

A OMISSÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DO PRESO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DO POSSÍVEL

Bruno Barbosa Borges*

brunob2301@yahoo.com.br

Francisco Ilídio Ferreira Rocha**

franciscoilidio@hotmail.com

Isabela Rezende Martins***

isabela.rezende.martins@gmail.com

“Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios”.

Nelson Mandela

RESUMO

A efetivação dos direitos dos presos é de grande importância para o direito à segurança, podendo sua defesa também ser fundamentada na dignidade da pessoa humana. Ocorre que o Estado vem se mostrando inerte e alegando a falta de recursos financeiros para sua concretização (princípio da reserva do possível). O uso de tal princípio está, contudo, restrito ao “mínimo existencial”. Cabe estudar as possíveis formas de fazer com que a Constituição seja mais do que uma simples “folha de papel”. A partir de uma metodologia dogmática e tendo por base a Constituição brasileira e a Lei de Execução Penal, verificamos o grau de eficácia das normas garantidoras dos direitos dos presos e consequente omissão do Estado em efetivá-los, tendo por base o princípio da reserva do possível. Seguindo a teoria do alemão Robert Alexy (teoria mista do mínimo existencial), estudamos mais a fundo a aplicação do mencionado princípio (reserva do possível) bem como suas limitações quanto às normas aplicáveis ao preso (principalmente o art. 5º, XLIX da CF), sempre buscando entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Estado Social; Mínimo Existencial; Eficácia; Ativismo Judicial.

* Mestre em Direitos Humanos pela Uminho- Universidade do Minho/Portugal, advogado e professor do UNIARAXA, Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG, membro colaborador do Centro de Estudos em Direito da União Européia - CEDU/UMINHO. Co-orientador do artigo em questão.

** UNIARAXÁ. Doutor em Direito – PUC SP, Mestre em Direito Público – UNIFRAN. Orientador do artigo em questão.

*** Acadêmica de Direito – UNIARAXÁ e Bolsista PIBIC/FAPEMIG 2013-2014.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem normas de conteúdo programático e contempla princípios que exigem não apenas abstenção por parte do Estado em relação ao indivíduo, mas, ao contrário, a sua atuação e participação, uma vez que se fala em Estado Social. Estes princípios que deveriam ter aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º) encontram empecilhos para a sua realização, seja por questões político-administrativas, seja por questões econômicas.

A Carta Magna se choca com a realidade brasileira quando analisados os direitos ali constantes, inerentes ao preso. Em seu artigo 5º confere a não submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (III); a inviolabilidade da honra e da imagem (X); a individualização da pena (XLVI); o respeito à integridade física e moral (XLIX), etc. É pautada no princípio da humanidade ou na dignidade da pessoa humana, o que significa

que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. (NUCCI, 2011, p. 85)

A omissão do Estado enseja, muitas vezes, na possibilidade de se acionar o poder concentrado por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO (quando faltar, total ou parcialmente, legislação complementar para que melhor se aplique o direito – caso das normas constitucionais de eficácia limitada) ou Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF (quando for o Poder Executivo quem se ausentar de cumprí-los). Ao caso não se aplica a primeira situação, uma vez que a Lei de Execução Penal e o próprio Código Penal – normas infraconstitucionais – regulam a situação, direitos e deveres do preso. O judiciário, por sua vez, em razão da harmônica independência dos três poderes, apenas alertará o poder omisso para que este tome as providências devidas, embora haja posições contrárias:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser,

excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, de incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão de vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (KRELL *apud* BRASIL: 04/05/2004.)

Desta forma se posiciona o Min. Celso de Mello, ressaltando a relutância de muitos autores e magistrados brasileiros em aceitar o entendimento de que o Princípio da Separação dos Poderes deva ser revisto.

Em razão do princípio da legalidade (CF, art. 37), não pode o Estado eximir-se de suas responsabilidades. Então, outras vezes, fala-se em responsabilidade extracontratual do Estado, que ensejaria em indenização de natureza pecuniária. Este é entendimento de Maria Sylvia Zanella di PIETRO (2009, p. 639-651). Entretanto, nas vezes em que por questões financeiras não seja possível a realização do dever estatal, invoca-se o Princípio da Reserva do Possível,

[...] de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público (...), criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (BRASIL: 04/05/2004)

Desta mesma forma:

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

[...]Vem-nos da Constituição Federal, como verdadeiro princípio ligado à dignidade do homem, o dever do

Estado de preservar o respeito à integridade física e moral do preso – inciso XLIX do artigo 5º. Grande veículo de comunicação – Rede Globo, mediante os programas Fantástico e Bom Dia Brasil – escancarou as precárias condições das penitenciárias brasileiras. Ora, descabe tomar a teoria da reserva do possível como polivalente a ponto de se colocar em segundo plano a Carta da República. No mais, a situação jurídica versada no extraordinário extravasa o campo subjetivo do processo em que proferido o acórdão impugnado. Cumpre ao Supremo, como guardião da Lei Fundamental, pronunciar-se sobre a matéria, tal como admitiu o relator Ministro Ayres Britto. Brasília - residência -, 7 de fevereiro de 2011 às 19h45. Ministro MARCO AURÉLIO. (BRASIL: 08/06/2011)

A nossa Constituição, por ser analítica, contempla de forma vasta uma série de princípios fundamentais e admite “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (art. 5º, § 2º). Também dá força de Emenda Constitucional àqueles “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros” (§3º). É, contudo, evidente, que de nada adianta ser um rol exemplificativo, se os princípios reconhecidos pelo próprio Poder Constituinte Originário forem negligenciados, deixada de lado a sua aplicação, na defensiva da Reserva do Possível.

O tratamento, por vezes subumano, que tem o preso recebido, é realidade em todo o país¹. Em Minas Gerais, a quantidade de vagas em um total de 318 estabelecimentos penais é de 34.086, enquanto a quantidade de presos é de 47.601. Temos então um déficit de 13.515 vagas. No Brasil, em um total de 2.899 estabelecimentos, capacidade de 336.860 vagas, temos o número de 505.794 presos. O que equivale a 168.934 excedentes. Deste

¹ No estado de Minas Gerais cite-se como exemplo: BRASIL, MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ac. 1.0106.08.036930-4/001 Rel. Des. Edilson Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico. Data de publicação: 17/06/2011. Também: BRASIL, MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ac. 1.0363.04.012822-7/001 Rel. Des. Alberto Vilas Boas. Diário de Justiça Eletrônico. Data de Publicação: 12/09/2007. Da mesma forma: BRASIL, MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ac. 1.0355.08.012834-9/001 Rel. Desa. Sandra Fonseca. Diário de Justiça Eletrônico. Data de Publicação: 28/09/2012.

total de estabelecimentos, apenas 657 possuem bibliotecas. Deste total de presos, apenas 131 fazem trabalho externo e 366 fazem trabalho interno. Trezentos e cinco presos apenas estão estudando. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: 12/11/2012). Ainda assim, o Poder Executivo continua inerte; e muitos cidadãos, seja por falta de maiores esclarecimentos, seja por espírito de represália, não contestam estas condições, por verem o preso com repugnância.

Pretendemos, assim, demonstrar o quão necessária se faz a efetivação dos direitos do preso, que não apenas pertencem ao indivíduo, como também e principalmente, fazem parte do interesse coletivo².

2 DIREITOS DOS PRESOS

Embora a Carta Magna (especificamente, em seu art. 5º) e a Lei de Execução Penal (em sua totalidade) traga um extenso rol de direitos/deveres do preso, sendo que esta última também dispõe a respeito da forma como a pena deve ser aplicada no Brasil, notamos séria ineficácia de tais disposições legais.

Como prova disto, os resultados da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário (BRASIL: 2009, 194 ss), que constatou que: 1) o sistema de classificação dos presos para fins de individualização da pena praticamente inexistente dentro das prisões brasileiras³; 2) há celas superlotadas⁴ e presos mantidos no escuro, sem ventilação e sem alimentação; 3) em vários presídios a água é um “líquido precioso” e os presos passam dias sem tomar banho por falta de banheiro ou instalações destinadas a banho (que quando há, comprometem a privacidade do preso); 4) em muitos presídios, há

² Pois dispõe a Lei de Execução Penal quando em seu art. 4º: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.”

³ Vide o caso da menina Lidiany, adolescente mantida por 26 dias presa em cela masculina com cerca de 30 homens os quais violentaram-na sexual e psicologicamente. (BRASIL: 20/04/2010)

⁴ A inexistência de estabelecimentos penais adequados ou a sua superlotação (obstando a progressão adequada da pena e fazendo com que devam ser tomadas medidas contrárias à sua individualização) é tema de repercussão geral no STF (RE 641320 RS). Muitas vezes, a ausência de vaga ou de estabelecimento adequado para a progressão da pena acarreta no cumprimento em regime menos gravoso (partindo do pressuposto que conservar os presos com direito a progressão de pena em regime mais gravoso constitua constrangimento ilegal - art. 146, CP). Um risco à segurança pública e a desconfiguração da finalidade da pena (pelo fato de se estar inserindo ao convívio social indivíduos que ainda não estejam ressocializados).

proliferação de roedores e insetos devido à insalubridade: restos de comida amontoados, lixo por todos os lados e esgoto escorrendo pelos pátios; 5) presos enfermos são mantidos junto a presos aparentemente saudáveis; 6) há falta de medicamentos e em muitos estabelecimentos basicamente os mesmos remédios são utilizados em tratamentos das mais variadas doenças; 7) há alimentação de péssima qualidade, objeto de muita reclamação pelos apenados; 8) não há amparo psicológico nem assistência jurídica suficiente; 9) o delinquente cumpre pena, mas não recebe a reeducação adequada, pois estima-se que mais de 80% dos presos estejam ociosos, sem qualquer tipo de atividade educativa.

Considerável é, pois, a observação de LINES (ao falar do direito à saúde dos presos):

Apesar de os presos terem seus direitos amplamente protegidos pelas normas de direitos humanos, difícil é o seu exercício no contexto das prisões. Como descreve Rieter, “Independentemente de carecerem de virtude ou de estarem detidos, detentos geralmente são uma causa política impopular... A consideração dos seus direitos não é normalmente incluída no processo político” Os direitos à saúde do preso são, assim, raramente prioridade para os líderes políticos ou o público em geral (2008) (livre tradução da autora)

Neste contexto, a defesa dos direitos dos presos, pode, primordialmente, ser fundamentada na dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988), que serve como base para todos os direitos previstos pela Carta Magna. “Dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado como um fim em si mesmo.” (CARVALHO: 2007, 546)

O segundo argumento é o de que o fato de os direitos fundamentais não terem caráter absoluto e a possibilidade de o Estado, através da pena, temporariamente limitar algum destes direitos, não significa que todos os demais direitos foram esquecidos⁵.

O terceiro argumento é o da eficácia, segundo o qual a existência de direitos juridicamente válidos sem a realização plena daquilo que a lei

⁵ Dispõe a Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984 (Execução Penal): “Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”

prescreve corresponderia a direitos quase que inexistentes na prática⁶. Desta forma, o fundamento da eficácia reponta a importância da efetivação da lei como forma de defender o Direito.

O direito dos presos pode ainda ser fundamentado no direito à segurança (art. 6º da CF) pois, o Estado, ao não proporcionar aos presos seus direitos prescritos em lei (segundo os quais necessitam investimento), está criando problemas à própria segurança pública⁷;

3 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS PRESOS ATRAVÉS DO PROCESSO

O ideal seria que os direitos fundamentais prescritos na Carta Magna fossem cumpridos independentemente de ordem judicial. Contudo, prevendo possível contrariedade, ou seja, a ausência de espontaneidade no cumprimento destas normas, o constituinte apresentou garantias para tais direitos. São medidas processuais para fazê-los valer na prática. As chamadas “garantias fundamentais”, ou “remédios constitucionais”, compreendendo o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de injunção*, o *mandado de segurança* e a *ação popular*.

Não obstante o controle de constitucionalidade pelo STF, passível de verificar, via ADPF, a inconstitucionalidade das omissões do Executivo, alguns destes direitos podem ser exigidos por *mandado de segurança* (art. 5º, LXIX da CF⁸)⁹, “remédio legal semelhante ao *habeas corpus*, para a defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (AZAMBUJA: 2008,186).

⁶ CANOTILHO em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 1999. p. 451.

⁷ Uma vez que a pena privativa de liberdade, quando não atingida sua finalidade preventiva (por ficar o sujeito condicionado a tratamento desumano; obstruída a sua dignidade) gera repercussão para além do tempo da pena. O indivíduo fica maculado, ressentido. E aquilo que teria o fim de corrigi-lo acaba por fazer efeito contrário. Por conseguinte, devolve-se ao convívio social um cidadão pior.

⁸ Dispõe o referido artigo: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

⁹ Tomamos como exemplo: BRASIL, MARANHÃO. Tribunal de Justiça. MS 71142007 MA. Rel. Jamil de Miranda Gedeon Neto. Diário de Justiça Eletrônico. Data de Publicação: 23/11/2007 Também: BRASIL, ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. MS 100060042262 ES 100060042262. Rel. Adalto Dias Tristão. Data de Publicação: 30/01/2008.

Outro remédio constitucional bastante utilizado no meio penal é o *habeas corpus*. Intrínseco ao *habeas corpus* está o direito à liberdade de ir e vir. Desta forma, o problema da inexistência ou superlotação de estabelecimento prisional adequado face à progressão da pena vinha sendo resolvido por meio deste¹⁰.

Além das garantias constitucionais e do controle de constitucionalidade, também é possível recorrer à chamada “ação civil pública”, cuja sentença é de natureza “preponderantemente condenatória, em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer” (MEIRELLES: 2003, 165). Destina-se a reparar danos causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; **IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo**. V - à ordem econômica; VI - à ordem urbanística (art. 1º da Lei nº 7347/85).¹¹ A ação civil pública é regulamentada pela Lei nº 7347/85 e tem por principal legitimado ativo o Ministério Público (art. 129, III, CF).

4 VIGÊNCIA E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Ao falarmos de *vigência* e de *eficácia*, estamos tratando de distintas modalidades de validade do Direito, pois a validade possui diversas classificações: validade social; validade material; validade formal; e validade ética.

A primeira modalidade de validade, a validade social, é a chamada *eficácia*. De acordo com Silvio de Salvo VENOSA, “eficaz é a qualidade de algo que produz o efeito esperado ou satisfatório.” (2010, 100). Segundo Antônio Bento BETIOLI “quando as normas jurídicas são acatadas nas relações intersubjetivas e aplicadas pelas autoridades administrativas ou judiciárias, há eficácia.” (2011, 249-250) Da mesma forma, Paulo Dourado de GUSMÃO (2010, p. 63-64). Há autores que atribuem tamanha importância à

¹⁰ Desta forma: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 154947 RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Diário de Justiça Eletrônico. Data de Publicação: 19/12/2012. Também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 97896 SP 2007/0310393-9. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Publicação: 20/10/2008.

¹¹ Considerando os direitos do preso como sendo de interesse coletivo, isto é, que transcenda a esfera individual e tenha por titular determinado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si (art. 81 do CDC) temos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). AI 767681. Rel. Min. Carmen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico. Data de Publicação: 19/11/2010.

eficácia que comparam a norma ineficaz à norma inexistente. São pensadores voltados para a sociologia do Direito¹².

Em contrapartida, sob uma concepção estritamente jurídica, há autores que sustentam que a ineficácia da norma não acarreta na sua inexistência perante o Direito. São pensadores que dão mais importância à validade formal e à validade material, que quando analisadas em conjunto, são também chamadas por alguns autores de vigência *lato sensu*. Como explica ALEXYY, em sua obra “Conceito e Validade do Direito”:

Fala-se de um conceito desse tipo quando se diz que uma norma é *juridicamente* válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: foi estabelecida conforme o ordenamento. (2011,104)

A *vigência lato sensu* verifica-se, portanto, quando a norma foi criada segundo o procedimento adequado e em consonância com a Constituição.¹³ É o que os constitucionalistas denominam de “constitucionalidade formal” somada ao que denominam de “constitucionalidade material”.

Por sua vez, ainda há aqueles que, partindo do pressuposto de que o Direito está ligado à moral, consideram válida a norma que se mostra justa; e inválida (independentemente de ter sido estabelecida conforme o ordenamento) a norma que se mostra injusta. Deparamo-nos com a chamada “validade ética”¹⁴.

¹² Segundo VASCOCELOS, em *Teoria Geral da Norma Jurídica*: “O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada. E isso, já mostrara Del Vecchio, não se consegue sem a colaboração ativa de todos os componentes do corpo social. [...] Convém ressaltar o caráter sociológico da eficácia. Enquanto o conceito de vigência se esgota no âmbito da norma legal, o de eficácia tem sua projeção dirigida para o fato social, no qual se concretiza. Reponta a importância da valoração do fato, para que a norma seja eficaz, ou melhor, para que haja Direito [...]” (1996, 229)

¹³ Como explica GUSMÃO, em *Introdução ao Estudo do Direito*: “[...]a validade do direito depende da competência para legislar da autoridade que o prescrever. Emanado de uma autoridade competente para formulá-lo, tem validade. Competência que pode ser originária, como é o caso do Constituinte, ou derivada, quando decorre da Constituição. Nesse último caso, válido é o direito estabelecido conforme as normas constitucionais reguladoras de sua produção. Mas, não basta essa conformidade formal, pois é indispensável que a lei não seja incompatível com a Constituição (validade material), isto é, incompatível com o que nela previsto, porque, se o for, é inconstitucional, isto é, destituída de validade, desde que o Judiciário assim a declare por sentença.” (2010, 61)

¹⁴ Vide: ALEXYY in “Conceito e Validade do Direito”

Dentre os três posicionamentos (respectivamente: conceito sociológico de validade do Direito; conceito jurídico de validade do Direito; e conceito ético de validade do Direito), se acatarmos tanto o *conceito estritamente jurídico de validade*, quanto o *conceito ético de validade*, podemos dizer que os direitos do preso são válidos. Entretanto carecem de validade social (eficácia).

Em relação à eficácia das normas constitucionais, embora o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal estabeleça que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, podem estas ser divididas em três modalidades: “normas de eficácia plena; normas de eficácia contida; normas de eficácia limitada ou reduzida” (SILVA: 1968). Esta classificação há de ser notada no próprio texto constitucional.

Nas **normas de eficácia contida**, o legislador constituinte originário fixou a possibilidade de sua eficácia, a princípio plena, ser restringida por lei específica. Esta restrição também pode estar adstrita a certos conceitos como *ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público eminente, etc.* (SILVA, 1968, p. 95).

Nas **normas de eficácia limitada**, ocorre o contrário. Pressupõem, para que sua eficácia se torne plena, a necessidade de serem regulamentadas. São, pois, “aquelas que dependem de outras providências normativas, para que possam surtir os efeitos essenciais, colimados pelo legislador constituinte.” (SILVA, 1968, p. 110).

Ocorrendo a omissão do legislador ordinário ou outro órgão, entidade ou instituto cuja função seria editar lei ou ato normativo para ampliar a eficácia da norma constitucional de eficácia limitada, caberá duas medidas: 1) Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI da CF); 2) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) (art. 103 da CF).

Apesar da existência de tais medidas podemos dizer que, tanto no caso dos direitos dos presos quanto no caso de outros direitos sociais, o problema da ineficácia não está relacionado à ausência de norma regulamentadora, mas sim à omissão do Estado em conceder aqueles direitos já regulamentados. No mesmo sentido, Andreas J. KRELL:

[...]a eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o

exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas* públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios. (1999, 242)

Desse modo, as **normas de eficácia plena** (normas, que dispensam qualquer regulamentação posterior, pois desde o princípio deveriam produzir efeitos a fim de atingir a sua finalidade)¹⁵ também são atingidas pelo problema da ineficácia.

A norma que assegura a integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, CF), por exemplo, é a norma de eficácia plena, embora desrespeitada pelo próprio Estado e, por conseguinte, ineficaz.

5 OS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL FACE AO MÍNIMO EXISTENCIAL

As normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais também podem ser classificadas segundo o tipo de obrigação que determinam. Considerando uma relação Estado-indivíduo, pode a norma prescrever obrigação de “fazer” ou “não fazer”. A primeira categoria de obrigações relaciona-se com os chamados “direitos positivos” (que abrangem também os direitos sociais), enquanto a segunda, com os chamados “direitos negativos” (também denominados “direitos de defesa” ou “direitos de liberdade”).

Como afirma José Joaquim Gomes CANOTILHO:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. (1999, 451).

O problema da ineficácia das normas constitucionais garantidoras dos direitos positivos é fruto do chamado “Estado Social”, ou “*Welfare State*”,

¹⁵ De acordo com SILVA, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, as normas de eficácia plena “[...]desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.” (1968, 94)

que tem surgimento após a crise do modelo de Estado Liberal.¹⁶

Já a atual constituição brasileira contempla a terceira fase do constitucionalismo (que deu origem a um Estado Democrático de Direito), apresentando-se por vezes como um Estado liberal e outras vezes como um Estado intervencionista/social. Trazendo, conseqüentemente, direitos de primeira e segunda geração (respectivamente, direitos de negativos e positivos).

Devido a essa extensão de princípios e regras constitucionais (muitos de cunho positivo e, por conseguinte, extensos gastos necessários para sua concretização), parte-se do pressuposto de que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.” (CANOTILHO: 1999, 451). A partir desta compreensão, fala-se em Princípio da Reserva do Possível.

Entende-se por Princípio da Reserva do Possível, a desobrigação momentânea de agir do Estado pelo fato de inexistir recursos financeiros suficientes para a efetivação de obrigações estatais positivas.

É importante ressaltar que esse princípio “não significa um ‘salvo conduto’ para o Estado deixar de cumprir suas obrigações sob uma alegação genérica de que ‘não existem recursos suficientes’.” (ALEXANDRINO & PAULO: 2012: 251-252)

De acordo com José Joaquim Gomes CANOTILHO:

Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*. (1999, 451)

O “mínimo social” de que fala CANOTILHO, também conhecido por “mínimo existencial”, é teoria desenvolvida por Robert ALEXY, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

¹⁶ Explica STRECK que: “[...] A crise desse modelo liberal engendra a necessidade de alterações no papel do Estado e do Direito. Do problemático absentismo exigia-se um Estado que impedisse a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma sociedade que compatibilizasse progresso com distribuição de renda e justiça social. É o cenário próprio para o aparecimento do Estado de feição intervencionista, onde o pólo de tensão do poder desloca-se em direção ao Executivo. Afinal, para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e de um Direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas.” (2006)

A aplicabilidade ou não do “princípio da reserva do possível” depende do “mínimo existencial”, que por sua vez, trata-se de uma classificação de regras de direito fundamental com maior necessidade de concretização. Neste sentido, encontramos o seguinte entendimento no STF:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (BRASIL: 14/09/2011)

De acordo com Caio Ramon Guimarães de OLIVEIRA:

[...]a Teoria do Mínimo Existencial busca selecionar quais - dentro do extenso rol de direitos sociais cristalizados no art. 6º da Carta Política – possuem maior relevância para lhes atribuir uma maior proteção sobre os demais, conferindo a este núcleo de direitos mínimos contornos de direitos subjetivos, enquanto que a parte remanescente (chamada de “máximo social”) seria obtida através do processo democrático de escolhas políticas e lutas sociais. (2012, 15).

Veremos adiante que não apenas os direitos constantes no artigo 6º da Constituição de 1988 podem ser classificados como direitos fundamentais sociais. Por esta razão, não apenas o artigo 6º deve ser levado em conta para a

seleção de direitos considerados “mínimo existencial”. Pois os direitos sociais, como ensina ALEXY (2012, 499), podem ser tanto aqueles expressamente garantidos, quanto aqueles atribuídos por interpretação.

Também observa-se que, embora a incidência de obrigação estatal positiva seja característica principal dos direitos sociais, este tipo de obrigação (de fazer) também pode ser encontrada nas demais normas constitucionais. Isto porque os direitos sociais são nada mais do que uma modalidade dos chamados “direitos a uma prestação” (ALEXY: 2012, 444), que são divididos em três categorias: 1) direitos a proteção; 2) direitos a organização e procedimento; e 3) direitos a prestações em sentido estrito.

De acordo com ALEXY (2012, 450-456), diferentemente dos *direitos de defesa* segundo o qual o Estado fica obrigado a não intervir, os *direitos a proteção* dizem respeito à obrigação do Estado de evitar que terceiros assim o façam. Refere-se a tudo aquilo que seja passível de proteção no âmbito dos direitos fundamentais. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear.¹⁷

Os *direitos à organização e procedimento*, por sua vez, “podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais.” (ALEXY: 2012, 474) Na primeira hipótese vinculam o Poder Legislativo; na segunda, vinculam o Judiciário. Possuem relação com as “normas de eficácia limitada”, de classificação de José Afonso da Silva.

Por fim, são *direitos a prestações em sentido estrito* os chamados “direitos sociais”:

¹⁷ Considerando que uma mesma norma de direito fundamental possa ser aplicada tanto vertical (Estado-indivíduo) quanto horizontalmente (indivíduo-indivíduo), observamos que de acordo com a maneira com que a interpretamos, esta pode apresentar-se de maneiras distintas: ora como “direito de defesa” (direito negativo), ora como “direito a proteção” (direito positivo). Isto porque o Estado será obrigado a evitar que terceiros contrariem norma que ele mesmo está obrigado a cumprir. Exemplo disto é o inciso II do artigo 5º, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esta norma refere-se ao princípio da legalidade (significa dizer que o Estado não poderá obrigar os seus indivíduos, aplicando uma sanção, antes da existência de lei vigente e válida). Ao mesmo tempo, se considerarmos uma relação horizontal, nenhum cidadão (sob pena de, no mínimo, responder por crime de “Constrangimento Ilegal” - art. 146, CP) poderá, ilegalmente, obrigar outro cidadão a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (nesse caso, também será interesse e obrigação do Estado, como guardião da lei, proteger o bem jurídico “liberdade” quando um terceiro contrariá-lo em detrimento de outro indivíduo).

[...]são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primeiro fazer menção aos direitos a prestação em sentido estrito. (ALEXY: 2012, 499)

A respeito dos direitos sociais, José Adércio Leite SAMPAIO diz ser importante destacar que

[...]o Estado detém o papel de promoção da maioria desses direitos por meio da criação ou ampliação dos serviços públicos. De outro lado, a igualdade impõe a necessária identificação das diferenças dos seres humanos, requisitando uma especialização de natureza subjetiva de modo a resguardar os especialmente necessitados ou marginalizados (minorias, doentes, presos, mulher, criança e idoso). (2004, 262)

Tendo em vista as três modalidades de *direitos a uma prestação* e analisando os direitos constantes no artigo 5º (classificados pelo legislador constituinte como direitos individuais/coletivos), notamos a existência de obrigações positivas (inclusive de direitos sociais esparsos).

É o caso do inciso XLIX do art. 5º: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Interpretando-a como direito de defesa, esta norma traz consigo a vedação à tortura. O problema surge quando consideramos que a “integridade física e moral” do preso, incide, inclusive, em obrigação do Estado de propiciar condições dignas para manter o preso nos estabelecimentos de cumprimento da pena¹⁸, o que transforma esta norma em *direito a uma prestação positiva*.¹⁹

O direito à prestação implícito nessa norma de direito fundamental não poderia ser classificado nem como “direito à proteção”, nem como “direito

¹⁸ A fim de garantir o direito à segurança do próprio preso em relação aos demais (que devem estar separados e selecionados, inclusive, segundo o delito cometido); bem como de resguardar sua dignidade, posto que mantê-lo em ambiente insalubre, superlotado, sem privacidade, etc. afeta também a sua integridade moral.

¹⁹ Outro exemplo seria o inciso XLVIII desse artigo, segundo o qual “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

à organização e procedimento”. Resta considerar que esta norma é o tipo de direito que garante uma “prestação em sentido estrito”. Desta forma, também poderia ser incluída no rol de direitos considerados um “mínimo existencial”.

Ainda sobre o “mínimo existencial”, temos que esta teoria gera posições doutrinárias diversas no que tange ao seu caráter, absoluto ou relativo. A primeira teoria considera que os direitos abrangidos pelo mínimo existencial devem ser direitos inatingíveis pela reserva do possível. A segunda pondera que seria difícil, nas sociedades pobres, a exigência de um mínimo existencial. Assim explica Marcelo NOVELINO:

Há quem sustente que deva ser atribuído ao mínimo existencial um caráter absoluto, não o sujeitando à reserva do possível (Ingo Sarlet). Em sentido diverso, SARMENTO pondera que “em sociedades pobres, nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas”. (20__)

De toda forma, ainda que aderíssemos à teoria relativa, poder-se-ia não reconhecer a aplicação do princípio da reserva do possível quanto às obrigações de “fazer” do Estado em relação às condições mínimas de existência do preso, se partíssemos do pressuposto de que o Brasil não seja necessariamente um país pobre.

Denominado “país emergente”, expressão criada em 2001 pelo economista inglês Jim O’Neill, o Brasil possui a sexta maior economia mundial (2011). Com um Produto Interno Bruto (PIB) de 2.476.651 milhões de dólares, apenas perdendo para a França, Alemanha, Japão, China e Estados Unidos, o Brasil coloca-se em uma posição gravosa quando analisado o seu Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), ficando em 84º lugar em 2012. Mesmo sendo um país de grande extensão territorial e demográfica, esta não seria justificativa para tão pouco investimento, por exemplo, na saúde e na educação do país, o que equivale respectivamente a apenas 3,5% (2007) e 5,08% (2008) do seu PIB. (BRASIL: 14/04/2013).

A respeito do caráter do “mínimo existencial”, há também uma terceira teoria, denominada “mista”, adotada por Robert Alexy em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, onde analisa a Constituição alemã.

Alexy cria um sistema de preferência entre as normas que dá origem ao que chamamos de “mínimo existencial”. A classificação (de 1 a 8) varia

de acordo com a classificação do direito em discussão: vinculante ou não-vinculante (meramente programático); subjetivo ou objetivo; definitivo ou *prima facie*. A seguinte tabela deve ser aplicada, exclusivamente, para o sopesamento (ponderação) de direitos fundamentais sociais:

Vinculante				não-vinculante			
Subjetivo		objetivo		subjetivo		Objetivo	
def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.
1	2	3	4	5	6	7	8

(ALEXY: 2012, 501).

Segundo Alexy, uma norma será considerada *vinculante* se a sua violação puder ser apreciada pelo Guardião da Constituição, no nosso caso, o Supremo Tribunal Federal. Será, por sua vez, considerada *não-vinculante* se for interpretada como enunciado meramente programático²⁰.

Uma norma será *definitiva* quando for classificada como regra; será *prima facie* quando for classificada como princípio. Regras e princípios podem ser diferenciadas, respectivamente, pela especificidade ou generalidade de sua abrangência.²¹ Desta forma, seria um exemplo de *princípio* “a proteção à maternidade e à infância”, constante no artigo 6º da CF. Por sua vez, a norma que assegura às presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5, L, CF), é exemplo de *regra* de direito fundamental.

Cabe agora definir *direito objetivo* e *direito subjetivo*. A distinção entre “direito subjetivo” e “direito objetivo” decorre do fato de o vernáculo não trazê-los separadamente. O austríaco Hans Kelsen (1986, 174), para explicar tal distinção apoia-se na língua inglesa que traz as palavras *right* e *law*. A primeira diria respeito ao *direito subjetivo*. Quando nos referimos a

²⁰ A respeito dos direitos fundamentais, observa Paulo BONAVIDES (2001, 231-232) em sua obra *Curso de Direito Constitucional* que apesar de por muito tempo a velha Hermenêutica constitucional sustentar o seu caráter meramente programático, atualmente é impossível deixar de reconhecer a base e o teor de eficácia que a doutrina recente e moderna lhes reconhece e confere escorada em legítimas razões e excelentes argumentos. Sendo assim, fica ressaltado o caráter vinculante dos direitos fundamentais.

²¹ ALEXY em *Teoria dos Direitos Fundamentais* explica que: “Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo [...]” (2012, 87)

um direito pertencente a determinada classe de pessoas ou a determinado indivíduo usamos, pois, a palavra *right*. Enquanto *law* seria o que chamamos de *direito objetivo*. Quando, por exemplo, nos referimos à Ciência do Direito, ou nos perguntamos “o que é o Direito?” estamos nos referindo ao Direito objetivo. Nesta concepção, Tercio Sampaio FERRAZ JR esclarece:

A dicotomia pretende realçar que o direito é um fenômeno objetivo, que não pertence a ninguém socialmente, que é um dado cultural, composto de normas, instituições, mas que, de outro lado, é também um fenômeno subjetivo, visto que faz dos sujeitos titulares de poderes, obrigações, faculdades, estabelecendo entre eles relações. Assim, quando falamos de direito das sucessões, significamos algo objetivo, quando mencionamos o direito à sucessão de um herdeiro, mencionamos algo que lhe pertence. (2003, 145)

A distinção entre Direito objetivo e subjetivo depende, portanto, da forma como é interpretado o bem jurídico protegido. Se um direito fundamental é discutido em concreto, ter-se-á um direito subjetivo, pois discute-se o direito de “a” em relação a “b”. Por sua vez, se discutido em abstrato, p. ex., a efetivação da norma “x” que prescreve o direito a determinado bem jurídico, estaremos diante de um Direito objetivo.

O direito subjetivo, segundo Monique Modesto Ungar ALVAREZ:

[...]investe o sujeito numa situação jurídica imediatamente desfrutável que resultará na exigibilidade de uma prestação negativa ou positiva por parte do destinatário final. Caso a prestação não seja realizada, surge para o beneficiário do direito a exigibilidade do cumprimento da norma através da intervenção estatal que, *in casu*, será feita pelo Poder Judiciário.”(2013)

A possibilidade de o sujeito lesado ter o seu direito garantido pelos “remédios constitucionais” trazidos pela Constituição Federal brasileira²² comprova o caráter subjetivo dos direitos fundamentais. Segundo ALEXY “[...]direitos subjetivos são relações jurídicas entre dois sujeitos de direito”.

²² São remédios constitucionais: o habeas corpus; o habeas data; o mandado de segurança; o mandado de injunção; a ação popular.

(2012, 491) Os sujeitos de direito que mais nos importam aqui participam de uma relação vertical, isto é, trata-se de Estado *versus* indivíduo.²³

Enfim, de acordo com ALEXY (2012, 501 e 512), um direito *vinculante, subjetivo e definitivo* constitui um *mínimo existencial*, cujo caráter definitivo (isto é, de não perder espaço para a reserva do possível) apenas será atribuído se: 1) o princípio da liberdade/igualdade fática deveras o exigir; 2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária), bem como, 3) os princípios materiais colidentes (principalmente os que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados de forma relativamente pequena. Também deverão ser levadas em conta as decisões do tribunal constitucional a respeito da colisão de princípios.

No contexto da norma constata-se no art. 5º, XLIX da CF/88, deve esta ser considerada *regra de direito fundamental* (portanto norma *definitiva*). A depender da situação, também há de se considerar que esta norma traz um *direito subjetivo*. E não resta dúvida de que seja *vinculante*. Concluiríamos desde já que estaríamos diante de um “mínimo existencial”, não fosse o conflito relacionado ao “princípio da separação dos poderes”.

Quando a norma *sub examine* tem a sua eficácia reivindicada em juízo (lembrado que seja de incumbência dos Poderes Legislativo e Executivo a inclusão destes direitos nos planos orçamentários), o Poder Judiciário, ao conceder tais direitos, ultrapassa a sua competência em detrimento da separação dos poderes. Cabe saber se esta prática afetaria tal princípio de forma relativamente grande ou relativamente pequena. Neste último caso, os presos não teriam os seus direitos prejudicados pela reserva do possível.

²³ Desta forma, se o artigo 5º, III da CF dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” estaremos diante de um direito subjetivo se considerarmos as seguintes situações: se o sujeito “a” é submetido a tratamento desumano por ação de “b”, poderá “a” cobrar do Estado uma punição referente a “b”. Neste exemplo estamos diante de uma relação horizontal (indivíduo-indivíduo). Da mesma forma, se o Estado tratar seus cidadãos de forma desumana ou degradante, submetendo-os a tortura, o Estado estará infringindo uma norma de direito fundamental de *status* negativo (obrigação de não-fazer), em meio a uma relação vertical (Estado-indivíduo). Neste contexto, o indivíduo poderá exigir o cumprimento desta norma por parte do Estado, sem prejuízo das devidas reparações no âmbito Cível.

Outro exemplo: Se o artigo 5º, XLVIII dispõe que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, incute uma obrigação de fazer ao Estado, qual seja, providenciar estabelecimentos adequados àqueles que cumprem pena. Se o Estado descumprir esta regra, estaremos diante de um direito fundamental subjetivo de *status* positivo. Ao passo que resta ao indivíduo o direito de exigir que esta obrigação de efetive.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos do preso são todos aqueles garantidos ao cidadão comum e que não foram atingidos pela sentença, além dos direitos específicos. A norma do inciso XLIX do art. 5º da CF (que resguarda a integridade física e moral do preso) traz consigo um direito social, portanto incute ao Estado o dever de fazer, inclusive o dever de reformar os presídios que não mais atendem às demandas atuais (situação de superlotação). Em contrapartida, dados da CPI do Sistema Carcerário comprovam a inércia do Estado em dar efetividade àquelas normas, alegando a reserva do possível.

Apesar de demonstrada a existência de entendimentos, no STF, que considere os direitos do preso como um mínimo existencial (portanto inatingíveis pela reserva do possível), nesta mesma corte há entendimentos de que não seja incumbência do Poder Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública em razão do Princípio da Separação dos Poderes²⁴ pois “a forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo.” (BRASIL: 07/08/2006). Significa dizer que a Suprema Corte não é unívoca quanto a atender ou não esta necessidade social (qual seja, dar eficácia aos direitos do preso) mediante decisão judicial.

Se analisarmos as normas constantes no art. 5º (especificamente, incisos XLVIII e XLIX) da CF/88 pela fundamentação objetiva²⁵, ou seja, em face da coletividade, a efetivação dos direitos do preso implica no justo

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). AI 767681. Rel. Min. Cármen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico. Data de Publicação: 19/11/2010.

²⁵ Não se deve confundir “direito” (subjeto/objetivo) com “fundamentação do direito” (subjeto/objetiva).

Sobre a *fundamentação subjetiva e objetiva das normas* consagradoras de direitos fundamentais J. J. Gomes CANOTILHO explica da seguinte forma: “[...] um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade [...] Fala-se de uma fundamentação objetiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.” (1999, 1178)

Da mesma forma ALEXY, ao falar de direitos prestacionais, assim distinguindo: “Aquele que fundamenta o dever do legislador de assegurar uma organização conforme aos direitos fundamentais exclusivamente – ou especialmente – por meio de referência a interesses coletivos concluirá que ela tem natureza meramente objetiva. Já aquele que fundamenta por meio de uma referência à liberdade individual pode concluir [...] por um direito subjetivo do titular do direito fundamental.” (2012, 492)

cumprimento da finalidade da pena, e, por conseguinte, reflete no direito à segurança. Temos, então, não só um direito (subjeto) em jogo, mas vários outros que conflitam com a “separação dos poderes”. Destarte, não parece razoável a não aplicação de mais de um direito fundamental (refletida num único caso) em razão dum único princípio (a separação dos poderes).

Sustentamos, pois, que, ainda que os direitos sociais sejam em sua maioria demasiadamente dispendiosos, isso não justificaria uma defesa contrária à sua existência²⁶. E como afirma CANOTILHO (1999, 451), reduzir a eficácia desses direitos a nada seria o mesmo que não possuí-los. Além do mais, “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras.” (ALEXY: 2012, 513)

FAILURE OF THE STATE IN RELATION TO INMATE RIGHTS AND CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF RESERVATION OF POSSIBLE

ABSTRACT

The execution of prisoners' rights is of great importance to the right to safety, its defense may also be grounded in human dignity. It occurs that the State has proven inert and citing a lack of financial resources for its implementation (principle of reservation possible). The use of this principle is, however, restricted to the “existential minimum”. It should look into ways of making the Constitution is more than just a “piece of paper”. From a dogmatic methodology and based on the Brazilian Constitution and the Penal Execution Law, it is verified the degree of effectiveness of rules guarantors of the rights of prisoners and therefore the failure of the State to actualize them, based on the principle of reservation as possible. Following the theory of the German Robert Alexy (mixed theory of existential minimum), it was studied more deepen the application of that principle (reservation possible) as well as their limitations as to the rules applicable to the prisoner (mostly art. 5th, XLIX of CF) always seeking doctrinal and jurisprudential understandings.

Keywords: Social State; Existential Minimum; Effectiveness; Judicial Activism.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8. e. Método, 2012.

²⁶ Da mesma forma, ALEXY em Teoria dos Direitos Fundamentais. 2012. p.512

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 e. Malheiros, 2012.

ALVAREZ, M. M. U. Direito Público Subjetivo – Uma análise crítica. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2450/1796>> Acesso em: 11/07/2013.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Globo, 2008.

BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 11 e. Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 e. Malheiros, 2001.

BRASIL, ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. MS 100060042262 ES 100060042262. Rel. Adalto Dias Tristão. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 30/01/2008.

BRASIL, MARANHÃO. Tribunal de Justiça. MS 71142007 MA. Rel. Jamil de Miranda Gedeon Neto. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 23/11/2007.

BRASIL, MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ac. 1.0106.08.036930-4/001. Rel. Des. Edilson Fernandes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de publicação: 17/06/2011.

BRASIL, MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ac. 1.0355.08.012834-9/001. Rel. Desa. Sandra Fonseca. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 28/09/2012.

BRASIL, MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Ac. 1.0363.04.012822-7/001. Rel. Des. Alberto Vilas Boas. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 12/09/2007.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **CPI do Sistema Carcerário**. Biblioteca Digital da Câmara. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Agência CNJ de Notícias. Juíza do PA que manteve menina presa em cela masculina é aposentada pelo CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/8930-juiza-do-pa-que-manteve-menina-presa-em-cela-masculina-e-aposentada-pelo-cnj> > Acesso em: 04/03/2013. Publicado em: 20/04/2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1024&h=768&pular=false>> Acesso em: 12/11/2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Países @**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>> Acesso em: 14/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 154947 RS. Rel. Min. Marco Aurélio.

Bellizze. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 19/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 97896 SP 2007/0310393-9. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 20/10/2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 04/05/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). AI 767681. Rel. Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 19/11/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ARE 639337 SP. Rel. Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 14/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 580.252 RG/MS. Rel. Ministro Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 08/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 422298 PR. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 07/08/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 641320 RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**. Data de Publicação: 30/03/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 e. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo**. 13 e. Belo Horizonte: Delrey, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 e. São Paulo: Atlas, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43 e. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Sergio Antônio Fabris Editor, 1986.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 36, n. 144, out-dez 1999.

LINES, Rick. The right to health of prisoners in international human rights law. **International Journal of Prisoner Health**, v. 4, n. 1, p. 3-53, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 25 e. Malheiros, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 20__.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7. e. Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Caio Ramon Guimarães. Teoria do mínimo existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito – Um diálogo na busca de uma existência digna. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, v. 14, n. 2, p. 09-28, jul-dez 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22 e. Atlas, 2009.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: 1968.

STRECK, Lênio Luiz. Teoria da Constituição e estado democrático de direito: ainda é possível falar em Constituição dirigente. **Lênio Streck on line**. 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. Vol. 1. 4 e. Malheiros, 1996.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3 e. São Paulo: Atlas, 2010.

