

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Samuel Alfredo Forneck

A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)SEGURANÇA PÚBLICA:
uma análise da (suposta) colisão de direitos fundamentais no contexto do cárcere

Porto Alegre
2019

Samuel Alfredo Forneck

A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)SEGURANÇA PÚBLICA:
uma análise da (suposta) colisão de direitos fundamentais no contexto do cárcere

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Vanessa Chiari Gonçalves

Porto Alegre

2019

CIP - Catalogação na Publicação

Forneck, Samuel Alfredo

A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)SEGURANÇA PÚBLICA: uma análise da (suposta) colisão de direitos fundamentais no contexto do cárcere / Samuel Alfredo Forneck. -- 2019.

93 f.

Orientadora: Vanessa Chiari Gonçalves.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Execução penal. 2. Direitos fundamentais da
pessoa presa. 3. Segurança pública. 4. Colisão de
direitos fundamentais. 5. Encarceramento em massa. I.
Gonçalves, Vanessa Chiari, orient. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Samuel Alfredo Forneck

A (IN)DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)SEGURANÇA PÚBLICA:
uma análise da (suposta) colisão de direitos fundamentais no contexto do cárcere

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado ao Departamento de Ciências Penais
da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial para
a obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 17 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

*Por todos aqueles que lutam
pelas minorias oprimidas*

AGRADECIMENTOS

Acredito que trajetórias são construídas por meio de propósitos, decisões, oportunidades e companheirismo. Este trabalho é a materialização de toda a minha caminhada até aqui, e eu não estaria nesta posição não fossem as quatro circunstâncias que referi acima. Embora expressar meus sentimentos por meio de palavras sempre tenha sido meu ponto fraco, neste momento entendo necessário externalizar algumas delas.

Aos meus pais, palavras não são o suficiente para descrever a minha gratidão. Agradeço ao apoio incondicional, às oportunidades concedidas, ao auxílio financeiro e emocional. A minha conquista também é de (e por) vocês!

À Natália, minha irmã, fica meu agradecimento por dividir comigo a responsabilidade de lidar com os problemas familiares. E, acima de tudo, por ter trazido ao mundo o Gabriel, que a cada dia tem iluminado ainda mais a minha vida com seu sorriso e me inspirado a lutar para ser um tio que lhe dê orgulho.

À Marlise, minha segunda mãe. Que me abriu as portas da sua casa nos momentos em que mais precisei, propiciando-me a oportunidade de tornar realidade todos os sonhos que planejei quando adolescente. Que me apoiou, me deu abrigo, ajudou a moldar a pessoa que sou hoje. Muito obrigado! Se estou aqui hoje é porque tu me deste a primeira chance. Espero um dia poder retribuir todo o esforço que fizeste por mim.

À Bibiana, Débora, Juliete e Isabela, obrigado por serem meu porto seguro. Sem vocês eu teria sucumbido em cada momento de desespero nos quais recorri a vocês e obtive paz. Gratidão por estarem ao meu lado em todos os momentos. Felicidade por tê-las perto, ainda que distante em muitos momentos.

Aos meus colegas do Direito, agradeço pela companhia e estímulo para enfrentar esses cinco (longos) anos de quentes e frias noites. Em especial à Aimée e à Fernanda, vocês foram essenciais nessa trajetória. Quanto à primeira, gratidão ainda por ter estado ao meu lado no momento que mais precisei. Cito, por fim, Juliane e Juliana, que se mostraram fundamentais na conclusão dessa etapa.

Ao Conrado, gratidão pela pessoa que tu és. Muito além de me guiar na direção deste trabalho – o qual não existiria sem ti, com toda a certeza –, és uma inspiração para mim enquanto pessoa. És um estímulo a continuar lutando contra as barbáries desse sistema podre. É com pessoas como tu que quero andar ao lado nas trincheiras. No que se refere a esta pesquisa, agradeço a cada reunião, janta, café, palavra de apoio, dica e ensinamento. Tenho um orgulho imenso de trabalhar ao teu lado.

À extinta Judicância Especializada de Fiscalização de Presídios, das Varas de Execução Criminal da Comarca de Porto Alegre, minha eterna gratidão. Especialmente aos magistrados Irion e Sonáli, os quais me mostraram que a legalidade é possível na execução penal. A construção deste trabalho passa por cada visita que fiz com vocês às diversas cadeias abordadas nesta pesquisa. Fernando, Gabriela e Carla, jamais esquecerei o período de trabalho ao lado de vocês, pessoas que levarei pra sempre comigo; profunda admiração e orgulho. Ainda, a todos os servidores, em particular da 1ª VEC/POA, os quais abriram meus olhos ao mundo lá fora e à humanidade que o atendimento ao público demanda. Todos vocês têm enorme contribuição neste trabalho, que nasceu diante das crueldades que presenciávamos, juntos, todos os dias. Muito obrigado!

Por meio da VEC/POA estendo o agradecimento aos colegas de trabalho por todos os lugares onde passei durante a minha graduação. A vocês minha gratidão especial. Tive a honra e a sorte de estagiar nos lugares mais incríveis que poderia sonhar, e mais ainda por desempenhar o estágio com vocês ao meu lado. Aline, Gizele, Sheila, Marina, Letícia, Bruna, Henrique, Fernanda, Maura, Luis Paulo, Marcos, Éverton, Gaspar, Aury, Virgínia, Vitor, Antônio, Vitória, Caroline, Maria Luísa, Isadora e Gian. Vocês ajudaram a moldar o profissional que sou hoje. Por isso, muito obrigado.

À professora Vanessa, minha orientadora. Agradeço a disposição e paciência em me guiar na construção dessa monografia. Aproveito para ressaltar que, desde as primeiras aulas, me impressionou a humanidade com que tu sempre trataste o direito. Finalmente, a coragem de falar e lutar pelo que tu acreditas me inspiram para enfrentar esse sistema podre, que oprime e segrega os mais vulneráveis, a verdadeira e única clientela do sistema penal.

Por fim, agradeço à UFRGS. Tenho muito orgulho em referir que construí minha formação em uma universidade pública, gratuita e de excelência. Que produz ciência de qualidade, apesar de todas as limitações que enfrentamos diariamente. Serei uma barreira viva contra todas as tentativas de desmonte da educação pública, ciente de que somente por meio dela é que ocorrerá a transformação social e econômica deste país.

[...]

Vistos em juízo de retratação.

A decisão atacada, que exigiu 1/12 para nova progressão, modulando no caso concreto a exigência legal do cumprimento de 1/6, levou em conta a situação pessoal do condenado, especialmente em face de sua frágil saúde, como pode ser constatado na audiência. Buscou-se, na questão de fundo, fazer justiça.

Tecnicamente, afigura-se provável a reforma da decisão pela superior instância. Afinal, como diz o ditado popular, 'o que os olhos não veem o coração não sente'.

Mas eu vi. Por isso, mantenho a decisão agravada e determino a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça.

[...]

RESUMO

A pesquisa buscou compreender os fatores que levam a jurisprudência a evocar um (suposto) conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito à segurança pública. Para tanto, uma vez conceituados os direitos fundamentais afetos ao cárcere e o direito social à segurança pública, foi ponderada a correlação entre ambos, materializada por meio do encarceramento em massa. Ato contínuo, apresentadas as condições e hipóteses da colisão e restrição de direitos fundamentais, realizou-se a análise teórica de duas técnicas elencadas pela doutrina para solucioná-los, quais sejam, a ponderação, proposta por Alexy, e a teoria do núcleo essencial, apresentada por Canotilho. A seguir, ambas foram apreciadas à luz dos direitos fundamentais abordados nessa monografia, não obstante tenha se demonstrado ao longo do trabalho que sequer há consenso acerca da existência de um conflito no contexto analisado. Ainda que se entenda pela colisão, em qualquer dos métodos ponderados para a sua resolução a dignidade da pessoa humana contida no âmago dos direitos da pessoa presa sobressaiu ao direito social à segurança pública, de modo que não se pode restringi-los, sob pena de acarretar em seu fim. Finalmente, estabelecidas as premissas teóricas, foi observada a atuação do Poder Judiciário nesse tema, por meio de busca jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período delimitado entre julho de 2014 e julho de 2019. Foram selecionadas decisões de interdição de estabelecimentos prisionais, motivo pelo qual a amostra foi composta de 20 vereditos, entre os quais seis apresentaram maior detalhamento no juízo dos direitos fundamentais envolvidos, de modo que foram analisados pormenorizadamente. Com efeito, ainda que a dignidade da pessoa humana seja o valor fundante do Estado Democrático de Direito e que sua proteção se apresente como função precípua do Poder Judiciário, pode-se conferir que, embora algumas decisões judiciais tenham seguido a interpretação apresentada pela doutrina, determinados vereditos foram completamente divorciados de quaisquer fundamentos jurídicos. Verificou-se nestas últimas uma exteriorização, pelos magistrados, de um sentimento de vingança social, supostamente priorizando a sociedade e condenando a pessoa presa à barbárie e ao arbítrio Estatal, com participação importante da mídia nesse cenário. Concluiu-se, por meio desta pesquisa, que a ilegalidade é a regra na seara da execução penal, porquanto persiste entre a elite dominante o projeto de marginalização da pobreza e manutenção do *status quo*.

Palavras-chave: execução penal; direitos fundamentais da pessoa presa; segurança pública; colisão de direitos fundamentais; encarceramento em massa.

ABSTRACT

The research sought to understand the factors that lead jurisprudence to evoke a (supposed) conflict between the fundamental rights of the prisoner and the right to public security. Therefore, once the fundamental rights related to jail and the social right to public security were conceptualized, the correlation between them, materialized through mass incarceration, was considered. Then, presenting the conditions and hypotheses of the collision and restriction of fundamental rights, a theoretical analysis of two techniques listed by the doctrine to solve them was performed, namely, the weighting proposed by Alexy and the theory of the essential nucleus, presented by Canotilho. In the following, both were appreciated in the light of the fundamental rights addressed in this monograph, although it has been shown throughout the work that there is no consensus about the existence of a conflict in the context analyzed. Although it is understood by the collision, in any of the methods considered for its resolution the principle of human dignity contained in the core of the rights of the arrested person outweighed the social right to public security, so that it cannot be restricted, under penalty of entail your end. Finally, after the theoretical premises were established, the Judiciary Power's performance in this matter was observed, by means of jurisprudential search on the website of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, in the period between July 2014 and July 2019. Interdiction of prisons decisions were selected, which is why the sample consisted of 20 decisions, of which six presented more detail in the judgment of fundamental rights, so they were analyzed in detail. In fact, although the dignity of the human being is the fundamental value of the Democratic Rule of Law and its protection is the primary function of the judiciary, it was possible to verify that, although some judicial decisions followed the interpretation presented by the doctrine, certain verdicts have been completely divorced from any legal grounds. In the latter, there was an externalization by the magistrates of a feeling of social revenge, supposedly prioritizing society and condemning the prisoner to barbarism and will of state, with important participation of the media in this scenario. It was concluded, with this research, that illegality is the rule in the area of criminal execution, since the project of marginalizing poverty and maintaining the status quo persists among the ruling elite.

Keywords: execution of criminal penalties; fundamental rights of the prisoner; public security; collision of fundamental rights; mass incarceration.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF – Constituição Federal
CNPCCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP – Código de Processo Penal
CPPA – Cadeia Pública de Porto Alegre
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional
DPE/RS – Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul
LEP – Lei de Execução Penal
MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
MP/RS – Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
OAB/RS – Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul
OEA – Organização dos Estados Americanos
PAD – Procedimento Administrativo Disciplinar
PCC – Primeiro Comando da Capital
PEAR – Penitenciária Estadual de Arroio dos Ratos
PEC – Penitenciária Estadual de Charqueadas
PEI – Penitenciária Estadual de Itaqui
PEPM – Penitenciária Estadual de Palmeira das Missões
PGE – Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul
PMEC – Penitenciária Modulada Estadual de Charqueadas
PMEO – Penitenciária Modulada Estadual de Osório
RE – Recurso Extraordinário
RS – Rio Grande do Sul
SSP – Secretaria de Segurança Pública
STF – Supremo Tribunal Federal
SUSEPE – Superintendência de Serviços Penitenciários
TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
VEC/NH – Vara de Execuções Criminais da Comarca de Novo Hamburgo
VEC/POA – Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, O CÁRCERE E A SEGURANÇA PÚBLICA	16
2.1 Direitos fundamentais de primeira e segunda geração	18
2.2 Direitos fundamentais no contexto do cárcere.....	20
2.2.1 Da dignidade da pessoa humana.....	22
2.2.2 Da vedação às penas cruéis	23
2.2.3 Da individualização da pena.....	24
2.2.4 Da integridade física e moral do preso	26
2.3 Violações sistemáticas no sistema prisional brasileiro	27
2.4 O direito social à segurança pública	31
2.5 A correlação entre encarceramento e segurança pública	33
3 COLISÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS	36
3.1 Análise geral do contexto prisional	36
3.2 O (suposto) conflito e restrição dos direitos fundamentais: os direitos da pessoa presa e a segurança pública	38
3.2.1 A dignidade da pessoa humana como limite	40
3.2.2 A proporcionalidade	44
3.2.3 O núcleo essencial	48
3.3 Efeitos práticos na conjuntura da segurança pública e do sistema carcerário.....	52
4 O ENFRENTAMENTO DO TEMA PELO JUDICIÁRIO	57
4.1 Metodologia.....	57
4.2 Panorama geral.....	59
4.3 O conflito de direitos fundamentais na prática: uma análise pormenorizada das decisões judiciais	61
4.3.1 “ <i>Numerus clausus</i> ”	61
4.3.2 Reforma e construção de presídio para preservar os direitos fundamentais de todos	67
4.3.3 O mínimo existencial em detrimento da reserva do possível	69

4.3.4 Os Centros de Triagem e a preservação da ordem e da segurança pública	72
4.3.5 A violação de direitos fundamentais por “impossibilidade prática”	78
4.3.6 “A melhor solução possível, considerado o contexto fático vigente”	80
4.4 Perspectivas futuras	82
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

A violência imposta pela pena é “sempre programada, consciente e organizada por muitos contra um” (FERRAJOLI, 2002, p. 355). É a partir dessa ideia que surge o axioma básico desse estudo, partindo da premissa que, se por um lado a sanção punitiva é legítima, não menos relevantes são os direitos fundamentais previstos na Constituição e que asseguram a manutenção da dignidade à pessoa presa, entregue ao arbítrio estatal e cerceada de sua liberdade. A sociedade não mais tolera a criminalidade e o sentimento de insegurança, e isso provoca nos representantes do Estado desconsideração completa à tutela das condições mínimas do encarceramento.

Na prática, o que se vê nas penitenciárias é indescritível, porquanto palavras não são capazes de expressar o retrato da prisão. Superlotação. Presos cumprindo pena com menos de um metro quadrado de espaço físico. Esgoto a céu aberto. Infestação de animais e insetos. Ausência completa de atendimento médico e psicológico. Doenças. Fome. Tortura. Galerias das cadeias dominadas pelo crime organizado. Fora dos muros da cadeia, a situação não é melhor. Índices de criminalidade no ápice. Insegurança social. Medo. Mais violência. Esse é o cenário caótico que vive a segurança pública no Brasil, um país que, por meio de suas políticas, acaba fomentando a criminalidade. O cárcere, por sua vez, parece ser um mundo à parte do Direito. A Constituição, nesse contexto, mera retórica em papel.

A ilustrar o retrato do cárcere, nos autos do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, o Ministro Ricardo Lewandowski assim referiu quanto ao sistema prisional brasileiro: “é uma completa ruptura com toda a doutrina legal de cunho civilizatório construída no pós-guerra. Trata-se de um processo de verdadeira ‘coisificação’ de seres humanos presos, amontoados em verdadeiras ‘masmorras medievais’”.¹

É nesse cenário, e cercados de novas e crescentes ameaças, que os governos têm imposto maiores restrições à liberdade dos indivíduos, ignorando o contexto e os fatores que instigam a organização do cenário político, social e econômico ao seu redor. Ainda que nem todas as implicações desses fatores possam ser consideradas, em virtude da limitação que a dogmática constitucional impõe, não se pode desconsiderá-las. Pelo contrário, são tais elementos que justificam a própria ação estatal, reafirmando o Estado Democrático de Direito e dando efetividade às garantias constitucionalmente previstas.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2OyWKfB>>. Acesso em: 03 set. 2019.

Contudo, o Estado parece ignorar os fatores supramencionados e continua a fomentar a segurança pública por meio do encarceramento em massa, estratégia falida e que, em verdade, tem gerado ainda mais violência. Desse modo, restringe direitos fundamentais básicos da população mais vulnerável da pirâmide, enjaulando-os e tratando-os como animais, despindo-os da condição de sujeitos de direitos, sob o pretexto de garantir um direito social, a segurança pública, ainda que não haja qualquer efeito benéfico ao segundo na prática. Parece que o cárcere objetiva, ao invés da ressocialização, em verdade manter os sujeitos indefinidamente apartados da sociedade. Caberia então, ao Judiciário, o papel de cessar as violações aos direitos fundamentais, uma vez que a própria Constituição lhe confere esse papel, por meio do controle jurisdicional.²

Por conseguinte, de um lado está o (suposto) conflito constitucional citado pelos juízes em inúmeras decisões judiciais, consistente no embate dos direitos fundamentais da pessoa presa e o direito à segurança pública da sociedade, porquanto o alargamento dos primeiros causa(ria) consequências práticas ao segundo. Por outro, um método de resolução dessa colisão, buscando equalizar objetivos aparentemente divergentes através da dogmática constitucional e utilizando critérios imprescindíveis, tais quais a ponderação e o núcleo essencial dos direitos.

A esse respeito, o fundamento que justificaria a colisão entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública reside no fato de que haveria risco à ordem pública no não recolhimento dos indivíduos em estabelecimento penal, porquanto afetaria a prevenção geral negativa e a prevenção especial negativa.³ Não obstante, importa ressaltar que sequer há evidências de que o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa afete, de alguma forma, o direito à segurança pública. Contudo, uma vez que é apontado com frequência pela jurisprudência como fundamento para chancelar as barbáries do cárcere, é cabível tal análise nesse estudo.

Com efeito, a vivência prática com a realidade do sistema carcerário permite perceber que, diária e sistematicamente, direitos fundamentais básicos dos presos inculpidos na norma constitucional são violados severamente, sob o pretexto de garantir “a ordem social” e a segurança pública. Na maioria das vezes, o Judiciário se agarra em argumentos dos mais diversos, como a separação dos poderes ou o princípio da reserva do possível, para chancelar barbáries e se isentar dos problemas, empurrando a culpa ao Executivo.

² Art. 5º, XXXV, da CF.

³ Sob esta ótica, a ausência de prevenção geral negativa poderia gerar um “sentimento generalizado de impunidade” na sociedade, ao passo que, na inexistência da prevenção especial negativa, não haveria neutralização do indivíduo, permitindo-lhe reincidir.

Ao agir dessa forma, o próprio Judiciário se imerge no problema, levando-se em conta que desconsidera aspectos legítimos de sua competência, como a garantia de direitos fundamentais insculpidos na norma constitucional, assim como tantos outros previstos nas normas infraconstitucionais. Isso tudo sob o argumento de que “é necessário contrabalancear os direitos fundamentais do preso com o direito à segurança pública da sociedade”. Neste ponto, a mídia apresenta papel fundamental, tal qual será demonstrado ao longo do estudo.

A esse respeito, é sabido que as decisões judiciais nem sempre são fundadas em aspectos técnicos, o que não é novidade para qualquer operador do Direito. Entretanto, no contexto da segurança pública e sistema carcerário, essa instabilidade pode afetar significativamente a estrutura da sociedade, considerando a sensibilidade que o assunto demanda.

É nesse enredo, de decisões judiciais totalmente afastadas de aspectos jurídicos, que está o cerne desse trabalho. No primeiro capítulo, por meio de revisão bibliográfica, buscar-se-á analisar os direitos fundamentais envolvidos no conteúdo selecionado – cárcere e segurança pública, conceituando-os de forma precisa e refletindo acerca de seu âmbito de proteção. Uma vez delimitados, explorar-se-á a relação entre eles, a fim de estabelecer a dinâmica de sua intersecção na prática.

Em seguida, na segunda parte, abordar-se-á as espécies de restrição e conflitos de direitos fundamentais levantadas pela doutrina, notadamente duas técnicas de resolução para esse fenômeno, quais sejam, a ponderação – proposta por Alexy – e o núcleo essencial dos direitos fundamentais – descrita por Canotilho. Uma vez construído esse arcabouço teórico, o presente estudo apresentará os efeitos práticos dessa colisão na conjuntura do sistema carcerário e da segurança pública.

Por fim, na busca de confrontar a teoria à prática, o terceiro capítulo será dedicado ao estudo de decisões judiciais publicadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos últimos cinco anos, através de pesquisa jurisprudencial, delimitando o conteúdo no conflito entre direitos fundamentais no contexto do cárcere e o direito à segurança pública. Para isso, por meio de detida análise das razões de decidir, verificar-se-á de que modo o Judiciário está lidando com o problema e, quiçá, ao fim do estudo, oferecer uma alternativa a este quebra-cabeça, respeitando a hierarquia entre as normas no ordenamento jurídico brasileiro e buscando equalizar direitos, deveres e interesses do Estado e da sociedade.

Ante o exposto, afastar o sensacionalismo – seja da mídia, da sociedade em geral ou até mesmo dos próprios operadores do direito – não é tarefa fácil. Não obstante, especialmente no contexto do cárcere, uma análise objetiva e técnica do quebra-cabeças que é a intersecção do

poder-dever de punir do Estado e a salvaguarda de direitos fundamentais é imprescindível a fim de equilibrar a balança e manter a estabilidade do contrato social. É este o objetivo do presente trabalho.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, O CÁRCERE E A SEGURANÇA PÚBLICA

A pena, na concepção da teoria da prevenção especial positiva, somente é legítima quando operar em favor da ressocialização do indivíduo e evitar a reincidência. Busca-se, no fundo, transformar o indivíduo socialmente inadequado (GALVÃO, 2016). O cárcere, no entanto, enquanto núcleo material da prevenção especial, tornou-se em verdade uma “faculdade do crime”, muito distante de qualquer ideal ressocializador.

Sob a ótica da criminologia crítica, trata-se de autêntico modelo de sociedade à parte da capitalista, com características próprias. Uma análise profunda dessa “sociedade carcerária” e sua “subcultura” demonstra que é ineficaz qualquer tentativa de socialização e reinserção de seus membros (BARATTA, 2002). O processo de marginalização e produção da população criminosa, por sua vez, segue em pleno progresso, estimulado, especialmente, pelo exponencial aumento do número de pessoas segregadas.

Os fins da pena, em especial o seu objetivo ressocializador, previsto tanto na Constituição Federal⁴ (CF) quanto na Lei de Execução Penal⁵ (LEP), há muito deixou de ter qualquer sentido. As masmorras nas quais se transformaram as casas prisionais resultam em efeito totalmente diverso, qual seja, a integração dos indivíduos em um processo de marginalização progressiva.

O reflexo dessa estrutura em colapso é exatamente o oposto do que almeja: o aumento da criminalidade. Por meio de políticas de encarceramento em massa, o Estado tem estimulado o engrandecimento das facções criminosas, o que conseqüentemente repercute negativamente na segurança pública, outro direito fundamental.

Tratam-se de falhas em todo o sistema. A pena, o ato sancionador que leva ao encarceramento, há muitos anos deixou de ser mero reflexo do poder de sanção do Estado e passou a ser ato de poder, ante a ausência de qualquer racionalidade na sua existência. A busca de sua legitimidade sempre resultou em tentativas fracassadas de discursos jurídico-penais meramente retóricos, transformando-se ao longo do tempo no verdadeiro braço irracional e

⁴ Ao vedar as penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, ‘b’, da CF) a própria norma constitucional busca, em algum momento, trazer de volta o condenado ao convívio social. Da mesma forma o Pacto San José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992), que possui hierarquia supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, cuja previsão de seu art. 5º, item 6, afirma que a finalidade essencial da pena é “a readaptação social do condenado”.

⁵ Em seu primeiro artigo, a LEP ressalta que é objetivo da pena a “harmônica integração social do condenado e do internado”.

violento⁶ da máquina estatal. Por conseguinte, urge a necessidade de intensificar o esforço jurídico para limitá-la (ZAFFARONI, 2001).

Nesse contexto, entendeu-se que restringir o exercício do poder de sanção ao Estado foi uma das principais conquistas da humanidade. O uso da força seria sempre limitado por regras e centralizado em determinados organismos, e o que legitimaria o emprego da violência pela máquina estatal seria justamente o poder político (CARVALHO, 2003). Entretanto, há latente discordância acerca da funcionabilidade prática da limitação do poder de sanção do Estado, constituindo a barbárie que se tornou o sistema prisional brasileiro a perfeita exemplificação desse fato.

Não obstante sua incoerência prática, essas regras limitantes, conhecidas como garantias fundamentais do preso, foram previstas pelo constituinte originário e possuem como objetivo central a redução dos danos provocados pela intervenção do poder punitivo. A esse respeito, Roig (2016, p. 356) afirma que “é possível concluir pela existência de um verdadeiro dever jurídico-constitucional das agências políticas e jurídicas no sentido de minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre a pessoa presa”, constituindo este um dos “objetivos político-criminais indicados pelo constituinte originário”. Neste sentido, tais regras consistem na proteção normativa à selvageria na execução penal.

Entretanto, a experiência prática faz crer o contrário. Não há dignidade alguma no cárcere, muito menos respeito à integridade da pessoa presa. O abandono completo e sistemático do Poder Executivo ao sistema penitenciário mais parece uma pena acessória acrescida ao condenado, caracterizando verdadeira locupletação do poder punitivo para além de sua atribuição. Ao fim e ao cabo, consoante Souza (2015), o sistema punitivo resulta em um discurso jurídico-penal totalmente distinto de sua materialidade normativa, por meio da promoção de violência, arbítrio e sofrimento em nome da civilização.

De acordo com Oliveira (2018, p. 69), falar, portanto, a alguém que vivencia a realidade do cárcere – preso, familiar ou funcionário – em “intranscendência da pena, na proibição da tortura ou qualquer outro tratamento desumano ou degradante, no respeito à integridade física e moral, em individualização da pena, ou, em resumo, em dignidade da pessoa humana”, trata-se apenas de “tecer uma lista de boas intenções, sem concretude alguma”. Na prática da execução penal, os direitos fundamentais do preso não passam de letra morta.

⁶ A esse respeito, GALVÃO (2016, p. 133) faz uma distinção interessante entre uso de força e violência. De acordo com o autor, a violência é uma ação injusta, que não deve ser confundida com a força, que é recurso necessário do qual pode lançar mão o Direito a fim de superar a resistência a que lhe é dirigida.

É nesse contexto de falência completa que desponta o encarceramento em massa como política criminal de segurança pública, esta também um direito fundamental assegurado pela norma constitucional. Trata-se, portanto, de cenário caótico no qual as políticas públicas têm buscado a garantia de um direito por meio da supressão de outros. A correlação entre ambos, contudo, é problemática e controversa, cuja análise vai desde a sua classificação normativa até um juízo de colisão na aplicação prática de tais garantias. Após a conceituação dos direitos fundamentais envolvidos, o presente estudo se concentrará nessa relação.

2.1 Direitos fundamentais de primeira e segunda geração

Consoante Canotilho (2003, p. 377), direitos fundamentais são “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”. Seriam, nesse sentido, aqueles direitos tidos por naturais, inalienáveis e positivados na Constituição. Logo, segundo a lição de Mendes (2013, p. 140), “os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado”.

Ao mesmo tempo, são direitos fundamentais porque em sua ausência “a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive” e que, portanto, “devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (SILVA, José A., 2005, p. 178). Outrossim, de acordo com Sarlet (2010), tais garantias reconhecem como seus titulares toda e qualquer pessoa, seja ela brasileira ou estrangeira residente no Brasil.

No ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais estão previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, subdivididos em cinco capítulos, dos quais a esta pesquisa interessam os dois primeiros (Capítulos I e II).⁷ Sem embargo, insta salientar que os direitos fundamentais não se esgotam na Constituição Federal, porquanto a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o § 3º no art. 5º da CF, atribuindo caráter constitucional a tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, após procedimento legislativo próprio. Entretanto, considerando que o presente estudo não pretende esgotar o tema dos direitos fundamentais relacionados às pessoas privadas de liberdade, restringir-se-á a análise àqueles previstos na legislação constitucional.

⁷ O Capítulo I remete aos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º). Por sua vez, o Capítulo II faz referência aos direitos sociais (arts. 6º a 11). Os demais capítulos compreendem a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e os partidos políticos (Capítulo V).

Alguns doutrinadores, entre eles Bonavides (2017), reconhecem uma divisão dos direitos fundamentais em cinco gerações, entendendo-os vinculados a uma concepção do Estado. Surgem, então, na sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

De acordo com o autor, os direitos fundamentais de primeira geração seriam aqueles ligados à liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos, cujo surgimento ocorreu a partir do século XVIII, durante a fase inaugural do constitucionalismo. A segunda geração compreende, por sua vez, aqueles direitos que despontaram a partir da socialdemocracia do século XX, caracterizados pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Inserem-se no constitucionalismo nas distintas formas de Estado Social que germinaram decorrente da reflexão e das lutas sociais em prol da igualdade e da politização das relações econômicas.

Em relação aos demais, Bonavides (2017) afirma que os direitos de terceira geração são aqueles cuja titularidade é difusa, possuindo alto grau de universalidade; cita-se, entre eles, o direito ao meio ambiente. A quarta geração de direitos fundamentais engloba os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Finalmente, a quinta e última geração de direitos fundamentais protege a paz social.

O presente estudo, por visar à análise da dinâmica conflituosa entre as garantias constitucionais do preso e o direito social à segurança pública, centrar-se-á nos direitos fundamentais de primeira e segunda geração. Menciona-se, contudo, que a utilização desta classificação aqui adotada não é imprescindível para tal, porquanto inúmeros são os métodos que a doutrina elenca para este fim. Ademais, tal qual leciona Mendes (2013), a distinção entre gerações de direitos fundamentais apenas faz referência ao momento histórico em que tais direitos foram concebidos, de modo que não significa que o surgimento de determinada geração suplanta a anterior, o que não impede o influxo das concepções jurídicas hodiernas nas demais.

Retomando, os direitos fundamentais de primeira geração demandam uma abstenção do Estado, por meio da limitação do poder estatal com o objetivo de garantir uma esfera mínima de liberdade – no caso do cárcere, a vedação de penas cruéis e o direito à integridade física e moral do preso são exemplos de perfectibilização prática de tais garantias (BOBBIO, 2004). Seu objetivo era “fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do poder”, considerados “indispensáveis a todos os homens” e ostentando “pretensão universalista” (MENDES, 2013, p. 137).

Os direitos fundamentais de segunda geração, tais como os direitos sociais, em contraponto, visam uma atuação comissiva estatal, por meio da promoção do bem-estar e da

igualdade não apenas em sentido formal, mas também pela criação de condições materiais (BOBBIO, 2004). Seu propósito, diferentemente dos primeiros, se dá por meio de “prestações positivas”, por meio das quais se “intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos” (MENDES, 2013, p. 137).

Neste ponto, é importante fazer uma ressalva. Muito embora a diversidade de direitos contemplados no texto constitucional, conforme descrito, e as condições formais de proteção e fomento aos direitos fundamentais existentes na Constituição Federal, na maioria das vezes elas não têm sido suficientes para dar concreção e efetividade às garantias. Isso ocorre seja pela ausência de uma chamada “vontade de constituição” ou “patriotismo constitucional”, na medida em que os níveis de adesão e compromisso social a respeito de tais direitos são ainda extremamente baixos, ou ainda graças à ampliação significativa de tais direitos no ordenamento jurídico (LEAL, 2009).

Feita tal observação, sua importância reside no fato de que a ausência de concreção descrita não tem impedido a utilização de tais direitos como fundamento de políticas públicas que, em sua consequência última, têm restringido direitos fundamentais profundamente ligados à dignidade da pessoa humana. Uma vez que se tratam de garantias usualmente contrapostas, eventuais conflitos entre tais normas são comuns, de modo que a resposta pode estar inserida em sua estrutura teóricas, tal qual será analisado em seguida.

2.2 Direitos fundamentais no contexto do cárcere

Num Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais se apresentam como normas que funcionam como “limites e restrições à legislação e, mais em geral, ao poder político da maioria” (FERRAJOLI, 2011, p. 99). Nesse sentido, “surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam” (ROSA, 2011, p. 5). Indubitavelmente, em critérios de sujeição perante o poder estatal, o preso está na posição mais ínfima desta pirâmide, urgindo a necessidade da luta pela garantia de tais direitos.

Os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade estão alicerçados e sua aplicação se orienta pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Sua materialização se dá, em especial no contexto do cárcere, pelo respeito e proteção da integridade física e corporal do indivíduo (OLIVEIRA, 2018). Neste sentido, a previsão constitucional, em 1988, de “inúmeros direitos ao cidadão condenado, notadamente à pena de prisão, associada à

natureza jurisdicional da execução, torna inadequada a antiga concepção de existir, na esfera penitenciária, absoluta sujeição do condenado à administração carcerária” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 407).

No entanto, a otimização dos direitos fundamentais do preso permanece tolhida pela omissão estatal, talvez justificada pelo certo desconhecimento acerca da extensão das garantias fundamentais pela doutrina e jurisprudência em matéria penal. Muito embora não se desconheça o significado transcendente de tais princípios, há latente ausência de profundidade na aplicação concreta de tais conceitos (CARVALHO, 2013, *apud* ZAFFARONI, p. 161).

Destarte, tal qual aduzido por Oliveira (2018, p. 72), vive-se no Brasil uma “espécie de estado de anestesia da população, de normalização do absurdo, de esquecimento de valores fundantes da vida comunitária” quando o assunto remete aos direitos da pessoa privada de liberdade. Segundo o autor, atribui-se tal fenômeno à pouca importância aferida pelo Executivo ao caos penitenciário, governo após governo; à ausência de representação dos encarcerados no processo político; e ao tratamento conduzido pela mídia relativamente ao sistema prisional, especialmente por meio da cobertura jornalística sensacionalista.

Caberia, nesse diapasão, uma atuação firme do Judiciário, ante a inércia do Executivo, vez que se configura “instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais poderes, como agência indutora de um efeito de *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadão” (ROSA, 2011, *apud* WERNNECK VIANNA, p. 87). Não é o que ocorre na prática, contudo.

Nesse contexto, Sarlet (2010, p. 104) é perfeito ao sintetizar que

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, essa monografia não pretende esgotar o estudo do tema dos direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional. Por esse motivo, abordar-se-á tão somente as garantias constitucionais estritamente ativas pelo cumprimento da pena privativa de

liberdade,⁸ entre as quais a dignidade da pessoa humana, a vedação às penas cruéis, a individualização da pena e a integridade física e moral. No entanto, cabe salientar que o encarceramento desencadeia a supressão ou restrição de inúmeros direitos fundamentais que não estão diretamente ligados ao cárcere, embora por ele sejam afetados, não lhes sendo permitido o exercício pleno. Entre eles, cita-se: direito à liberdade de locomoção⁹ e ao voto,¹⁰ suprimidos pelo cárcere; e o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem,¹¹ bem como à livre manifestação do pensamento¹² ao sigilo das comunicações,¹³ estes restringidos, entre outros.

2.2.1 Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é elemento fundante do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídico-constitucional brasileira. Cuida-se, assim, do reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade primeira da atividade estatal (SARLET, 2011).

Uma das principais dificuldades em se conceituar o referido princípio reside no fato de que, diferentemente das demais normas jusfundamentais, não se refere a aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas sim de uma qualidade tida como inerente atribuída a qualquer ser humano, valor este que o identifica como tal. Diz-se que é mais fácil pronunciar o que dignidade não é do que expressar o que ela é. Ademais, como qualidade intrínseca da pessoa humana, trata-se de direito irrenunciável e inalienável (SARLET, 2011).

Segundo Sarlet (2011, p. 84), a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que a Constituição não contém apenas “uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material”, alcançando, portanto, a “condição de valor jurídico fundamental da comunidade”. Apresenta, por conseguinte, caráter normativo e vinculante a todo o sistema jurídico. Neste sentido, aduz o autor (2010, p. 105) que na

⁸ Trata-se de classificação proposta por Oliveira (2018) e se refere às garantias fundamentais diretamente ativas pelo ato sancionador do Estado, por meio do encarceramento nas condições do sistema penitenciário no Brasil. Ou seja, não se questiona o poder de sanção do ente estatal, mas sim em que condições ele ocorre. As violações aos direitos fundamentais do preso não ocorrem pela cessação da liberdade, mas sim pela incapacidade de oferecer o mínimo existencial aos sujeitos ao cárcere.

⁹ Art. 5º, XV, da CF

¹⁰ Art. 15, III, da CF

¹¹ Art. 5º, X, da CF

¹² Art. 5º, IV, da CF

¹³ Art. 5º, XII, da CF

“condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia”.

Defende Sarlet (2011, p. 30) que a “indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certo, um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo”. Prossegue o autor (p. 101), afirmando que sua condição de valor fundamental “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”.

Verificar-se-á, portanto, a violação à dignidade da pessoa humana no momento em que o indivíduo for rebaixado a objeto, ou seja, descaracterizando-o como sujeito de direitos. Por esta visão, tal princípio basilar é ultrajado a todo instante no sistema carcerário. A esse respeito, o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, referiu que “a forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal” – nesse caso do STF, quando foi declarado o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, em julgamento datado de 2015.¹⁴ Não obstante, a inércia – e aqui se inclui o Judiciário – tem sido o marco da atividade estatal nessa questão, mesmo depois do referido julgado, embora em muitos casos se admita, explicitamente, o desrespeito até mesmo ao mínimo existencial, conforme será demonstrado no tópico 4 deste estudo.

2.2.2 Da vedação às penas cruéis

Na lição de Canotilho *et al.* (2013), o princípio da humanidade está positivado na Constituição por meio do art. 5º, inciso XLVII. É desdobramento do princípio basilar do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, e se harmoniza com a vedação à tortura e a qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF) e às normas de respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, da CF). Também possui previsão no Pacto San José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992), em seu art. 5º, alínea dois, referindo que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Intimado: União Federal e outros. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2rLTQej>>. Acesso em: 12 set. 2019.

O ordenamento constitucional brasileiro previu exclusivamente as espécies de sanção e, especialmente, limites punitivos. Ou seja, não se deteve na análise justificativa da pena, mas tão somente buscou delimitá-la, impondo critérios limitativos à interpretação, à aplicação e à execução das penas (CANOTILHO *et al.*, 2013). Portanto, vedam-se as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis.

Neste sentido, proíbe-se não só a criação e manutenção de penas cruéis e degradantes, mas também a transformação das penas existentes nessas. Logo, o cumprimento da pena não é algo cruel por si só; todavia, a sujeição do preso à superlotação prisional pode ocasionar o mesmo efeito – o que tem ocorrido em decorrência da falência do sistema prisional.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014) observam que a Constituição Federal não define o que entende ser uma pena cruel, relegando tal decisão aos poderes constituídos. Todavia, isso não implica que tal decisão esteja à livre disposição de legisladores, administradores e juízes, porquanto inadmissíveis e injustificáveis os comportamentos explicitamente vedados pelo Estado.

Por conseguinte, dado o caos em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, proibir-se-ia o cumprimento de pena de privativa de liberdade em quaisquer penitenciárias. Isso porque, conforme se demonstrará adiante, a absoluta maioria das casas prisionais do país são verdadeiros centros de crueldade e tortura. A realidade do cárcere, mais uma vez, destoa do texto constitucional.

2.2.3 Da individualização da pena

Por critérios sistemáticos, inclui-se nessa seção dois dispositivos constitucionais: os comandos de individualização da pena, com previsão no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e o inciso XLVIII da referida norma, o qual determina que a sanção “será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Explica-se. Ambos apresentam como cerne o princípio da individualização da pena, sendo que o primeiro traz aspectos gerais, enquanto o segundo determina circunstâncias específicas ao cumprimento da sanção privativa de liberdade. Por conseguinte, não há como dissociá-los um do outro, de modo que buscar-se-á uma análise conjunta neste estudo.

O princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, possui três dimensões apontadas pela doutrina. A primeira se dá por meio da atividade legislativa, através da criação dos tipos penais incriminadores e da sanção adequada e

proporcional ao ilícito. A segunda, por sua vez, se dá por meio do processo de definição judicial das sanções, no qual os juízes aplicam a previsão legislativa *a priori* tipificada. A última dimensão, finalmente, é a individualização executiva, ponto que verdadeiramente interessa a este estudo. A esse respeito, a reforma penal de 1984 estabeleceu o controle jurisdicional da execução da pena, visando à efetivação dos direitos no processo executório e o controle dos acessos praticados pela administração penitenciária, haja vista a observação histórica de maiores lesões e garantias individuais nesta fase (CANOTILHO *et al.*, 2013).

Percebe-se, desta forma, que o constituinte delegou ao legislador ordinário a regulamentação da individualização da pena, ainda que seu caráter principiológico já denote que o estabelecimento da pena jamais pode trazer consigo circunstâncias genéricas. Assim, deve-se adequar a pena à pessoa do agente criminoso e ao fato ilícito, respeitando, todavia, critérios objetivos, sob pena de recair em insegurança e despotismo (BAQUEIRO, 2017). A finalidade principal, portanto, deve ser a mínima dessocialização possível no processo de encarceramento.

A edição da lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) fomentou o principal debate na doutrina e jurisprudência acerca dessa garantia constitucional. Isso porque o art. 2º, § 1º, da referida lei vedava a possibilidade de progressão pelo condenado durante a execução da pena, fadando-o ao cumprimento integral da pena no regime fechado. Todavia, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional tal dispositivo em 2006, entendimento que foi reafirmado pelo plenário do tribunal em novembro de 2017 no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1.052.700, de relatoria do Ministro Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida, justamente pela compreensão que a referida norma feria o direito fundamental de individualização da pena.

O inciso XLVIII, em seu turno, prevê a classificação do preso à vista do delito cometido e das características individuais do apenado. De acordo com o art. 84 da LEP, o preso provisório ficará separado do condenado por sentença criminal transitada em julgado, e da mesma forma o primário em relação aos reincidentes. Tais regras mínimas têm por finalidade a separação dos presos “que, em razão de sua conduta e antecedentes penais e penitenciários, possam exercer influência sobre os demais” e “dividir os presos em grupos para orientar sua reinserção social” e estão previstas no art. 53 das Regras Mínimas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.¹⁵ A mesma portaria prevê, em seu art. 7º, que os presos pertencentes a regimes

¹⁵ Resolução nº 14 do CNPCP, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://bit.ly/33Atp9E>>. Acesso em 14 set. 2019.

diversos devem ser alojados em diferentes estabelecimentos penais ou em suas seções, observadas as suas características pessoais.

Inexiste, todavia, quaisquer dessas garantias na realidade do cárcere brasileiro, conforme dados trazidos na seção de violações sistemáticas no sistema prisional (tópico 2.3). Infelizmente, entre as disposições constitucionais e legais e a realidade, ainda perdura um enorme abismo.

2.2.4 *Da integridade física e moral do preso*

Talvez o direito fundamental mais violado de toda a norma constitucional, aos conhecedores da realidade do sistema prisional não há dúvida de que o inciso XLIX do art. 5º se trata de garantia existente somente no papel. De todo modo, apresenta uma faceta objetiva – concernente em seu valor irradiante a ser seguido pelo Estado e particulares – e outra subjetiva – exigência de uma prestação positiva ou negativa por parte dos mesmos atores. Na realidade, o que se vê é a superlotação, ambiente insalubre, completo abandono material, desassistência médica, barbárie. “No ambiente carcerário, o indivíduo se depara com celas que apresentam dimensões muito inferiores às necessárias para abarcar o número de reclusos que se encontram em seu interior”; ainda, “com a total falta de privacidade para satisfação de necessidades fisiológicas básicas; com a violência institucional e a corrupção” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 415).

A origem deste direito fundamental notadamente é o princípio fundante do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Perfaz, portanto, a garantia fundamental de direitos do preso que se opõe ao Estado. Esta disposição constitucional buscou impedir que os reclusos venham a sofrer qualquer outro tipo de punição além da própria privação de liberdade. Não obstante, a realidade prática do cárcere demonstra o quão impossível é a manutenção de dignidade qualquer naquele espaço (MENDES, 2013).

Entretanto, necessário esclarecer no ponto que a integridade a que se refere o direito fundamental não se confunde com o caráter retributivo da própria pena.¹⁶ Isso porque é evidente que o indivíduo segregado terá sua liberdade restringida, sem embargo que suas prerrogativas mínimas enquanto indivíduo sejam mantidas, garantido o mínimo existencial e a preservação

¹⁶ Alguns doutrinadores como Mendes (2013, p. 493) referem que a “proibição de penas cruéis e a exigência de respeito à integridade física e moral do preso não impedem o padecimento moral ou físico experimentado pelo condenado, inerentes às penas supressivas de liberdade”. Entretanto, neste contexto, é necessário diferenciar a mera restrição da supressão total, porquanto a segunda é causada pela falência completa do sistema prisional.

de sua dignidade. Por conseguinte, embora a limitação da liberdade do indivíduo seja inerente à sanção penal, não se pode deturpá-la a ponto de fornecer verdadeiro salvo-conduto ao órgão sancionador na execução da pena.

Ademais, conforme se demonstrará adiante em tópico próprio, as violações à integridade física e moral do preso são praxe na execução. Qualquer dos direitos constitucionais e os derivados na legislação infraconstitucional atinentes ao tema não são aplicados sequer à míngua. Parece, portanto, que é vantajoso à sociedade se livrar do criminoso, alijando-o de direitos e fadado ao padecimento. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um abandono completo, caracterizando o recluso, nas palavras de Klöckner (2018), em um verdadeiro “dejeito humano”.

2.3 Violações sistemáticas no sistema prisional brasileiro

Dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) no início deste ano trazem dados estarrecedores a respeito da situação do sistema carcerário no Brasil. Em sua última atualização pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em junho de 2017, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias indicou que a população carcerária brasileira à época era de 726 354 presos, para uma disponibilidade de 423 242 vagas, perfazendo uma taxa de ocupação de 171,62%.¹⁷ Isto é, para cada diminuta vaga de enclausuramento, estão aproximadamente dois indivíduos, em média.

Tais dados não são novidade alguma para quem está inserido no sistema de execução penal brasileiro. No entanto, as estatísticas não são capazes de expressar o mesmo que o cheiro da cadeia acerca do horror que é o cumprimento de pena no Brasil. É por meio destes dados empíricos que se verifica que os direitos fundamentais acima mencionados não passam de garantias de papel.

Em 2007, a Câmara dos Deputados criou a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, ante as notícias de inúmeras violações dos direitos humanos nessa “sociedade à parte”. Foi o primeiro movimento legislativo nesse sentido, tendo por objetivo investigar a real situação do cárcere no Brasil e, ao final, apontar alternativas capazes de humanizar o sistema de execução penal no país, dispondo como consequência última a promoção da segurança pública.

¹⁷ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2Ny0ZYm>>. Acesso em 08 set. 2019.

Ainda que o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito seja datado de 2009, suas conclusões permanecem perfeitamente atuais. A investigação traz dados inquietantes acerca do cenário prisional brasileiro, tendo verificado na maioria dos estabelecimentos penais uma realidade cruel, desumana e inconstitucional. Na seção atinente aos direitos dos presos, o relatório final da CPI afirma que “apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano”.¹⁸

A violação ao direito fundamental da integridade física e moral do preso é o mais latente, de acordo com o relatório final da CPI. Assistência material inexistente,¹⁹ acomodações sem condições mínimas de uso,²⁰ higiene nula,²¹ alimentação precária,²² assistência médica deficiente²³ e educação desprezada.²⁴ Essa é a realidade atestada pela Comissão Parlamentar de Inquérito nas casas prisionais de todo o país.

Ao invés de respeito à integridade física e moral, há verdadeiros campos de tortura psicológica e física. A esse respeito, refere o relatório final da CPI que

[...] do ponto de vista psicológico, a tortura é ampla, de massa e quase irrestrita. Para comprovação das torturas psicológicas e o desrespeito à integridade moral dos presos, basta a existência de celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a constatação de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento

¹⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. p. 192. Disponível em: <<http://bit.ly/2K7u2zS>>. Acesso em 01 set. 2019.

¹⁹ Atinente à assistência material, a “CPI verificou que a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente. Ou seja, condições indispensáveis ao processo de preparação do retorno do interno ao convívio social” (*Ibidem*, p. 192).

²⁰ Sobre a habitabilidade, refere a CPI que “muitos estabelecimentos não contêm instalações apropriadas à alocação individual de presos e, quando estes são alojados coletivamente, não lhes são propiciadas condições mínimas de acomodação” (*Ibidem*, p. 194).

²¹ De acordo com a CPI, “em muitos deles, os presos não têm acesso a água e, quando o têm, o Estado não lhes disponibiliza água corrente e de boa qualidade. [...] Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. [...] A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável” (*Ibidem*, p. 195-196).

²² No tocante à alimentação, “em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida. Denúncias de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida foram constantes. Comida azeda, estragada ou podre também foi denunciada. [...] A pouca quantidade e a má qualidade da comida servida não condizem com os preços exorbitantes que o contribuinte paga – em média R\$ 10,00 – por preso” (*Ibidem*, p. 200).

²³ Refere a CPI que “dos cerca de 422.590 presos existentes no Brasil (Dez/2007), aproximadamente 87.000, ou seja, apenas 20% (vinte por cento) se encontravam cobertos pelas Equipes de Saúde” (*Ibidem*, p. 207).

²⁴ A situação educacional no cárcere é desesperadora. A esse respeito, a CPI verificou que a média nacional de presos estudando é de apenas 13,23 por cento. “Nas diligências realizadas, a CPI constatou nos estabelecimentos penais: falta de espaço físico destinado às atividades educacionais, falta de material pedagógico, profissionais mal pagos e desestimulados, somando-se, ainda, o fato de que são poucas as escolas existentes, embora uma grande vontade, da maioria dos presos, de estudar” (*Ibidem*, p. 232).

médico, amontoados em celas imundas, e outras situações descritas nas diligências, fotografadas e filmadas. [...] ²⁵

Atinente à individualização da pena no sistema carcerário brasileiro, os resultados da CPI são desesperadores. Assim refere o relatório final:

[...] o sistema de classificação dos presos praticamente inexistente dentro das prisões brasileiras. Resume-se na inquisição ao novo hóspede se tem algum inimigo ou a qual facção pertence. [...] O Estado, com todo o aparato jurídico e administrativo de que dispõe, não consegue separar os apenados em conformidade com a lei. No entanto, atende as organizações criminosas, distribuindo os presos conforme os interesses do crime organizado. [...] ²⁶

A esse respeito, o Executivo justifica a superlotação, a falta de estabelecimentos adequados e a carência de corpo técnico profissional como as causas de tamanho descaso. Por conseguinte, “presos de baixa periculosidade são misturados a criminosos de carreira e têm tão somente duas opções: a submissão à exploração ou a associação com os grupos organizados” (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 415). Para completar, o relatório final afirma que esta é a mesma conclusão de 1976. Ou seja, não houve qualquer progresso na individualização da pena no Brasil em mais de trinta anos.

Ainda relativamente à superlotação prisional, aspecto central ²⁷ das violações de direitos fundamentais que este trabalho buscou analisar, mas abordando especificamente a situação carcerária do Rio Grande do Sul, amostra deste estudo, Klöckner (2018) traz dados estarrecedores acerca da população prisional gaúcha em sua pesquisa. De acordo com o autor, em 2017 a taxa de ocupação ²⁸ dos presídios no Rio Grande do Sul era de 149,54%. Entretanto, conforme o pesquisador, tal índice considera tão somente as pessoas efetivamente recolhidas em estabelecimentos penitenciários. Logo, se analisadas as pessoas recolhidas em prisão domiciliar e os mandados de prisão em aberto à época, a taxa de ocupação seria de incríveis

²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. p. 270. Disponível em: <<http://bit.ly/2K7u2zS>>. Acesso em 01 set. 2019.

²⁶ *Ibidem*, p. 276-277.

²⁷ Sua relevância se dá a partir do momento em que todas as decisões judiciais que serão abordadas neste estudo, no âmbito da violação de direitos fundamentais, têm como objeto central a discussão acerca da superlotação das casas prisionais.

²⁸ A respeito da conceituação de taxa de ocupação, Klöckner (2018, p. 22) esclarece que se trata de “expressão percentual do quociente obtido a partir da operação de divisão em que a lotação (L) é o dividendo e a capacidade de engenharia (E) é o divisor ($T = L/E$). A taxa serve para medir a intensidade da superlotação. Em uma unidade com taxa de ocupação medida em 180%, por exemplo, pode-se afirmar que há uma média de 1,8 presos para cada vaga disponível de acordo com os dados de engenharia apresentados pela administração penitenciária”.

220,30%, um verdadeiro colapso, com um déficit de vagas de 30 502 para uma população total de 55 852 presos recolhidos.

Por mais chocante que pareça, a nível nacional a situação do Rio Grande do Sul é confortável. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional em sua última atualização de informações penitenciárias,²⁹ a taxa de ocupação no sistema prisional brasileiro em junho de 2017 era de 171,62%, estando o RS na antepenúltima posição no ranking nacional entre todos os 27 estados.

Aqui cabe uma observação digna de nota: dados específicos e atualizados atinentes à situação carcerária do Rio Grande do Sul a partir de agora estão renegados a qualquer estudo. Isso porque a Portaria nº 127, de 05 de agosto de 2019, editada pela Secretaria de Segurança Pública do RS, prevê que “assuntos prisionais, guarda e escolta de presos, armas e entorpecentes” passam a ser sigilosos e têm prazo de quinze anos para divulgação. O governo do Rio Grande do Sul não detalha quais seriam esses “assuntos prisionais”, demonstrando que foi intencional a generalidade utilizada no texto. Tal portaria não teve qualquer divulgação por parte do Executivo, vindo à tona por meio da imprensa mais de um mês após a publicação.³⁰ Essa situação não é inédita. Em 2015, a mesma medida foi tomada pelo governo do Estado de São Paulo, conferindo sigilo de até cem anos para documentos relacionados a presídios.³¹

Em que pese a “censura” suprarreferida, as estatísticas existem aos milhares. Entretanto, nenhum dos números elencados acima é capaz de expressar a verdadeira tortura a que é submetido o preso no Brasil. Não há política social, criminal ou penitenciária no país. Não há planejamento algum por parte do Executivo para tentar amenizar o caos instaurado — algo que não ocorre em nenhuma esfera de atuação do governo, diga-se de passagem.

O que há, em verdade, é uma violação sistemática da dignidade da pessoa humana dos indivíduos encarcerados no país, cuja chancela pode ser atribuída aos três Poderes do Estado, cada qual com a sua responsabilidade. Como lembra Adorno (2006), durante o período da ditadura militar, o contexto de segurança nacional da época contribuiu para a massificação do cárcere e presídios públicos. Todavia, em que pese o retorno ao Estado de Direito, não houve recrudescimento no combate às violações de direitos humanos, especialmente nas instituições

²⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2Ny0ZYm>>. Acesso em 08 set. 2019.

³⁰ GAÚCHAZH. Governo do RS impõe sigilo a documentos com informações sobre segurança pública. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/09/governo-do-rs-impoe-sigilo-a-documentos-com-informacoes-sobre-seguranca-publica-ck0ifbolp03hc01tgd6l6pje3.html>>. Acesso em 14 set. 2019.

³¹ G1. Governo de SP impõe sigilo de 100 anos em documentos sobre presídios. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/10/governo-de-sp-impoe-sigilo-de-100-anos-em-documentos-sobre-presidios.html>>. Acesso em 14 set. 2019.

prisionais. Por conseguinte, o sistema prisional ainda padece de completo abandono aos direitos fundamentais consagrados tanto na Constituição Federal quanto nas convenções e tratados internacionais de direitos humanos, tal qual ocorria em governos antidemocráticos.

2.4 O direito social à segurança pública

Consoante Leivas (2006, p. 89), direitos fundamentais sociais são direitos a ações positivas fáticas, que poderiam ser obtidas de particulares caso o indivíduo tivesse condições financeiras e houvesse oferta suficiente no mercado, e que, considerando a sua importância, podem ser dirigidas contra o Estado. Trata-se de conceito amplo, porém engloba as principais características destes direitos: emergem de um Estado Social de Direito, cujo texto constitucional emana normas de caráter positivo ao ente público – ou seja, ações estatais –, e que, dada a sua importância, devem ser tuteladas pelo Estado.

Tais direitos fundamentais possuem em sua gênese o princípio da igualdade, do qual não podem ser separados. Tratam-se, ao fim e ao cabo, de pressupostos que fazem do Estado um artífice e agente concretizador de tais direitos (BONAVIDES, 2017).

Não obstante, há de se fazer uma ressalva: o caráter dirigente da constituição social não implica uma aplicação imediata dos direitos sociais, mas sim uma ponderação de gradualidade de tais direitos (LEAL, 2009). Tal referência é importante pois, considerando o caráter eminentemente coletivo de tais direitos, são passíveis de restrição em determinados contextos, tal qual será analisado adiante neste estudo (CANOTILHO *et al.*, 2013).

Os direitos sociais estão insculpidos no art. 6º da Constituição Federal, compreendendo, ao teor da referida norma, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparado. Atinente à segurança, há ainda a previsão do art. 144 do texto constitucional, referindo que 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”.

Embora apartado do título atinente às garantias fundamentais,³² tem entendido a doutrina que tal artigo foi abarcado pela teoria dos direitos fundamentais, não obstante nasça

³² De acordo com Winogron (2016, p. 53), a Constituição Federal de 1988 buscou inovar ao criar o conceito de segurança pública, objetivando separá-lo da doutrina de segurança nacional. Todavia, o capítulo sobre segurança na carta constitucional permaneceu, juntamente com aquele atinente às Forças Armadas, no mesmo Título da

como política de defesa do Estado, e não da cidadania. Assim, por qualquer das perspectivas adotadas, seja por sua previsão junto aos direitos sociais, ou então pela referência específica do art. 144, não há como negar a guarida da segurança pública como direito fundamental. Situam-se, portanto, na segunda dimensão dos direitos fundamentais, visto que demonstrada a necessidade de um ato comissivo estatal (AZEVEDO; BASSO, 2008).

Uma vez delimitada em seu plano constitucional, importante situar a segurança pública no campo semântico. A esse respeito, insta destacar que é necessário afastar tal termo de ligação exclusiva com o sistema policial, pois se trata de campo multidisciplinar. Nesta senda, seria o “conjunto de processos políticos e jurídicos, destinados a garantir a ordem pública, sendo esta objeto daquela”. Não obstante, a expressão “ordem pública” também apresenta caráter tormentoso, sendo descrita como a “situação de pacífica convivência social, isenta de violência ou de sublevação que tenha produzido ou supostamente possa produzir, a curto prazo, a prática de crimes”.³³

Dito isso, pode-se dizer que a segurança pública brasileira é estruturada por quatro grandes sistemas: o sistema policial; o Ministério Público (estadual e federal); o Poder Judiciário e o sistema penitenciário (SILVA, Jorge, 2002). Veja-se, portanto, que a relação entre a segurança pública e o cárcere surge desde a gênese estrutural da primeira, demonstrando o íntimo vínculo que o exercício da primeira causa no segundo.

Outrossim, a sociedade depende do Estado para garantir a ordem pública, e de seus administradores para uma promoção e implementação efetiva. Nessa senda, a estabilidade social somente é possível caso a segurança pública seja efetivamente garantida pelo Estado. Contudo, tal eficácia não reside na perseguição e penalização de criminosos – geralmente figuras estigmatizadas pela exclusão social –, mas na garantia de condições mínimas de vida, bem-estar, liberdade e tranquilidade, sem as quais não se justifica a existência do próprio Estado. Necessário é, portanto, buscar uma releitura do conceito de segurança pública, fundada em ideais de inclusão e participação e não na promoção da exclusão (JESUS, 2003).

Isso porque, via de regra, o criminoso busca a delinquência pela própria exclusão social, porquanto proscrito de oportunidade de escolha nos padrões sociais – educação, trabalho e

Constituição que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Dessa maneira, “a Segurança Pública é o único direito social, entre todos os listados no Art. 6 da Constituição Federal, que não se encontra no Título sobre a Ordem Social (Título VIII), onde estão desenhados os sistemas de políticas públicas”.

³³ Cf. **Segurança Pública: prioridade nacional** / relator Capitão Augusto; consultores legislativos Claudionor Rocha ... [et al.]; Claudionor Rocha (coord.). – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/seguranca-publica-prioridade-nacional>>. Acesso em 20 set. 2019.

convívio familiar. Consequentemente, uma vez no "caminho do crime", deveria ser excluído definitivamente da sociedade, uma vez que seria incapaz de conviver coletivamente. Tal ciclo de penalização *ad eternum* de tal indivíduo é incapaz de promover a proteção social, em um sistema no qual a desigualdade é verdadeira promotora da violência.

Ante o exposto, mostra-se necessária uma efetiva ruptura democrática, enterrando definitivamente o autoritarismo implantado na gestão do aparelho securitário. Nesse sentido, a (re)construção das bases da segurança pública sob a égide da Constituição Federal, fundada sob os ditames dos valores democráticos e o respeito aos direitos fundamentais é medida que se impõe. Para isso, há de se buscar uma alternativa que, ao mesmo tempo, fomente a segurança de forma efetiva, sem restringir direitos fundamentais igualmente garantidos. O conflito entre os direitos fundamentais individuais e os direitos sociais, contudo, segue sendo questão delicada, exigindo uma análise pormenorizada a fim de que se equalize os interesses, sejam eles particulares ou coletivos.

2.5 A correlação entre encarceramento e segurança pública

Com efeito, a correlação entre encarceramento e segurança pública é nítida quando se adentra na análise de ambos os conceitos. O encarceramento em massa nada mais é do que uma escolha de política promotora de segurança pública, com contribuição dos Três Poderes da República: do Judiciário, que condena o sujeito ou determina a sua prisão – nos casos de prisão cautelar; do Legislativo, no próprio ato de legislar e criminalizar progressivamente determinadas condutas; e do Executivo, que detém a responsabilidade de promover a segurança *lato sensu* e transforma o encarceramento em política de segurança pública.

A respeito disso, importante salientar, no ponto, que mera desproporção entre o número de vagas e de presos não indica, necessariamente, uma política de “encarceramento em massa”, sendo que os Estados Unidos são um esclarecedor exemplo desta questão. Lá, a taxa de ocupação média é de 103,9%, entretanto os americanos são o grande paradigma mundial da política de encarceramento em massa, possuindo mais de 2,2 milhões de pessoas presas em 2014. Assim, seriam dois os traços essenciais que indicam tal fenômeno: (i) números absolutos, taxas de encarceramento e populações prisionais acima da média histórica e comparativa das sociedades; e (ii) concentração social dos efeitos do encarceramento, ou seja, o aprisionamento de grupos populacionais inteiros (FERRAZ; JOFFILY, 2019).

Nesse sentido, o Brasil apresenta ambos os requisitos. É patente o fato de o encarceramento em massa ser política de segurança pública no país, e para comprovar tal afirmação basta analisar as taxas de prisão – já trazidas nesta pesquisa –, acompanhar os movimentos legislativos de endurecimento das leis penais e a opção governamental por investimento em estrutura prisional.

Ocorre que tal política visa um núcleo social específico: a população pobre, geralmente negra, jovens e de baixa escolaridade. Tais medidas não são à toa, apenas “reafirmam a exclusão política e social dos presos, priorizando os interesses da classe dominante, de forma velada pelas complexas técnicas de dominação e aplicação do Direito” (SANTOS, 2017, p. 10).

Dessarte, por meio de um enunciado ancorado no fundamento da proporcionalidade, restringem-se direitos fundamentais específicos da pessoa privada de liberdade, diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, sob o pretexto de segregar o maior número de indivíduos possíveis e garantir a “ordem social”. Trata-se, portanto, de uma tutela coletiva abstrata subjugando uma parcela marginalizada da sociedade, situação tornada aceitável pela população e que demonstra uma tendência de reforço no projeto de criminalização da pobreza.

Essa estratégia estatal acaba ampliando a exclusão e a desigualdade, criminalizando de forma crescente a pobreza. Assim, “em detrimento da elaboração de políticas sociais que permitam a inclusão das populações marginalizadas”, tem o Estado “promovido o assistencialismo e adotado políticas criminais que favorecem o encarceramento, principal componente da política de contenção repressiva dos pobres”. Esse processo, ao seu final, tem como consequência a “substituição do Estado de bem-estar social por um autêntico Estado penal” (BOLDT; KROHLING; *apud* WACQUANT, 2003, p. 12).

A corroborar as afirmações aqui trazidas, Gaulez, Ferro e Moreira realizaram importante estudo em 2018, que visou a auferir a taxa média de encarceramento por homicídios, entre 2005 e 2012, por cem mil habitantes e confrontá-la com a taxa de assassinatos no país. Concluída a pesquisa, os autores assentaram que “a elevação dos custos do crime, via encarceramento dos homicidas, não afetou a taxa de homicídios no Brasil durante o período analisado”. Ademais, os pesquisadores aduziram que foi possível “identificar outros fatores que apresentaram efeito estatisticamente significativo na redução desse tipo de crime, como a redução da desigualdade de renda e da taxa de desemprego”.³⁴

³⁴ Cf. GAULEZ, Maiara Patti; FERRO, Andrea Rodrigues; MOREIRA, Gustavo Carvalho. **O efeito do encarceramento de homicidas sobre a taxa de homicídios no Brasil**. *Economic Analysis of Law Review*,

A conclusão acima se refere exatamente ao cerne dessa monografia, uma vez que se tem vulnerado direitos fundamentais da pessoa presa a fim de fomentar a segurança pública, com pouca – ou nenhuma – eficácia prática, não obstante tal conduta acabe por estimular a criminalidade organizada e, ao fim e ao cabo, acabe gerando mais violência à sociedade. Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais dos presos são mera retórica em papel, sem qualquer aplicação na realidade. Isso porque não há interesse da elite dominante em alterar a situação atual, mas sim continuar excluindo do convívio social aqueles que, segundo sua concepção, são indignos de tal prerrogativa. Por consequência, “os poderes constituídos reconhecem a inefetividade dos direitos e garantias fundamentais dos presos, mas as decisões jurídico-políticas servem apenas para adiar ou transferir a responsabilidade pela solução do conflito social para outrem” (SANTOS, 2017, p. 10).

A esse respeito, pesquisadores referem que o modelo de segurança pública adotado no Brasil acabou gerando o fortalecimento das grandes organizações do crime organizado, destacando-se entre elas o Primeiro Comando da Capital (PCC), inicialmente criado em São Paulo, mas que já se espalhou por cadeias em todo o país. Desse modo, a restrição de direitos fundamentais do preso, que na prática se perfectibiliza no recrudescimento no cumprimento da pena ou prisão cautelar, gerando as condições péssimas das cadeias brasileiras, acaba fornecendo meios e discurso para essas organizações criminosas multiplicarem as suas ações.

Isto posto, estimulado por um sentimento de insegurança crescente, o Estado legitima práticas punitivas que estimulam a seletividade do sistema penal, marginalizando as camadas mais pobres e ampliando as desigualdades. Trata-se de estrutura social podre, na qual “não há cidadania plena em um Estado que encarcera em massa; sem cidadania, por sua vez, tampouco há democracia plena, ou quaisquer condições para que ela seja efetiva”. Logo, o Estado penal é “profundamente contraditório à democracia” (FERRAZ; JOFFILY, 2019, p. 14). As cadeias, ao fim e ao cabo, abandonaram o ideal ressocializador e se transformaram em mecanismo marginalizador.

Uma vez demonstrados os direitos fundamentais afetos ao cárcere e o direito social à segurança pública, bem assim a relação entre eles, clareados por aspectos práticos da realidade brasileira, necessário é entender de que forma a doutrina observa o fenômeno de colisão entre direitos fundamentais, o objeto deste estudo. Para isso, serão conceituadas as espécies de restrição e conflito de direitos, bem como levantadas técnicas para a sua resolução.

3 COLISÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS

Uma vez conceituados os dispositivos constitucionais atinentes ao cárcere e à segurança pública no capítulo anterior, abordar-se-á, nesta parte, a colisão dos direitos fundamentais supramencionados. Para isso, após uma observação acerca do contexto prisional, será descrito o processo de conflito entre os direitos fundamentais sob o ponto de vista teórico. Na sequência, o contexto específico dessa monografia será confrontado ao arcabouço teórico construído. Por fim, serão ponderadas as consequências práticas, ao sistema prisional.

3.1 Análise geral do contexto prisional

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a discussão acerca da centralidade e eficácia dos direitos fundamentais constantes da carta maior tem sido frequente. Elaborada num contexto de superação de um regime autoritário e opressivo que vigia, a Carta Magna positivou um extenso rol de direitos individuais e coletivos. Entre esses, a dignidade da pessoa humana é alçada como a norma legitimadora e fundante de toda ordem jurídica pátria. Por conseguinte, presumir-se-ia que a atuação estatal fosse pautada no sentido da promoção e salvaguarda dos direitos subjetivos individuais, especialmente daqueles que alcançam a dignidade quanto ao seu conteúdo mais ínfimo (SARLET, 2011).

Entretanto, no Brasil ocorre um fenômeno incomum no contexto do sistema carcerário. De um lado, o país é signatário de diversos tratados internacionais de direitos humanos e tem buscado o reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais, positivados na norma constitucional. Por outro, ignora o fato de que praticamente todos os estabelecimentos prisionais do país são verdadeiros centros de tortura, institucionalizados e, inclusive, utilizados como meio de "política pública" de segurança (BOLDT; KROHLING; 2010).

Outrossim, mais do que oficializado, o tratamento desumano conferido aos segregados de liberdade nas prisões brasileiras tem obtido legitimidade pela própria opinião pública, perfectibilizando verdadeira normalização da barbárie, tamanho o caos social vivenciado atualmente. Desse modo, essa "sacralização da segurança" e a disseminação do sentimento de insegurança nas sociedades contemporâneas acabam possibilitando a adoção de práticas arbitrárias e inconstitucionais. O sistema carcerário, nesse contexto, se transforma em verdadeiro instrumento de tortura, destinado àqueles considerados indignos de pertencer à sociedade (BOLDT; KROHLING; 2010).

É neste contexto que surge essa pesquisa, retratando o cenário do sistema carcerário sob o enfoque da eficácia dos direitos fundamentais dos presos, em particular a defesa de condições mínimas de dignidade no cumprimento da pena, questão que demanda um debate urgente ante as violações frequentes. Para isso, analisar-se-á as hipóteses de restrição e colisão de direitos fundamentais, observando instrumentos que a doutrina encontrou para salvaguardar alguns direitos básicos, embora frequentemente ultrajados – conforme se demonstrou no primeiro capítulo deste estudo.

A relação entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito fundamental à segurança pública decorre da opção política do Estado Brasileiro em investir na segurança por meio do encarceramento em massa, ocasionando um crescimento exponencial do número de presos nas últimas décadas. A estrutura das prisões brasileiras, por outro lado, não é capaz de acompanhar este ritmo frenético, e o resultado dessa obra é o caos penitenciário hoje vivido no país. Trata-se, em verdade, de uma operação conjunta dos Três Poderes, no qual o Executivo atua por meio do populismo punitivo e da omissão, o Legislativo recrudescer as leis criminalizadoras e o Judiciário chancela essa prática punitivista, oportunizada por meio da atuação infundável do Ministério Público na busca de condenações. A consequência última explode, por óbvio, na parcela mais vulnerável da pirâmide: a pessoa presa. Cuida-se de política pública conscientemente adotada e sabidamente vulneradora dos direitos fundamentais mais basilares de tais sujeitos, contando, na maioria das vezes, com o aval do Judiciário, a quem caberia a defesa das garantias constitucionais ofendidas.³⁵

Deve-se atentar, por fim, que embora se reconheça a constitucionalidade e a imposição do regime prisional, o qual já constitui uma restrição aos direitos fundamentais da pessoa presa, as condições concretas sob as quais é cumprida a pena privativa de liberdade no Brasil ganharam contornos de tortura, consubstanciando o descaso e a inércia estatal verdadeiras violações ao núcleo essencial dessas garantias constitucionais, teoria esta que pretende assegurar um conteúdo mínimo de dignidade no cumprimento da pena. O que se vê na prática, entretanto, é que nem mesmo o mínimo existencial é respeitado, e os sujeitos privados de liberdade estão despidos de qualquer dignidade, praticamente destituídos da condição de humanos.

³⁵ Cf. SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. **Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira>. Acesso em 29 out. 2019.

3.2 O (suposto) conflito e restrição dos direitos fundamentais: os direitos da pessoa presa e a segurança pública

Tal qual exposto na introdução da presente monografia, o (suposto) conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública aparece rotineiramente na jurisprudência, como fundamento de decisões judiciais que, na busca de garantir o segundo, subjagam os primeiros, violando critérios elencados pela doutrina para este fim, como a ponderação, e inclusive o núcleo essencial de tais direitos. Conforme demonstrar-se-á na sequência, tais decisões não possuem qualquer embasamento doutrinário ou constitucional.

Contudo, antes da análise específica desse embate, mostra-se necessário estabelecer algumas premissas teóricas. Assim, para o estudo de qualquer direito fundamental, a definição de seu âmbito de proteção é pressuposto primário, porquanto o exercício de determinados direitos pode ensejar, muitas vezes, uma série de conflitos com outros igualmente protegidos pela Constituição (MENDES, 2013). É nessa problemática que incidem diversas questões, “que vão desde problemas de interpretação e concretização de textos normativos até a ponderação de direitos em situação de conflito” (CANOTILHO, 2003, p. 450).

Nesse sentido, o âmbito de proteção³⁶ de determinado direito fundamental engloba os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a proteção essencial. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção desse direito fundamental, maior a possibilidade de restrição, ao passo que na hipótese de âmbito mais restrito, menor possibilidade de conflito entre o Estado e o indivíduo (MENDES, 2013). Essa premissa terá importância ímpar na análise dos direitos fundamentais abarcados por esse estudo.

Nas palavras de Mendes (2013, p. 235-236), a colisão entre direitos fundamentais ocorre “quando se identifica o conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares”. Ademais, pode ocorrer igualmente “entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade”, o que se entende que é o caso em análise neste estudo. Prossegue o autor referindo que o conflito é apenas autêntico “quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de outro direito fundamental”. Na hipótese da conduta em questão se encontrar fora do âmbito de proteção do direito, trata-se tão somente de “conflito aparente”.

³⁶ Trata-se da “parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção [...] da garantia fundamental” (MENDES, 2013, p. 187).

Veja-se, portanto, que a determinação do âmbito de proteção do direito fundamental é ponto chave num contexto de conflito entre direitos fundamentais.

Tal fenômeno é natural do neoconstitucionalismo e típico das Constituições compromissárias, nas quais se agregam diversos valores e ideologias, por vezes heterogêneos. A esse respeito, refere Sarmento (2001, p. 91) que “as Constituições compromissárias, por consagrarem normas e valores com matizes ideológicas muito distintos, estão frequentemente sujeitas aos conflitos entre princípios constitucionais”.

Atinente à solução dos conflitos, Mendes (2013, p. 237) levanta como primeira hipótese utilizar o critério hierárquico entre os direitos fundamentais colidentes. Todavia, alude que “a fixação de rigorosa hierarquia entre os direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico”. Nesse sentido, seria cabível a valoração hierárquica entre os direitos fundamentais apenas em casos especialíssimos.

Um dos casos singulares em que se aplicaria o critério hierárquico seria na eventualidade de o postulado da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, se encontrar no cerne da violação. No entanto, tal análise é complexa e depende da análise do caso concreto. Não obstante, em eventual juízo de ponderação, devem ser considerados os valores que constituem evidente expressão desse princípio (MENDES, 2013). Assim, não obstante o razoável cabimento do critério hierárquico, uma vez que relativamente controverso, buscar-se-á também outros métodos.

Outrossim, entende a doutrina pela possibilidade de limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos de mesma categoria ou bens jurídicos protegidos pela Constituição, legitimando a fixação de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pelo texto constitucional. Desse modo, nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 347), “direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revele imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais”.

Nesse contexto, eventuais restrições ao exercício de determinado direito fundamental demandam a utilização de critérios técnicos, a fim de que não se incorra em eventual inocuidade de tais direitos. A seguir serão apresentadas duas hipóteses para enfrentar o problema, desta que é uma das questões nucleares da dogmática dos direitos fundamentais na atualidade. Não se pretende, de modo algum, esgotar a análise dos métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais, o que fugiria em demasia ao escopo deste estudo. Buscou-se tão somente

apresentar critérios que a doutrina elenca para este fim, e que possuem aplicação prática pelos operadores do Direito.

No exame do conflito entre os direitos fundamentais objetos desse estudo, quais sejam, os direitos da pessoa presa em antagonismo ao direito à segurança pública, aplicar-se-á, primeiramente, a técnica da ponderação, por meio dos três subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A segunda teoria trazida nessa monografia, por sua vez, se refere ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Em ambos os casos, não obstante, considerando o caráter central da dignidade da pessoa humana na execução desta técnica de resolução de conflito.

Ressalte-se, por fim, que se adotará nesse estudo a posição do privado de liberdade, porquanto seus direitos são de caráter individual, logo, de primeira geração, conjecturando eventual colisão com o direito à segurança pública, direito social e de segunda geração. Na sequência, serão abordadas as consequências práticas desse do conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito à segurança pública e da inobservância dos princípios de limitação de tais direitos.

3.2.1 A dignidade da pessoa humana como limite

Uma vez admitida a possibilidade de traçar limites aos direitos fundamentais, porquanto pacífico o entendimento de que não há direito absoluto, impende ressaltar a existência do que a doutrina germânica chamou de “limites dos limites”,³⁷ ou seja, determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, por meio das quais se buscou impedir eventuais abusos que levassem ao esvaziamento ou supressão de um direito. Por conseguinte, tal qual exposto anteriormente nesse estudo, nenhuma restrição a direito fundamental poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito fundamental objeto de limitação. Da mesma forma, em um juízo de proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana comportará critério central na técnica de ponderação, porquanto buscar-se-á preservar o núcleo central dos direitos colidentes (SARLET, 2011).

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ser apontado como elemento do núcleo essencial dos direitos fundamentais ou, pelo menos, que seu conteúdo em cada direito fundamental se encontra imune a restrições. Na mesma toada, compreendeu-se

³⁷ Cuida-se da expressão *Schranken-Schranken* que, segundo Mendes (2013, p. 211), foi utilizada pela primeira vez por K. H. Wernicke nos comentários ao art. 19 da Lei Fundamental alemã.

que uma violação ao núcleo essencial será sempre desproporcional, em qualquer caso. À vista disso, fala-se em “proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa, que, nesta perspectiva, atua como ‘limite dos limites’ aos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 143).

Importante ressaltar, entretanto, que Sarlet (2011, p. 144) advoga a tese de que a dignidade não se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Primeiro, porque não compõe, necessariamente, o referido núcleo de todos os direitos fundamentais. Segundo, porque adotar tal posição significaria esvaziar a garantia de não restrição além do limite, uma vez que tamanha generalidade impediria a análise da colisão no caso concreto. Aduz, portanto, “que nem toda a violação de um direito fundamental corresponde, ao mesmo tempo e necessariamente, a uma violação da dignidade da pessoa humana”. Tal qual demonstrar-se-á adiante, contudo, no caso analisado nesse estudo a dignidade compõe, de fato, o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetos à pessoa presa.

Ademais, segundo o mesmo autor (2011, p. 148-149), a dignidade da pessoa humana cumpre dupla função. Além de limitador da restrição de direitos fundamentais, quando elemento do núcleo essencial de tais direitos, também pode servir como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais diversos, num contexto de ponderação entre os direitos colidentes. Refere, desse modo, que tal princípio atua “simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites”. Entretanto, ao aplicar a dignidade da pessoa humana como elemento limitador, não se está rechaçando por completo a teoria da proporcionalidade de Alexy, que será esmiuçada adiante. Efetivamente, trata-se de um princípio e, nessa medida, flexível, mas que ostenta relevância tamanha para o indivíduo e para a sociedade que os fundamentos necessários para justificar sua restrição são especificamente excepcionais.

Outra questão interessante que Sarlet (2011) levanta é a possibilidade de se restringir a dignidade,³⁸ como bem jurídico autônomo ou então como conteúdo essencial de determinado direito fundamental de uma pessoa a fim de assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de outra pessoa ou coletividade.³⁹ A esse respeito, entende o autor que se faz necessário analisar

³⁸ Sarlet (2011) ressalta que a doutrina majoritária entende que o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade inerente à essência do ser humano, se constitui em bem jurídico absoluto, logo, inalienável, irrenunciável e intangível. Por conseguinte, não caberia falar em “restrição da dignidade”. Entretanto, conforme referido nesta monografia, não obstante a dignidade seja elemento fundante do Estado de Direito, seu grau de manifestação – seja no núcleo essencial ou não – nos direitos fundamentais é variável. Assim, parece razoável defender a tese de restrição da dignidade em determinado contexto com o propósito de proteger outro direito ultrajado em grande intensidade, no qual o referido princípio constitua exigência e concretização em maior grau de intensidade.

³⁹ Nesse ponto cabe uma explicação. Em sua obra, Sarlet (2011) afirma que dificilmente se questionará que o encarceramento de condenado por crime violento em prisão com problemas de superlotação não violará sua

quais direitos fundamentais efetivamente possuem um conteúdo na dignidade da pessoa humana – seja por manifestação direta ou indireta.

Nesse sentido, não obstante o entendimento de que todas as pessoas são iguais em dignidade, motivo pelo qual remanesce um dever de respeito recíproco à dignidade alheia, poder-se-ia conceber um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, o que implicaria em uma hierarquização ou ponderação de tal preceito em conflito em dois contextos distintos. Outrossim, poderia a dignidade da pessoa humana ceder em face de valores sociais mais relevantes, em particular num âmbito de salvaguarda da vida ou dignidade pessoal de integrantes de determinada comunidade (SARLET, 2011).

Feita essa análise teórica, menciona CARVALHO (2003, p. 161) que o constituinte impôs “normas de garantia dos presos, condenados ou provisórios, assegurando direitos inalienáveis e indisponíveis os quais o Estado não pode restringir, pois versam sobre a integridade física e moral daquele sujeito”. Assim, parece seguro afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado, nesse contexto de conflito, como critério limitador da restrição aos direitos fundamentais dos presos. Isso porque o núcleo essencial das garantias afetas ao cárcere indubitavelmente é composto pela dignidade da pessoa, conforme retratado na parte inicial dessa monografia. A corroborar tal entendimento, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 392) lecionam que

Muito embora a proibição da tortura e de todo e qualquer tratamento desumano e degradante (art. 5º, III, da CF), assim como a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, da CF), tenham sido objeto de expressa previsão constitucional, cuida-se de manifestações especiais e intrinsecamente relacionadas com as exigências do respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança e integridade pessoal, que, consoante já visto, abarca a integridade física, a integridade psíquica e mesmo a integridade moral. Assim, mesmo que não houvesse dispositivo na Constituição Federal específico a esse respeito, tais regras proibitivas, a exemplo do que ocorreu em outros países, poderiam ser diretamente deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana e mesmo do direito à integridade corporal, psíquica e moral.

Por conseguinte, num conflito entre direitos fundamentais colidentes, privilegiar-se-á aquele cujo âmago tenha maior elo com a dignidade da pessoa humana. No cenário aqui

liberdade pessoal, todavia, tal situação decorreria da necessidade de proteção da vida, liberdade e dignidade dos demais indivíduos. No entanto, tal qual o autor inclusive refere, este estudo compreende que a pena de prisão não é, por si só, ofensiva à dignidade, mas sim um estado temporário de restrição da liberdade, desde que garantidos os direitos fundamentais previstos na Constituição e as garantias previstas no sistema infraconstitucional. Não obstante, o cumprimento de pena no Brasil não respeita qualquer desses direitos, havendo inclusive reconhecimento internacional (inúmeras manifestações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) a esse respeito. Por conseguinte, a violação à dignidade da pessoa presa não decorre do status de reclusão, mas sim das condições em que a prisão se materializa.

abordado, a despeito de uma análise preliminar, é possível afirmar que os direitos fundamentais do preso não podem ser restringidos caso o direito colidente seja a segurança pública, porquanto os primeiros são derivados do elemento fundante de forma direta, ao passo que o conteúdo do segundo na dignidade é verdadeiramente menor.

A esse respeito, refere Sarlet (2011, p. 136) que

Considerando, ainda, a perspectiva da dignidade como limite – mas agora num outro sentido – cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se trate de normas de cunho jusfundamental.

Dessa forma, é incontroverso o conteúdo da dignidade da pessoa humana nos direitos fundamentais afetos ao cárcere. A esse respeito, a doutrina majoritária, referida na análise das garantias constitucionais à pessoa presa realizada na parte inicial desse estudo, não deixa margem acerca da manifestação direta da dignidade na vedação às penas cruéis, na individualização da pena e na salvaguarda da integridade física e moral do preso. Isso porque se tratam de direitos fundamentais que buscam resguardar as condições mínimas de humanidade de tais sujeitos, impossibilitando o seu rebaixamento à condição de objetos, logo, restringindo a sujeição ao Estado durante a privação de liberdade.

Outrossim, não se pode entender que o mesmo tratamento é conferido pela dignidade da pessoa humana ao direito fundamental à segurança pública. Não se desconhece, primeiramente, que todos os direitos fundamentais possuem o seu conteúdo amparado na dignidade.⁴⁰ Entretanto, tal qual defendido por Sarlet, o mesmo se manifesta de formas distintas, não constituindo o núcleo fundamental de quaisquer direitos. Não fosse esse o entendimento, qualquer juízo acerca da colisão de direitos fundamentais estaria fadado ao insucesso, uma vez que se fosse considerada a dignidade critério limitador de todos os direitos fundamentais, impossível seria levantar critérios para solucionar os casos concretos em que há direitos fundamentais distintos, com âmbitos de proteção diversos, mas colidentes entre si.

Retomando especificamente o apreço da dignidade da pessoa humana ao direito fundamental à segurança pública, entende-se que os direitos fundamentais de segunda geração,

⁴⁰ Consoante referido anteriormente nesse estudo, Sarlet (2014) reconhece que o princípio da dignidade humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional. Contudo, consoante da mesma forma exposto, esse conteúdo da dignidade nos direitos fundamentais é variável, devendo ser analisado a cada contexto de conflito.

os ditos direitos sociais, embora guardem relação com a dignidade, em eventual juízo de restrição não serão totalmente subjugados, porquanto a estrutura do Estado Social é abrangente, de modo que a sua atuação é ampla e multifacetada. Nesse contexto, não se pode defender uma aplicação absoluta e irrestringível de tais direitos, cabendo um juízo de ponderação em determinadas circunstâncias – tal qual será desenvolvido adiante. O mesmo não pode ser dito dos direitos fundamentais da pessoa presa, uma vez que se conferem como limitadores ao arbítrio estatal, a sujeitos que estão completamente entregues à força do Estado e que, seja sob um critério de proporcionalidade ou de salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais, não poderão ser relativizados, uma vez que inflexíveis. Logo, dado que a flexibilização de quaisquer dessas garantias resulta, invariavelmente, em seu fim, não há que se falar em relativização, sob pena de destituir tais indivíduos da condição de sujeitos de direitos.

Feitas essas considerações acerca do conteúdo dos direitos fundamentais na dignidade, bem assim demonstrada a sua característica de limitadora na restrição e colisão de tais direitos, faz-se necessário analisar os tipos de restrições levantados pela doutrina. Atinente a esse exame, não se pode desconsiderar que, consoante demonstrar-se-á adiante, a dignidade da pessoa humana é critério central na aplicação de qualquer das técnicas de colisão e restrição de direitos fundamentais.

3.2.2 *A proporcionalidade*

Para uma adequada compreensão da teoria da ponderação, proposta por Robert Alexy, é importante iniciar a partir de uma breve distinção entre as duas espécies de normas de direitos fundamentais – princípios e regras. Os primeiros expressam valores e são abstratos, constituindo mandamentos de otimização. Assim, ocupam posição hierárquica superior e possuem características de fundamentação da ordem jurídica. As regras, por sua vez, são preceitos específicos, cujo grau de abstração é reduzido e apresentam incidência direta e imediata sobre o caso concreto, gerando concretude aos princípios que os veiculam (ALEXY, 2011).

De acordo com Alexy (2011), tratando-se de colisão de direitos fundamentais, independentemente da estrutura da norma em questão, a teoria dos princípios é a mais adequada visando a uma solução racional, por meio do critério da ponderação. Isso porque ela afasta a rígida solução da validade e procede à otimização, visando à promoção de máxima eficácia das posições subjetivas conferidas pelos direitos colidentes. Cuida-se da solução ideal em um

sistema constitucional com extenso rol de direitos fundamentais – tal qual o brasileiro (SAES, 2011).

Outrossim, por meio da técnica da ponderação, o intérprete buscará, atendendo a concessões recíprocas sobre os bens jurídicos protegidos, alcançar uma "concordância prática", objetivando encontrar um equilíbrio, no qual a restrição a cada bem jurídico seja a mínima indispensável a sua convivência com o outro. Trata-se, em suma, de uma mútua flexibilização dos direitos fundamentais contrapostos, desde que ambos sejam preservados e não seja vulnerado o núcleo essencial de qualquer deles (BORNHOLDT, 2005).

Dessarte, uma das técnicas de ponderação se dá por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que será a abordada nesse estudo. Também denominado princípio da proibição do excesso, sugere que qualquer limitação aos direitos fundamentais deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito⁴¹ (CANOTILHO, 2003). Nesse contexto, a relevância do papel da máxima proporcionalidade busca viabilizar a otimização dos direitos fundamentais segundo sua exequibilidade fática e jurídica (BORNHOLDT, 2005).

À vista disso, por este critério, a colisão entre princípios – neste ponto, direitos fundamentais – será solucionada por meio do critério axiológico, optando-se por aquele direito de maior peso valorativo, em uma relação de precedência, apurado por meio da ponderação. Logo, considerando a natureza principiológica dos direitos fundamentais, em virtude de sua dimensão objetiva e da imprescindibilidade de harmonização desses direitos que, em seu aspecto subjetivo, estão frequentemente em tensão, a aplicação do princípio da proporcionalidade mostra-se como instrumento eficaz (ALEXY, 1999). Por conseguinte, seja na elaboração de normas pelo legislador, ou então pelo aplicador do Direito, a ponderação constitui via importante em sede de colisão direitos e bens constitucionalmente protegidos (BORNHOLDT, 2005).

Passa-se, então, à análise dos subprincípios que compõe a ideia de proporcionalidade, do qual o primeiro é a *adequação*. Na lição de Canotilho (2003), a exigência da adequação verifica-se na relação entre o meio utilizado e o fim buscado, desde que seja legítimo. Assim, o meio deve ser apto a alcançar a finalidade a que se destina. A adequação carece, portanto, de ser averiguada por meio da eficiência do meio, não somente para a obtenção do objetivo, mas também pela sua simplificação.

⁴¹ De acordo com Alexy (2011), antes de um princípio, a exigência de proporcionalidade reflete um axioma. Segundo o autor, os subprincípios da proporcionalidade expressam caráter de regras e não de princípios. Tal tese se comprova pelo fato de que tais subprincípios não motivam uma simples ponderação com outros bens, uma vez que seu resultado deve preencher as exigências de tais subprincípios.

Nesse cenário, especificamente abordando o objeto desse estudo, há grande divergência acerca da adequação do encarceramento como política de segurança pública,⁴² porquanto meio para o fim buscado – a segurança social –, embora não se questione que sua finalidade seja legítima. Poder-se-ia discorrer extensamente acerca do tema, no entanto, em poucas palavras, parece que restringir direitos fundamentais de determinada comunidade – no caso, a carcerária – a fim de escudar o direito à segurança pública não seria uma técnica adequada, uma vez que tal garantia poderia ser exercida em maior vigor sem vulnerar outro direito fundamental, porquanto o efeito do encarceramento em massa à segurança pública é, no mínimo, indireto.⁴³

A seguir, refere Canotilho (2003, p. 457) que a *necessidade* busca adotar o meio menos gravoso para se obter os fins de proteção visados pela Constituição. Assim, "uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos restringidos".

Neste ponto, não parece existir fundamento capaz de justificar a vulneração de direitos fundamentais mínimos de existência de determinada população – aqui, a carcerária – como o meio menos gravoso para salvaguardar o direito à segurança pública. Isso porque o fomento deste não necessariamente passa pela restrição àquele, porquanto tanto as estratégias diretas, como o investimento nas polícias judiciária e militar, quanto as indiretas, tais quais combate à desigualdade social e priorização da educação, têm o condão de, a curto ou longo prazo, salvaguardar o direito à segurança pública. Trata-se de uma necessária mudança de paradigma: de uma segurança pública criminal para uma preventiva.⁴⁴ Outrossim, ainda que se entenda em aplicar o encarceramento em massa como estratégia de política de segurança pública – falar-se-á mais sobre isso adiante –, esta deveria ser utilizada apenas se houvesse condições materiais

⁴² CARTA CAPITAL. Encarceramento em massa: ineficaz, injusto e antidemocrático. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/encarceramento-em-massa-ineficaz-injusto-e-antidemocratico/>>. Acesso em 24 out. 2019. Utiliza-se nesse ponto o encarceramento em massa pois, tal qual referido ao longo do estudo, ele é a perfectibilização da sobreposição do direito social à segurança pública em detrimento dos direitos da pessoa presa, uma vez que é a política pública pela qual o Estado fomenta a primeira e implica em limitação dos segundos.

⁴³ Fala-se aqui em efeito indireto pois o encarceramento não produz, por si só, incremento da sensação de segurança da população. É sabido que o Brasil apresenta taxas exorbitantes de encarceramento por crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa – especialmente o tráfico de drogas. Por outro lado, a polícia judiciária apresenta taxas baixíssimas de solução e identificação da autoria dos milhares homicídios e roubos ocorridos incessantemente nas ruas. Dessa forma, utiliza-se o encarceramento da pior forma possível, qual seja, manter segregado o indivíduo que apresenta pouco – ou nenhum – risco à sociedade. Não há, por conseguinte, fomento à segurança por meio do encarceramento em massa nas condições exercidas no Brasil. Sobre essa questão, retornar ao capítulo 1 desse estudo (tópico 2.5).

⁴⁴ Cf. HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 5/1994 | p. 55 - 69 | Jan - Mar / 1994. Por “criminal” entende-se a segurança pública através do fomento do Estado na repressão da criminalidade *a posteriori*, incluindo aqui o encarceramento em massa, que ataca as consequências. Já uma política de segurança preventiva preocupa-se com as causas, e entre elas cita-se o investimento em educação e diminuição da desigualdade social. A esse respeito, ver a nota 34 desse estudo.

para o cumprimento da segregação. Patente, portanto, sob essa ótica, a inaplicabilidade da necessidade no contexto do conflito dos direitos fundamentais em voga nesse estudo.

Uma vez superados os exames da adequação e da necessidade, proceder-se-á ao exame da *proporcionalidade em sentido estrito*. Tal estratégia se refere ao sopesamento entre o grau de restrição ao direito fundamental e a medida de relevância do direito a ele colidente, por meio de um exame do conteúdo essencial de cada direito em colisão (CANOTILHO, 2003). A esse respeito, refere Alexy (2011, p. 167) que "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro".

Trazendo esse último subprincípio para a análise do conflito de direitos fundamentais entre o cárcere e a segurança pública, parece que aqui reside o cerne da questão estudada. Isso porque, sob qualquer ótica, é inverossímil não se abordar o núcleo essencial dos direitos fundamentais aludidos – que também será considerado adiante, em tópico próprio.

Consoante a lição de Alexy (1999), exposta acima, a característica principal da proporcionalidade reside na observação do grau de restrição de cada direito e de seu núcleo essencial. Ora, conforme exhaustivamente abordado nessa monografia, o fomento que o Estado tem dado à segurança pública, por meio da política de encarceramento em massa, acaba vulnerando de forma completamente desproporcional os direitos fundamentais da pessoa privada de liberdade. Tal entendimento se explica facilmente quando observadas as condições materiais do cumprimento da pena ou da prisão cautelar no sistema penitenciário brasileiro, que vulnera excessivamente ao limite a dignidade da pessoa humana – tal qual exhaustivamente mencionado no capítulo anterior.

Dessarte, imperioso observar também que a dignidade contida no direito à segurança pública, por mais relevante que seja, sob um juízo de proporcionalidade deve ceder em face de um direito ultrajado de forma mais intensa, porquanto a manifestação da dignidade nos direitos atinentes ao cárcere é direta, consoante já explanado, ao passo que não se pode dizer o mesmo do direito à segurança. A relação é simples e direta: o encarceramento em massa, política de segurança pública preponderante no país, além de ser uma escolha política – visto que não é a única forma de proteger o direito à segurança pública – é a mais desproporcional quando analisada sob o prisma dos direitos fundamentais colidentes a ela – no caso, as garantias constitucionais da pessoa presa. Dessa forma, dado que tal fomento à segurança pública ofende diretamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais do privado de liberdade, entende-se que, sob o critério da ponderação, tal prática é desproporcional e, portanto, intolerável sob os ditames da Constituição.

Veja-se, assim, que algumas das características atinentes à colisão dos direitos fundamentais apreciados nessa monografia se repetem entre os subprincípios da proporcionalidade. Não obstante, pelos fundamentos acima expostos, seja observando o critério de adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito, chega-se a uma idêntica conclusão: em um juízo de ponderação, não caberia a vulneração dos direitos fundamentais da pessoa presa em prol do direito fundamental à segurança pública, porquanto os primeiros melhor concretizam a dignidade humana em seu conteúdo.

3.2.3 O núcleo essencial

Não é descabido mencionar que, conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014) lecionam, os direitos fundamentais não se limitam a direitos subjetivos de defesa contra atos do poder público, mas também se perfazem um conjunto de valores objetivos básicos e norteadores da ação positiva do Estado, e não apenas garantias negativas de interesses individuais. Em sua teoria analítica dos direitos fundamentais,⁴⁵ Alexy (2011) traz posição semelhante. No contexto analisado nesse estudo, parece que, além de direitos de defesa, os direitos fundamentais do preso podem ser considerados direitos a ações positivas normativas, uma vez que a Constituição torna o privado de liberdade titular de direitos fundamentais. Destarte, faz-se necessário obter ferramentas que sejam capazes de garantir tais premissas em casos de restrições e de colisões.

Buscando uma estratégia de imposição de limites à restrição de direitos fundamentais, garantindo determinado âmbito de proteção às liberdades individuais, Canotilho (2003) apresentou o princípio da salvaguarda do núcleo essencial. Segundo o autor, a premissa de tal preceito é simples: em qualquer direito fundamental, há determinado núcleo que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos onde há permissão constitucional ao legislador para editar normas restritivas, este permanecerá adstrito à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos.

⁴⁵ Nesta obra, Alexy (2011) aduz que a base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão em direitos a algo, liberdades e competências. Entre os “direitos a algo”, o autor refere que podem ser ações negativas, estas subdividas entre (i) direitos ao não-embaraço de ações, (ii) direitos à não-afetação de características e situações e (iii) direitos à não-eliminação de posições jurídicas; ou ações positivas, subdividas em (i) ações positivas fáticas ou (ii) ações positivas normativas. Atendo-se aos direitos fundamentais dos presos, parecem estar incluídos, na classificação do autor, ao direito de não-afetação de características e situações, pelos direitos fundamentais buscarem garantir-lhes o respeito à integridade no cumprimento da pena; e a ações positivas normativas, uma vez que titulares de direitos fundamentais, merecendo atos estatais de proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida.

A respeito de tal princípio, Mendes (2013) refere que ele foi consagrado expressamente em algumas Constituições estrangeiras, tais quais a Lei Fundamental Alemã de 1949 e a Constituição Portuguesa de 1976. Outrossim, seu surgimento se deu a partir de uma tentativa de fornecer respostas ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais. Quanto à ordem constitucional brasileira, esta não contemplou qualquer menção, direta ou expressa, sobre a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Todavia, o próprio texto constitucional veda qualquer proposta de emenda constitucional que venha a abolir os direitos e garantias individuais,⁴⁶ vez que se tratam de cláusulas pétreas. Presumir-se-á, dessa forma, seu conteúdo na Constituição Brasileira, especialmente pela ligação intrínseca com o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de toda a ordem constitucional.

Concernente à aplicação prática da teoria do núcleo essencial, a primeira dúvida reside no seu objeto de proteção: seria o direito subjetivo individual ou a garantia objetiva? A segunda entende que a proteção do núcleo essencial se refere ao direito fundamental como norma objetiva. Por conseguinte, sua atenção se voltará à garantia geral e abstrata prevista na norma e não a posição jurídica do particular. Já a subjetiva, por sua vez, baseia-se na dimensão do direito subjetivo do indivíduo como parâmetro para a proteção do núcleo essencial. Nesse contexto, de acordo com a teoria objetiva, busca-se assegurar a eficácia de um direito fundamental na sua globalidade; a subjetiva, por seu turno, afirma que em caso algum pode ser sacrificado o direito subjetivo de um sujeito a ponto de tornar-se inócua tal garantia para outrem (CANOTILHO, 2003).

Pondera Canotilho (2003), nesse sentido, que a solução deste imbróglio não tem espaço em alternativas radicais, porquanto a restrição dos direitos e garantias fundamentais deve observar a sua função na sociedade, mostrando-se utópica uma teoria subjetiva que ignore tal papel, especialmente as consequências resultantes para a manutenção da própria comunidade, cotidianamente confrontada com a necessidade de limitação dos direitos fundamentais mesmo em seu núcleo essencial. No entanto, a salvaguarda do núcleo essencial não pode renegar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Surge, por conseguinte, a necessidade de evitar restrições que possam gerar a ruína de um direito subjetivo individual.

Assim, neste ponto, a norma constitucional parece estar ao lado da teoria objetiva. Isso porque o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da Constituição brasileira e aqui entendida como o núcleo essencial dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio, agarra-se a preceitos de salvaguarda geral e abstrata. Entretanto, diversas outras garantias

⁴⁶ Art. 60, § 4º, IV, da CF.

constitucionais decorrentes de tal princípio foram positivadas na Carta Magna, inclusive os direitos individuais do preso, objeto deste estudo e mencionados no primeiro capítulo (CANOTILHO, 2003).

Canotilho (2003) também faz outra indagação no contexto de aplicação do núcleo essencial dos direitos fundamentais: seria este um valor absoluto ou dependente da ponderação com outros bens? Segundo o autor, as teorias absolutas veem o núcleo essencial como conteúdo normativo irrestringível, de caráter fixado; logo, seria incabível relativizá-lo por qualquer direito ou interesse contraposto. Interpretar-se-ia, desse modo, que existe um espaço interior livre de qualquer interferência estatal em tais direitos. Já as teorias relativas entendem tal princípio como resultado de um processo de ponderação que, em face de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos e com ele colidentes, por meio de um juízo de valor, poderia ser subtraído.

Nesse contexto, os defensores da teoria absoluta entendem o núcleo essencial como uma unidade substancial autônoma, livre de eventual decisão que o restrinja. Os adeptos da teoria relativa, por sua vez, entendem que o núcleo essencial deve ser estabelecido caso a caso, sendo que sua proteção teria caráter meramente declaratório (MENDES, 2013).

Com efeito, haveria de se ter cuidado ao aplicar a teoria relativa, visto que em casos extremos esta poderia desnaturar o núcleo essencial e transformá-lo meramente na aplicação do princípio da proporcionalidade – por meio da análise de outros aspectos que não o conteúdo essencial de tais direitos. Por outro lado, as teorias absolutas acabam ignorando o fato de que a determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo a possibilidade de o núcleo de determinados direitos ser relativizado em face da necessidade da defesa de bens considerados mais importantes (CANOTILHO, 2003).

Relativamente ao problema do valor absoluto ou relativo do núcleo essencial, parece não haver dúvida de que não se deve confundir o princípio da proporcionalidade com a exigência de salvaguarda do núcleo essencial. Segundo Canotilho (2003), se é razoável o entendimento de que o âmbito de proteção de um direito deve ser obtido caso a caso, considerando também outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, igualmente é certo que a proibição da restrição do núcleo essencial só terá sentido caso se mostre um reduto intransponível a qualquer medida restritiva.

Propõe Canotilho (2003, p. 461), dessa forma, que se aceite uma teoria mista. Segundo o autor, rejeita-se a ideia de que a garantia do núcleo essencial é apenas “uma mera proclamação e sinalização da ponderação e vinculação do legislador ordinário e restantes poderes

constituídos pelos direitos fundamentais”. Assim, a liberdade está sujeita à ponderação de direitos e bens, mas a concepção da teoria do núcleo essencial possui apresenta em seu âmago que a liberdade individual é constitutiva da ordem constitucional. Portanto, "qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades" deve "respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades"⁴⁷. É por meio desta conclusão que o presente estudo a aplicará ao contexto conflitivo analisado.

Exposta a teoria, tal qual adiantado em trechos anteriores, conclui-se que a dignidade da pessoa humana compõe, indubitavelmente, o núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa presa, porquanto constitui a última barreira ante o aparato repressor do Estado, garantindo-lhe o mínimo de dignidade em um ambiente no qual está despida de toda a sua liberdade, num estado de sujeição completa. Nesse contexto, ao tolher a liberdade do indivíduo, cabe ao ente estatal garantir as condições mínimas de dignidade no cumprimento da prisão, seja ela cautelar ou pena.

Nesse sentido, conforme referência do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE nº 592.581/RS, “a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem”. O relator prosseguiu em seu voto, referindo que a reiterada omissão do Estado em oferecer condições mínimas aos presos “exige uma intervenção enérgica do Judiciário, para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais”.⁴⁸

Dito isso, deve-se ressaltar que, no contexto da segregação, a pessoa presa está completamente entregue à vontade do Estado. Nesse sentido, inexistindo qualquer limite, a tirania presente no punitivismo degradaria qualquer traço humano existente no privado de liberdade, destituindo-o à condição de verdadeiro animal enjaulado. É esse limite, esse núcleo essencial, que se entende como a dignidade da pessoa humana, garantindo, mesmo num

⁴⁷ Essa tese foi positivada no tratado que estabeleceu uma constituição para a Europa, publicado em 2004. Na seção “disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta”, o art. II-112º, item 1, estabelece que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros”. Assim, conforme pregou Canotilho, a aplicação do princípio da proporcionalidade demanda o respeito do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2OyWKfB>>. Acesso em: 24 out. 2019.

ambiente hostil, que o preso mantenha sua esfera de sujeito de direitos, uma vez que a sentença ou decreto criminal visa a inibir não somente o *status libertatis* do condenado ou réu, conservando-lhe todos os demais direitos enquanto cidadão, porquanto intacto o direito à igualdade da pessoa encarcerada.

Reitere-se, nesse ponto, que a maior parte da doutrina entende que há manifestação direta da dignidade na vedação às penas cruéis, na individualização da pena e no respeito à integridade física e moral do privado de liberdade. Dado que se referem a direitos fundamentais que buscam proteger as mínimas condições de humanidade da pessoa presa, impossibilitando o seu rebaixamento à condição de objetos, compõe a dignidade da pessoa humana o núcleo essencial de tais direitos, restringindo a sujeição ao Estado durante o cumprimento da pena ou prisão.

Expostos tais argumentos, mostra-se que a dignidade da pessoa humana constitui o núcleo essencial mais íntimo dos direitos fundamentais da pessoa presa, de modo que não poderia ser violada, em um cenário de conflito entre direitos, a fim de salvaguardar direito social genérico como a segurança pública, porquanto o conteúdo desses segundos na dignidade é mais distante. Caberia, portanto, a busca pela promoção da segurança pública por meio diverso, que não vulnere o núcleo essencial de uma garantia constitucional colidente – como no caso do encarceramento em massa.

3.3 Efeitos práticos na conjuntura da segurança pública e do sistema carcerário

Uma vez apresentado o conflito entre os direitos fundamentais em questão e sua resolução de acordo com os preceitos constitucionais e doutrinários, deve-se expor ao leitor a realidade crua do cárcere: toda a teoria aqui retratada é uma falácia. Não obstante a garantia constitucional da preservação da dignidade da pessoa humana à pessoa presa, tal prerrogativa não resiste ao contexto de preservação do poder e manutenção do *status quo* perpetuado pela máquina estatal, condenando parcela da população à própria sorte, em um estado de sujeição completa ao arbítrio do Estado e das facções criminosas.

Outrossim, talvez o fato mais grave em todo o cenário analisado nesse estudo é que o estado de inércia e indiferença do Estado acerca do sistema penitenciário não se afasta do pensamento comum da sociedade brasileira. Em verdade, a condição de violação permanente dos direitos fundamentais da pessoa presa é notória e tolerada por grande parte da população,

denotando verdadeira propensão cultural à vingança social e à desconsideração do “criminoso” enquanto humano e sujeito de direitos.

Por conseguinte, chama a atenção no âmbito do encarceramento aqui analisado que não se trata de uma atuação estatal destinada à proteção e à garantia do mínimo existencial de uma população livre, contudo miserável, que padece das falhas de um sistema pútrido. Cuidam-se, na verdade, de indivíduos sob a guarda permanente do Estado, cuja justificação se baseia em argumentos de prevenção geral e especial, bem como promessas de ressocialização, e como fim último a proteção da ordem pública, todos esses fundamentos sabidamente – e já retratados nesse estudo – fracassados.

A falência da atuação estatal é completa. A esse respeito, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, assim referiu o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A responsabilidade do Poder Público é sistêmica, revelado amplo espectro de deficiência nas ações estatais. Tem-se a denominada “falha estatal estrutural”. As leis existentes, porque não observadas, deixam de conduzir à proteção aos direitos fundamentais dos presos. Executivo e Legislativo, titulares do condomínio legislativo sobre as matérias relacionadas, não se comunicam. As políticas públicas em vigor mostram-se incapazes de reverter o quadro de inconstitucionalidades. O Judiciário, ao implementar número excessivo de prisões provisórias, coloca em prática a “cultura do encarceramento”, que, repita-se, agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais.

Em síntese, assiste-se ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado – União, Estados e Distrito Federal, considerados os três Poderes – como fator da violação de direitos fundamentais dos presos e da própria insegurança da sociedade. Ante tal quadro, a solução, ou conjunto de soluções, para ganhar efetividade, deve possuir alcance orgânico de mesma extensão, ou seja, deve envolver a atuação coordenada e mutuamente complementar do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, dos diferentes níveis federativos, e não apenas de um único órgão ou entidade.⁴⁹

As consequências decorrentes da violação aos direitos fundamentais da pessoa presa foram expostas no capítulo inicial dessa monografia, demonstrando a completa falência do Estado na promoção da segurança pública por meio do encarceramento – arrisca-se dizer que o efeito pode ser o inverso.⁵⁰ Nesse contexto, as políticas de segurança pública no Brasil apenas

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Intimado: União Federal e outros. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2rLTQej>>. Acesso em: 21 out. 2019.

⁵⁰ Consoante retratado no capítulo inicial desse estudo, o fomento da segurança pública por meio do encarceramento em massa pode, em verdade, resultar no incremento da violência, uma vez que as condições

seguem as diretrizes históricas de repressão aos crimes contra o patrimônio privado e tráfico de drogas, em claro direcionamento às camadas excluídas da economia formal e de baixa escolaridade, fenômeno comum em sociedades capitalistas e de grande desigualdade social. Desse modo, descreve Vanessa Chiari Gonçalves (2015, p. 229) que “o sistema carcerário funciona como aparelho reprodutor das desigualdades nas relações sociais”, contribuindo para a “manutenção da estratificação da sociedade capitalista”.

Outrossim, muito menos se garante o respeito às garantias constitucionais previstas aos privados de liberdade. Por conseguinte, a colisão dos direitos fundamentais, por meio da atuação malsucedida do Estado, ao invés de restringir o âmbito de proteção de um dos direitos colidentes, acaba em verdade anulando ambos.⁵¹

O estado de coisas institucional que vive o sistema carcerário brasileiro não é desconhecido por qualquer operador do Direito, e foi reconhecido pelo STF na ADPF supramencionada. No cotidiano da prisão, o absoluto desrespeito à Constituição Federal e à lei reflete um distanciamento gritante, reprovável e nocivo entre o âmbito normativo e a realidade fática. Portanto, a resposta para esse imbróglio residiria na reafirmação da efetividade das garantias constitucionais e com o amparo ao Poder Judiciário a fim de se demandar a restauração da juridicidade.

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência, numa ideia de evitar que os direitos essenciais da pessoa quedem tal qual letra morta (MENDES, 2013). Entretanto, na prática, o Judiciário tem feito exatamente o oposto de sua finalidade, transformando os direitos fundamentais do preso em mera retórica de papel.

Explica-se. Dentre os motivos usualmente utilizados para justificar as carências do sistema prisional, bem como a abstenção do Poder Judiciário em determinar ao Executivo uma ação efetiva, o principal argumento geralmente é a escassez de recursos públicos, na linha da teoria da reserva do possível. Nesse sentido, diante de um cenário de poucos recursos e demandas ilimitadas, caberia ao Poder Executivo, uma vez que sua atribuição, e não ao Judiciário, elaborar a seu critério as políticas públicas na alocação dos recursos públicos. Logo, a atuação estatal dependeria sempre do contexto fático e das possibilidades orçamentárias.

materiais de segregação estimulam o fortalecimento do crime organizado intramuros, e a consequência prática disso é o aumento da violência na sociedade.

⁵¹ Justifica-se a seguinte conclusão em virtude de os direitos fundamentais do preso notoriamente serem violados diariamente, bem como as pesquisas citadas no capítulo inicial desse estudo demonstrando a falência da política de segurança pública aplicada pelo Estado nas últimas décadas, conservando-se o sentimento de insegurança na sociedade, uma vez que incapaz de conter o avanço da criminalidade organizada.

Segundo a lição de Novais, “em qualquer caso, nos direitos de liberdade, ao contrário dos direitos sociais, os deveres que incumbem ao Estado são independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais”. Assim, tratando-se de garantias mínimas de dignidade humana, e não propriamente políticas públicas, parece absolutamente exequível a demanda judicial coletiva buscando a adequação dos estabelecimentos prisionais aos padrões legais ou, ao menos, assegurar o cumprimento da pena com o mínimo de dignidade.⁵²

Isto posto, consoante a análise do conflito entre os direitos fundamentais do privado de liberdade e o direito à segurança pública descrita nesse capítulo, eventual colisão entre os referidos princípios inevitavelmente deverá respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa presa – porquanto aqueles que efetivamente violados – e, mesmo num eventual juízo de ponderação, não parece ser proporcional a restrição desses direitos em prol da segurança pública, uma vez que não atendidos os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, conforme demonstrar-se-á na terceira parte desse estudo, poucas são as decisões judiciais que utilizam os instrumentos elencados pela doutrina para solver o conflito entre os direitos fundamentais colidentes. Pelo contrário, em muitos dos casos os magistrados utilizam inclusive argumentos antijurídicos para sustentar a posição de que, ante o caos social vigente na sociedade, não se pode “beneficiar” os presos pela falência do Estado em administrar o sistema penitenciário.

Nesse contexto, que os vereditos judiciais nem sempre são fundados em aspectos técnicos não é novidade para qualquer operador do direito. Entretanto, no contexto da segurança pública e do sistema carcerário, essa instabilidade pode afetar significativamente a estrutura da sociedade, considerando a sensibilidade que o assunto demanda. Assim, diária e sistematicamente, direitos fundamentais básicos dos presos insculpidos na norma constitucional são violados severamente, sob o pretexto de garantir “a ordem social” e a “segurança pública”, embora o presente estudo tenha demonstrado que no conflito aqui analisado dificilmente a prioridade recairá sob esta. Na maioria das vezes, entretanto, o Judiciário se agarra em argumentos dos mais diversos, como a separação dos poderes, para cancelar barbáries e se isentar dos problemas, empurrando a culpa ao Executivo.

Por fim, registre-se que não se desconhece que o encarceramento pode trazer efeitos positivos imediatos à segurança pública. Todavia, o cerne da análise do presente estudo está na

⁵² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 135.

possibilidade de fomentar determinado direito fundamental às custas da subsistência de outro, quando a relação entre eles não é necessariamente equivalente. Outrossim, na existência de outros modos de proteção à segurança pública, parece que, ao menos em um primeiro momento, dever-se-ia optar por aqueles que, num juízo de ponderação e/ou proteção do núcleo essencial, sejam mais efetivos ao direito fundamental colidente e menos restritivos ao ofendido. Do contrário, desobedecendo tais critérios, optar-se-á pela extinção dos direitos fundamentais da pessoa presa, porquanto a limitação de tais garantias inevitavelmente implica o seu fim, uma vez que comandos constitucionais inflexíveis – não há como restringir a dignidade da pessoa humana, porquanto conteúdo mínimo de qualquer direito fundamental.

Nesse sentido, alternativas ao *status quo* existem. Uma hipótese ao encarceramento reside na fixação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP), cujo propósito acautelador do sujeito é semelhante, sem que o submeta às condições bárbaras dos estabelecimentos prisionais. Portanto, há demonstração pelo próprio Estado de que alternativas existem, embora pouco utilizadas na prática em virtude do contexto já ponderado nessa pesquisa. Caberia, também, a – urgente – discussão acerca da necessidade da pena, cujo caráter sancionador já não possui eficácia alguma – se é que algum dia já teve. De todo modo, trata-se de questão controversa e polêmica, especialmente no belicoso contexto social vigente. Ainda assim, a fixação de critérios rígidos para a aplicação da pena privativa de liberdade se mostra uma possibilidade factível e que restringiria o encarceramento aos indivíduos que necessariamente devem ser apartados do convívio social, como em crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Ante o exposto, em um país no qual a Constituição adere a um Estado Social, esse assume a função de não somente proteger, mas primeiro suscitar na sociedade o respeito aos direitos fundamentais. Desse modo, não pode este mesmo Estado virar as costas a uma parcela de sua população, especialmente quando esta apresentar indubitável vulnerabilidade. Entretanto, parece ser essa uma escolha política daqueles que comandam o aparato estatal, numa ideia de preservar a estrutura social hoje vigente, condenando parte da sociedade – a mais indefesa, diga-se de passagem, porquanto se encontra completamente sujeita ao arbítrio do Estado⁵³ – à completa exclusão social.

⁵³ Recorde-se que no contexto de privação de liberdade o recluso se encontra em tamanha intervenção do Estado que sua própria sobrevivência não depende mais somente de si ou seus esforços, mas sim da atuação estatal (como exemplo, cita-se o fornecimento de alimentação e a infraestrutura sanitária, de higiene, de saúde e de segurança).

4 O ENFRENTAMENTO DO TEMA PELO JUDICIÁRIO

4.1 Metodologia

Uma vez construído o arcabouço teórico, passa-se à prática. Assim, o presente estudo de caso se propõe a refletir acerca das dinâmicas institucionais e jurídicas relativas ao sistema carcerário e observar de que forma os operadores do Direito — especialmente os magistrados — estão lidando com o conflito de direitos fundamentais, por meio de detida análise da fundamentação dos vereditos proferidos na seara da execução penal.

A metodologia adotada no presente estudo foi constituída de busca de decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no âmbito do sistema carcerário, com ênfase na discussão dos direitos fundamentais. Como parâmetro temporal, delimitou-se o período dos cinco anos prévios à concepção deste estudo, qual seja, entre julho de 2014 e julho de 2019. Por fim, refira-se que nessa pesquisa serão ponderadas em alguns casos somente as razões de decidir do júízo *ad quem*, uma vez que os vereditos foram colhidos do sistema de busca de jurisprudência do TJRS e, ocasionalmente, a decisão recorrida não é disponibilizada de forma completa no acórdão. Contudo, regra geral, considerar-se-á a íntegra do processo.

Como critérios de pesquisa, no sistema de busca de jurisprudência do referido tribunal, utilizou-se as variáveis “interdição”, “presídio” e “penitenciária”. Explica-se. O ato de interdição de uma casa prisional é a última *ratio* utilizada pelo magistrado, em casos nos quais a violação das garantias constitucionais é tamanha que se faz necessária uma atitude extrema. Nas palavras de Roig (2016, p. 173), “as funções interditórias são, na essência, medidas jurisdicionais de tutela da dignidade humana, que transcendem a esfera administrativa e decorrem diretamente de expressa previsão legal e da própria Constituição Federal”. Por conseguinte, a análise decisões judiciais que envolvam o referido ato implica, necessariamente, na discussão do conflito de direitos fundamentais abarcada pelo presente estudo.

No período selecionado para a pesquisa, foram encontradas vinte decisões judiciais⁵⁴ dentre os critérios buscados. Destas, dez abordaram os direitos fundamentais como razão de

⁵⁴ Agravos em Execução n. 70060982212 (j. 29/10/2014), 70060908365 (j. 03/12/2014), 70065764136 (j. 03/12/2015), 70073508640 (j. 22/06/2017), 70074417361 (j. 30/08/2017), 70074755703 (j. 24/10/2017), 70074869959 (j. 15/03/2018), 70077847796 (j. 02/08/2018), 70077633931 (j. 29/08/2018) e 70079811444 (j. 27/02/2019); Mandados de Segurança n. 70072785702 (j. 31/05/2017), 70073785297 (j. 05/07/2017), 70074119413 (j. 17/08/2017), 70074466848 (j. 24/10/2017), 70076651777 (j. 23/05/2018) e 70080292758 (j.

decidir de forma superficial, motivo pelo qual serão analisadas tão somente de maneira genérica neste estudo. Por outro lado, as demais adentraram – em diferentes graus de profundidade – na correlação jurídico-fática das garantias constitucionais, das quais seis realizaram um enfrentamento específico do tema desta monografia, razão pela qual serão analisadas pormenorizadamente adiante. Registre-se, por fim, que todas as decisões se referem a casas prisionais de presos do sexo masculino – à exceção do Presídio Estadual de Palmeira das Missões (PEPM), que possui uma cela feminina. Uma justificativa para a ausência de vereditos envolvendo cadeias para presas do sexo feminino pode residir no fato de o número de presos homens ser significativamente superior e discussões judiciais acerca de violações no cumprimento da pena, naturalmente, mais frequentes. Ressalte-se, entretanto, que isso não significa que os direitos da mulher presa não sejam violados, porquanto o presente estudo demonstrou que as vulnerações de direitos fundamentais no cárcere são generalizadas.

Ademais, é necessário um esclarecimento: a pesquisa jurisprudencial, por necessariamente alcançar somente julgamentos colegiados, abarca unicamente decisões judiciais que foram objeto de recurso na origem. Notadamente, a experiência prática demonstra que, não raras vezes, os vereditos na seara da execução penal são frutos de reuniões prévias entre todos os atores envolvidos – Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e SUSEPE –, de modo que se estabelece um verdadeiro acordo entre as partes.⁵⁵ Por conseguinte, tais decisões não são objeto de irresignação, transitando em julgado ainda no primeiro grau. Em vista disso, fogem ao alcance da análise de qualquer estudo que, à semelhança deste, utilize como fonte a pesquisa jurisprudencial.

A amostra é composta por quatro classes processuais, quais sejam: agravo em execução coletivo, mandado de segurança, apelação cível e agravo de instrumento. As duas primeiras concentram significativa parcela da amostra, à razão de dez e seis, respectivamente. Em relação aos sujeitos processuais há grande alternância entre os polos processuais, sendo que em oito delas é o Estado do Rio Grande do Sul que integra o polo ativo, enquanto que Ministério Público e Defensoria Pública figuram como recorrentes em sete e seis, nesta ordem.

Outrossim, em relação às Comarcas abrangidas, verifica-se que a amostra é constituída de 14 cidades – Camaquã, Bento Gonçalves, Lajeado, Itaqui, Palmeira das Missões, Três

27/02/2019); Apelações Cíveis n. 70065615940 (j. 16/12/2015) e 70074396599 (j. 28/03/2018); e Agravos de Instrumento n. 70066683400 (j. 12/05/2016) e 70077346567 (j. 25/07/2018).

⁵⁵ Essas reuniões são comuns. A título de exemplo, as audiências de conciliação realizadas pelo TJRS ao longo de 2019 com os Juizes da VEC/POA entre Judiciário, Executivo, Ministério Público e Defensoria Pública. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/05/13/governo-do-rs-propoe-audiencia-com-juizes-de-execucoes-criminais-sobre-presos-em-carros-e-delegacias.ghtml>>. Acesso em 05 nov. 2019.

Passos, Frederico Westphalen, Osório, Caxias do Sul, Agudo, Porto Alegre, Espumoso, Novo Hamburgo e Charqueadas –, representando todas as regiões do Estado do Rio Grande do Sul. Por conseguinte, entende-se que o presente estudo retrata de forma fidedigna a perspectiva da colisão de direitos fundamentais no contexto do sistema prisional gaúcho.

4.2 Panorama geral

Dentre as decisões que compõem a amostra desta pesquisa, em 14 delas foi determinada a interdição – parcial ou total – da(s) casa(s) prisional(is) envolvida(s) pelo juízo de execução na origem. Cinco desses vereditos foram reformadas pelo Tribunal de Justiça, sendo que três parcialmente e outras duas inteiramente cassadas. Todos os julgados, em juízo monocrático ou colegiado, fizeram menção expressa aos direitos fundamentais – seja do preso ou da segurança pública. Nesse contexto, os vereditos cuja fundamentação foi esmiuçada serão objeto de análise específica mais adiante neste estudo.

Contudo, sob um contexto geral, embora tenha havido a referência, não ocorreu grande discussão acerca da violação dos direitos fundamentais nos acórdãos de segundo grau – à exceção dos que serão abordados na sequência. Embora seja o fundamento óbvio para o decreto de interdição, mesmo nos casos em que esta é deferida, o debate acaba sendo raso. Tal qual será demonstrado adiante, a política pesa mais na seara da execução penal se comparada ao direito.

Atinente à amostra, verifica-se que houve reforma das decisões na segunda instância tão somente em casos de interdição, que totalizaram oito casos na origem. Em três desses vereditos, os argumentos utilizados pelos desembargadores foram genéricos, passando pela “realidade fática” que vive o sistema prisional gaúcho, ou então a “gravidade da situação que não afronta os direitos fundamentais após as melhorias na casa prisional”. Percebe-se, assim, que se de um lado o decreto de interdição por violação aos direitos fundamentais da pessoa presa deve ser fundamentado de forma robusta, a desinterdição não possui requisito tão poderoso.

Por outro lado, dois vereditos na origem julgaram improcedente o pedido de interdição, que partiu, em um dos casos, da Defensoria Pública, e em outro do Ministério Público. Ambas as decisões foram mantidas pelo Tribunal de Justiça integralmente. Outros dois vereditos determinaram o levantamento da interdição anteriormente deferida, sem qualquer reforma na instância superior.

Além disso, em um dos vereditos analisados, foi afastada a interdição outrora determinada, por expressa incompetência do juízo cível, e julgado procedente o pedido de

condenação do Estado do Rio Grande do Sul a construir uma nova casa prisional na Comarca de Itaquí. Julgado, este, que foi mantido pela 1ª Câmara Cível do TJRS. Tal sentença realiza um interessante cotejo entre os direitos fundamentais neste estudo, motivo pelo qual suas razões de decidir serão analisadas detalhadamente em apartado.

Outrossim, outro caso observado foi uma decisão de aumento de vagas na casa prisional de Três Passos/RS proferida pelo juízo da execução, que foi objeto de irresignação recursal pela Defensoria Pública. Entretanto, a 7ª Câmara Criminal do TJRS entendeu por manter o decreto do juízo primevo. No ponto, chamou a atenção o parecer ministerial no segundo grau pois, dentre a amostra analisada, foi o único caso no qual o Ministério Público, em que pese tenha defendido o improvimento do recurso da Defensoria Pública, fizera uma análise detalhada não só dos direitos fundamentais envolvidos, bem assim da realidade árdua e cruel que é a execução penal. Por outro lado, a decisão do colegiado não acompanhou tamanho desenvolvimento em suas razões, julgando a questão de forma superficial.

Finalmente, outra questão passível de análise é a atuação do Ministério Público no contexto do cárcere. Segundo aduz Roig (2016, p. 174), “a função primordial do Ministério Público é a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução”. Nesse sentido, transporta-se o *parquet* do polo acusatório – no processo de conhecimento – ao fiscalizatório na execução penal, na acepção formal de fiscal da lei, zelando pelo resguardo dos direitos fundamentais. Embora na maior parte dos casos tenha buscado a defesa dos direitos fundamentais da pessoa presa, em determinados momentos o Ministério Público atuou em sentido inverso – especialmente a seção do órgão em segundo grau.

Por fim, na presente pesquisa, verificou-se que, dos sete recursos nos quais o Ministério Público figurou no polo ativo, em apenas três sua conduta foi buscando a salvaguarda dos direitos fundamentais dos presos. Por sua vez, em outras quatro o *parquet* recorreu dos decretos de interdição proferidos no juízo *a quo*, divergindo da interpretação do magistrado acerca da violação das garantias da pessoa presa e defendendo a posição do Executivo.

Uma vez apresentado o panorama geral da amostra, buscar-se-á analisar na sequência as seis decisões judiciais que abordaram o conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública de maneira mais detalhada. Embora o desenvolvimento não tenha sido o mesmo nos seis veredictos, se contrapostos aos demais atos judiciais selecionados, apresentaram exposição que permite um juízo crítico acerca da fundamentação conferida.

4.3 O conflito de direitos fundamentais na prática: uma análise pormenorizada das decisões judiciais

4.3.1 “Numerus clausus”

A primeira decisão judicial a ser analisada nessa monografia se cuida de um mandado de segurança de nº 70080292758, julgado em 27 de fevereiro de 2019 pela 7ª Câmara Criminal, cujo impetrante foi o Estado do Rio Grande do Sul contra ato do Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre, que declarou a inconstitucionalidade da superlotação de três casas prisionais sob sua jurisdição. Nesse processo ocorreu o mais profundo juízo do conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública dentre os encontrados na pesquisa jurisprudencial do Tribunal de Justiça do RS, motivo pelo qual seu exame será mais denso se comparado aos demais atos judiciais selecionados.

A decisão recorrida foi proferida em conjunto nos expedientes administrativos de três casas prisionais da região metropolitana de Porto Alegre: Penitenciária Estadual de Charqueadas (PEC), Penitenciária Modulada Estadual de Charqueadas (PMEC) e Penitenciária Estadual de Arroio dos Ratos (PEAR). Ao descrever as três cadeias, assim referiu o magistrado *a quo, in verbis*:

Celas minúsculas, fétidas e mofadas. Doenças tratáveis como a tuberculose, a sarna e a sífilis em epidemia em razão de uma assistência à saúde que continua sendo letra morta da lei. Duas mortes decorrentes de tuberculose inclusive já foram confirmadas. Lixo sem ser recolhido há cerca de dois meses. Esgoto a céu aberto há anos. Agentes penitenciários exaustos em razão da absoluta falta de pessoal e da completa insegurança na qual suas jornadas de trabalho estão inseridas. Mães, avós e filhos de presos sendo submetidos a filas enormes e revistas constrangedoras. Total descontrole do Estado dentro das galerias, dominadas de ponta a ponta pelas facções. Eis a cara e as consequências da superlotação carcerária.⁵⁶

A partir desse cenário, entendeu o magistrado pela declaração de inconstitucionalidade da superlotação carcerária, ante a violação ao direito fundamental à integridade física e moral do preso, previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. Ato contínuo, trouxe à discussão a hipótese da colisão dos direitos fundamentais da pessoa presa a outros direitos, em especial a segurança pública. Nesse caso, referiu o julgador que a lógica por trás desse argumento seria de que a ausência de privação de liberdade do sujeito implica risco à ordem

⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 70080292758. Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul. Coator: Juiz de Direito do 1 Juizado da 1 VEC de Porto Alegre. Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry. Porto Alegre, 16 fev. 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/2O7Jkpr>>. Acesso em 06 nov. 2019.

pública, “vez que a redução do controle estrito do sujeito até então preso poderia causar não só uma sensação coletiva de impunidade, mas também o risco de novas infrações por parte do delinquente solto”. Sua conclusão – digna de nota – foi de que

No caso em tela, no entanto, sequer há consenso de que existe, de fato, um conflito. Primeiramente, pois há possibilidade de remanejamento de vagas sem necessidade de mudança no status de liberdade de nenhum preso. Depois, pois mesmo que houvesse mudança no status de liberdade, o direito social à segurança pública não poderia ser usado no caso específico. Isso ocorre pois não paira dúvida de que há violação dos direitos fundamentais do preso, nas circunstâncias apresentadas. Em relação à segurança pública, porém, sequer se pode se afirmar que há ameaça.

As divergências são incontáveis. Primeiro, pois o risco é abstrato tanto em relação à sensação de impunidade quanto em relação à eventual reincidência. Segundo, pois é um risco, um discurso de perigo alicerçado em um evento futuro meramente hipotético – diferentemente da violação dos direitos fundamentais do preso, os quais são concretos e já consumados. Terceiro, pois há inclusive uma literatura vasta que defende ser o cárcere um fator criminógeno, de modo que uma limitação da reclusão poderia até – hipoteticamente – causar um efeito benéfico à segurança pública.

Por fim, mesmo que houvesse uma comprovação científica de que decisões de desencarceramento ameaçam a segurança pública, a fórmula de solução oferecida por Moraes resultaria em supremacia do respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa. Nesse cenário hipotético, o fio condutor da resolução seria a harmonização através da finalidade precípua do texto constitucional, o qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e busca, em seu âmago, evitar que a vontade das majorias e as crises circunstanciais impliquem o subjugo dos direitos da minoria. Em outras palavras, está no espírito constitucional evitar que o discurso do medo importe ataque a direitos de minorias subjugadas. Além do mais, só há possibilidade de harmonização quando a redução do conteúdo normativo não significa o seu fim, como ocorreria com os direitos da pessoa presa, os quais exprimem comandos objetivos. Uma relativização da vedação de penas cruéis permite penas cruéis. Uma relativização do relaxamento de prisões ilegais permite prisões ilegais. O mesmo não ocorre com a segurança pública, que é multifatorial e posicionada em um plano futuro. Uma hipotética e incerta redução desse direito, diferentemente do primeiro caso, não implicaria sua extinção.

Feitas essas considerações, o magistrado também afastou a hipótese de relativização devido à limitação da ingerência judicial, em particular o princípio da reserva do possível, referindo que tal critério não pode ser utilizado genericamente, sendo cabível tão somente quando, no caso concreto, “for comprovada a inexistência de prejuízo à garantia do mínimo existencial e a incapacidade econômica para a prestação”. Outrossim, conceituou o dever jurídico-constitucional de supressão da superlotação, de modo a conferir efetividade aos direitos fundamentais da pessoa presa.

Por conseguinte, ante a ineficácia dos métodos usualmente utilizados no enfrentamento da superlotação carcerária, bem assim a má-fé institucional do Poder Executivo, aplicou o Juiz o princípio do *numerus clausus*, que, ao teor da decisão, “consiste na aceção de que uma pessoa

só pode ser presa se houver vaga em um estabelecimento penal”, por meio de critérios análogos aos da Resolução nº 05/2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Tal normativa prevê como limite absoluto à taxa de ocupação o equivalente a 137,5% e que, atingido esse patamar, ativar-se-á uma série de mecanismos a fim de restabelecer o percentual aos 100% – para cada vaga, um recolhido.

Por fim, discorreu o magistrado acerca de tais procedimentos, entre os quais ofícios às autoridades competentes e comitês colegiados para discussão do problema, além de filtros de entrada e saída de presos. Foram criadas, então, regras de transição a fim de tornar possível a aplicação prática do *numerus clausus* naquela jurisdição, no prazo inadiável de 06 meses.

Contra essa decisão, impetrou a Procuradoria Geral do Estado (PGE) mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em suas razões, referiu que havia risco concreto à segurança pública com a presente decisão. Nesse ponto, excerto do *mandamus*:

Da mesma forma, a alegação de que o risco à segurança pública de toda sociedade seria futuro e incerto é de todo descabida, pois basta pensar na reação em cadeia que a decisão combatida irá gerar, tendo em vista que obrigará o Poder Público a utilizar outras casas prisionais para acomodar os novos detentos que diariamente aportam no sistema prisional (ainda mais nesta época do ano) e liberar presos de forma rotineira, o que sem sombra de dúvidas provocará uma situação imediata e concreta de descontrole e impunidade, tanto para a sociedade livre como para a comunidade carcerária como um todo.

Portanto, o risco à segurança pública é imediato, certo, concreto e totalmente previsível, razão pela qual permite perfeitamente relativizar os direitos fundamentais do preso invocados na decisão guerreada.

Com a devida vênia ao entendimento esposado pela PGE, o argumento utilizado não é capaz de justificar a relativização dos direitos fundamentais da pessoa presa. Em primeiro lugar, uma vez conferido ao Estado o poder de punir, igualmente – ou mais importante – é o dever de garantir-lhe o mínimo de dignidade enquanto está sob sua tutela. Com efeito, cai por terra a alegação de sentimento de “impunidade” – arguido pela PGE – ante a decisão guerreada, uma vez que as consequências do ato judicial se devem unicamente à completa falência da atuação estatal no sistema prisional. Segundo, claramente a presente manifestação busca priorizar a “sociedade livre”, porquanto não há como inferir relação direta entre a soltura de presos e o aumento da criminalidade, ao passo que manter um indivíduo segregado em condições subumanas poderia ser um fator igualmente estimulante à reincidência criminal. Dessarte, consoante demonstrado, o risco à segurança pública não é “imediato, certo, concreto e totalmente previsível”, tal qual aduzido pelo ente estatal, ainda que assim se manifeste

certamente ancorado no espírito de vingança social, num claro ato de subjugação da pessoa presa.

Pois bem, retorna-se à exposição dos autos. Ao julgar o presente mandado de segurança, o Desembargador relator utilizou em boa parte de seu voto os fundamentos utilizados pelo magistrado *a quo*. Segundo o julgador *ad quem*, houve, na decisão hostilizada, uma “distinção entre valores, optando por aqueles que são mais valiosos, como é o caso da dignidade da pessoa humana”. Referiu, ainda, que respeita a posição da Procuradoria Geral de Justiça – que, em seu parecer no segundo grau, opinou pela concessão da ordem ao Estado do RS – em pleitear a segregação dos apenas em quaisquer condições, conquanto resguardadas a “segurança pública” e a “capacidade financeira do Estado”. Segundo ele, esse posicionamento é “extremamente popular” e que o impetrante, ao adotá-lo, “goza do consolo adicional proporcionado pela crença de que o povo não se engana”.

Na sequência, fez referências ao acórdão da ADPF nº 347 do STF e aduziu que o Judiciário pode ter participação ativa “quando a violação dos direitos fundamentais alcançar a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial”. Mencionou, ainda, que o Juízo *a quo* tão somente respeitou as regras previstas nas legislações constitucionais e penais, além de tratados internacionais. Finalmente, não vislumbrou direito líquido e certo do Estado do RS sendo ameaçado, ao passo que denegou a segurança, no que foi acompanhado pelos demais Desembargadores.

Retomando a análise do caso concreto e do mandado de segurança, a decisão recorrida discorre, ao longo de cinquenta páginas, acerca da cruel realidade de três casas prisionais gaúchas – que poderia, facilmente, se adequar a qualquer cadeia brasileira. Inicialmente, após esmiuçar os fatos que ensejaram a determinação, referiu a inconstitucionalidade da superlotação carcerária e da vulneração dos direitos fundamentais da pessoa presa. Ato contínuo, demonstrou a impossibilidade de relativizar a superlotação carcerária e do dever jurídico-constitucional de suprimi-la. Em verdade, o veredito foi preciso ao mapear a gravíssima situação do sistema prisional e ofereceu uma alternativa para minorar o caos. Dentre a amostra desse estudo, foi a decisão que de forma mais profunda analisou todos os aspectos envolvidos na violação dos direitos fundamentais do preso, incluindo a proposição de uma alternativa a fim de cessar tal cenário.

Ademais, o magistrado enfrentou a colisão entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito à segurança pública de maneira específica e pormenorizada, algo que não ocorreu em nenhuma outra decisão encontrada no período delimitado para a amostra desta pesquisa. Outrossim, em relação ao mérito, a conclusão do Juiz foi a mesma que a preconizada

pela doutrina e exposta nessa monografia. A esse respeito, pregou o julgador a tese de que, havendo colisão, os direitos da pessoa presa seriam antepostos, dado que possuem conteúdo central na dignidade da pessoa humana. Ademais, uma eventual relativização só seria possível caso a redução não significasse o seu fim, exatamente o que ocorre num cenário de vulneração dos direitos mínimos garantidos à pessoa privada de liberdade. Por outro lado, o mesmo não ocorreria com a segurança pública que, por ser multifatorial, uma eventual flexibilização não implicaria a sua extinção.

Nesse contexto, a premissa levantada por essa monografia é a mesma perfectibilizada na presente decisão judicial: sob qualquer perspectiva analisada, não se poderia afirmar que há um conflito entre os direitos fundamentais analisados, pois o suposto *feedback* negativo do respeito às garantias do preso à segurança pública é, no mínimo, hipotético, conforme expõe o magistrado. Não obstante, uma vez considerada a existência do conflito, seja pela ótica da proporcionalidade ou do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em nenhum cenário caberia a vulneração dos direitos fundamentais da pessoa presa em detrimento da segurança pública, vez que isso acarretaria em sua completa anulação, despiando a pessoa privada de liberdade de qualquer resquício de dignidade.

O julgador *ad quem*, por sua vez, é preciso ao analisar que decisões que subjagam os direitos da pessoa presa costumam gozar do prestígio popular, mas que não cabe ao Poder Judiciário tal atuação. Pelo contrário, ao citar a posição do STF no julgamento da ADPF nº 347, constantemente mencionada nesse estudo, reiterou que incumbe a ele participação ativa nos casos em que “a violação dos direitos fundamentais alcançar a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial”, exatamente o que ocorreu no caso concreto.

Nesse sentido, nada mais fez o julgador originário que “respeitar as regras estabelecidas nas legislações constitucionais e penais [...] de modo a minimizar a crise carcerária”. Ao Estado e à sociedade, entretanto, no contexto específico do sistema prisional, parece que esse comportamento espanta e revolta. O magistrado *a quo* afastou ainda as possibilidades de limitação da ingerência judicial, rechaçando a hipótese da reserva do possível – que será analisada adiante, em outra decisão.

Por fim, apresentou uma alternativa ao Poder Executivo, a fim de frear a violação estrutural de direitos fundamentais, com regras de transição e prazo para cumprimento, com o propósito de cessar o caos atual: o princípio do *numerus clausus*. De acordo com o magistrado *a quo*, não se trata de um novo paradigma, visto que se refere tão somente ao cumprimento da lei; entretanto, conforme aduz, “a legalidade é a exceção no sistema penitenciário”. Assim, ao

garantir que cada vaga seja ocupada por somente um apenado, a decisão em questão buscou nada mais do que aplicar a legislação vigente.

Os critérios aplicados para a redução progressiva da superlotação prisional foram os previstos na Resolução nº 05/2016 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que por sua vez possui autorização legal prevista no art. 85, parágrafo único, da LEP.⁵⁷ Não seria exagero afirmar que tais parâmetros, em especial o filtro de entrada e saída de presos, poderiam ser aplicados a maioria das casas prisionais nas quais há taxa de ocupação superior à capacidade de engenharia. Bastaria, nesse caso, uma gestão eficiente do Poder Executivo no sistema carcerário – quanto à alocação de recursos – e uma atuação firme do Poder Judiciário no tocante ao filtro de entrada – por meio de estratégias de juízo das prisões cautelares. O que se percebe, entretanto, é exatamente o oposto: o Estado não é capaz de sequer prover o mínimo existencial aos privados de liberdade, e os poucos recursos que ainda investe são mal geridos – veja-se o crescimento de vagas no regime fechado, embora ainda abaixo do percentual de crescimento da população carcerária, enquanto os regimes semiaberto e aberto não possuem aumento real de vagas há muitos anos. O Judiciário, por sua vez, abusa das prisões cautelares, em sua maioria completamente desnecessárias, agravando o caos do sistema prisional, bem como torna cada vez mais morosa a tramitação dos processos, prolongando no tempo as prisões preventivas.

Finalmente, o princípio do *numerus clausus*, a seu turno, não deveria ser tratado como inovação alguma, visto que tão somente busca aplicar o óbvio: para cada vaga em uma penitenciária, um preso recolhido. O que impressiona, nesse contexto, é que a aplicação da lei na seara da execução penal gera revolta social e incredulidade estatal.

Conclui-se, em suma, que a presente decisão é um marco no sistema prisional gaúcho, por ser inédita na perspectiva da análise dos direitos fundamentais envolvidos e na adoção de medidas efetivas para cessar o *status quo*. Todavia, embora plenamente alicerçada na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, valendo-se de critérios materiais objetivos para sua realização, tornar-se-á inócua sem a atuação conjunta dos demais Poderes. Por conseguinte, o simples fato de ser objeto de recurso por parte do Executivo – bem assim as manifestações da PGE em sua insurgência – já demonstra, em boa medida, que o interesse estatal passa longe do respeito às garantias constitucionais à pessoa presa.

⁵⁷ Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

4.3.2 Reforma e construção de presídio para preservar os direitos fundamentais de todos

O presente caso se refere a uma apelação cível, julgada pela 1ª Câmara Cível do TJRS sob o nº 70065615940, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do Estado do Rio Grande do Sul, sujeita a remessa necessária. Neste processo, em interessante cotejo entre os direitos fundamentais do preso e o direito à segurança pública, à unanimidade, foi dado parcial provimento ao recurso em 16 de dezembro de 2015, tão somente para afastar a incidência da multa por descumprimento da sentença, no mais confirmada a decisão de 1º grau. Deste acórdão foi interposto recurso extraordinário, sem notícia de julgamento até a conclusão desse estudo.

A decisão originária, proferida pelo magistrado da 1ª Vara Judicial de Itaqui, julgou procedente o pedido, condenando o Estado do Rio Grande do Sul a adotar todas as providências legais, administrativas e orçamentárias necessárias para a construção de novo presídio naquela comarca, no prazo de dezoito meses, a contar da prolação da sentença. Caso descumprida, o Juízo fixou multa diária de cinco mil reais ou, a critério do credor, de sequestro de recursos para a execução da obra.

Inconformado, o Estado do Rio Grande do Sul recorreu da decisão ao Tribunal de Justiça. Aduziu, inicialmente, que não competia ao Ministério Público a tentativa de forçar o Poder Judiciário a administrar a situação, e que a definição das prioridades de um governo é ato discricionário do Poder Executivo, sendo a questão orçamentária atribuição exclusiva deste Poder. Trouxe aos autos o princípio da reserva do possível, ante a situação financeira prejudicada do Estado. Propôs, por fim, alternativamente, o afastamento da astreinte e ampliação do prazo mínimo para o cumprimento da obrigação.

Em seu voto, o Desembargador relator referiu que, segundo entendimento pacífico dos tribunais, “admite-se controle judicial de políticas públicas quando comprovada omissão estatal”. Ademais, “em se tratando de respeito à dignidade da pessoa humana, não há espaço para a prevalência da reserva do possível”.

Nesse contexto, mencionou o julgador que o enfoque dado nos autos não deve ser o da separação dos poderes e da reserva do possível, mas sim da impossível desvinculação entre os direitos fundamentais e o Estado Democrático Social de Direito. A esse respeito, consignou que a dignidade da pessoa humana perfaz a base dos direitos fundamentais, verdadeiro valor fundante da república. *In verbis*:

Do cotejo dos autos, depreende-se que viola substancialmente o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana a aglomeração sub-humana de presos na Penitenciária Estadual de Itaqui, em número muito superior às vagas existentes, e a precariedade das instalações.

[...]

O Presídio Estadual de Itaqui, com efeito, localiza-se no centro da cidade, o que agrava ainda mais a situação caso levada a efeito uma rebelião, cuja possibilidade, sem qualquer dúvida, haja vistas as insustentáveis e indignas instalações, sem quaisquer condições de higiene e segurança, inclusive com um número menor de camas do que de presos, é cada vez mais iminente.⁵⁸

Aduziu, por conseguinte, que se trata de “uma questão de segurança pública”. Ademais, “de proteção não apenas à dignidade dos encarcerados, mas da segurança de toda a coletividade”.

Quanto à Tripartição dos Poderes, referiu o Desembargador que a violação de direitos fundamentais, ante a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. Em relação à reserva do possível, esta não se aplicaria quando se está diante de direitos fundamentais, uma vez que se buscou preservar tanto a dignidade da vida humana como a segurança dos cidadãos. Na sequência, afastou a astreinte e manteve o bloqueio de valores para a execução do projeto – questões que são alheias ao objeto desse estudo. E, por fim, manteve o prazo de dezoito meses para o cumprimento da sentença, ante a “violação não apenas da integridade dos apenados, mas colocando em risco a segurança da sociedade”.

Entre todos os acórdãos analisados nesse estudo, este foi o único que realizou um paralelo entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública no qual se entendeu que a proteção de um igualmente tutela o outro. Isso porque, primeiramente, tal qual trazido na parte inicial dessa monografia, há profunda relação entre ambos. Ao restringir os primeiros, as consequências ao segundo são inevitáveis, de modo que acabam refletindo negativamente na seara da segurança, que repercute em toda a sociedade, e não só à população presa.

Ademais, acertadamente refere o voto do relator quanto à possibilidade de atuação do Judiciário, uma vez que comprovada a omissão estatal e, principalmente, ante a violação profunda da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa presa. Não há o que se falar em reserva do possível no caso concreto, portanto, muito embora não se desconheça a situação financeira caótica do governo estadual. Isso porque, na linha do que já foi afirmado nesse estudo, entende a doutrina que a limitação financeira não pode ser

⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70065615940. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal. Porto Alegre, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/32xYpWx>>. Acesso em 09 nov. 2019.

utilizada como argumento nos casos em que a vulneração atingir as garantias mínimas de humanidade, devendo ser prontamente afastada quando a sua adoção implique violação ao núcleo essencial dos direitos constitucionais fundamentais.⁵⁹ Não é diferente o entendimento das Cortes Superiores: o STJ, por meio do Informativo nº 0543, afirmou que a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede a intervenção do Poder Judiciário como “forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como supremos de uma sociedade fraterna”.⁶⁰

Por conseguinte, afastou o Desembargador com precisão os argumentos elencados pelo Estado do Rio Grande do Sul para justificar a permanência do *status quo*. Da análise do acórdão, resta incontroversa a violação perene dos direitos fundamentais dos indivíduos segregados na Penitenciária Estadual de Itaqui, atingindo o núcleo essencial de tais garantias, vez que havia desrespeito ao direito à integridade física e moral, bem como à individualização da pena, não obstante em especial à dignidade da pessoa humana.

Oportunamente, insta salientar que o fato de tais situações ocorrerem diuturnamente nas penitenciárias não pode ser utilizado como argumento para tolerar tais violações. Se assim fosse, estar-se-ia legitimando uma atuação inconstitucional do Estado, àquele que justamente concerne o oposto. Portanto, compete ao Judiciário, enquanto sua função precípua, operar a fim de salvaguardar os direitos fundamentais. E, tal qual aduziu o julgador, a tutela da pessoa presa reflete, equitativamente, a toda sociedade.

4.3.3 O mínimo existencial em detrimento da reserva do possível

Trata-se de ação civil pública submetida à remessa necessária, de nº 70074396599, cujo apelante foi o Estado do Rio Grande do Sul e apelado o Ministério Público. Tal recurso foi provido em parte, com acolhimento da preliminar de julgamento ultra petita, ambos à unanimidade, pela 7ª Câmara Criminal do TJRS, na data de 28 de março de 2018. Nesse caso específico, chama a atenção o paralelo feito pelo magistrado *a quo* entre a reserva do possível e o mínimo existencial, exatamente no sentido pontuado pela parte inicial desse estudo.

⁵⁹ Tal postulado prevê que as prestações exigidas do Estado podem ser protestadas judicialmente, desde que tal ordem seja financeiramente possível. Todavia, o entendimento de que tal teoria descabe nos casos de ofensa ao núcleo essencial dos direitos foi assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 592.581/RS, sendo reafirmado no julgamento da ADPF 347, na mesma Corte Suprema.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0543, de 13 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf>. Acesso em 09 nov. 2019.

Pois bem. O pedido originário do Ministério Público fez relevante contextualização fática acerca da situação do Presídio Estadual de Palmeira as Missões (PEPM), no qual se verificava superlotação que estava “pondo em risco os padrões mínimos de dignidade humana, bem como a coletividade, que é originado (sic) do presídio – situação incompatível com um Estado de Direito Democrático baseado na dignidade da pessoa humana”.⁶¹ Segundo o *parquet*, desta superlotação, decorriam “riscos aos direitos fundamentais dos detentos (vida, saúde, integridade física) e, diretamente, ao princípio da dignidade humana”. Referiu, por fim, se não bastasse, “direitos fundamentais outros que os citados também estão em causa, ou seja, além da violação aos bens e interesses constitucionalmente protegidos dos detentos, o direito fundamental à segurança – sob o prisma da coletividade – também está comprometido”, já que graças à superlotação “são comuns brigas e fugas do estabelecimento, e o escopo de ressocialização está prejudicado”.

Com essas considerações, o magistrado da Comarca de Palmeira das Missões entendeu pela procedência da ação, determinando a transferência emergencial do número excedente de presos, limitando a 109 apenados em celas masculinas e 11 presas em celas femininas, no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária; e que, no prazo de 180 dias, o Estado do RS iniciasse as obras necessárias para ampliação do espaço físico ou incremento no número de vagas no edifício existente, ou desse início à construção de novo estabelecimento prisional, sob pena de multa diária.

O Estado do Rio Grande do Sul recorreu dessa decisão ao TJRS. Preliminarmente, referiu que a sentença configurou julgamento ultra petita, vez que a determinação de obras na casa prisional ou construção de novo presídio não constou da exordial, sendo que a presente ação trataria tão somente da interdição parcial da penitenciária. No mérito, frisou que o dispositivo sentencial é inexecutável ante a crise do sistema penitenciário que é notória, não havendo vagas em outros estabelecimentos prisionais. Aduziu diversos fatos conhecidos da realidade prisional gaúcha, tais quais o número reduzido de servidores e o aumento da população carcerária.

Ainda em suas razões recursais, o ente estadual afirmou que a sentença prolatada violou o princípio da separação dos poderes, vez que as decisões contraditórias do Judiciário – interdição de presídios e determinação de remoção de presos em delegacias – geram caos

⁶¹ De acordo com a exordial, cada preso ocupava, em média, uma área de 1m², quando a LEP assegura um espaço mínimo de 6m² a cada preso.

administrativo. Assim, a resolução do problema deveria considerar os ditames legais e os gastos do Poder Público, observando a previsão orçamentária e a reserva do possível.

O relator do caso no Tribunal entendeu pela procedência da preliminar ventilada pelo Estado do RS – fato que não será abordado em detalhes por não ser de interesse ao objeto de estudo dessa monografia. Atinente ao mérito, sintetizou o julgador que

A presente ação, em verdade, retrata mais um capítulo em que se vê estampada a gravíssima e infindável crise do sistema prisional gaúcho, que, diga-se, não somente traz consequências deletérias para o indivíduo a ele submetido, física e psicologicamente, pois que o Estado tem sobre o preso a responsabilidade de tudo o que diz com sua custódia, mas também, tal estado de coisas, por via reflexa, repercute evidentemente no combate ao crime e no controle da violência, pois que as condições atuais dos presídios do Estado do Rio Grande do Sul sequer espelham as mínimas diretrizes constitucionais e tampouco correspondem aos postulados da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984).⁶²

Referiu, nesse sentido, que cabe ao Judiciário, ante o caos penitenciário, buscar alternativas dentre sua competência e possibilidade, de modo a garantir que as penas sejam cumpridas com a “observância mínima dos direitos constitucionais e legais dos apenados”. A esse respeito, aduziu que é “dever do Estado garantir que os presos cumpram suas penas em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei”.

A seguir, o relator apresentou um cotejo interessante entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Consoante o magistrado, restou demonstrado nos autos que os apenados estão segregados em condições precárias, “inviabilizando o cumprimento da pena de maneira digna”. Desse modo, caracterizada a “afronta aos direitos dos presos e, por conseguinte ao princípio da dignidade da pessoa humana, não há falar em ‘reserva do possível’, porquanto tais direitos estão assegurados ao ‘mínimo existencial’”.

Por meio dessa fundamentação, manteve a interdição do Presídio Estadual de Palmeira das Missões (PEPM), limitando o número de presos em 109 apenados em celas masculinas e 11 nas femininas, determinando a transferência dos que excedessem a esse número. Por fim, afastou a multa por descumprimento aplicada no Juízo *a quo*. Seu voto foi acompanhado, à unanimidade, pelos demais integrantes da 7ª Câmara Criminal.

Nesse caso concreto, importa ressaltar a análise realizada pelo magistrado *ad quem* acerca da relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Muito embora não tenha tecido considerações exaustivas sobre o tema, em seu voto o Desembargador inicialmente

⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70074396599. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 28 mar. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2qBiyxI>>. Acesso em 09 nov. 2019.

conceituou ambos os conceitos e, na sequência, os aplicou ao contexto em análise, o que, por si só, já diferencia o presente julgado da maioria absoluta analisada, que tão somente o afastam ou aplicam sem maiores observações.

In casu, referiu o julgador de segundo grau que restaram demonstradas, da análise dos autos, as condições precárias as quais os apenados estavam submetidos, inviabilizando o cumprimento da pena de maneira digna. A esse respeito, não parece pairar dúvida quanto a essa conclusão, uma vez que, conforme manifestação ministerial, cada preso ocupava na PEPM, em média, uma área de um metro quadrado, ao passo que o previsto na LEP é de seis metros quadrados, inexistindo espaço físico sequer para colocar colchões no chão para todos os privados de liberdade. Ademais, não havia cobertas suficientes para o frio, bem como não existiam produtos de limpeza e higiene disponíveis. Por conseguinte, um retrato incontestado da violação à integridade física e moral do preso, vulnerando especialmente o núcleo essencial de tal direito. Incontroverso, portanto, que inexistente dignidade nesse cenário.

Com efeito, aduziu o voto que num contexto de afronta aos direitos fundamentais do preso e à dignidade da pessoa humana, não cabe falar em reserva do possível, uma vez que tais direitos estariam assegurados ao mínimo existencial, definido no acórdão como “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”. Veja-se, assim, que o mínimo existencial está contido no núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa presa, exatamente no sentido trazido por este estudo no capítulo anterior.

Percebe-se, assim, que acerta o acórdão em suas disposições, uma vez que patente a afronta aos direitos fundamentais da pessoa presa e ao seu núcleo essencial, de modo que qualquer alegação de ordem econômica não possui o condão de eximir o Poder Executivo de sua responsabilidade, bem como possibilita ao Poder Judiciário interferir na questão a fim de exercer sua função de guardião das garantias constitucionais. Contudo, tal qual em inúmeras áreas do Direito, a segurança jurídica aqui não existe. Em situações semelhantes a desses autos – que são comuns, consoante já exposto neste estudo – as determinações judiciais seguidamente possuem desfecho contrário, e algumas delas serão analisadas adiante.

4.3.4 Os Centros de Triagem e a preservação da ordem e da segurança pública

O próximo acórdão analisado se refere a um mandado de segurança, de nº 70076651777, impetrado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra ato da Juíza de Direito da 1ª Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre, nos autos do Expediente Administrativo 5836-

17/000003-5, que tramita naquele Juízo. Na decisão recorrida, a magistrada determinou o fechamento dos Centros de Triagem da Cadeia Pública de Porto Alegre (CPPA). A 1ª Câmara Cível do TJRS – a mesma do segundo julgado analisado nesse estudo –, à unanimidade, em 23 de maio de 2018, concedeu a segurança ao Estado do RS, cassando a decisão do Juízo *a quo*.

Na origem, a Juíza da VEC/POA determinou o fechamento dos Centros de Triagem da CPPA em vista da ilegalidade absoluta do local, inicialmente concebido para uma rápida passagem dos presos antes de sua alocação definitiva no sistema, porém transformado em local de cumprimento de pena em completa dissonância aos requisitos legais para tal. Na época, o sistema prisional gaúcho vivia um completo caos, com ausência absoluta de vagas para o recolhimento dos presos, e tais espaços serviram, em verdade, para deslocar os presos, inicialmente algemados às viaturas de polícia,⁶³ em ônibus-cela,⁶⁴ em celas de delegacias de polícia ou mesmo aos corrimões de tais locais,⁶⁵ logo, visíveis aos olhos da sociedade, para um local sigiloso e oculto, encobrendo a barbárie em sua segregação.

Klöckner (2018, p. 98), descrevendo tais Centros de Triagem, refere que

Estes últimos centros foram concebidos como uma espécie de mini-presídio, com corredor e celas coletivas, mas sem qualquer estrutura administrativa, sem assistência, sem espaço para atendimento de advogados e sem autorização para visitas de familiares. Basicamente um depósito. Agora, com paredes de concreto e grades firmes. Agora, com cara de prisão. Uma invenção da administração completamente desprovida de amparo legal e criada para esconder os dejetos humanos até então recolhidos nas delegacias. Recolhidos nesses centros de triagem, os presos ficariam longe da imprensa e não mais causariam atritos entre o Governo e a força policial. Para a administração, um acerto e tanto. Neutralizados, bem guardados, a baixo custo e silenciados.

Diante desse cenário estarrecedor, entendeu o Juízo *a quo* pelo fechamento dos Centros de Triagem I e II da Cadeia Pública de Porto Alegre até a regularização do local, com a transferência de todos os presos que lá estavam recolhidos há mais de cinco dias, bem como proibindo a entrada de outros privados de liberdade. Ademais, impôs outras medidas cautelatórias e sancionatórias, entre as quais a condução coercitiva do então Secretário de Segurança Pública do RS, Cezar Schirmer, a uma delegacia de polícia para que fosse lavrado

⁶³ GAÚCHAZH. Presos são algemados a viaturas em Porto Alegre. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/07/presos-sao-almemados-a-viaturas-em-porto-alegre-cjk3yos9g01ru01p64vjaxmw0.html>>. Acesso em 09 nov. 2019.

⁶⁴ GAÚCHAZH. VÍDEO: conheça o interior do Trovão Azul, ônibus-cela da Susepe. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/11/video-conheca-o-interior-do-trovaio-azul-onibus-cela-da-susepe-8554440.html>>. Acesso em 09 nov. 2019.

⁶⁵ G1RS. Presos voltam a ficar algemados em corrimão de delegacia e em porta-malas de viatura no RS. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/presos-voltam-a-ficar-almemados-em-corrimalo-de-delegacia-e-em-porta-malas-de-viatura-no-rs.ghtml>>. Acesso em 09 nov. 2019.

boletim de ocorrência por crime de desobediência, ante as reiteradas práticas de ocultação na intimação de decisões proferidas pela VEC/POA, além da imposição de multa pessoal ao gestor público.

À época, em declarações à imprensa acerca da decisão da magistrada, o Secretário Cezar Schirmer referiu que o Governo do RS fez um grande investimento na construção das duas unidades e que elas não seriam fechadas. Aduziu, ainda, que “a interdição foi um despropósito” porque o Estado estaria trabalhando, e que estavam “há dez dias perdendo tempo para contestar a interdição dos centros de triagem”.⁶⁶

Nas razões recursais do mandado de segurança, o Estado do Rio Grande do Sul teceu considerações acerca das sanções pessoais ao Secretário de Segurança Pública, as quais não são o foco desse estudo e por isso não serão analisadas. A seguir, mencionou que os Centros de Triagem foram construídos a fim de evitar a detenção prolongada em delegacias de polícia, sendo apenas locais de passagem, nos quais seriam assegurados os serviços essenciais e garantidos os direitos dos presos. Referiu, ainda, que o prazo de cinco dias era inexecutável ante a dificuldade de vagas nos presídios. Aduziu, por fim, que com a conclusão de outras casas prisionais seria possível contornar a situação de ausência de vagas. Requereu, dessa forma, a suspensão da interdição dos Centros de Triagem I e II da CPPA.

Ao julgar o recurso, o Desembargador relator iniciou seu voto referindo que “em que pese o local seja irregular para o cumprimento de pena, e embora desprovido de previsão legal, [...] restou comprovada a necessidade de manutenção do funcionamento dos CTs”. Segundo o julgador, “as condições dos Centros de Triagem, embora não sejam ideais, mostram-se mais adequadas ao menos para que se aguarde a transferência ao estabelecimento prisional, desde que observado o limite da capacidade de engenharia”.

A seguir, mencionou que, “tendo em vista o contexto fático exposto, que demonstra a impossibilidade da transferência imediata dos presos ao estabelecimento prisional compatível ao cumprimento das respectivas penas”, bem como a “necessidade de se preservar a ordem e a segurança pública, em observância ao interesse de toda a coletividade”, deveria ser mantido o funcionamento dos Centros de Triagem, prorrogado até o mês de agosto de 2018. Outrossim, condicionado ao prazo máximo de trinta dias de permanência de cada preso no local, bem como ao limite de oito pessoas por cela, “a fim de resguardar a dignidade dos apenados”.

⁶⁶ CORREIO DO POVO. Após polêmica, centros de triagem serão anexados à Cadeia Pública de Porto Alegre. Disponível em: <<https://www.correiodopovo.com.br/noticias/policia/apos-polemica-centros-de-triagem-serao-anexados-a-cadeia-publica-de-porto-alegre-1.254849>>. Acesso em 09 nov. 2019.

O Desembargador revisor do caso também teceu algumas considerações sobre o caso, dignas de nota nesse estudo. Nesse sentido, excerto do acórdão, *in verbis*:

Na realidade vigente, tanto não podemos ignorar a grave crise do sistema prisional brasileiro, quanto não podemos ignorar que os criminosos não temem cometer atos, inclusive cada vez mais violentos, e não são pobres e descamisados, mas normalmente perigosos profissionais da delinquência, e todos sabem das más condições dos presídios, da superlotação etc. e mesmo assim não se intimidam, portanto, assumem o risco; logo, delas não podem se queixar quando são presos.⁶⁷

O terceiro Desembargador, por fim, acompanhou o relator. Desse modo, à unanimidade, foi concedida a segurança ao Estado do Rio Grande do Sul.

Antes de adentrar na análise do presente acórdão, merecedor de vastas considerações já que extremamente questionável, cabe um apontamento: embora apresentem conclusões completamente antagônicas, tanto o presente julgado quanto aquele analisado no tópico 4.3.2 desse estudo – no qual houve relevante cotejo entre os direitos fundamentais da pessoa presa e a segurança pública – são oriundos do mesmo órgão julgador, qual seja, a 1ª Câmara Cível do TJRS. Com efeito, o intervalo de tempo entre as duas decisões foi de pouco mais de dois anos e meio, o qual parece curto para uma mudança tão profunda de entendimento entre os Desembargadores. De todo modo, esse é apenas um dos aspectos a ser analisado nessa decisão.

Qualquer operador do Direito espera que a legalidade seja o norte à condução dos atos do Judiciário. Entretanto, no caso concreto, os julgadores parecem ter ignorado tais preceitos e, no que mais parece um grande “acórdão” com o Poder Executivo, cancelaram explicitamente as violações aos direitos fundamentais dos presos segregados nestes Centros de Triagem, objetivando resguardar a “ordem pública”.

Explica-se. No voto condutor do acórdão, o Desembargador relator referiu que os Centros de Triagem não observam os dispositivos da Lei de Execuções Penais, encontrando-se irregulares para o cumprimento de pena e desprovidos de previsão legal. Ainda assim, entendeu que, por apresentar finalidade de contenção temporária e provisória dos presos, restou necessária a manutenção do funcionamento de tais locais, porquanto puseram fim à situação anteriormente degradante a que estavam submetidos os apenados.

Isto é, o status de violação de direitos fundamentais dos presos não se modificou, tão somente mudou de local: das delegacias de polícia e das vias públicas, para um “puxadinho”

⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 70076651777. Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul. Coator: Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 23 mai. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2K7Enf4>>. Acesso em 09 nov. 2019.

construído nos fundos do pior presídio do país,⁶⁸ nos quais se encontravam impossibilitados de receber atendimento jurídico ou visita familiar. A proibição dessas últimas, embora o Executivo alegue que ocorria em virtude de os locais não possuírem “acesso adequado e pavimentado, com terreno irregular, com obras e maquinários”, pareceu se dar com o objetivo de esconder a barbárie e a tortura praticadas pelo Estado.

Com efeito, o julgador *ad quem* justificou que “tendo em vista o contexto fático acima exposto” – veja-se que a justificativa sempre passa por esse argumento –, bem como “a necessidade de se preservar a ordem e a segurança pública, em observância ao interesse de toda a coletividade”, entendeu pela manutenção no funcionamento dos Centros de Triagem. Embora sucinta a manifestação, as poucas palavras sintetizam com clareza o pensamento do Desembargador: uma vez que a decisão originária previa a soltura dos presos submetidos às condições já mencionadas, a concessão da segurança e a preservação do *status quo* garantem que os privados de liberdade não fossem soltos, colocando, na visão do magistrado, a segurança da população em risco.

Confirma-se, desse modo, a hipótese de pesquisa desse estudo: havendo um (suposto) conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública, na maioria dos casos acaba prevalecendo o segundo, ainda que ausente qualquer fundamento doutrinário e constitucional para tal, bem assim em flagrante desrespeito aos preceitos da proporcionalidade e, em especial, do núcleo essencial desses direitos. Infelizmente, decisões nesse sentido são frequentes na rotina da execução penal.

Ademais, consoante apresentado no segundo capítulo da presente monografia, a condução do caso concreto em um juízo de ponderação demonstra que, tanto se observadas a adequação, a necessidade ou a proporcionalidade em sentido estrito, desrespeita qualquer desses subprincípios. Em relação ao primeiro, não se verifica relação entre a manutenção da segregação em condições torturantes para refrear a criminalidade – pelo contrário, já foi exposto nesse estudo que o efeito pode ser o inverso, justamente pela atuação das facções criminosas no sistema prisional. Atinente à necessidade, por sua vez, sequer é possível afirmar que se trata de meio eficaz para trazer segurança à sociedade; contudo, ainda que fosse, certamente não se refere ao meio menos gravoso, o que já foi demonstrado nessa monografia. Por fim, concernente à proporcionalidade em sentido estrito, talvez esse se mostre o ponto mais crítico na análise da colisão entre os direitos fundamentais aqui analisados. Isso porque restou constatado que o

⁶⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. 2009. p. 488. Disponível em: <<http://bit.ly/2K7u2zS>>. Acesso em 17 nov. 2019. Tal denominação é conferida pela CPI. Em outro trecho, refere-se ao presídio como “masmorra do século XXI” (p. 170).

fomento à segurança pública por meio do encarceramento em massa vulnera o núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa presa, vez que a submete a condições completamente indignas ao cumprimento da pena ou da prisão cautelar.

Por conseguinte, dado que a restrição de determinado direito fundamental deve necessariamente respeitar o seu núcleo essencial e, no caso concreto, este é constituído pela dignidade da pessoa humana, conclui-se que a decisão exarada pelo TJRS não pode ser aceita, uma vez que condena os privados de liberdade à limitação de suas garantias em grau muito excedente ao tolerado. Assim, seja pelo critério de ponderação ou pela análise do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tal julgado vai contra os preceitos doutrinários e constitucionais. Ademais, apenas a título argumentativo, o mesmo argumento trazido na análise da decisão do *numerus clausus* (tópico 4.3.1) se aplica a esse caso: somente caberia uma relativização dos direitos fundamentais da pessoa presa caso esse fenômeno não implicasse em extinção destes.

Por fim, cabe uma crítica à manifestação do Desembargador revisor do presente julgamento. Sua declaração, aduzindo que os presos sabem as condições das penitenciárias e que, ao delinquir, delas não podem se queixar é uma afronta ao Estado Democrático de Direito, porquanto em nenhuma hipótese é admissível restringir – ou extinguir – direitos fundamentais meramente com objetivo retributivo ou punitivo. O poder sancionador conferido ao Estado, em caso algum, lhe confere direito a sujeitar aqueles sob sua tutela a quaisquer condições, muito menos suscitar a chancela da tortura.

Ademais, tal decisão é paradigmática exatamente na questão midiática mencionada na introdução desta monografia. Considerando a enraizada ligação entre o sistema prisional e a segurança pública, inúmeras determinações judiciais na seara da execução penal acabam sendo manchete dos mais variados veículos de mídia – geralmente divorciadas de quaisquer fundamentos jurídicos e analisadas sob uma perspectiva extremamente sensacionalista. Desse modo, a mídia acaba ratificando decisões completamente divorciadas de fundamentos jurídicos, tão somente para ceder ao apelo popular que, sabidamente, é carregado de ódio, em inequívoco retorno à fase de vingança penal. Esse círculo vicioso, entre mídia e o Poder Judiciário, acaba estimulando a continuidade de decisões “não jurídicas”, como se coubesse a este Poder dar voz ao anseio da população ao invés de zelar pela legalidade e defesa da Constituição.

4.3.5 A violação de direitos fundamentais por “impossibilidade prática”

Cuida-se de agravo em execução penal nº 70074417361, interposto pela Defensoria Pública nos autos do expediente nº 045/2017, da Vara de Execuções Criminais de Osório, objetivando a reforma da decisão proferida por este Juízo quanto à interdição parcial da Penitenciária Modulada Estadual de Osório (PMEO). O recurso foi julgado improvido pela 5ª Câmara Criminal do TJRS em 30 de agosto de 2017.

Neste caso, o Juízo *a quo* entendeu pelo deferimento parcial do pedido de interdição da PME0, reconhecendo a situação de superlotação, contudo fixando a taxa de ocupação máxima da referida casa prisional em 237% no regime fechado – o equivalente a 1 545 presos, enquanto a capacidade de engenharia era de 650 presos. Condiçãoou a desinterdição, por fim, a dois pontos: (i) que a capacidade de presos não excedesse a 200% do número de vagas criadas) e (ii) que o sistema de esgoto da casa prisional estivesse em funcionamento.

Irresignada, a Defensoria Pública recorreu ao Tribunal de Justiça, requerendo o estabelecimento da taxa de ocupação ao limite de 137,5% da capacidade de engenharia, patamar fixado pelo CNPCP. Para justificar tal demanda, referiu os riscos de se manter um presídio superlotado, bem como as violações a direitos humanos inerentes ao cumprimento da pena naquelas condições. Por fim, aduziu que o estabelecimento penal deveria ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, o que não ocorreu no caso concreto.

À unanimidade, a 5ª Câmara Criminal manteve integralmente a decisão de 1º grau. Todavia, alguns aspectos do acórdão merecem destaque. Embora não faça menção expressa à prevalência do direito à segurança pública, o julgamento declaradamente ofende direitos fundamentais da pessoa presa, em claro propósito punitivo e retributivo.

Em seu voto, a Desembargadora relatora aduziu que a solução preconizada pela agravante seria a ideal, todavia, “a limitação operada deve ser analisada dentro do contexto fático vigente”. Em seguida, teceu alguns comentários acerca da situação carcerária do país, adjetivando-a como “preocupante” e “alarmante”. Referiu, ainda, que os apenados são sujeitos a “condições degradantes, humilhantes e, muitas vezes, subumanas em razão da superlotação dos presídios”.⁶⁹

No entanto, declarou que a responsabilidade pela gestão de vagas nas casas prisionais é do Poder Executivo, ao passo que o Poder Judiciário “na ausência de uma solução adequada

⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70074417361. Agravante: Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des.ª Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, 30 ago. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2R2wAn4>>. Acesso em 12 nov. 2019

por quem de direito, tem agido da forma como lhe é possível, adotando as medidas que estão ao seu alcance”. Menciona, inclusive, que haveria “limitações à intervenção judicial”, de modo que o pleito da Defensoria Pública seria “louvável, porém inviável de ser acolhido por total impossibilidade de colocá-lo em prática”. Encerrou afirmando que a medida adotada pelo Juízo a quo é “a que mais se amolda à realidade atual”.

Ora, fosse essa a conduta do Judiciário, em agir conforme suas possibilidades, não haveria que se falar em analisar o “contexto fático vigente” ou “medidas ao seu alcance”, tal qual referido em capítulos anteriores desse estudo, porquanto se está restringindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais da pessoa presa. Assim, de modo algum deveria ser tolerada a taxa de ocupação acima do patamar de 137,5% – que já é superior à capacidade, não obstante o CNPCP entenda que a segregação nessas condições é digna – vez que se está a vulnerar direitos fundamentais básicos como a integridade física e moral do preso e a vedação às penas cruéis. O que ocorre, na verdade, é que indiretamente a relatora acaba privilegiando o direito social à segurança pública, uma vez que ratifica o cumprimento da pena em condições sabidamente indignas para garantir a manutenção da ordem pública, o que já restou demonstrado no presente estudo como errôneo. Outrossim, não há impossibilidade prática de acolhimento do pleito defensivo, uma vez que a defesa de direitos fundamentais é uma das principais atribuições do Poder Judiciário.

Detalhes como a ocupação da casa prisional em grau superior ao dobro da capacidade e a ausência de saneamento básico não geram qualquer dúvida acerca da vulneração dos direitos fundamentais da pessoa presa no caso concreto, bem assim quanto à dignidade da pessoa humana como núcleo essencial de tais direitos. Implicitamente, a julgadora fez referência à teoria da reserva do possível, já afastada em análise anterior, porquanto incabível no caso de ofensa ao núcleo essencial. Reitere-se que fixar a lotação máxima de uma casa prisional em 237% – ou seja, praticamente 2,5 presos para cada vaga disponível – se trata de incontestável medida de violação de direitos básicos da pessoa presa, uma vez que é impossível o cumprimento da pena com o mínimo de dignidade nessas condições.

Outrossim, em momento algum a magistrada *ad quem* sequer considerou as garantias constitucionais relativas ao cárcere, nem mesmo sob o aspecto limitador da restrição de direitos, vez que a dignidade da pessoa humana deveria cumprir esse papel. Pelo contrário, ratificou a violação sob o argumento de que as medidas “podem não se aproximar do ideal”, porém “representam o possível dentro do contexto fático vigente”.

Trata-se, portanto, de decisão judicial cuja rasa fundamentação vai contra os preceitos doutrinários levantados nesse estudo, especialmente por ignorar mandamentos primordiais – tais quais o núcleo essencial dos direitos fundamentais –, bem como por fazer uso de argumentos incabíveis para o fim proposto, ante o “contexto fático vigente”. Um importante exemplo da rotineira inércia do Poder Judiciário no caos do sistema carcerário, bem assim às decisões vazias, tão combatidas nessa monografia.

4.3.6 “A melhor solução possível, considerado o contexto fático vigente”

Trata-se de agravo em execução penal nº 70077633931, interposto pela Defensoria Pública nos autos do expediente permanente nº 8709/2008, da Vara de Execuções Criminais de Novo Hamburgo, cujo objeto foi a interdição parcial do Instituto Penal de Novo Hamburgo (IPNH), tendo sido acolhido em parte pelo juízo *a quo*. O julgamento colegiado ocorreu em 29 de agosto de 2018, pela 5ª Câmara Criminal do TJRS.

A decisão recorrida fixou o teto-limite do IPNH em 50% acima da capacidade estrutural – ou seja, à taxa de ocupação de 150% –, bem como vedou o ingresso de novos apenados caso superado o limite estabelecido, salvo expressa autorização judicial em contrário. Em relação ao “controle da porta de entrada”,⁷⁰ entendeu ser incabível à casa prisional por esta ser destinada a presos do regime semiaberto. Ademais, no que se refere à “organização da porta de saída”,⁷¹ aduziu que algumas medidas já estavam sendo tomadas pela VEC/NH, tais quais a dispensa dos exames psicossociais e de procedimentos administrativos disciplinares (PADs) para a concessão de benefícios, contudo afastou a possibilidade de remissão ficta por ausência de previsão legal. Ainda, uma vez atingido o patamar máximo de lotação, possibilitou a autorização de monitoramento eletrônico aos presos do regime semiaberto. Por outro lado, afastou a conversão automática das penas privativas de liberdade em restritivas de direito, devendo tal pleito ser requerido individualmente. Finalmente, afastou a pretensão de instauração de uma comissão presidida pelo Juiz da VEC/NH e integrada por representantes do Ministério Público, Defensoria Pública, SUSEPE, Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Conselho da Comunidade de Novo Hamburgo a fim de controlar a superlotação do IPNH.

⁷⁰ Refere-se ao monitoramento da duração dos processos onde há réus sob prisão cautelar. Nesses casos, quando a vigência da prisão se torna demasiada, oficia-se ao juízo do conhecimento para que este avalie a necessidade da manutenção da segregação cautelar.

⁷¹ Esta, por sua vez, visa a agilizar a progressão de presos para que as vagas ocupadas por aqueles presos cuja progressão acaba sendo retardada por questões burocráticas, abrindo espaço para novos recolhidos.

A Defensoria Pública recorreu dessa decisão ao TJRS, buscando o atendimento de todos os pleitos iniciais. Em suas razões, aduziu que deveria ser reconhecida a superlotação do IPNH à taxa de ocupação acima de 137,5% da capacidade – patamar estabelecido pelo CNPCP. Dessa forma, requereu a interdição parcial da casa prisional, vedando o ingresso de outros presos pelo período de seis meses, prorrogáveis até a equalização da decisão ou redução da população carcerária para patamar aquém de 137,5%. Reiterou a necessidade da implementação de um plano de redução do contingente carcerário, por meio de medidas concretas, tais como o controle de porta de entrada e da fila da porta de saída. Discorreu, por fim, sobre a realidade carcerária e os direitos fundamentais violados pela superlotação do IPNH.

Da mesma forma como no acórdão anterior analisado, porquanto de mesma relatoria, a 5ª Câmara Criminal manteve incólume a decisão do juízo *a quo*. Os argumentos, diga-se de passagem, foram extremamente semelhantes, embora inegavelmente a situação da Penitenciária Modulada Estadual de Osório fosse ainda mais estarrecedora do que no caso do Instituto Penal de Novo Hamburgo. Outrossim, sabidamente as condições de segregação do regime fechado no país são muito mais rígidas e, por conseguinte, possibilitam um grau de violação de direitos fundamentais amplamente superior se comparadas aos regimes mais brandos.

Nessa perspectiva, quanto à taxa de ocupação máxima fixada para a casa prisional, a relatora referiu que “a solução preconizada pela agravante seria a ideal”, “todavia, a limitação operada deve ser analisada dentro do contexto fático vigente”. Na sequência, aduziu que o Judiciário “tem agido da forma como lhe é possível, adotando as medidas que estão ao seu alcance”. Finalizou citando que “o pleito da Defensoria Pública é louvável, porém inviável de ser acolhido por total impossibilidade de colocá-lo em prática”. Veja-se que tais manifestações se assemelham àquelas referidas no julgado analisado acima, de mesma relatoria, embora afastados em aproximadamente um ano, bem como se referindo a regimes de cumprimento diversos.⁷²

Chama a atenção, por conseguinte, que embora casos totalmente distintos – o primeiro referente à Penitenciária Modulada Estadual de Osório, com patamar de lotação máxima fixado ao regime fechado, ao passo que no segundo, atinente ao Instituto Penal de Novo Hamburgo, casa prisional de regime semiaberto –, as razões de decidir são muito similares – para não dizer idênticas. Diversas expressões utilizadas em ambas as decisões são iguais, entre as quais

⁷² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70077633931. Agravante: Defensoria Pública. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des.ª Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, 29 ago. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2XUli4y>>. Acesso em 14 nov. 2019

“representam o possível dentro do contexto fático vigente” e que “o Poder Judiciário tem agido da forma como lhe é possível”.

Tal situação é grave e exemplificativa da forma como o Judiciário enfrenta o caos penitenciário – por meio de modelos, ausência de fundamentação e profundo descaso. Demonstram-se, portanto, duas situações: a primeira, que o Judiciário ratifica a violação de direitos fundamentais da pessoa presa, vulnerando o núcleo essencial de garantias individuais; e, por segundo, que este se omite de sua função precípua, qual seja, a defesa de tais direitos, atribuindo ao Poder Executivo culpa exclusiva de um imbróglio que, em verdade, nos termos do que já levantado nesse estudo, constitui responsabilidade concorrente a todos os Poderes.

4.4 Perspectivas futuras

O quadro de decisões analisadas permite traçar algumas perspectivas, ainda que boa parte delas possa se configurar mero exercício de conjecturas. De modo geral, não há como utilizar um padrão temporal para prever o caminho da jurisprudência, uma vez que houve decisões em favor dos direitos da pessoa presa e à segurança pública em todos os anos do período analisado.

Todavia, isso não significa que a sensação que o presente estudo deixa seja satisfatória e que os mandamentos constitucionais e doutrinários serão respeitados no futuro. Com efeito, vive-se no Brasil um momento político conturbado, no qual a revolta social tem explodido contra as minorias. Assim, o Poder Executivo tem reagido por meio da proposição de medidas de recrudescimento do sistema criminal – nesse sentido o Pacote Anticrime do Governo Federal, o Projeto de Lei nº 882/2019.⁷³ Se há anos a política de segurança pública se dá por meio do encarceramento em massa, hoje há verdadeiro projeto de poder e legitimação por meio dele. Nesse contexto, nunca antes a crença de que “bandido bom é bandido morto” esteve tão em voga no país.

Pior do que essa escolha política, equivocada consoante já abordado neste estudo, é o fato do encarceramento não atingir todas as camadas sociais e apresentar uma “clientela preferencial”: o jovem, negro e pobre. Antes disso, em verdade, atua o Estado em uma “criminalização secundária profundamente seletiva e desigual”. Nesse contexto, o Estado de

⁷³ Estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Entre elas, a inclusão de excludente de ilicitude para os agentes policiais em serviço e a obrigatoriedade de que todos os condenados reincidentes ou com indícios de "conduta criminal habitual, reiterada ou profissional" já comecem a cumprir pena em regime fechado.

Direito não atinge a todos cidadãos, verificando-se um estado de polícia permanente direcionado aos “subcidadãos brasileiros”, no qual inexistem quaisquer direitos. A esses indivíduos há tão somente a repressão (GONÇALVES, 2015, p. 235-236). Nesse cenário, prossegue a transformação do Estado Social para um Estado Penal, agravando a exclusão e a desigualdade e, por consequência, criminalizando de forma crescente a pobreza e ampliando a seletividade penal.

Por fim, a mídia aparenta papel fundamental nesse contexto: investe cada vez mais em um jornalismo sensacionalista, fomentando um discurso criminalizador na sociedade e ampliando o sentimento de vingança social. A esse respeito, tal qual anteriormente mencionado, decisões judiciais que defendam os direitos fundamentais da pessoa presa – ainda que tão somente apliquem as regras constitucionais – acabam sendo duramente criticadas na imprensa por (supostamente) enfraquecer a segurança pública, argumento já rechaçado nesta monografia, mas que insiste em ser utilizado no meio jurídico e fora dele. Essas críticas, ainda que desprovidas de qualquer fundamento legal, parecem contaminar os veredictos e geram inquietação aos operadores do Direito.

Diante do exposto, as perspectivas futuras não parecem ser as melhores à aplicação das garantias constitucionais e respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa. O que não significa que tal situação deva ser aceita, uma vez que é papel de qualquer operador do direito lutar pela defesa dos direitos fundamentais. Em virtude disso, e com este fim, é que surge a presente monografia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Citando o magistrado da 1ª Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre em sua decisão quando da aplicação do princípio do *numerus clausus*, “não há caminho fora do Direito”. Trata-se da proposição central da presente monografia, a qual buscou, desde a sua origem, afastar aspectos antijurídicos e analisar o conflito entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito à segurança pública de forma técnica e em consonância aos preceitos constitucionais e legais. Importa ressaltar, ainda, que a construção desse trabalho se deu recordando a cara e o cheiro da cadeia a cada palavra escrita, vistos *in loco* em diversas inspeções judiciais acompanhadas nas casas prisionais das Varas de Execução Criminal de Porto Alegre e que jamais serão esquecidas.

Menciona Aury Lopes Jr. (2005) o principal inconveniente da execução penal: o suposto consenso acerca da possibilidade do total abandono das garantias. É neste cenário teratológico que nasce essa pesquisa, buscando demonstrar que a legalidade e os direitos subjetivos podem – e devem – ser respeitados. Calar-se diante da barbárie que se tornou o sistema carcerário é aquiescer ante a podridão de um sistema que marginaliza, criminaliza e seleciona a população mais vulnerável – a verdadeira clientela do sistema penal.

Com esta finalidade, essa pesquisa iniciou pelo estudo das garantias constitucionais conferidas à pessoa presa. Ao explicitar a vedação às penas cruéis, a individualização da pena e o direito à integridade física e moral, percebeu-se que estes não passam de letra morta. Não se vê quaisquer dessas garantias na prática da execução penal. A violação sistemática desses direitos fundamentais é a regra. Ato contínuo, conceituado o direito social à segurança pública, mostrou-se que este demanda uma ação comissiva estatal que, por natureza, é multifacetada.

Assim, compreendeu-se que o autoritarismo implantado na gestão do aparelho securitário é verdadeira escolha política, porquanto a opção do fomento da segurança pública por meio do encarceramento em massa se mostra ineficaz há décadas e os instrumentos indiretos de melhoria das condições sociais da população são ignorados. Cuida-se, portanto, de eleição com o fim de manter a estrutura desejada pelo sistema capitalista. Com efeito, o encarceramento em massa é a perfeita materialização prática da correlação entre os dois direitos fundamentais, permeada em um círculo vicioso em que há constante retroalimentação negativa entre ambos.

Por conseguinte, verificou-se que sequer parece haver consenso sobre a existência de um conflito entre os direitos fundamentais analisados, e os argumentos para tal conclusão são inúmeros. Primeiro, os direitos fundamentais da pessoa presa são garantias individuais, ao passo

que o direito social à segurança pública é um direito social; nesse sentido, poder-se-ia falar em multifatoriedade dos direitos de segunda dimensão, uma vez que a atuação comissiva estatal pode se dar de diversas formas, ao passo que o mesmo é inexecutável nos direitos de primeira dimensão, uma vez que demandam uma abstenção do Estado e são comandos inflexíveis – não há como esperar outra ação no caso do respeito à integridade física e moral do preso que não o próprio comando constitucional; qualquer relativização importaria a vulneração de tal direito.

Na sequência, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa não implica necessariamente em colocá-las em liberdade. Pelo contrário, não se desconhece a legitimidade da pena enquanto instrumento retribuidor da quebra do contrato social – embora se discuta a sua efetividade. Todavia, a mesma limitação à conduta ilícita deve ser conferida à estrutura sancionadora, sendo que as garantias constitucionais ligadas ao cárcere nascem justamente para frear o poder punitivo do Estado. Por conseguinte, bastaria que o ente estatal provesse condições materiais dignas para o cumprimento da pena, o que está longe de ocorrer no Brasil.

Por fim, uma vez reconhecida a incapacidade do Estado em fornecer a estrutura mencionada acima, infere-se que é apontada frequentemente a premissa de que a ordem pública seria ameaçada caso fossem priorizados os direitos da pessoa presa, uma vez que mais “criminosos” seriam mantidos em liberdade e, conseqüentemente, ocasionaria o crescimento do índice de criminalidade geral e reincidência desses indivíduos. Entretanto, tal alegação é tão somente um risco, baseado em evento futuro hipotético e, consoante mencionado nesta monografia, sem embasamento científico. Logo, não passa de um discurso de medo que, ante a ausência de qualquer lógica, busca justificar por meio do pânico uma escolha política.

Não obstante, uma vez que o referido conflito é levantado com frequência pela jurisprudência, restou comprovado que eventual colisão entre os direitos fundamentais da pessoa presa e o direito social à segurança pública não encontra resposta senão por meio da dignidade da pessoa humana. Eventual relativização dos primeiros implicaria, necessariamente, em sua extinção.

Com efeito, por um juízo de ponderação, sopesando os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não se vislumbra a hipótese, em qualquer desses, de prevalência da segurança pública aos direitos fundamentais afetos ao cárcere. Justifica-se. Quanto ao primeiro, há controvérsia acerca da eficácia na restrição dos direitos ao cárcere a fim de salvaguardar a segurança pública – o efeito parece ser o contrário, graças às facções criminosas. No que diz respeito à necessidade, não se trata do menos meio gravoso a fim de se obter seu alcance. Por fim, atinente ao último, reside aqui o cerne da colisão dos

referidos direitos fundamentais. Tal conclusão se justifica porque o fomento da segurança pública por meio do encarceramento em massa viola de forma completamente desproporcional os direitos fundamentais da pessoa presa. Nesse sentido, vê-se que a restrição é tamanha que desnatura completamente tais direitos, causando o seu fim. Incontroverso, portanto, que não há de se falar em preponderância da segurança pública ante os direitos fundamentais afetos ao cárcere, caso se entenda pela existência do conflito.

Não é diferente a compreensão caso se analise a problemática pela ótica do núcleo essencial de tais direitos, porquanto não há como despir os privados de liberdade da condição de sujeitos de direitos, o que impede quaisquer restrições a suas garantias constitucionais que afetem seu conteúdo mais íntimo. Não há dúvida, nesse sentido, de que a dignidade da pessoa humana compõe o núcleo essencial de tais direitos. Por conseguinte, analisando o cenário em questão, incontroverso o fato de que as restrições impostas às pessoas presas têm ocasionado o desaparecimento de qualquer dignidade dessa população, o que contraria o preceito levantado por Canotilho, inaceitável diante dos mandamentos constitucionais.

Dessarte, ainda que não haja evidências de que o resguardo dos direitos da pessoa presa afete a segurança pública, não se desconhece a opção do Estado, política, de priorizar o segundo em detrimento dos primeiros. Entretanto, tal escolha não permite a vulneração dos direitos fundamentais ligados ao cárcere, especialmente a dignidade da pessoa humana, o núcleo fundamental de tais garantias. Não se pode tolerar vulneração a garantias constitucionais somente por percepções de impunidade, reiteração delitiva e aumento da criminalidade. A esse respeito, a literatura já demonstrou que o encarceramento em massa, instrumento de promoção da segurança pública, se trata de estratégia falida e que, conforme pregou Vanessa Chiari Gonçalves (2015, p. 229), produz “o controle das massas de subcidadãos por meio da intimidação e da inevitável estigmatização dos selecionados pelo poder punitivo estatal”.

É nesse contexto que desponta o Poder Judiciário como elemento chave. É imprescindível que este assumo seu papel de protetor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, a fim de que não consistam em palavras vazias sem qualquer efetividade. O que se viu nesse estudo em regra, todavia, foi o oposto.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro em 2015, pouco ou nada mudou desde então. Uma explicação para esse fenômeno pode residir no fato de as decisões dos Tribunais Superiores se mostrarem abstratas em demasia, possuindo pouca imposição de cumprimento ao Estado. A esse respeito, o sistema de freios e contrapesos não constitui barreira intransponível

quando a questão envolve manifesta violação a direitos fundamentais. Bastaria, portanto, empenho.

Tal interesse não foi observado na prática. Embora algumas decisões judiciais da amostra selecionada tenham respeitado os parâmetros levantados nesse estudo – nesse sentido destaca-se o veredito da 1ª VEC/POA que aplicou o princípio do *numerus clausus*, inclusive transitado em julgado –, foram encontradas decisões completamente divorciadas de fundamentos constitucionais ou legais. Nestas circunstâncias, verificou-se que o Poder Judiciário atribuiu importância superior à segurança pública em clara preponderância ao que entendeu ser a “sociedade de direito”, em detrimento da parcela marginalizada e selecionada pelo sistema penal.

Nesse contexto, nos casos judicializados o Poder Executivo se utilizou das mais diversas estratégias de eximir sua responsabilidade, fazendo referência à separação dos poderes, inexecutabilidade fática, princípio da reserva do possível, entre outras. Conforme ponderado, nenhuma dessas possui o condão de justificar a extrema violação dos direitos fundamentais da pessoa presa vivenciada no sistema carcerário. Ainda assim, em diversos julgados o Poder Judiciário, no que mais pareceu um grande “acordo” entre Poderes, chancelou tais barbáries ante a “situação fática vigente”, conferiu legitimidade às decisões administrativas do Executivo ou, pior, se isentou de responsabilidade, ignorando seu papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Contudo, mesmo nas hipóteses nas quais o Poder Judiciário determinou que fossem tomadas medidas para cessar a violação dos direitos fundamentais da pessoa presa, pouco ou nada se fez. Percebeu-se, assim, que as decisões judiciais acabam tendo limitada eficácia, visto que não há vinculação ou obrigação do Executivo de solucionar o impasse e, ainda que houvesse, não há interesse algum. Por conseguinte, na ausência de medidas enérgicas, tal cenário não tende a apresentar qualquer modificação a curto prazo.

A solução inicial para esse imbróglio histórico parece residir no desenvolvimento, pelo Estado, de políticas em matéria de prevenção social do delito em âmbito integral, visando combater as causas que suscitam a comissão de delitos e condutas antissociais. Abandonando, desse modo, a atuação repressiva consequencial, falida há décadas e que possui baixa eficácia. Prender mais gera aumento da violência, recrudesce o crime organizado e proporciona tortura no sistema prisional. Ademais, alternativas como as medidas cautelares diversas da prisão e a discussão acerca da necessidade da pena também permeiam essa discussão e devem ser mais

debatidas. Nesse contexto, a resolução para o *status quo* passa, necessariamente, pela atuação conjunta dos Três Poderes.

Trata-se, portanto, de questão complexa, permeada por aspectos políticos e econômicos que envolve a atuação conjunta dos Três Poderes, porquanto atos isolados de quaisquer deles se mostram inócuos. A conclusão precisa que a presente monografia pode oferecer, por fim, é que o *status quo* é insustentável, no qual há violação de todos os direitos fundamentais abordados e cujo fomento preconizado pelo Estado acaba, contraditoriamente, produzindo o oposto.

Finalmente, registre-se que esta pesquisa não visou ao esgotamento do tema. Nesse sentido, importa mencionar que há parca doutrina acerca da análise do conflito entre direitos fundamentais abordados nessa monografia, ao passo que menos ainda contemplando uma análise jurisprudencial. Caberia, para um estudo próximo, o aprofundamento do exame das políticas de segurança pública e de sua inerente relação com a estrutura de poder vigente, ancorada na criminologia crítica. Ademais, em relação à atuação do Judiciário, ampliar o escopo da amostra a nível nacional, bem assim observar se o fenômeno existente no Brasil se manifesta em outros países. Como objetivo último – e talvez uma utopia –, a perspectiva de uma exequibilidade humanitária do encarceramento.⁷⁴

⁷⁴ Expressão trazida por Oliveira (2018, p. 327), que remete à “possibilidade de respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, em concreto, no local da prisão”.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Crimen, punición y prisiones em Brasil**: um retrato sin retoques. Revista Quórum, v. 16, 2006, p. 41-49. Disponível em: <<http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down178.pdf>>. Acesso em 13 set. 2019.

ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul. 1999. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 21 out. 2019.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; BASSO, Maura. **Segurança Pública e Direitos Fundamentais**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 21-32, jul./dez. 2008

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Execução penal e o mito da ressocialização: disfunções da pena privativa de liberdade**. Curitiba: Juruá, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. **Direitos, Fundamentais para quem?** Mídia, Direito Penal e criminalização da pobreza. Revista dos Tribunais | vol. 893/2010 | p. 385 - 406 | Mar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed., atual. – São Paulo: Malheiros, 2017.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário**. 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=5>. Acesso em 01 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0543, de 13 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf>. Acesso em 09 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Intimado: União Federal e outros. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2rLTQej>>. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2OyWKfB>>. Acesso em: 03 set. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. rev. e atualizada. Trad. Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves; JOFFILY, Tiago. **Democracia e encarceramento em massa: provocações de teoria política ao estado penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 152, p. 383 – 422, 2019.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral – 7. ed.** – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **A repressão penal no Brasil Contemporâneo pelo olhar da criminologia radical**. Unilasalle: Revista Eletrônica Direito E Sociedade, Canoas, v.3, n.1, p. 223-238, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Segurança pública: diagnóstico e prevenção**. In: Leal, César Barros; Piedade Júnior, Heitor (coords.). **A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KLÖCKNER, Conrado. **A superlotação carcerária e os dejetos humanos: estudos de caso sobre intervenção judicial na administração penitenciária da Comarca de Porto Alegre**. 2018. 125 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

LOPES JR, Aury Celso Lima. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Juízo e prisão**: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre : Boutique Jurídica, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70074417361. Agravante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, 30 ago. 2017. Disponível em: <<http://bit.ly/2R2wAn4>>. Acesso em 12 nov. 2019

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal 70077633931. Agravante: Defensoria Pública. Agravado: Ministério Público. Relatora: Des.^a Cristina Pereira Gonzales. Porto Alegre, 29 ago. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2XUIi4y>>. Acesso em 14 nov. 2019

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70065615940. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal. Porto Alegre, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/32xYpWx>>. Acesso em 09 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70074396599. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 28 mar. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2qBiyxI>>. Acesso em 09 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 70076651777. Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul. Coator: Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck. Porto Alegre, 23 mai. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2K7Enf4>>. Acesso em 09 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 70080292758. Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul. Coator: Juiz de Direito do 1 Juizado da 1 VEC de Porto Alegre. Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry. Porto Alegre, 16 fev. 2019. Disponível em: <<http://bit.ly/2O7Jkpr>>. Acesso em 06 nov. 2019.

ROIG, Rodrigo Duarte Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**: aportes hermenêuticos. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. **Colisão de direitos fundamentais**: princípio da dignidade humana como critério material de ponderação Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 76/2011, p. 115 – 138, Jul - Set/ 2011.

SANTOS, Fernando Nascimento. **Direito Penal criptografado**: a humanidade das penas e o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Revista dos Tribunais, vol. 981/2017, p. 213 – 238, Jul / 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais e a ponderação de bens**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 91.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública na nova ordem constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

SOUZA, Taiguara L. S. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. 375 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

WINOGRON, Alberto Liebling Kopittke. **Segurança Pública e democracia no Brasil**: uma história de desencontros. 2016. 172 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.