

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-446-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade

Plural. 4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 19 e 21 de julho de 2017 e teve como tema central "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas".

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Daniela Menengoti Ribeiro, Edinilson Donisete Machado e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LAICIDADE ESTATAL, LIBERDADE RELIGIOSA E RECONHECIMENTO: A POLÊMICA SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE ROUPAS RELIGIOSAS DURANTE O HORÁRIO DE TRABALHO

2. PRISÕES CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE CULPA: NOTAS HISTÓRICAS SOBRE ESTA DIALÉTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE MATERIAL E CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA PARA UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE REUNIÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

7. O DIREITO À MANIFESTAÇÃO E A REPRESSÃO DO ESTADO EM NOME DA SEGURANÇA NACIONAL: UMA REFLEXÃO SOBRE OS MOVIMENTOS DE PROTESTO NO BRASIL.

8. O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA NA SOCIEDADE SOLIDÁRIA E A CATEGORIZAÇÃO DE PESSOAS

9. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA

10. A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS NO IRPF E A TUTELA JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.

11. A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO FORMA DE

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VOLTADO AO CONTRIBUINTE DEVEDOR

12. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL EM FACE DA CONSTANTE BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NOS CASOS DE FIM DE VIDA

13. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO UNIVERSAL

14. UMA LEITURA ATUAL DO TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À VIDA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

15. A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E DA NÃO-INTERVENÇÃO EM FACE DA SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

16. A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE QUALIDADE DO AR

17. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

18. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE URBANA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

19. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO ADEQUADO GARANTIDOR DO DIREITO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A ANÁLISE QUANTO A LEGITIMIDADE ATIVA SECUNDÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - Unicesumar

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM e UENP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

RESPONSABILIDADE CIVIL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

CIVIL RESPONSIBILITY AND THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF FAIRS IN THE BRAZILIAN PRISION SYSTEM

Samira Henriques Haddad

Resumo

Esse trabalho examina a responsabilidade civil do Estado pela violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como base duas ações em trâmite no Supremo Tribunal Federal: o Recurso Extraordinário nº 580.252 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Ambas as ações relacionam a situação precária do sistema carcerário brasileiro e a atuação estatal. Trata também da aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e propõe a adoção da responsabilidade subjetiva do Estado no caso de omissão de políticas públicas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do estado, Princípio da dignidade da pessoa humana, Estado de coisas inconstitucional, Omissão de políticas públicas, Atuação estatal, Sistema carcerário brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines the civil liability of the State for violating the principle of the dignity of the human person, based on two lawsuits in the Federal Supreme Court: Extraordinary Appeal No. 580,252 and Claim of non-compliance of a fundamental precept No. 347. Both lawsuits relate the precarious situation of the Brazilian prison system and the performance of the State. It also deals with the application of the Unconstitutional state of Fairs theory and proposes the adoption of the State's subjective liability in the case of omission of public policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State's civil liability, Principle of the dignity of the human person, Unconstitutional state of fairs, Omission of public policies, State performance, Brazilian prison system

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maior do Estado brasileiro, promulgada em outubro de 1988, momento de importância histórica para o país, traz em seu bojo a positivação de uma série de direitos e garantias, contrapondo os anos de cerceamento vividos na ditadura.

Por meio dela, pretendeu-se uma audaciosa mudança de paradigma, escreveu-se sobre direitos que, passados vinte e oito anos, ainda não se pode dizer estarem garantidos a toda a população brasileira. Foi apelidada de Constituição Cidadã, mas o país ainda busca, inclusive no judiciário, forças para se fazer cumprir as normas estatuídas. Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 e 2012 (CNJ, 2011, 2012), aponta que o Estado é o maior litigante do Poder Judiciário, forte indício da dificuldade do poder público em atender o que ele próprio instituiu como dever.

O presente trabalho busca examinar as alternativas jurídicas para uma dessas situações em que a prática estatal destoa da previsão constitucional. Especificamente, examinar-se-á duas ações atualmente em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF): o Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, sob a ótica da dignidade da pessoa humana diante do alvitre praticado nas penitenciárias.

O RE nº 580.252 trata da pretensão de um detento de receber indenização por dano moral do Estado decorrente da excessiva população carcerária. Já a ADPF nº 347 requer o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro com a adoção de diversas medidas requeridas pelo autor da ação, o Partido Socialismo e Liberdade, PSOL, para a solução da situação de afronta à dignidade da pessoa humana perpetrada pelo sistema carcerário brasileiro.

Dessa forma, a problemática reside no estudo a respeito de qual solução jurídica seria a mais adequada para enfrentar o descumprimento pelo próprio Estado das normas previstas na Constituição. Não se trata, entretanto, de mero desatendimento à ordem direta emanada da Carta Magna, mas sim de uma atuação ineficiente, posto que a Administração Pública ou adota medidas incapazes de solucionar o problema, ou omite-se e deixa de apresentar projetos substanciais para a cessação da violação dos direitos dos presos. Consubstancia-se em um estudo da omissão estatal na implementação de políticas públicas.

O dano experimentado pelos detentos relaciona-se com a situação de vida a que são submetidos no cárcere. Alega-se tratar de dano moral, já que o direito da personalidade violado seria o da dignidade da pessoa humana. A atuação do Estado, ou sua não atuação, ao cuidar do sistema carcerário, não estaria sendo suficiente para que fosse conferido o mínimo existencial.

Sedimentadas tais prerrogativas, proceder-se-á ao exame das manifestações dos ilustres Ministros do STF quando da análise das citadas ações. Perpassa também sobre a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e a implementação de políticas públicas.

Todo esse estudo se faz necessário para a conclusão do que vem a ser a situação da população carcerária brasileira e quais as soluções jurídicas para se atender aos dispositivos constitucionais, respeitando não só a dignidade da pessoa humana, mas também a independência e a harmonia dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Possui relevância ainda a presente discussão, por versar sobre questão de atuação do Estado em desarmonia com os preceitos constitucionais, fato que não é exclusivamente observado no sistema carcerário. Assim, é possível também estender este trabalho a outras áreas em que as políticas públicas implementadas pela administração são insuficientes ou ineficazes na promoção dos direitos e garantias constitucionais atribuídos à população brasileira, como saúde e educação, dentre outros.

2 DA ATUAÇÃO DO ESTADO

A forma como o Estado atua na sociedade é o alvo do presente trabalho. A tripartição do poder em Executivo, Legislativo e Judiciário traz apenas uma distinção de funções típicas, mas, sendo o poder uno, essa divisão tem relevância apenas na organização das atividades estatais. Dessa forma, tem-se que o Estado age por meio de atos jurídicos classificados em três categorias distintas: atos legislativos (as leis), atos judiciais (decisões judiciais) e atos administrativos.

Quanto à definição do que se entende por ato administrativo, trata-se de espécie de ato jurídico, e conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles (2015, p.167), “deste se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública” (grifei).

O poder do Estado é limitado pela lei, ou seja, a atuação do administrador público encontra regramento no sistema jurídico vigente. É esse regramento que, estabelecido em maior ou menor grau, caracteriza o ato como vinculado ou discricionário. Celso Antônio Bandeira de Mello resume a discricionariedade como “a liberdade dentro da lei” (2010, p.433), e pode ser entendida como uma pluralidade de opções, todas válidas para o Direito, conferidas ao administrador em relação a prática de determinado ato administrativo. Percebe-se assim, que a atuação administrativa, discricionária ou não, manifestando-se como ato administrativo, deve atender à finalidade pública, estatuída na Constituição Federal.

Já as políticas públicas são extremamente abrangentes, e estão presentes nas mais diversas formas de atuação do Estado. Para o presente trabalho, importante pensar em política pública como programa de ação governamental elaborado em decorrência de um poder discricionário.

A definição do que vem a ser política pública é algo complexo, envolve noções no campo da Ciência Política e do Direito. Não está incluída como espécie de ato administrativo, nem se conforma unicamente como ato político. Interessante indicar o conceito elaborado por Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2013, p.38)

Verifica-se, portanto, que é através de políticas públicas que o Estado, de uma forma geral, atua na sociedade. Os atos administrativos como exteriorização de um comportamento determinado pela lei são também a forma final de atuação do ente administrativo na execução de determinada política pública.

Assim é que se relacionam os institutos acima com o problema vivido no sistema carcerário. Qualquer atuação dos agentes administrativos que cuidam das penitenciárias depende da política pública estabelecida, concretizada em lei.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A máxima “*The King can do no wrong*”, o rei não erra, vigorou por muito tempo em relação à responsabilidade civil do Estado por danos causados aos cidadãos. Após atravessar progressivos estágios de responsabilização, atualmente é pacífica na doutrina a aceção da responsabilidade objetiva da Administração Pública no tocante a atos comissivos, todavia, há divergências com relação à responsabilidade civil do Estado em se tratando de atos omissivos. Alguns entendem que a Constituição não faz qualquer menção à diferenciação da responsabilidade, e, portanto, também nas omissões, responder-se-ia objetivamente.

Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella di Pietro possuem entendimento diverso. Asseveram que, na omissão, deve-se observar o requisito da culpa. Também Carlos Roberto Gonçalves entende que “inexistindo prova de omissão específica ou atuação deficiente, não há como acolher-se o pretendido ressarcimento” (2014, p.179).

Tal aceção, da adoção da responsabilidade subjetiva em caso de comportamento omissivo do Estado, também já foi adotada em diversas decisões do STF, como bem lembra Rui Stoco (2011, p.1130): no ano de 2003, no RE nº 372.472, de relatoria do Ministro Carlos Velloso e no ano de 2009, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 585.007-2/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, para citar alguns exemplos.

Na omissão do Estado, devem-se examinar as razões que determinaram a atuação omissiva. Existindo um dever de agir desrespeitado, por exemplo, fica evidente a ilicitude da omissão, configurando-se o dever de indenizar. De outra feita, não sendo razoável esperar atuação estatal no sentido de prevenir o dano causado, não há que se falar em dever de indenizar. Como bem resume Celso Antônio Bandeira de Melo, “a responsabilidade estatal por ato omissivo, é sempre responsabilidade por comportamento ilícito” (2010, p.1013).

Exemplo de aplicação da responsabilidade subjetiva é a “falta de serviço”. Conforme define Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de “casos em que ‘não é uma atuação do Estado’ que produz o dano, mas por omissão sua, evento alheio ao Estado causa um dano que o Poder Público tinha o ‘dever de evitar’.” (2010, p.1010) (grifei).

No caso apresentado nesse artigo, o evento não é alheio ao Estado. Se por um lado, o próprio Poder Público cria a superlotação nos presídios, já que detém a exclusividade do *ius*

puniendi, por outro, deixa de adotar medidas adequadas para lidar com a situação. A omissão de políticas públicas capazes de garantir a dignidade da pessoa humana no sistema carcerário, não é, portanto, um caso de “falta de serviço”.

Acrescente-se que a atuação estatal esperada para impedir o dano se baseia em um padrão normal de eficiência, que será apurado em razão do “meio social, estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época” (MELO, 2010, p. 1013). Caso contrário, estar-se-ia atribuindo ao Estado a posição de segurador universal. Eventual dificuldade em separar a omissão de políticas públicas da responsabilização civil do Estado é diluída pela brilhante abordagem de José dos Santos Carvalho Filho:

Não há dúvida de que o Estado é omissor no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança [...]. Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla. (CARVALHO FILHO, 2011, p.520)

Desse modo, cabe analisar a situação trazida nesse artigo observando pormenorizadamente a atuação estatal. No sistema penitenciário, assim como em toda a administração, o agente público só age nos estritos limites da lei, devendo-se enxergar sua atuação como um poder-dever. Por exemplo, um policial militar é um agente público dotado por lei de poder para conduzir uma pessoa à prisão em caso de flagrante delito. Assim, ao presenciar um crime, ao mesmo policial não é permitido adotar outra postura senão prender o autor da conduta delitiva. Nesse sentido, a omissão só pode ser vista como ato ilícito, uma vez que o agente tinha o dever legal de agir e não o fez.

Situação diversa é aquela em que não se pode encontrar determinação legal para conduta específica, não havendo que se falar em omissão do agente, e sim, omissão de determinação legal. É o que se verifica no caso do sistema carcerário brasileiro. Não há lei que determine ao agente penitenciário, ou ao juiz da execução, como proceder em caso de o presídio estar com sua lotação máxima. Ao contrário, a superlotação carcerária não é caso de extinção da punibilidade, nem hipótese de dispensa do cumprimento de pena. Há um déficit

de vagas nos presídios brasileiros, mas nem por isso crimes deixam de ser praticados, investigados, e seus autores condenados.

Assim, resta investigar o controvertido tema da possibilidade de responsabilização do Estado pela omissão do Poder Legislativo. Diversos autores sustentam a irresponsabilidade estatal, pautando-se na soberania do Poder Legislativo, na imunidade parlamentar e na impossibilidade de os cidadãos responsabilizarem o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos. Outros defendem a responsabilização estatal, seja pela edição de lei inconstitucional, seja pela de lei constitucional. Neste ponto, pondera Hely Lopes Meirelles (2015, p.772) ser necessária a comprovação da culpa do Estado, mas salienta a impossibilidade de sua verificação num regime democrático, já que o próprio povo escolhe seus representantes.

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro (2012, p. 173) aceita a tese da responsabilidade do Estado em relação às leis inconstitucionais, sendo necessária a prévia declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Responde à tese da soberania do Legislativo afirmando que ele “tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais”, e à tese de responsabilização por atos de parlamentares eleitos, responde que “a eleição do parlamentar implica delegação para fazer leis constitucionais”. (DI PIETRO, 2012, p. 173)

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.523), que também defende a responsabilização no caso de edição de lei inconstitucional, vai além, e afirma que o fato gerador da responsabilidade estatal pode ser a inconstitucionalidade formal ou material. Ressalta, ainda, que tanto o controle concentrado como o incidental são aptos a caracterizar o dever de indenizar.

A conclusão a que se chega é que a superlotação carcerária não é causada por ato ilícito de um ou outro ente público, mas sim, por uma omissão de políticas públicas específicas para o assunto. Consequentemente, não tendo ocorrido a declaração judicial da inconstitucionalidade da política pública ou da distribuição orçamentária adotada, defende-se a não incidência de responsabilidade civil.

A omissão de políticas públicas não pode ser considerada um ato ilícito, porque é fruto de um poder discricionário. Em uma democracia, não há obrigação do Estado de adotar determinada política pública: o dever se resume à observância da finalidade pública. Dessa

forma, somente após a declaração judicial de sua inconstitucionalidade é que se poderia aceitar como ato ilícito o cumprimento da política pública inconstitucional pelos agentes estatais. Impossível também responsabilizar os agentes do Poder Legislativo por suas escolhas políticas, já que foram eleitos por um regime democrático.

4 DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, trazida de experiências da Corte Constitucional Colombiana, propõe a adoção de medidas pelo Poder Judiciário, que passa a interferir na criação e implementação de políticas públicas, para resolução de problemas nos quais há violação de direitos fundamentais, garantindo a constitucionalidade do micro sistema analisado. Tratam-se, em regra, de situações complexas, sendo que a inconstitucionalidade não pode ser verificada se observada uma ação isoladamente. Atualmente, o sistema penitenciário brasileiro apresenta todas as características necessárias para ser tratado pela citada teoria.

A quantidade de detentos cresce numa proporção muito maior do que a criação de novas vagas. A política pública estabelecida para o sistema penitenciário não consegue acompanhar a expansão que seria necessária. Por óbvio que o sistema democrático possui papel decisivo, já que a escolha das políticas públicas a serem adotadas, seja por um plano de governo, seja pela via legal dos orçamentos e planos plurianuais, está sujeita à aprovação de uma maioria. Neste caso, mesmo que uma minoria consiga representação suficiente para subscrever um projeto de lei, o mesmo só terá aplicabilidade depois de aprovado pela maioria do citado poder.

Este é exatamente o ponto no qual se situa o sistema carcerário brasileiro: representa interesses de uma minoria que ainda é muito mal vista pela sociedade. Alvo de preconceito, o detento não é tido pela população em geral como digno de qualquer direito, condição não compartilhada pela Constituição, que estabelece inclusive limites às penas a serem impostas aos infratores. A dificuldade de representação parlamentar encontra também obstáculo na própria lei penal, já que os encarcerados têm seus direitos políticos suspensos.

A inconstitucionalidade do sistema carcerário é notória, de tal modo que não é necessário grande esforço intelectual para reconhecê-la. Conforme preceitua Carlos

Alexandre de Azevedo Campos (2015, p.8), que sintetiza os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional, o uso do instituto é altamente recomendável no sistema jurídico brasileiro, tendo sido a opção eleita pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto como relator da ADPF nº 347.

Da análise das ações em tramitação no STF, poderá se verificar os inúmeros exemplos de violação de direitos a que são submetidos os encarcerados pelo país capazes de caracterizar o primeiro pressuposto do estado de Coisas Inconstitucional. Fato é que não se trata de atuação displicente de um ou outro diretor de presídio, ou desrespeito em relação a detentos de uma cela ou condição específica. A superlotação, por exemplo, resulta de um déficit nacional de vagas, ou seja, se faltam vagas no sistema, é matematicamente provável que todas as celas disponíveis estejam com presos além de sua capacidade.

O segundo pressuposto trata da falha estatal estrutural, que também é facilmente constatada. O Poder Judiciário, apesar de ciente das condições de encarceramento, ainda não aplica amplamente as penas alternativas e usa desproporcionalmente a prisão provisória. Tentativa de remediar a situação, de acordo com o Ministro Luis Roberto Barroso (2015a, p.28) em seu voto no RE nº 580.252, foi a celebração em 09/04/2015 de Termo de Cooperação Técnica entre o Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, que prevê a adoção de diversas medidas tanto pelo Poder judiciário quanto pelo Executivo.

Inobstante tal iniciativa, em nível institucional, o Poder Executivo não aponta grandes possibilidades de investimento de dinheiro público para a implementação de mudanças no sistema. Também o Legislativo não tem apresentado propostas que tenham como consequência a diminuição da população carcerária. Pelo contrário, a última grande questão discutida nacionalmente foi a redução da maioria penal, o que com certeza, traria um incremento no déficit de vagas já existente.

O terceiro pressuposto decorre do segundo. Verificada a falha estrutural, mudanças pontuais não são suficientes para a transformação do cenário. Mesmo que o Executivo destine mais verba para o sistema prisional, se o Legislativo endurecer a norma de execução penal ou aumentar as tipificações de crimes, muito pouco ou nenhum avanço será alcançado. Da mesma forma, mesmo que o Judiciário aplique mais penas alternativas e seja mais rigoroso para a imposição de prisão provisória, isso apenas diminui a taxa de crescimento da população

carcerária, mas não soluciona o atual déficit nem melhora diretamente as condições degradantes que já se instalaram.

A amplitude das medidas que devem ser adotadas requer a participação não só dos entes estatais, mas também de toda a sociedade. A lógica do hiperencarceramento, apontada no voto de Barroso (2015, p.29), deve ser rompida na consciência da sociedade. A ineficiência das políticas públicas, também na área de segurança pública, aumenta na população a sensação de insegurança e retorna ao Estado em forma de súplica por mais detenções. Essa lógica, de que quanto mais presos maior segurança, é que, na verdade, reflete uma visão distorcida da realidade.

5 DAS AÇÕES EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão acerca das condições de encarceramento no Brasil não é matéria inédita no STF. A escolha pelo RE nº 580.252 e pela ADPF nº 357 se deve à mudança de paradigma visível no voto dos Ministros, ao reconhecimento da existência de um problema estrutural e às propostas apresentadas para a solução da situação que trazem uma nova perspectiva sobre a atuação do poder Judiciário na limitação ou direcionamento da atividade estatal.

O primeiro voto de mérito do assunto, no RE nº 580.252, trata como notório e incontroverso o dano moral sofrido pelos detentos. O Ministro Teori Zavascki aborda posteriormente a responsabilidade civil do Estado, considerando-a objetiva por interpretação direta do art. 37, §6º da Constituição. Entretanto, aponta que a eliminação das violações à dignidade dos presos depende da adoção de políticas públicas. Rechaça a incidência do princípio da reserva do possível em análise de responsabilidade civil, mas apenas “em situações em que a concretização de certos direitos fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas” (2014, p.2) (grifei). Incomodado, porém, com a possibilidade de essas violações permanecerem impunes, opta pela responsabilização do Estado e manutenção da indenização imposta de R\$2.000,00.

O relator traz à baila as diversas fontes normativas internacionais que positivam a garantia a um mínimo existencial ao preso, destacando que sua efetivação ainda “constitui um desafio mundial inacabado, cuja superação é especialmente deficitária em muitos países de desenvolvimento tardio” (2014, p.6). Noticia também, que nos últimos 10 anos, o Brasil tem

sido seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos para adotar medidas emergenciais.

Percebe-se a caracterização dos pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional. A falha estatal estrutural é apontada no momento em que ele reconhece a necessidade da adoção de políticas públicas para sanar o problema (2014, p.4) e a violação massiva e sistemática de direitos fundamentais é visível através da alegada notoriedade do dano moral e da sistemática notificação da Corte Internacional de Direitos Humanos (2014, p.6).

A próxima manifestação nesse assunto foi em 06/05/2015, com o voto do Ministro Luis Roberto Barroso.

Inicia a manifestação com a indicação da necessidade da participação da sociedade de forma consciente, apontando um paradoxo entre o que a sociedade entende como solução e as estatísticas do sistema de segurança pública. A população tende a ser favorável a propostas que apostam no endurecimento das penas, a uma justiça que determina maior número de prisões provisórias, ao aprisionamento prolongado, posto que vê como leniente a norma que permite a progressão de regime a cada 1/6 da pena. Já as estatísticas (2015, p.16) apontam que 37,2% dos presos provisórios não são condenados a penas privativas de liberdade ou são inocentados, 70% dos detentos cometem novos delitos, 26% estão presos por tráfico, 18% por furto e receptação, ambos crimes não violentos, e apenas 12% dos presos cometeram homicídio. O voto traz ainda dados do Departamento Penitenciário (Depen) (2015a, p.17) que indicam que o Estado gasta, em média, R\$2.000,00 por mês por detento nas atuais condições das penitenciárias brasileiras.

Todos esses fatos, por si só, são suficientes para se confirmar a premente necessidade de mudanças, tanto nas políticas públicas quanto na opinião pública, que deve respaldá-las.

O Ministro Barroso acompanha o entendimento do relator no sentido de se responsabilizar o Estado pelo dano sofrido pelo detento. Todavia, indica a importância de se relacionar, como fator subjacente à responsabilização civil no caso, a falha estatal estrutural, caracterizando intencionalmente os pressupostos da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Porém, apresenta entendimento divergente do Ministro Teori Zavascki, posto que trata a responsabilidade civil do Estado como comissiva, em razão da ação de enviar ao cárcere insalubre e superlotado mais detentos. Alternativamente, admite a responsabilidade

objetiva do Estado devido a sua suposta posição de garante e o conseqüente dever de indenizar em razão do descumprimento do dever de guarda.

Duvidoso o posicionamento que aponta atuação comissiva do Estado, já que o princípio da legalidade compele os juízes a cumprir a lei. A prisão é a conseqüência de um processo penal, e a superlotação não é base legal (ainda) para extinção da punibilidade, ou ao menos, para suspensão do cumprimento da pena. Difícil perquirir qual solução o ilustre Ministro daria para finalizar o processo penal.

A condição de garante é hipótese em que a lei atribui a determinadas pessoas responsabilidade objetiva pela reparação do dano. Porém, tais pessoas se encontram determinadas nos artigos 931 e 932 do Código Civil, dentre as quais não se encontra o Poder Público.

A situação de desrespeito aos direitos dos presos não é exclusividade brasileira. Conforme notícia Barroso (2015, p.18), a Corte Europeia de Direitos Humanos firmou entendimento no sentido da condenação à reparação do dano, entretanto, o tratamento degradante deveria atingir um nível mínimo de gravidade. Em algumas decisões, foi-se além e determinou-se ao Estado a adoção de medidas para por fim às violações. Nos Estados Unidos, diversas são as causas em que intervenções judiciais determinaram reformas no sistema carcerário, a inconstitucionalidade de todo o sistema prisional de um Estado foi declarado primeiramente em 1970 no Arkansas (2015a, p.22). Na América do Sul, a Corte Colombiana aplicou a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema penitenciário a partir de demandas individuais (2015a, p.24).

Tese muito interessante é apresentada pelo Ministro Barroso em razão da pouca efetividade da entrega de indenização pecuniária como compensação pelo dano moral suportado pelo preso. Assevera que além de drenar recursos públicos escassos, produz distorções, “gera uma tendência à precificação dos direitos da personalidade”, e cria uma cultura em que “ofensas morais passam a ser admitidas desde que se possa arcar com o custo correspondente” (BRASIL, 2015a, p.44-45). Surge a compensação do dano moral com a remição da pena. Tal solução já é adotada pela Itália e aprovada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. “Paga-se” o preso com o único bem capaz de minorar os danos experimentados: a diminuição dos dias que permanecerá privado de sua liberdade.

Finaliza reconhecendo o Estado de Coisas Inconstitucional desse sistema e exigindo que a jurisdição constitucional, exercida pelo STF, assumira posição ativa para sua solução. Entretanto, ao dar provimento ao RE, o Ministro Barroso usa a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional apenas para justificar a compensação do dano pela remição da pena ao invés de valor pecuniário. Contraditoriamente, o voto não adotou posição ativa no sentido de se determinar a promoção de medidas administrativas ou reformulação de políticas públicas.

Após a apresentação do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, em 06/05/2015 no RE nº 580.252, grande impulso foi dado na discussão do tema. O primeiro deles foi o ajuizamento, em 28/05/2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, da ADPF nº 347, que tenta o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e a conseqüente adoção de diversas medidas.

Na ADPF nº 347, foi votada apenas a medida cautelar. No voto, o Relator, Ministro Marco Aurélio, argumenta que a ação versa sobre “[...] a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional e o dever de elaboração, pelo Estado de planos de ação.” (2015b, p.2).

Ressalta ainda o papel contramajoritário da Corte, já que a população carcerária representa uma minoria estigmatizada pela opinião pública e “cuja dignidade é tida por muitos como perdida, ante o cometimento de crimes” (2015b, p.3).

Em relação à responsabilidade do Poder Público, conclui que ela deve ser atribuída aos três poderes, e não só aos da União, mas também dos Estados e do Distrito Federal. Reconhece a falta de motivação política do Executivo, e não deixa de apontar para a cultura do encarceramento propagada pelo Judiciário. Aponta como solução a atuação coordenada e complementar dos três poderes, já que “a vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades”. (2015b, p.11)

Ao enquadrar o sistema carcerário brasileiro na denominação de Estado de Coisas Inconstitucional, o Ministro Marco Aurélio revela preocupação na definição do papel do Supremo no exercício dessa função atípica de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Entretanto, em face da falta de representação parlamentar e impopularidade do tema, entende por legítima a intervenção judicial, assumindo esse papel contramajoritário. Propõe, todavia, atendendo ao princípio da separação dos poderes, que a formulação e a

implementação das soluções seja conjunta, tendo o judiciário por coordenador, visando a retirada do poder público do estado de letargia.

Passa então para a análise das medidas cautelares pleiteadas, dentre as quais, merece menção a que requer a imediata liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Nesse ponto, traz relevante contribuição para este trabalho relacionando políticas públicas e orçamento ao citar o professor Eduardo Bastos de Mendonça: “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado” (2010 apud MELLO, 2015b, p.22) e conclui dizendo que “a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento” (2015b, p.22). Deferiu em parte a liminar determinando que a União libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Os demais votos proferidos quando da análise da medida cautelar na ADPF nº 347 demonstram um entendimento mais consolidado sobre o assunto. O Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro foi imediatamente reconhecido por todos os Ministros, motivo pelo qual serão apontadas a seguir apenas algumas considerações apresentadas nos votos que se mostram relevantes para a análise do caso.

O Ministro Edson Fachin inicia alertando para a ineficiência da “gestão pública em concretizar as promessas de 1988”, que deveria fazer do país uma “sociedade livre, justa e digna”, e do Legislativo, “que cedeu a uma cultura democrática de boas promessas legislativas” (2015b, p.3). A crescente preocupação com o ativismo judicial é rechaçada no momento em que ele ressalta a função contramajoritária da Corte. Já que, sendo notório que a política é feita por homens abastados e brancos, os detentos, em sua maioria, pardos e de origem humilde, dificilmente encontram representatividade no cenário político brasileiro.

O Ministro Luis Roberto Barroso traz valiosas reflexões sobre como o tema tratado atinge toda a sociedade, alertando que a deficiência do sistema penitenciário gera conseqüências gravíssimas e dramáticas para a população, pois afirma estar cuidando de “um fenômeno que é retroalimentador da criminalidade e da violência” (2015b, p.2).

Nesse momento, o Ministro Ricardo Lewandowski indica a importância do deferimento da liminar que libera as verbas do FUNPEN e a possibilidade de atuação do Ministério Público postulando ao juiz a realização imediata de obras emergenciais para minimizar os problemas carcerários. A conexão feita pelo Ministro já exemplifica uma

atuação coordenada e conjunta dos poderes, como requer a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, demonstrando a utilidade e adequação da medida para a solução de situações como as vividas nos presídios brasileiros.

O Ministro Luiz Fux retoma a questão do ativismo judicial, concluindo pelo cabimento da intervenção do Judiciário. Indica a razão pela qual isso ocorre: por se tratarem de questões impopulares, “enfrentá-las politicamente pode gerar um preço social muito grande” (2015b, p.5), já que os membros do Legislativo dependem da aprovação popular para se manterem no parlamento. Assim, por óbvio que, ao atingirem um nível de descaso intolerável, são empurradas a um juiz que inevitavelmente se pronunciará a respeito.

A Ministra Carmem Lúcia levanta uma questão que corrobora a necessidade de atuação da Corte Suprema num papel contramajoritário. Lembra que o artigo 144 da Constituição Federal afirma que a segurança pública é dever do Estado e de toda a sociedade. Mas, que a implementação de novas APAC’s (Associações de Proteção e Assistência aos Condenados), uma experiência altamente positiva no sistema prisional brasileiro, tem sido dificultada pela má vontade das comunidades, que não aprovam sua instalação em suas proximidades. Aprofunda-se na celeuma ao trazer o presságio de Darcy Ribeiro num discurso em 1982: “[...] se não tivesse a construção de muitas escolas no Brasil, nós iríamos, um dia, trazer ao Supremo julgamentos para mandarem construir penitenciárias aos montes e não caberia todo mundo”. (2015b, p.5)

A manifestação da Ministra torna cristalina a falha estatal estrutural, indicando a real urgência da adoção de medidas por uma pluralidade de órgãos estatais e o tratamento do problema de forma sistêmica. O que mais uma vez pode ser comprovado com dados estatísticos, já que pesquisa do Depen (2014, p.140) revela que 68% dos detentos possuem baixa escolaridade, ou seja, ensino fundamental incompleto.

Por último, vale destacar as inúmeras ponderações do Ministro Celso de Mello, indignado pelo desprezo à Constituição, configurado pela inércia estatal em concretizar os ditames constitucionais. Destaca a necessidade de proteção das minorias, pois também a elas são garantidos os direitos previstos na Constituição, mas a vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política a que estão expostas, muitas vezes impede o gozo de direitos. Informa que a opção do constituinte pela democracia não confere à maioria a prerrogativa de suprimir, desprezar ou impedir a efetivação de direitos das minorias. Declara que “ninguém se

sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República” (2015b, p.14). Conclui não se tratar de indevida interferência do Judiciário nos demais poderes, na medida em que todos eles devem manter com a Constituição “relação de incondicional respeito” (2015b, p.16), não sujeita a conveniências políticas.

6 CONCLUSÃO

Evidente que a superlotação não é o único problema das penitenciárias brasileiras, o desrespeito é endêmico e atinge também a qualidade da alimentação, as condições de higiene e a assistência judiciária, só para citar alguns exemplos. Agrava a situação o ócio cultivado na grande maioria dos presídios. A superlotação, por si só, é uma condição degradante, mas permanecer dentro de uma cela superlotada por quase 24 horas é ainda mais indigno. Caso todos os detentos interessados trabalhassem, direito positivado no artigo 41, II da Lei de Execução Penal, eles permaneceriam menos tempo expostos ao dano. Isso não resolveria de forma alguma o problema, mas Max Weber já dizia que “o trabalho dignifica o homem”, e tal oportunidade seria uma forma de minimizar a ofensa e dar dignidade à pessoa.

A omissão de políticas públicas no caso examinado advém de uma situação complexa, e não se limita à necessidade de construção de mais presídios. Há que se examinar o motivo do aumento da população carcerária e da criminalidade, o que relaciona-se à baixa escolaridade e à dificuldade de obtenção de emprego.

Também serão imprescindíveis ações efetivas na direção da ressocialização, deve-se buscar a redução dos índices de reincidência. Entretanto, qualquer política pública implementada requer a cooperação da população. Enquanto o cárcere for um estigma, e não se considerar paga a dívida com a sociedade com o cumprimento da pena, nenhuma medida será suficiente para livrar o egresso da tentação do retorno à vida do crime.

Essa complexidade de relações é o que caracteriza o Estado de Coisas Inconstitucional, e assim, só com o seu reconhecimento é que se pode dar solução adequada para a questão. Pode-se admitir alternativamente a declaração judicial da inconstitucionalidade de uma política pública, plano plurianual ou do próprio orçamento,

para, a partir daí, considerar como ilícita a atuação do ente público. Entretanto, a única utilidade desse caminho jurídico é a possibilidade de se caracterizar o dever de indenizar.

No caso do sistema penitenciário, se o plano de ação governamental for proibido judicialmente, qual será a atuação esperada do agente penitenciário no momento seguinte? Devem-se soltar todos os presos? Como o agente administrativo deverá proceder para evitar o dano? Todas essas perguntas permanecem sem resposta se o Poder Judiciário se limitar, em uma questão tão complexa como esta, a declarar a inconstitucionalidade de uma única lei ou ação administrativa. A judicialização do orçamento, por exemplo, é possível, mas não se mostra suficiente para solucionar questões mais complexas, como as passíveis de tratamento por meio do Estado de Coisas Inconstitucional. Por se apresentar como um plano de ação mais abrangente, tal teoria possui efeitos mais eficazes para a solução do problema do que aqueles oriundos de uma simples declaração de inconstitucionalidade.

Isso porque a inconstitucionalidade do tratamento dispensado ao preso não é facilmente percebida ao se observar atitudes isoladas, por isso é que não se identifica um ato ou omissão ilícita capaz de caracterizar a responsabilidade civil (subjéctiva) do Estado. O juiz age legitimamente ao condenar o réu reconhecidamente culpado; o diretor do presídio deve receber o preso e acomodá-lo da melhor maneira que puder; o orçamento, por ser finito, é dividido conforme as escolhas políticas; a lei orçamentária aprovada deve ser executada com empenho das verbas conforme as rubricas definidas.

Ao analisar a culpa, chega-se ao ponto em que, para remediar o problema, seria necessária uma mudança das escolhas políticas, quer para se incluir no orçamento recursos para este fim, quer para que se formular planos de ação ou leis capazes de alterar a realidade do sistema prisional. O cerne da questão e a impossibilidade de responsabilização estão no fato de as escolhas políticas serem características do processo democrático, que reflete a vontade da sociedade. Ou pelos menos deveria refletir, dada sua representatividade. Caso assim não seja, periodicamente, ao cidadão é garantida a oportunidade de destituir do poder de representação aqueles que não fizeram por merecê-lo. Para isso servem as eleições. A intervenção judicial nessas escolhas políticas desnaturaria a democracia.

Mas, e quando a democracia, vontade da maioria, viola direitos fundamentais? O remédio perpassa pelas ações de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade ou até ação civil pública, por exemplo, dependendo do caso concreto. A

possibilidade de judicialização de políticas públicas e até do orçamento é tema que tem ganhado espaço em âmbito jurídico.

A definição de política pública, apresentada nesse trabalho, como um conjunto de processos, possui de fato um componente discricionário, mas há doutrinadores que o decompõe em vários aspectos, alguns passíveis de controle judicial, conforme assevera Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 165).

Desse modo, justifica-se como mais adequado o reconhecimento judicial do Estado de Coisas Inconstitucional e a conseqüente determinação e acompanhamento da atuação estatal. Isso não se confunde com a responsabilização civil do Estado. Pode-se reconhecer a inadequação das atitudes adotadas pela administração e até uma inconstitucionalidade de todo um micro sistema como o penitenciário, mas não é possível encontrar culpa ou ilicitude nas atitudes individuais de parlamentares ou administradores que tenham exercido sua função pública no estrito cumprimento de seu dever legal.

É de se destacar a fala do Ministro Marco Aurélio citada mais acima em seu voto na ADPF nº 347, na parte em que ele já antevê a possibilidade de judicialização do orçamento. Notória a evolução de pensamento, visível nos votos trazidos nesse estudo ante a percepção do caráter sistêmico que a questão apresenta. A maioria dos Ministros, na apreciação da medida cautelar na ADPF nº 347, apresentou fundamentação que revela um estudo mais pormenorizado do problema, trazendo dados que correlacionam a problemática do sistema penitenciário com diversos outros aspectos da sociedade brasileira.

Importante destacar a adoção do descontingenciamento do Funpen, já que não usar os valores do fundo tinha como justificativa garantir um superávit primário. A judicialização dessa escolha mostra a capacidade de controle da atuação administrativa quando esta se desvirtua dos preceitos constitucionais. Não é aceitável que se prefira manter um índice econômico ao invés de liberar recursos que poderiam ser utilizados para amenizar os problemas do sistema carcerário. Reconhecem, por unanimidade, o Estado de Coisas Inconstitucional, teoria antes apresentada somente pelo Ministro Luis Roberto Barroso.

No RE nº 580.252 nota-se uma maior dificuldade dos Ministros em chegar a um consenso. A divergência na forma de caracterizar a atuação da administração pública e na de compensar o dano demonstram uma maior necessidade de se debater o tema. O desconforto na caracterização do dever de indenizar do Estado pode ser percebido através do montante

indicado como suficiente para compensar a violação à dignidade do detento. Arbitrou-se o valor de R\$2.000,00 pelos 5 anos em que o autor permaneceu no cárcere.

Os Ministros alegam tratar-se de hipótese de incidência da responsabilidade do Estado e não caber subterfúgios teóricos para sua exclusão, sob pena de se negar o direito à dignidade do detento, mas ao indicar valor tão irrisório acabam por fazer o oposto do que alegam pretender. Ações de indenização em casos bem mais banais, como negativação do nome e vãos cancelados costumam ter condenações que giram em torno de R\$10.000,00 ou, no mínimo, R\$5.000,00.

Como então pretender compensar o dano moral causado por 5 anos de encarceramento em condições sub-humanas pagando apenas R\$2.000,00? Ressalte-se ainda que esse é o valor médio do custo mensal do preso ao Estado, então, pagar indenização em valor tão irrisório por esses 5 anos não seria uma pena, e sim um ótimo negócio para o Estado. Ao invés de investir em melhoria das condições e infraestrutura, o que significaria aumentar o custo médio mensal do preso, mais “barato” pagar R\$2.000,00 por cada preso que entra no sistema. A condenação seria inócua. Alguns defendem que a reserva do possível é que seria responsável pela mitigação do valor arbitrado, mas frise-se, reconhecer o dano e fixá-lo em valor tão módico acaba por defini-lo como insignificante. Na verdade, como já citado em diversos julgados, o valor arbitrado acaba por configurar uma “bolsa indignidade” ou “pedágio-masmorra”, e em nada contribui para a solução do problema, pelo contrário, contribui para a disseminação de ações idênticas, insuflando uma indústria do dano moral.

Por outro lado, admitir a não incidência de responsabilidade do Estado significaria deixar milhares de detentos que sofrem um dano injusto sem qualquer compensação. Talvez esse desconforto é que motive as decisões que resolvem pela condenação do Estado ao pagamento de indenização por dano moral. Mesmo sem reconhecer que exista fundamentação na teoria da responsabilidade civil para que se proceda a uma condenação nesses casos, é de se considerar a proposta de compensação do dano apresentada pelo Ministro Barroso.

A reparação através da remição é uma proposta de atuação judicial bastante adequada para questões individuais submetidas ao judiciário. A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional e o trabalho conjunto e coordenado para a elaboração de novas políticas públicas é a solução ideal para o problema, entretanto, deve-se sopesar que isso não

surtirá efeito imediato a quem solicita a prestação jurisdicional para ver cessada a situação de violação de direitos que enfrenta.

Numa democracia, as decisões são tomadas de acordo com a vontade da maioria. No caso apresentado, legitimamente ou não, essa vontade acabou por concretizar um cenário de amplo desrespeito aos direitos fundamentais de uma minoria, os presos. Sem ter como fazer frente a essa vontade majoritária, só lhes resta pedir socorro ao Judiciário, guardião da Constituição e de seus preceitos. Vislumbra-se aí a importância do papel contramajoritário exercido pelo STF. E para que a democracia não se transforme na ditadura da maioria é necessário que o judiciário intervenha no caso impondo limites e o respeito à Constituição.

A conclusão final que se pretendeu demonstrar é que não cabe responsabilização civil do Estado em razão da omissão de políticas públicas, mas sim o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional. Mas, em relação à questão carcerária, deve-se admitir a remição da pena como forma de compensar o dano até que as políticas públicas implementadas e coordenadas pelo Judiciário sejam capazes de reverter a condição de violação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Voto Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, DF, 6 de maio de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>>. Acesso em 28/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. Voto Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 3 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252.pdf>>. Acesso em 28/06/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Medida Liminar. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em 28/06/2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional e Litígio Estrutural**. [S.l]: Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 28/06/2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011 e 2012. Disponível em:< http://cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em 28/06/2016

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (Depen). **Levantamento nacional de Informações Penitenciárias InfoPen – Junho de 2014**. [S.l]. 2014. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terceira-relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 04/11/2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 25ª Ed. São Paulo, Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil, 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014

MEIRELLES, Hely Lopes. et al. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**, 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.