456 da Súmula desse STF**, pois, consoante já restou assentado em precedentes de ambas as Turmas dessa Corte⁸, **essa orientação não incidirá quando ocorrer supressão de instância ou nos casos em que for necessária a apreciação do conteúdo fático-probatório dos autos.**

coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

(...). Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ de 04/05/2004)

⁷ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 453, CAPUT E § 1º, DA CLT. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. INAPLICABILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Tratando-se de interpretação diversa dada pelo Tribunal Superior do Trabalho a norma declarada inconstitucional pelo STF, incumbe à Corte de origem dar prosseguimento ao feito como entender de direito. II - Compete ao Tribunal a quo apreciar a questão referente às verbas rescisórias e à multa de 40% sobre o FGTS, nos moldes em que determinado na decisão ora agravada. III - Agravo regimental improvido. (AI 632596 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 23/10/2007, DJe de 13-11-2007)

⁸ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM DISPOSITIVO DE LEI DECLARADO INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO. JULGAMENTO IMEDIATO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 456 DO STF. NÃO-APLICABILIDADE. Se o aresto recorrido está assentado em dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo STF em ação direta, o julgamento do recurso extraordinário se limita ao afastamento da respectiva premissa e à devolução dos autos à Corte de origem, para regular prosseguimento do feito. Isto a fim de que a lide ganhe os contornos legais e fáticos que lhe forem peculiares e para os quais é competente a instância ordinária. Impede-se, assim, eventual supressão de instância, ao tempo em que se resguardam as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Donde a inaplicabilidade da Súmula 456 do STF, em tais casos. Precedente: RE 200.972, Relator Ministro Marco Aurélio. Agravo Regimental desprovido. (RE 488769 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/12/2006, DJ de 30.03.2007).

RE 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski

Dentre todas, vale conferir a seguinte ementa:

“EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Provimento. Aplicação da súmula 456 desta Corte. Impossibilidade. Supressão de instância. Apreciação do conteúdo fático-probatório e aplicação de normas infraconstitucionais. Agravo regimental não provido. Não é possível a aplicação dos termos da súmula 456, quando ocorrer supressão de instância e forem necessárias a apreciação do conteúdo fático-probatório e a aplicação de normas infraconstitucionais.”
(RE 557731 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 09/10/2007, DJe de 30.10.2007)

Assim, **eventual juízo de procedência do presente recurso extraordinário deve se limitar a reconhecer o vício de premissa do acórdão recorrido e determinar a sua reforma, remetendo os autos ao Tribunal Estadual** para que este se pronuncie sobre a existência de excepcional inadimplemento dos deveres constitucionais atribuídos à pessoa estatal recorrida, tendo em vista o desenho fático do caso concreto.

IV. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO ESPAÇO DECISÓRIO PRÓPRIO PARA A TOMADA DE DECISÕES ALOCATIVAS

IV.1. Do conteúdo prestacional do direito à integridade física dos presos. Dimensão econômica e limitações impostas pela reserva do possível

A cláusula inscrita no art. 5º, XLIX, da CF/88⁹ encerra uma mensagem de conteúdo ambivalente. Declara uma ordem de abstenção proferida contra o Estado, vedando sejam os presos submetidos a tratamentos degradantes de sua higidez física e moral, e recomenda sejam eles destinatários de prestações assistenciais de natureza material, sanitária, jurídica, educacional,

⁹ 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: (...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral:

RE 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski

social e religiosa, tudo em ordem a garantir o êxito da terapêutica segregacionista¹⁰.

O primeiro aspecto semântico extraível do referido dispositivo constitucional diz com a função de defesa exercida pelo direito à integridade dos presos. Eventual afronta a esse sentido da norma constitucional encontrará imediata reação do ordenamento jurídico, devendo o Judiciário, sempre que provocado, compelir o Estado a cessar a prática ilícita e a recompor os prejuízos causados.

Porém, o mesmo não se dá com a dimensão positiva do direito à integridade. Isso porque a efetivação das diferentes prestações assistenciais estabelecidas pelo legislador ordinário (de natureza material, sanitária, jurídica, educacional, social e religiosa) envolve dispêndios de grande monta, que exigem programação orçamentária e dependem de uma situação financeira favorável.

Dessa forma, caso não concorram as condições econômicas necessárias à completa efetivação do direito à integridade, não será possível ao Estado implementar todas as prestações recomendadas pela ordem jurídica, pois o conteúdo prestacional dos direitos fundamentais tem sua concreção submetida à cláusula da reserva do possível¹¹.

¹⁰ Lei 7.210/84, arts. 11 e incisos, 40 e 41.

¹¹ "(...) há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão triplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade". SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 307.

No que se refere especificamente à construção de presídios, estimativas do DEPEN¹² informam que a criação de novas vagas em estabelecimentos prisionais tem custo unitário equivalente a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) e que, para eliminar o déficit atualmente verificado no sistema prisional brasileiro – da ordem de 170.000 (cento e setenta mil) vagas –, seria necessária a construção de uma média de 60 novos presídios por ano, totalizando um investimento anual de R\$ 6,05 bilhões.

Portanto, somente no Estado do Rio Grande do Sul, onde o déficit do sistema prisional remonta a 10.000 (dez mil) vagas¹³, seria necessária uma disponibilidade orçamentária anual de, no mínimo, R\$ 350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais), valor significativamente superior aos R\$ 228.000.000,00 (duzentos e vinte e oito milhões de reais) que foram reservados para investimentos em segurança pública no orçamento de 2010 daquela unidade federativa¹⁴. Isso sem falar na repercussão financeira dos programas assistenciais que devem ser prestados paralelamente à criação de vagas nos estabelecimentos penais.

Surge evidente, que a administração prisional do Estado do Rio Grande do Sul dispõe de limitações orçamentárias que impedem o atendimento de todas as prestações assistenciais recomendadas pelo art. 5º, XLIX, da CF/88.

IV.2. O dilema da escassez. Um problema de competência constitucional. Os Poderes Legislativo e Executivo como legítimos intérpretes da dimensão positiva dos direitos fundamentais

¹² Memorando nº 79/2010 – GAB/DEPEN, direcionado ao Coordenador do Contencioso Judicial do Ministério da Justiça (documento anexo).

¹³ Ver relatório sobre a população carcerária do Estado do Rio Grande do Sul disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>, acesso em 18.01.2010.

¹⁴ Orçamento 2010, arquivo para consulta disponível em <http://www.seplag.rs.gov.br/>, acesso em 18.01.2010.

Na medida em que as necessidades materiais a serem atendidas pela via prestacional do Estado são infindáveis e os recursos públicos, limitados, ganha acento o dilema da escassez e vem a lume a questão da legitimidade para o exercício das decisões alocativas. Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵ situa o problema da seguinte forma:

“A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro. A efetivação desses direitos importa favorecer segmentos da população. Essas opções exigem, pois, procedimento democrático para serem escolhidas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas decisões e, em segundo lugar, a Administração.

A satisfação desses é, pois, deixada, no regime democrático, primacialmente, ao descortino do legislador. Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não-originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e não do órgão judicial.” (destacou-se)

Por implicar o prestígio de um bem jurídico e, conseqüentemente, de um determinado grupo de indivíduos que serão beneficiários da justiça distributiva em detrimento de outros, o regime democrático impõe que o dilema da escassez seja resolvido em espaço decisório próprio.

E o *locus* legítimo para a tomada das decisões alocativas vem a ser o das políticas públicas, cuja concreção é realizada, primariamente,

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 294-295.

pelo Poder Legislativo (não menos quando traça diretrizes normativas para a ação estatal do que quando aprova as leis orçamentárias), e, secundariamente, pelo Poder Executivo, quando estabelece critérios técnicos para a eficiente aplicação dos recursos públicos.

Nas palavras de Gustavo Amaral¹⁶, são eles os legítimos intérpretes da dimensão positiva dos direitos fundamentais:

“(...) os intérpretes por excelência da dimensão positiva dos direitos fundamentais são o legislativo e o executivo. A alocação de recursos escassos faz-se primeiramente com o orçamento, com políticas públicas. A conflitualidade entre as demandas por emergências equipadas para atender a vítimas de traumas, notadamente em colisão de automóvel, programas de geração de renda, educação, assistência social, cultural, lazer, informação, segurança e tantas outras só pode ser avaliada em um aspecto dinâmico totalmente estranho ao modo de proceder do Judiciário. Como já afirmamos no capítulo anterior, não há um critério único que possa ser empregado para todas as decisões a serem tomadas. Há, sim, um leque de critérios e considerações que podem ser utilizados e combinados entre si. Essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada. Ora, o Judiciário é construído pela Constituição com garantias para que julgue o justo independentemente de pressões. As garantias da magistratura são garantias da cidadania e não privilégios corporativos exatamente por isso. Além de questões de essência, há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo o modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda.”(destacou-se)

Bem por isso é que a distribuição de recursos entre as diferentes ações prestacionais realizadas pelo Estado reflete não apenas a sua situação econômica em determinado momento histórico, mas também as diretrizes políticas definidas pelo governo da maioria.

¹⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 205-206.

A questão financeira mostra-se profundamente imbricada com a questão política subjacente à formação das políticas públicas. Tanto é assim, que a doutrina tem afirmado que o dilema da escassez de recursos públicos e dos critérios de alocação das disponibilidades reconduzem o debate da efetivação dos direitos prestacionais ao terreno das competências constitucionais. Nesse sentido as seguintes ponderações de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷:

“Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também deve ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que por sua vez, depende da conjuntura sócio-econômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a ao encargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica. É justamente por essa razão que a realização dos direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como um autêntico problema de competência constitucional: ‘ao legislador compete, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais’.”

O estabelecimento de uma ordem de prioridades no atendimento dos interesses públicos importará, inevitavelmente, na preterição de outras necessidades, cujo atendimento ficará contingenciado no plano fático pela ausência de recursos. Esse escalonamento de interesses, frise-se, é próprio do movimento democrático.

Ao administrador público, que fica na extremidade final e talvez mais visível, exposta e criticável do processo de concretização das políticas públicas, caberá a tarefa de estabelecer critérios para atender aos objetivos programáticos sinalizados pelo legislador com a parcela de recursos que lhe foi confiada pelo mesmo legislador.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 308.

No mais das vezes, porém, os recursos disponíveis são insuficientes para suprir os avançados objetivos legais. E quando as necessidades e os programas legais revelam-se distantes das disponibilidades, surge um quadro de discrepância normativa.

IV.3. As limitações orçamentárias e as previsões normativas

Na administração brasileira, o administrador estadual se depara com o desafio de conciliar um avançado quadro normativo – conformado pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, pela ainda vanguardista Lei de Execução Penal, pelas resoluções do CNPCP e por outras legislações estaduais – com dotações orçamentárias tímidas.

Essa situação impede a execução de políticas públicas de excelência. Todavia, a existência de falhas **pontuais** no provimento de determinadas necessidades não habilita o Poder Judiciário a intervir na condução das políticas públicas, porque lhe falta legitimidade para controlar a escolha dos legisladores e dos administradores. O magistério da doutrina revela manifestação nesse sentido:

“A doutrina da questão política equivale a da reserva do possível e pode ser invocada para excluir do judiciário a apreciação da questão dado seu caráter político? Creio que sim. O argumento nesse caso seria feito da seguinte maneira: há uma impossibilidade de decisão judicial pois a matéria é, por definição, outorgada à decisão política, ou seja, à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos. Ao determinar que todos, ou a maioria ou alguns terão coisas como atendimento integral, razoável, adequado e assim por diante, a lei deu ao agente público um poder de fazer escolhas entre meios e fins e entre prioridades de casos igualmente graves. Ora, as escolhas outorgadas constitucionalmente aos órgãos judiciários não comportam tais aberturas, pois embora eles possam dizer em cada caso se quem decidiu usou ou não os melhores critérios, eles mesmos não são julgadores de conveniências ou de adequação de meios e fins. São apenas aplicadores de critérios normativos que dizem se uma determinada escolha é válida ou não. Não podem eles mesmo fazer escolhas onde o critério legal deixou e

*aberto a avaliação. Essa falta de critério único e determinante de escolha torna a decisão, por definição, política, isto é, não justificável por uma só regra e, pois, não justificável em termos exclusivamente legais.*¹⁸

Percebe-se, portanto, que ainda há uma discrepância normativa no que se refere ao tratamento dos presos brasileiros. Muito embora tenham eles sido contemplados com generosos enunciados normativos, seus interesses não são integralmente observados no momento da elaboração orçamentária.

Assim, é imperioso reconhecer que a dimensão prestacional do direito à integridade física e moral dos presos, entendido como o direito à fruição das prestações assistenciais definidas na Lei de Execução Penal, tem sua implementação simultaneamente condicionada (i) à vontade política dos legisladores, responsáveis pela conformação orçamentária; e (ii) à existência de disponibilidades financeiras.

No entanto, conforme se demonstrará a seguir, o sistema prisional brasileiro padece de uma crise sistêmica, que impede o atendimento satisfatório de ambas as condicionantes citadas e, por conseguinte, a efetivação plena do direito à integridade física e moral.

V. A CRISE CARCERÁRIA COMO DECORRÊNCIA DE FALHA SISTÊMICA

V.1. Dos diferentes discursos constitucionais. Antagonismo entre legalidade e legitimidade

A doutrina juspublicista tem ressaltado, sob variados enfoques taxonômicos, que o texto constitucional comporta diferentes linguagens. Em seu bojo, congregam-se iam os discursos da licitude – de brio sociológico,

¹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima, *Em torno da "reserva do possível"*, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184.

afirmativo de um conteúdo material, a enunciar diferentes interesses e valores fomentados pela sociedade – da legitimidade – caracterizado pelo seu teor político e por normas de conteúdo procedimental, que determinam o modo de formação das decisões fundamentais de um povo – e da legalidade – este último de feição mais propriamente jurídica, revelador de uma normatividade mais plena, presente, por exemplo, nas normas de organização do Estado e no estabelecimento das relações deste com a sociedade¹⁹.

A vontade maior do legislador constituinte certamente quis que todas essas mensagens pudessem se confraternizar, realizando-se de forma concomitante, não excludente e efetiva. Não raro, porém, os diferentes discursos gravados na Carta Política entram em rota de colisão. É o que ocorre no presente caso, em que se antagonizam os discursos da legalidade e da legitimidade.

Já se ressaltou aqui que o direito à integridade física e moral dos presos está mais do que reconhecido sob o ângulo da normatividade ampla. Bem assim o princípio da dignidade da pessoa humana. Não pretende a União discutir a relevância desses direitos. Ambos estão radicados no tópico mais eloquente das declarações constitucionais. Ambos inscrevem-se dentre aqueles direitos que são valorizados com o timbre da fundamentalidade, característica que lhes é de todo própria, seja sob o ângulo formal ou material. Ambos estão mais do que sacramentados pelo discurso da legalidade.

E assim não poderia deixar de ser, porque a valorização da integridade dos custodiados decorre, logicamente, da proteção que se dá ao mais valioso bem reconhecido pela ordem jurídica, a própria vida. Estão assim colocadas numa inseparável tríade semântica essas três afirmações humanísticas do texto constitucional: (i) a que consagra a vida como bem

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 67.

maior; (ii) a que impele que seja ela vivida de modo digno, hábil a contemplar os projetos existenciais de cada indivíduo; e (iii) a que exige que esses parâmetros não sejam negados nem mesmo àqueles que vierem a ser condenados ao cumprimento de sua justa penitência.

Todavia, da mesma maneira como a fundamentalidade desses direitos é de fácil reconhecimento, também é de se reconhecer que a crise na administração do sistema prisional é preocupante, porquanto adquiriu proporções sistêmicas, atingindo a todas as esferas do Poder Público.

Esse quadro revela que, não obstante a boa vontade normativamente consagrada pelo legislador brasileiro, a crise carcerária somente poderá ser sanada com uma ampla reforma no sistema penitenciário brasileiro.

V.2. Do ostracismo dos encarcerados. O alheamento político como decorrência do próprio texto constitucional

Em virtude do isolamento político que o próprio texto constitucional impôs aos encarcerados, é difícil conceber que os condenados por sentença transitada em julgado possam influir de maneira efetiva no jogo democrático, de modo a serem contemplados com uma maior fatia dos orçamentos das unidades federativas, já que a leitura atual do art. 15, III, da Constituição Federal veda-lhes o exercício do direito ao voto.

Essa ponderação é de fundamental importância, porque um dos aspectos mais sensíveis da crise do sistema prisional brasileiro talvez resida justamente nesse ponto. Sabe-se que mesmo os presos provisórios, que deveriam ter assegurado o direito de voto, têm tido o exercício da cidadania negado, pelas mais variadas razões, na grande maioria dos Estados

brasileiros²⁰.

Tanto é assim que, em 02.03.2010, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral aprovou²¹ a Resolução nº 23.219, editada com o intuito de efetivar o direito de voto dos presos provisórios – que somam uma população carcerária de aproximadamente 150.000 pessoas –, estabelecendo regras para a instalação de seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e de internação de adolescentes.

A questão referente à efetividade do direito de voto dos presos provisórios não é nova. Em 1982, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, com as alterações da EC nº 01/69, o Conselho Federal da OAB propôs²² que o TSE expedisse instruções, no sentido de que fossem instaladas urnas nas penitenciárias, presídios e delegacias policiais para a coleta de votos dos presos com sentença ainda não transitada em julgado.

Preocupação semelhante parece ter incitado o Vice-Procurador Geral Eleitoral a encaminhar ao TSE a consulta nº 834/2004²³, para perquirir sobre a obrigatoriedade de instalação de seção eleitoral especial em presídios que possuíssem mais de 50 (cinquenta) presos provisórios e sobre como os TREs deveriam proceder para garantir o exercício dos votos dos presos. Em resposta à consulta então formulada, o TSE remeteu às Resoluções nº 21.160, de 2002, e 21.633, de 2004, consignando que os TREs deveriam agir nos termos do que preconizado pelo artigo 136 do Código Eleitoral.

²⁰ *Direito de voto de preso provisório é ignorado na maior parte do país.* Matéria jornalística disponível em <<http://eleicoes.uol.com.br/2008/ultnot/2008/09/12/ult6008u176.htm>>, acesso em 20.01.2010.

²¹ *TSE aprova regras para voto do preso provisório.* Matéria jornalística disponível em <<http://www.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1282489>>, acesso em 04.03.2010.

²² Pet nº 6725, Rel. Min. José Maria de Souza Andrade, DJ de 11.01.1983. Pleito este que, ao final, restou desacolhido, ante a proximidade do sufrágio.

²³ “CONSULTA. SEÇÃO ELEITORAL ESPECIAL. ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. PRESOS PROVISÓRIOS.

A possibilidade de presos provisórios virem a votar depende da instalação de seções especiais, bem como de os interessados terem efetuado pedido de transferência eleitoral.” CTA nº 834, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.08.2004.

O que se percebe é que, ao mesmo tempo em que assegurou aos presos o direito ao tratamento íntegro, a Carta Republicana negou-lhes o acesso direto ao embate democrático. Essa negativa parece assomar como o principal motivo pelo qual os condenados não conseguem influir nas decisões orçamentárias. E o alheamento desse momento decisório possivelmente está a penalizá-los com a falta de recursos para investimento na modernização do sistema carcerário. Forma-se, em torno do destino dos encarcerados, um círculo vicioso, a sentenciá-los não apenas com a segregação física, mas também com o exílio político, social e econômico.

O ostracismo que tem se abalado sobre a população carcerária tem sensibilizado a sociedade civil e algumas instituições a agirem de forma criativa – e por vezes heterodoxa – para tentar amenizar o problema.

V.3. Construção e ampliação de presídios: ineficiência da fórmula.
Novas iniciativas

Informações prestadas pelo Diretor-Geral do DEPEN ao Ministério da Justiça dão conta da falibilidade das políticas que identificam na construção e na reforma de presídios uma fórmula definitiva para a superação do problema carcerário, destacando que, além de dispendiosa, essa alternativa não logrará atender à sempre crescente demanda por novas vagas. É o que sobressai do seguinte trecho de sua manifestação (doc. anexo):

“(...) atualmente o sistema penitenciário nacional conta com aproximadamente 473.000 (quatrocentos e setenta e três mil) presos (45% destes, provisórios) e apenas 299.000 (duzentos e noventa e nove mil) vagas. Ademais, apresenta um acréscimo anual que varia entre 5% (cinco por cento) e 10% (dez por cento). Com efeito, seria necessária a construção de aproximadamente 60 (sessenta) estabelecimentos por ano, ao custo de R\$ 1.05 bilhões (a R\$ 35.000,00 o custo vaga). Some-se a isto, R\$ 6 bilhões para o equilíbrio do sistema (geração de 170.000 vagas) Na tentativa de reverter o atual cenário, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão gestor do Fundo

Penitenciário Nacional – Funpen, financia, à luz da legislação vigente, dentre outros de cunho social, projetos de construção e ampliação de estabelecimentos penais nas unidades da federação, bem como de fomento à aplicação de penas e medidas alternativas por meio de convênios.

Contudo, o Depen está limitado ao repasse de recursos do Funpen, o qual possui como fonte principal 3% (três por cento) da receita dos sorteios lotéricos federais.

No ano de 2009, o orçamento utilizado do Funpen foi da ordem de R\$ 101 milhões. Destes, cerca de R\$ 60 milhões foram destinados à geração de novas vagas.

Como se vê, a alteração do panorama não se trata de uma tarefa simples, refoge, em face das limitações orçamentárias, aos anseios dos gestores deste Departamento e das unidades da federação que militam neste tema.²⁴

As ponderações do Diretor-Geral do DEPEN deixam entrever que o caminho para contornar o problema carcerário depende de soluções inovadoras, como as que têm sido pensadas por diferentes instâncias do Poder Público e da sociedade civil para aprimorar as condições de cumprimento da pena.

A União, através do CNPCP e do DEPEN, tem envidado esforços para melhorar a qualidade de vida dos detentos. O CNPCP já deu parecer favorável a projeto de lei²⁵ que garantia o direito de voto aos condenados²⁶, que, todavia, veio a ser arquivado. Em setembro de 2007, o CNPCP apresentou o novo plano nacional de política penitenciária, em que traça uma série de recomendações aos responsáveis pela concepção e execução de políticas voltadas à administração da justiça criminal, cabendo destacar as orientações para a elaboração de ações transversais destinadas a promover melhores condições de saúde e de educação aos internos²⁷.

Mais recentemente, no ano de 2009, o CNPCP editou mais de dez

²⁴ Memorando nº 79/2010 – GAB/DEPEN, direcionado ao Coordenador do Contencioso Judicial do Ministério da Justiça.

²⁵ PL nº 486/1997.

²⁶ *Para Ministério da Justiça, proibição do voto de preso condenado é controversa.* Matéria jornalística disponível em <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/07/25/materia.2006-07-25.5222974831/view>>, acesso em 20.10.2010.

²⁷ Novo Plano Nacional de Política Penitenciária, apresentado ao DD. Ministro da Justiça em 25.09.2007.

resoluções²⁸ em que propõe diretrizes valiosas para o aprimoramento da administração prisional, dentre as quais a de nº 06/2009, que estabelece diretrizes para o controle penal qualitativo das penas e medidas alternativas à prisão, a de nº 09/2009, que prevê a proporção mínima entre o contingente de agentes penitenciários e o número de detentos, a de nº 03/2009, que define diretrizes para a oferta de educação nos estabelecimentos penais, e outras de conteúdo não menos relevante.

O DEPEN, por sua vez, tem atuado de modo a incrementar a oferta de financiamentos para o aprimoramento de estabelecimentos prisionais por meio da celebração de convênios com os entes estaduais. Segundo dados do Ministério da Justiça, em 2008, o DEPEN firmou convênios e assumiu compromissos com os Estados no montante de R\$ 310.000.000,00 (trezentos e dez milhões), sendo R\$ 293.000.000,00 (duzentos e noventa e três milhões) destinados somente à construção, ampliação ou reforma de estabelecimentos prisionais²⁹.

Esses investimentos resultaram na construção de 24 novos estabelecimentos penais e na reforma, ampliação e construção de módulos de saúde em outros 19 estabelecimentos, gerando 8.381 novas vagas. Outros R\$ 17.000.000,00 (dezesete milhões) foram destinados a projetos nas áreas de reintegração social do detento, capacitação em serviços penais, fomento às medidas alternativas à prisão, aparelhamento de unidades prisionais, implantação e estruturação de conselhos da comunidade.

O Poder Judiciário também tem sido referência exemplar. Em iniciativa louvável, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ lançou, em 2008,

²⁸ Disponível em <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={28D9C630-49B2-406B-9160-0C04F4BDD88E!}>>, acesso em 20.10.2010.

²⁹ Disponível em <http://www.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD7C0BDC4%2D2085%2D4581%2D8B29%2D4F7B9D1512B8%7D¶ms=itemID=%7B8E01D7B9%2D30F3%2D49EF%2DB736%2D2832FA7E1E15%7D;&UIPartUID=%7B04411A04%2D62EC%2D410D%2DAC93%2D9F2FA9240471%7D>>, acesso em 18.01.2010.

projeto que promoveu a execução de vários mutirões de execução penal pelo país a fora. Informações do sítio eletrônico³⁰ daquela instituição dão conta de que, até o final do ano de 2009, 93.524 processos haviam sido examinados nos mutirões, o que resultou na concessão de 30.802 benefícios e na expedição de 18.823 alvarás de soltura. Também em 2008, em outra iniciativa digna de aplausos, esse STF criou 100 bolsas de estágio destinadas a estudantes sentenciados.

Impende fazer menção, por oportuno, ao programa “Começar de Novo”, criado pelo CNJ para estimular a reinserção social de presos e egressos do sistema penitenciário através do fomento de propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional. Recentemente, o CNJ também divulgou a instalação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF)³¹, que contribuirá para a humanização do modelo de cumprimento de pena no Brasil, centralizando os dados sobre o sistema prisional brasileiro.

Ressalte-se, outrossim, a contribuição que a academia e a doutrina nacional têm prestado ao debate do tema, alvitando um grande número de possíveis soluções legislativas para a crise carcerária, defendendo desde a utilização intensiva das penas e medidas alternativas, até a privatização do sistema penitenciário.

Essas iniciativas apenas demonstram que as soluções tradicionalmente propostas para a superação da crise carcerária, consistentes na reforma e na ampliação de presídios, são insuficientes, pois se limitam a seguir modelos já existentes e, por essa razão, têm eficácia meramente paliativa, porquanto incapazes de alterar a estrutura da administração penitenciária do

³⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10311&Itemid=1123>, acesso em 08.04.2010.

³¹ Criado através da Lei nº 12.106/09.

país.

V.4. A busca de soluções para a crise carcerária e a necessidade de priorizar o discurso da legitimidade

A superação dessa crise carcerária depende de um esforço institucional conjunto e da posituação de uma ampla reforma no sistema penitenciário nacional. Depende, por conseguinte, da observância do caminho decisório próprio das democracias. É necessário prestar reverência às vias procedimentais traçada no próprio texto constitucional, sob pena de se sufragar uma atuação estatal ilegítima.

As disfuncionalidades do atual regime não podem ser todas elas imputadas às administrações estaduais. A solução para o problema tem de passar, inevitavelmente, pelo campo da atividade legislativa.

Nesse sentido, vale consignar que tramita no Senado Federal proposição legislativa para viabilizar o acesso dos presos aos canais políticos de formação das decisões alocativas. Cuida-se do Projeto de Emenda Constitucional nº 65/2003, que propõe a revogação do inciso III do artigo 15 da Constituição, de modo a franquear aos definitivamente condenados o direito ao voto facultativo³².

Também impende fazer alusão às alterações legislativas propostas pelo CNJ durante a divulgação do plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal³³, divulgado em 09.03.2010. Na ocasião, o CNJ manifestou apoio a alterações legislativas que valorizem o modelo de cumprimento da pena em regime domiciliar através do monitoramento

³² PEC nº 65/2003, consulta disponível em http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=60853, acesso em 18.01.2010.

³³ *Justiça criminal é prioridade do CNJ em 2010*. Matéria jornalística disponível em http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10228:justica-cr, acesso em 20.03.2010.

eletrônico dos presos, além de estimular projetos que permitam a negociação da pena mediante a aplicação do instituto americano do "plea bargaining"³⁴.

Todas essas ações visam a diminuir a superlotação nos presídios e a incrementar o bem-estar dos custodiados mediante a provocação das instâncias legitimadas para agir pelo atual desenho institucional brasileiro.

É importante advertir, por outro lado, que, dada a relevância da matéria em debate, o acolhimento do presente recurso poderá trazer efeitos ainda mais nefastos para as administrações prisionais estaduais. Isso porque, consoante ressaltado por boa parte da doutrina dedicada ao tema do controle jurisdicional das políticas públicas, o método de decisão inerente à atividade jurisdicional impede, ou pelo menos dificulta, que os juízos tenham uma visão sistêmica dos programas de ação estatal, pois que se concentram nas peculiaridades do caso concreto que foi submetido ao seu exame.

Como bem salienta GUSTAVO AMARAL DOS SANTOS³⁵, "*não se trata de uma deficiência dos julgados, mas de uma característica das decisões judiciais, o Judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto*", ao contrário do Administrador que procura fundamentar suas decisões e escolhas em prol de toda a coletividade.

A preocupação com a valorização dos aspectos de macro-justiça e com os efeitos da decisão a ser tomada no presente caso é ainda mais acentuada, porquanto, aqui, a atividade jurisdicional foi provocada por

³⁴ **Plea bargaining** - Está prevista nova redação ao Artigo 89 da Lei 9.099/1995 para possibilitar a negociação da pena, conhecida nos Estados Unidos como plea bargainig. Com a alteração, o titular da ação, no caso o Ministério Público, teria a possibilidade de suspender o processo e negociar a pena com o réu. Segundo o coordenador do plano de gestão, conselheiro Walter Nunes, essa é uma das sugestões mais polêmicas do plano, que será discutida no Congresso Nacional. "Acredito que é uma mudança de cultura e de discussão mais acesa que será levada ao parlamento", disse. Na prática, esse modelo permite a aplicação de uma pena menor, desde que o acusado assuma a culpa e reconheça que praticou o crime.

³⁵ AMARAL, Gustavo, *Direito, escassez e escolha*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001, p. 38.

intermédio de uma ação civil pública, instrumento de reconhecida vocação expansiva. Por isso mesmo, o eventual provimento do recurso extraordinário em tela produzirá um efeito multiplicador de resultados nocivos para as políticas penitenciárias desenvolvidas pelas administrações prisionais de todas as outras unidades federativas.

Cumpra-se realçar que, no caso dos autos, a decisão que reconheceu a presença de repercussão geral o fez em termos amplos. Com efeito, o acórdão proferido pelo Plenário Virtual dessa Suprema Corte assentou que *“a questão constitucional está em saber se cabe ao Poder Judiciário determinar ao Estado obrigação de fazer consistente na execução de obras em estabelecimentos prisionais, a fim de que se garanta a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos por ele custodiados”*.

Tendo em vista a amplitude dos termos da referida decisão e a eficácia dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida³⁶, não seria demais supor que o acolhimento da presente insurgência resultaria na prolação de inúmeras decisões judiciais que determinariam a construção/reforma de presídios, sem fazer qualquer distinção sobre o empenho das administrações estaduais em remediar o problema. Esse quadro hipotético inviabilizaria qualquer tentativa de organizar a administração prisional nos Estados. Daí a necessidade de se ponderar, com redobrada cautela, as peculiaridades do caso em exame.

O que se pretende afirmar, portanto, é que a questão penitenciária

³⁶ Art. 543-B do CPC: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).(...)

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

não comporta solução simples. Daí a necessidade de se prestigiar o discurso da legitimidade ante o da legalidade.

VI. DO CASO CONCRETO. DEMONSTRAÇÃO DA RAZOABILIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE

Como visto, a escassez de recursos, o regime democrático e a extrema variabilidade de critérios para a formação das políticas públicas indicam os Poderes Legislativo e Executivo como legítimos intérpretes da dimensão positiva dos direitos prestacionais. À minguada de legitimidade, não caberia ao Poder Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não-originários a prestação.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência afirmam que, em casos de extrema excepcionalidade, em que a política pública não esteja sendo executada, seja manifestamente inadequada, ou inexistente, pode o Judiciário impor à Administração Pública o adimplemento de seus deveres constitucionais.

No entanto, nenhuma dessas hipóteses ocorre no presente caso. Como já salientado em momento anterior, a crise carcerária é um problema crônico deste país. Estimativa do Ministério da Justiça³⁷ atesta que, em junho de 2009, a população carcerária no país atingia o número de cerca de 470.000 (quatrocentos e setenta mil) detentos para um total de aproximadamente 300.000 (trezentas mil) vagas, distribuídos por 1.800 estabelecimentos prisionais no Brasil.

O Estado do Rio Grande do Sul, em particular, ostentava, à época, o terceiro maior número de detentos, custodiando cerca de 28.500 (vinte e oito

³⁷ Disponível em

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>, acesso em 20.10.2010.

mil e quinhentos) presos, mas dispondo de pouco mais do que 18.000 (dezoito mil) vagas em seu sistema prisional. Notícias mostram que, em meados de 2009, o Estado do Rio Grande do Sul possuía 21 presídios parcialmente interditados e 2 em estado de interdição total³⁸. A situação era e continua sendo bastante crítica.

No entanto, já foi muito pior. Dados estatísticos reunidos nos anos de 2006 e 2007³⁹ denotam que a União e o ente estadual recorrido somaram esforços para ampliar e modernizar o sistema carcerário gaúcho. Relatórios do FUNPEN indicam que, em 2006, foram celebrados 10 convênios com o Estado do Rio Grande do Sul, prevendo o aprimoramento do sistema carcerário gaúcho e a criação de um total de 720 vagas, totalizando repasses da ordem de R\$ 12.532.247,89 (doze milhões, quinhentos e trinta e dois mil, duzentos e quarenta e sete reais e oitenta e nove centavos). Em 2007, foram celebrados outros sete convênios para a criação de cerca de 1.068 vagas, com o repasse de R\$ 22.452.089,76 (vinte e dois milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil e oitenta e nove reais e setenta e seis centavos).

Informações obtidas do sítio eletrônico da Superintendência de Segurança Pública do Rio Grande do Sul⁴⁰ também revelam que foi criada uma Força Tarefa no âmbito daquele Estado para tentar solucionar o problema da carência de vagas no sistema prisional. Ações coordenadas entre a União e a Força Tarefa fomentaram a autorização de execução de 12 obras no Estado, das quais 6 estão em andamento, 3 em estágio de elaboração do projeto e análise pela Caixa Econômica Federal, e 3 em fase de licitação. Quando concretizadas, referidas obras gerarão um incremento de 2.100 vagas.

³⁸ *Secretário diz que novas obras em presídios do RS começam a sair do papel em 90 dias.* Disponível em <<http://www.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1§ion=Geral&newsID=a2523511.htm>>, acesso em 20.01.2010.

³⁹ Relatório de gestão do FUNPEN no exercício de 2008, disponível em <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRIE.htm>>, acesso em 20.01.2010.

⁴⁰ Disponível em <<http://www.susepe.rs.gov.br/>>, acesso em 20.01.2010.

O Estado do Rio Grande do Sul está fomentando, com recursos próprios, a execução de outras 5 obras, que gerarão, quando finalizadas, o acréscimo de mais 2.000 vagas. Também há dados que revelam a construção de mais de 800 vagas e a recuperação de outras 200 em regime de emergência. Há ainda a previsão de celebração de 5 parcerias público-privadas para a ampliação do sistema.

Além disso, o sítio eletrônico da Secretaria de Segurança Pública do Estado veicula notícia⁴¹ de que a proposta orçamentária para o ano de 2010 contemplou um incremento da ordem de 21% nos investimentos em segurança pública, prevendo a destinação de R\$ 228 milhões para essa rubrica.

Todos esses dados demonstram que, conquanto as condições orçamentárias e financeiras enfrentadas pelo Estado do Rio Grande do Sul não sejam as mais satisfatórias para garantir o pleno atendimento das reivindicações assistenciais dos presos, a administração estadual vem avançando na busca de soluções para o problema.

Demonstrado, portanto, que o ente estadual recorrido, em cooperação com a União, traçou um programa de administração penitenciária para solucionar a crise carcerária, não há espaço para a interferência do Poder Judiciário.

VII. CONCLUSÃO E PEDIDO

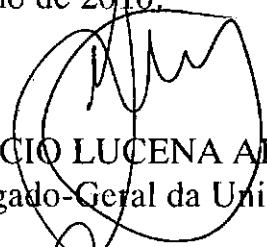
Por todo o exposto, observa-se que a crise do sistema prisional brasileiro surge como sintoma de uma disfuncionalidade sistêmica. Por depender de uma reforma institucional (e não apenas de um ajuste na política pública em questão), a ser desenvolvida da forma mais legítima possível, no

⁴¹ Disponível em <http://www.ssp.rs.gov.br/portal/principal.php?action=imp_noticias&cod_noticia=14337>, acesso em 20.01.2010.

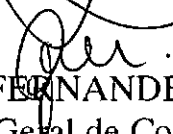
campo decisório próprio das democracias, não cabe ao Poder Judiciário, no caso concreto, determinar qualquer tipo de intervenção na administração penitenciária estadual.

Assim, pugna a Advocacia-Geral da União pelo **desprovemento** do presente recurso extraordinário. Todavia, na eventualidade do acolhimento das razões recursais, requer **sejam os autos remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, instância competente para se pronunciar sobre eventual situação de omissão estatal no cumprimento dos direitos fundamentais dos presos.**

Brasília, de junho de 2010.



LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

DANIEL PINCOWSCY C. MARTINS DE A. ALVIM
Advogado da União